
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

29

Año 15, número 29, Enero-Junio de 2018

Gobernanza europea, economía y derechos

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
Alessandro 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 Menudo
Stelio Mangiameli
Roberto Miccù
Alessandro Pace
José Antonio Portero Molina
Giancarlo Rolla
Remedio Sánchez Ferriz
Alejandro del Valle Gálvez
Xavier Arbós Marín

Javier Barnés Vázquez
Carmen Calvo Poyato
Javier Corcuera Atienza
Ricardo Chueca Rodríguez
Jacqueline Dutheil de la Rochère
José Joaquim Gomes Canotilho
Javier Jiménez Campo
Juan Fernando López Aguilar
Antonio López Pina
Miguel Martínez Cuadrado
Lothar Michael
Miguel Pascual Líaño
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@ugres - 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 15, número 29, Enero-Junio de 2018

Gobernanza europea, economía y derechos

SUMARIO

PRESENTACIÓN	5
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
ESTUDIOS	
¿Los derechos en serio en la Eurozona? Los recortes, las condicionalidades, la Carta y el Tribunal de Justicia	15
FRANCISCO JAVIER DONAIRE VILLA	
Gobernanza económica europea y equilibrio presupuestario: implicaciones para el caso español	55
JUANA GOIZUETA VÉRTIZ	
La cooperación interparlamentaria y el despertar fallido de los parlamentos nacionales: desequilibrio institucional e impacto de la integración europea sobre las instituciones de los Estados miembros.....	83
SONIA GARCÍA VÁZQUEZ	
ARTÍCULOS	
El constitucionalismo como proyecto científico.....	105
PETER HÄBERLE	
¿Pervive algo parecido a una justicia de clase?	119
JÖRG LUTHER	
Tipología europea esencial de teorías democráticas de la Constitución	137
ANTONIO VILLACORTA CAÑO-VEGA	

PERFILES/NOTICIAS

- Semblanza de Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez..... 165
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

TEXTOS CLÁSICOS

- Breves notas sobre representación y responsabilidad política..... 173
DAMIANO NOCILLA

JURISPRUDENCIA

- Las facultades empresariales de vigilancia y los derechos fundamentales de los trabajadores: su difícil equilibrio en la era tecnológica 203
VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

LEGISLACIÓN

- Crónica de la legislación europea en el primer semestre de 2018 233
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

FORO

- A la búsqueda de la aceptación. El déficit y las fuentes de legitimidad de la Unión..... 247
DIETER GRIMM

NOTICIAS DE LIBROS

- La libertad de expresión en América y Europa, Miguel Ángel Presno Linera y Germán M. Teruel Lozano, Jorúa Editora, Vila Nova de Gaia/Porto (Portugal), 2017, ISBN v. impresa: 978853627277-1 e ISBN v. digital: 978853627327-3, 2017, 380 páginas..... 263
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
- Sociedad democrática y Constitución. (Estudios y cabos sueltos), Óscar Alzaga Villaamil, Marcial Pons, 2018, 512 páginas 275
AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO
- Proceso de evaluación y selección de manuscritos 283

Thomson Reuters ProView. Guía de uso



Presentación







El número 29 de la *ReDCE* se edita en un período especialmente convulso a nivel internacional y europeo, con el populismo del Presidente Donald Trump en pleno desarrollo, la inestabilidad permanente en el Reino Unido frente a un Brexit que sigue sin encontrar un camino transitable y la crisis política generada en Italia con el auge de fuerzas políticas antieuropeas, ahora en el gobierno de ese país. Si a todo eso le unimos la reelección de Vladimir Putin en Rusia y de Tayyip Erdogan en Turquía y la debilidad interna del Gobierno Federal Alemán, así como el avance de los partidos y movimientos radicales y antidemocráticos por toda Europa, las perspectivas que se abren para la Unión Europea no pueden considerarse muy favorables, pese a las señales esperanzadoras que vienen de Francia, de Portugal y del nuevo gobierno de España.

Se han aplazado las reformas durante mucho tiempo y hemos ido pasando de una crisis política a otra sin posibilidad de avanzar en el proceso de integración para poder afrontar los problemas comunes de Europa desde las instancias europeas. Mientras tanto, estamos experimentando un retroceso civilizatorio que se manifiesta especialmente, tanto en Estados Unidos como en Europa, en relación con la inmigración. Las medidas adoptadas por la Administración Trump han llegado a un extremo de inhumanidad impensables en un sistema democrático como el norteamericano. La réplica que está dando el nuevo gobierno italiano con declaraciones de su ministro del interior que resultan directamente incalificables y con decisiones que incumplen el Derecho Internacional que vincula a todos los Estados, es una evidencia más del grado de deterioro a que estamos llegando en los últimos meses.

En los últimos diez años la globalización ha mostrado su faceta más problemática para el constitucionalismo. Comenzó con la crisis económica, que evidenció la impotencia no sólo de los Estados sino también de las instituciones supranacionales que, como la Unión Europea, habían nacido para proteger a los Estados frente a la



globalización, y que se manifestaron incapaces de hacerlo por carecer de los mecanismos de los que una integración supranacional más intensa le habría dotado. La crisis económica generó una involución constitucional de la que todavía no hemos terminado de salir y que ha afectado a los elementos nucleares del patrimonio constitucional europeo, desde los derechos políticos a los sociales, pasando por la división de poderes o la descentralización política.

A esta primera gran crisis del constitucionalismo le siguió el deterioro democrático que el Brexit y las últimas elecciones presidenciales en los Estados Unidos han generado y del que hemos sido especialmente conscientes en los últimos meses cuando se ha desvelado el papel que plataformas que gestionan redes sociales como Facebook han tenido (directa o indirectamente) en la manipulación política a través de propaganda elaborada mediante la utilización masiva de datos personales y la elaboración de perfiles singularizados de cada votante. Esta crisis ha provocado una nueva involución constitucional, afectando a las reglas básicas de la democracia y rompiendo las condiciones esenciales de limpieza y objetividad de los procesos electorales, basadas en principios constitucionales.

La globalización está detrás de todos estos fenómenos, que se configuran como manifestaciones del poder de los grandes agentes globales que actúan en los mercados financieros y también en la gestión de los procesos comunicativos a nivel mundial. El constitucionalismo moderno, que había surgido para controlar el poder del Estado, ha perdido en gran medida su objeto, porque el poder real está ya fuera del Estado, en esas instancias globales que actúan sin sometimiento a control alguno. Nuevamente hay que reiterar que la recuperación del constitucionalismo ya no es enteramente posible a escala estatal. La ilusión de una plena democracia interna en el espacio público nacional, de la que participan todavía amplios sectores de la opinión pública europea (incluidas instituciones tan relevantes como el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el ámbito jurídico) se ha ido descomponiendo día a día en los últimos diez años, pese a que no exista todavía una conciencia generalizada sobre la necesidad de avanzar en el plano supranacional de la integración política.

Lo más inquietante de las dos grandes crisis del constitucionalismo que hemos experimentado en ese siglo XXI es que, a pesar de que parecen ser completamente diferentes por su origen e inspiración, tienen claramente rasgos comunes y conexiones entre ellas muy sólidas. Tanto la crisis económica que procedía de los mercados financieros, como la crisis democrática derivada de las grandes plataformas digitales de comunicación, tienen en común su vinculación al mercado y el beneficio económico. A la especulación financiera basada en gran medida en procedimientos infor-

máticos de procesamiento de datos le ha seguido la especulación política que utiliza los mismos medios técnicos. En ambos casos la finalidad última es el rendimiento económico mediante la generación de inestabilidad en los mercados financieros y en los espacios políticos.

El resultado es que estamos viviendo una compresión democrática sin precedentes desde que se implantaron las constituciones normativas en Europa a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, en el que el campo de decisión de la democracia estatal está cada vez más limitado por factores externos (los mercados financieros) y cada vez más condicionado por factores aparentemente internos pero que no lo son realmente, porque dependen de las grandes plataformas de comunicación digital, que actúan a nivel global en régimen de monopolio o de oligopolio, en función de intereses económicos tan evidentes como los de los especuladores financieros y a veces coincidentes con ellos.

Para ampliar la democracia y la capacidad de decisión política tenemos que extender también el espacio de decisión, de manera que se den las condiciones para poder limitar el poder de los especuladores financieros y de los grandes agentes de la comunicación global. Estamos viviendo la crisis civilizatoria más grave desde el final de la Segunda Guerra Mundial no tanto por su intensidad (desgraciadamente la persistencia de las guerras y de los crímenes contra la Humanidad ha sido una constante en ámbitos regionales, incluso europeos, desde entonces) cuanto por su extensión. Se trata de una crisis que puede afectar a las condiciones democráticas de los países que habían sido hasta ahora la vanguardia del constitucionalismo. En el ámbito europeo son, además, los países que habían promovido la integración europea. Los dos grandes proyectos civilizatorios de Europa, el constitucionalismo y la integración europea, están en riesgo y ninguno de ellos se podrá recuperar y avanzar si no es juntamente con el otro.

La parte monográfica del número 29 de la revista integra diversas perspectivas sobre una temática común: gobernanza europea, economía y derechos. Se trata de un ámbito al que la *ReDCE* ha prestado especial atención desde que la crisis económica se comenzó a manifestar como una crisis constitucional. Incorpora los trabajos de Javier Donaire Villa sobre «¿Los derechos en serio en la Eurozona? Los recortes, las condicionalidades, la Carta y el Tribunal de Justicia», de Juan Goizueta Vértiz relativo a «Gobernanza económica europea y equilibrio presupuestario: implicaciones para el caso español» y el de Sonia García Vázquez acerca de «La cooperación interparlamentaria y el despertar fallido de los parlamentos nacionales: desequilibrio institucional e impacto de la integración europea sobre las instituciones de los Estados miembros».

La Sección de Artículos está encabezada por un texto del Presidente de Honor de nuestro Consejo Asesor, el Profesor Peter Häberle, que tiene su origen en la Conferencia de Clausura del Congreso sobre *Passato, Presente, Futuro del costituzionalismo*, organizado en Roma, los días 11 y 12 de mayo de este año por el Profesor Fulco Lanchester. Se trata de una reflexión muy sugerente del Profesor Häberle que versa sobre «El constitucionalismo como proyecto científico» y que se ha publicado previamente en italiano por el Profesor Lanchester y será editado igualmente en otros países. En la misma Sección publicamos también un interesante trabajo de Jörg Luther sobre una temática compleja: «¿Pervive algo parecido a una justicia de clase?». Finalmente culmina esta Sección un texto de Antonio Villacorta Caño-Vega, de gran densidad teórica, que es también una reflexión sobre el pensamiento Häberliano: «Tipología europea esencial de teorías democráticas de la Constitución».

A comienzos de 1993, en el mes de febrero, nos dejó Juan José Ruiz-Rico, maestro de quienes comenzamos hace años este proyecto y otros proyectos comunes, como el Manual de Derecho Constitucional que le dedicáramos, los Estudios que publicamos en su Honor en 1997, y tantas otras cosas en las que su huella ha sido perceptible en nuestro trabajo común e individual a lo largo del tiempo. La Sección de Perfiles publica en este número una «Semblanza de Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez» que he intentado que sea también una obra colectiva, a través de los comentarios, que he ido incorporando al texto, de las personas que allí se mencionan. Preciso es decir que, pese a ello, dar la medida de la dimensión de Juan José en cualquier escrito es una tarea imposible. Su carisma admite apenas un pálido reflejo en estas palabras, que tan sólo quieren expresar que hoy, un cuarto de siglo después, sigue siendo una inspiración permanente en nuestra vocación como juristas.

La Sección de Textos Clásicos incorpora un trabajo del ilustre jurista italiano Damiano Nocilla, que es también uno de los referentes de la comunidad Häberliana en Italia. Se trata de una contribución del autor a los *Studi in Onore di Vezio Crisafulli*, en 1985, «Breves notas sobre la representación y la responsabilidad política», por lo que nos resulta especialmente grata su publicación en España a través de la versión en castellano que ha preparado Antonio Pérez Miras. Esta revista publicó ya en su número 1, como Texto Clásico, «Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes» de Vezio Crisafulli, en la versión en castellano preparada entonces por Juan Francisco Sánchez Barrilao, y en el número 17 le dedicamos la Sección Perfiles a uno de los principales discípulos de Crisafulli, igualmente referente destacado de la comunidad Häberliana, Antonio D'Atena, con dos textos de Peter Häberle y Stelio Mangiameli, este último en versión castellana preparada por Miguel Arjona Sánchez.

En el Foro se incluye un texto de Dieter Grimm «A la búsqueda de la aceptación. El déficit y las fuentes de legitimidad de la Unión» en la versión castellana preparada por Miguel Azpitarte directamente del alemán. Hay que recordar que este trabajo ha sido publicado también en inglés, para quien quiera conocer de manera más completa el planteamiento desarrollado por un autor que es imprescindible en la reflexión actual sobre Europa. Tuvimos la fortuna de poder debatir con el Profesor Grimm en Granada, con motivo de un Seminario que impartió sobre esta temática en el pasado mes de abril y posteriormente en Roma, en el Congreso organizado por Fulco Lanchester. Aunque nuestra orientación Häberliana parte de planteamientos muy diferentes, la obra de Dieter Grimm es siempre un estímulo intelectual fundamental para poner a prueba y contrastar, en el plano científico, nuestra convicción federalista europea.

La Sección de Jurisprudencia incorpora un trabajo de Victoria Rodríguez-Rico Roldán sobre «Las facultades empresariales de vigilancia y los derechos fundamentales de los trabajadores: su difícil equilibrio en la era tecnológica». Se trata de una cuestión especialmente delicada porque afecta a derechos fundamentales que se desenvuelven en un contexto cada vez más agresivo, debido al potencial que la tecnología ofrece para su vulneración, lo que exige criterios claros sobre la necesidad de su protección. Como acertadamente hace notar su autora, esos criterios faltan en nuestra jurisprudencia, que requeriría de una adecuación a la doctrina más garantista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Sección de Legislación que dirige María Luisa Balaguer, incorpora un gran número de novedades legislativas relativas a temáticas diversas. Comenzando por la seguridad alimentaria, que es objeto de atención creciente por parte de la Unión Europea, siguiendo con normativa medioambiental en relación con los organismos modificados genéticamente, así como con normativa relacionada con la seguridad del transporte de mercancías y viajeros por carretera, e igualmente normas relativas a la autenticación segura en los pagos electrónicos y garantía de la seguridad en las redes, entre otras cuestiones.

En la Sección de noticias de libros se recoge en primer lugar la recensión de Juan Francisco Sánchez Barrilao sobre *La libertad de expresión en América y Europa*, de Miguel Ángel Presno Linera y Germán M. Teruel Lozano, Juruá Editora, Vila Nova de Gaia/Porto (Portugal), 2017. Siendo ya recomendable por la temática que aborda en su título, es también un estudio que va mucho más allá de la comparación entre dos sistemas de inspiración diversa, incorporando además una reflexión específica sobre la libertad de expresión en la sociedad digital. Como bien indica Juan Barrilao, se trata de un libro «magnífico

por lo que científicamente demuestra, como por lo que constitucionalmente quiere ser».

La Sección de noticias de libros incluye también la recensión que ha realizado Augusto Aguilar Calahorra sobre el libro del Profesor Alzaga: *Sociedad democrática y Constitución. (Estudios y cabos sueltos)*, Óscar Alzaga Villaamil, Marcial Pons, 2018. El libro de Óscar Alzaga nos trae la evocación de otros tiempos que, para los que los vivimos, supusieron una experiencia inolvidable y un modelo sobre el que construir nuestra cultura constitucional y democrática. Pero es mucho más que eso. Como muy bien dice Augusto Aguilar: «El Profesor Alzaga recupera en esta obra estudios y escritos en las que hace conversar al pasado y al presente, y al hacerlo también dialoga con varias generaciones de constitucionalistas y politólogos, trazando líneas que nos sitúan en el presente a través de la memoria de los escritos de juventud, el análisis de la historia jurídico-política española y el proceso constituyente vivido en primera persona». Creo que no se puede describir de una manera más fiel el espíritu de este libro de Óscar Alzaga en el que, efectivamente, conversan de manera muy productiva el pasado y el presente.

Un último párrafo resulta obligado para los agradecimientos a las entidades e instituciones que hacen posible la publicación de la Revista. A Thomson Reuters, por la edición impresa y en e-Book de la Revista. A la Fundación Peter Häberle y al Centro de Investigación de Derecho Constitucional «Peter Häberle» de la Universidad de Granada por su contribución a la edición de la *ReDCE*. En el ámbito nacional, tenemos que hacer referencia 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 ámbito europeo, a la Cátedra Jean Monnet «ad personam» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Catedrático de Derecho Constitucional (Universidad de Granada)
Catedrático Jean Monnet ad personam



Estudios





¿LOS DERECHOS EN SERIO EN LA EUROZONA? LOS RECORTES, LAS CONDICIONALIDADES, LA CARTA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA¹

FRANCISCO JAVIER DONAIRE VILLA
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

- I. La Eurozona, las medidas europeas anticrisis y... ¿qué fue de los derechos?
- II. Los derechos fundamentales en la Eurozona.
- III. La compleja instrumentación jurídica de los rescates.
- IV. ¿Y qué ha hecho el tribunal de justicia de la UE? el rescate de los rescates (y los recortes) «versus» el rescate de los derechos.
- V. Conclusiones: ¿tomando los derechos en serio en la Eurozona?

I. LA EUROZONA, LAS MEDIDAS EUROPEAS ANTICRISIS Y... ¿QUÉ FUE DE LOS DERECHOS?

La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea es, sin duda, uno de los principales y recurrentes problemas de fondo que envuelve el proceso de integración europea. Como tal, ha venido siendo foco de atención doctrinal como asunto común a todas las políticas de la Unión².

1 El presente artículo se ha realizado en el marco del Proyecto Nacional de I + D "El control democrático y la tutela de los derechos en la Unión Económica y Monetaria" (ref. DER2015-65003-P), dirigido por el Prof. Andreu Olesti Rayo.

2 En España, entre otros, R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989; también del mismo autor, «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (dir.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 799-836; A. G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1999; G. ROBLES MORCHÓN, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1996. Desde la perspectiva constitucional, A. LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1995, pp. 471-503, o P. PÉREZ TREMPES, *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 160-163.

No es propósito de este artículo sumarse a ese debate desde un planteamiento horizontal, pero sí de hacerlo en el específico ámbito sectorial de la Unión Económica y Monetaria (en adelante, UEM), y más concretamente, en relación con los Estados de la Eurozona, entre los que, como es notorio, se encuentra España.

Esta cuestión se ha planteado como problema de enorme magnitud en los últimos años, a raíz de las sucesivas crisis de signo económico iniciadas desde 2007 (de deuda soberana, bancarias en varios Estados, entre ellos el nuestro, e incluso en algún caso de *default* de país, como el griego). En especial, a causa de las medidas de austeridad impuestas a los Estados miembros especialmente afectados por esas mismas crisis, bien a consecuencia de los procedimientos comunitarios (en especial, el relativo a los déficits públicos excesivos), bien formando parte de las medidas de política macroeconómica a que se han condicionado los sucesivos rescates, la llamada «condicionalidad»³. Medidas que no sólo se han adoptado e impuesto dentro del marco institucional y jurídico de la Unión Europea, sino también, incrementando la complejidad técnico-jurídica con paralelo impacto negativo sobre las exigencias propias del *rule of law* y de garantía normativa y jurisdiccional de los derechos fundamentales, a través de diversas fórmulas intergubernamentales que en algunos casos han implicado opacos mecanismos de contratación mercantil jurídico-privada internacional.

Algunas de esas medidas han sido de especial intensidad, también desde su perspectiva restrictiva de algunos derechos, en relación con varios Estados de la Eurozona, en parte debido a que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) ofrece bases jurídicas que permiten una mayor integración para los Estados miembros cuya moneda es el euro (artículo 136), y por tanto, otorgan más intensos poderes a la Unión con respecto a ellos. Poderes que han sido empleados para impulsar los popularmente conocidos como «recortes». Pero otras medidas, prácticamente de igual signo limitativo, cuando no mayor (Grecia), han sido impuestas sin que la pertenencia de los Estados afectados a la Eurozona haya sido un factor jurídico determinante de esa mayor o menor intensidad, al desenvolverse los respectivos rescates en unas coordenadas jurídicas muy distintas a las políticas de la UEM según las configura el TFUE, como habrá ocasión de poner de manifiesto en este trabajo, por más que la razón esencial de tales rescates haya sido la pertenencia de los Estados concernidos a la Unión en general, o, en muchos casos, a la Eurozo-

3 Acerca de esta noción, véase el trabajo de F. ARMENGOL FERRER, «Condicionidad en una Unión de Derecho: el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110-II, 2018, especialmente en pp. 49-53.

na en particular. Y no sólo como muestra o ejercicio de solidaridad entre todos los Estados miembros, sino también, y juzgue el lector o lectora en qué medida, para evitar los contagios o *spill-overs* entre países integrados económicamente (y muchos de ellos también monetariamente).

Algunos de los rescates han sido comunitarios (aunque extramuros de las reglas de la UEM, según se verá en detalle más adelante). Pero, dadas las limitaciones que pesan sobre la Unión (no sólo jurídicas; también de capacidad presupuestaria, como igualmente se relatará en este trabajo), los rescates, con su condicionalidad política (austeridad, recortes) añadida a las condiciones financieras (tipos de interés, planes de pago y restitución del principal prestado), se han efectuado partiendo de diversos marcos intergubernamentales de confusa e intrincada instrumentación jurídica. Marcos improvisados a menudo, sobre todo al inicio de la crisis económica, para reaccionar frente a la magnitud, ferocidad y celeridad de sus sucesivos episodios extremos, y evitar a un tiempo los riesgos de contagio entre países de la Unión Monetaria, ante la sorprendente (y quizás ingenua) ausencia de mecanismos, y hasta de previsión de tales escenarios económicamente críticos en la regulación que de la UEM lleva a cabo el TFUE, procedente tal regulación, como bien es sabido, del Tratado de Maastricht⁴.

De modo particular, las consecuencias restrictivas (el término «lesivas» presupone un carácter antijurídico que al inicio del presente trabajo no se considera oportuno emplear) de las medidas de austeridad o anticrisis, de estabilidad presupuestaria o pertenecientes a la condicionalidad de los rescates, han incidido sobre derechos fundamentales que tienen una financiación presupuestaria pública significativa (o, en términos no economicistas, sobre derechos prestacionales, con frecuencia de índole social: las pensiones quizás sean el ejemplo paradigmático, aunque no el único). Algo que *a priori* podría parecer lógico, habida cuenta de que una de las políticas de la Unión en relación con el euro es la relativa a la prohibición, prevención y sanción de déficits públicos excesivos de los Estados miembros. Pero esa lógica sólo sería tal si no cupiesen otras alternativas de austeridad que el sacrificio de esos derechos, cues-

4 No se limitan a las descritas las consecuencias de la crisis y las respuestas de la Unión, que se han extendido también al nuevo sistema de Agencias pertenecientes al Sistema Europeo de Supervisión Financiera, o a la Unión Bancaria. A este respecto, véanse los trabajos de M. CIENFUEGOS MATEO, «El control de las agencias del Sistema Europeo de Supervisión Financiera por la Sala de Recurso y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» y Y. MARTÍNEZ MATA, «La protección de los derechos fundamentales en el Mecanismo Único de Supervisión y el Mecanismo Único de Resolución», publicados ambos en la *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110-II, 2018, respectivamente, en pp. 215-265 y 267-294.

ción que, consideraciones políticas al margen, sin embargo, es más que discutible en el plano jurídico. Ciertamente, la opción entre sacrificar derechos fundamentales o sacrificar otras líneas de acción estatal a la hora de estabilizar el presupuesto y/o la economía no es una elección política irrelevante en términos jurídicos, dada la necesaria observancia del principio *pro libertate* que la múltiple consagración formal de esos mismos derechos en el ordenamiento de la UE efectuada por el artículo 6 del TUE lleva aparejada para la actuación de la Unión y todas sus instituciones, órganos, organismos y agencias, así como para los Estados miembros precisamente cuando aplican Derecho de la Unión.

Las restricciones por medidas anticrisis o de austeridad han alcanzado a derechos fundamentales que se desenvuelven y proyectan sus efectos sobre lo que en planteamientos economicistas se tildan de «mercados» determinados: concretamente, el laboral, en el caso de los derechos a trabajar, a una remuneración digna, a la protección por despido, a la tutela judicial por infracciones del contrato de trabajo y de la legislación laboral, o a la negociación colectiva, bien sea en el ámbito privado, bien sea en el del empleo al servicio de la Administración pública.

Sirva a este respecto, el resumen efectuado por ASÍN CABRERA de los derechos fundamentales de índole socio-laboral reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE a los que han afectado los recortes impuestos, bien directamente desde las políticas de la UE sobre déficits excesivos, bien a través de los rescates comunitarios e intergubernamentales: «1) Los derechos socio-laborales, relativos al derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27 CDF), al derecho de negociación y de acción colectiva (art. 28 CDF), al derecho de acceso a los servicios de colocación (art. 29 CDF), a la protección en caso de despido injustificado (art. 30 CDF), a las condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31 CDF) y a la protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32 CDF); 2) el derecho a la seguridad social y ayuda social (art. 34 CDF); 3) el derecho a la protección de la salud (art. 35 CDF); 4) el derecho a la educación (art. 14 CDF); 5) el derecho a la propiedad (art. 17 CDF) y 6) el derecho a una buena administración (art. 41 CDF)»⁵.

Continuando con los lugares comunes que contribuyen a delimitar el objeto de este trabajo, también es tópica, pero no por ello menos cierta, la afirmación de que en el ámbito de las políticas de coordinación de las políticas macroeconómicas de los Estados miembros de la UE, dentro del marco de la UEM, se ha venido prestando

5 M. A. ASÍN CABRERA, «Los Memorándums de Entendimiento sobre condiciones de políticas sectoriales financieras y su impacto sobre los Derechos Fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110-II, 2018, p. 199, y nota 25, con bibliografía a este respecto.

más atención a consideraciones de consolidación fiscal y determinados equilibrios macroeconómicos (déficit, endeudamiento) que a la promoción y defensa de los derechos fundamentales. Esto es, o los derechos, parafraseando a DWORKIN, no han sido tomados en serio, o lo han sido menos que las consideraciones puramente economicistas en las medidas europeas anticrisis, sin que pueda admitirse sin más la simplificación consistente en sostener que ha habido que elegir entre lo uno y lo otro, pues, en realidad, lo otro no puede entenderse sin lo uno. No en vano, en los últimos tiempos ha empezado a hablarse de un pilar social de la UEM. Pero, al margen de esta cuestión, cuyo análisis excede del objeto del presente trabajo, que se ciñe a lo ocurrido en los años precedentes y sus consecuencias jurídicas actuales y futuras, la constitucionalización de la Carta de los Derechos realizada por el Tratado de Lisboa obliga a que ésta, conforme a su artículo 51, sea parámetro y límite de acción de las instituciones y órganos de la Unión en todas sus políticas, y de la de los Estados miembros cuando apliquen Derecho de la Unión, como ya se ha dicho.

En congruencia con esta constitucionalización al primer nivel en el ordenamiento jurídico de la Unión, el presente trabajo analiza la incidencia y el respeto de los derechos fundamentales en el nivel europeo de toma de decisiones al adoptar las medidas de política macroeconómica y presupuestaria que, en gran parte debido a la crisis, han debido aplicar los Estados miembros de la UE cuya moneda es el euro. Una distinción básica en cuanto a las decisiones en la Unión con exclusiva repercusión sobre la Eurozona que tendrá su contrapartida en la estructura de la exposición que sigue. De un lado, se analizarán aquellas medidas que, en su proyección restrictiva de algunos derechos, son pura y simple aplicación ordinaria del Derecho de la Unión Europea adoptado en el ámbito de la UEM (por más que ese contenido especialmente limitativo haya respondido en gran medida a las situaciones de crisis de los últimos años). Esto es, medidas de la Unión Europea que se inscriben bien en el contexto de la coordinación de políticas económicas de los Estados miembros, bien en el de los procedimientos por déficits públicos excesivos. La distinción la establece el propio TFUE, al dedicar respectivamente dos preceptos distintos a una y otra cuestión: sus artículos 121 y 126.

De otro lado, se examinarán, también en cuanto a su impacto sobre los derechos fundamentales, las medidas de política económica y presupuestaria que los Estados rescatados han debido adoptar a consecuencia de la condicionalidad asociada a los rescates desencadenados por la crisis. De estos rescates, según se adelantaba antes y posteriormente se detallará, sólo los más modestos económicamente han sido de instrumentación jurídica comunitaria. Y ni siquiera exclusivamente, pues incluso los de raigambre en el Derecho de la UE han tenido un apoyo intergubernamental,

y no precisamente complementario, sino más bien principal, al menos en términos cuantitativos, debido a los importes económicos allegados por una y otra vía, comunitaria e intergubernamental, para materializar la asistencia financiera al Estado destinatario. Como se expondrá en este trabajo, los mecanismos de más amplia dotación económica para los rescates han sido, de hecho, de instrumentación jurídica intergubernamental (o, al menos en algún caso, no comunitaria), pero también en oleadas de varias «generaciones» por razón de las diferencias en cuanto al modo de plasmar esa instrumentación, o la vocación *ad hoc* o más estable con la que han sido creados y configurados.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EUROZONA

Como ya se ha anticipado, el TFUE distingue, dentro de las disposiciones referentes a la UEM, entre la coordinación de las políticas macroeconómicas de los Estados miembros, a la que dedica el artículo 121, y la prohibición, supervisión y sanción de los déficits excesivos estatales, que constituye el objeto del artículo 126. Manteniendo la sustantividad de ambas, la práctica, sobre todo la producida a consecuencia de la crisis económica desatada desde 2007, ha propiciado que una y otra política de la Unión (coordinación macroeconómica y lucha contra los déficits excesivos) se hayan interconectado desde la doble perspectiva funcional y de secuencia cronológica de sus respectivos despliegues mediante el Semestre Europeo. La noción, así como la referida interconexión de políticas de la UE, fueron acordadas en 2010-2011 y llevadas a efecto a través de un conjunto de actos de *soft-law* y de textos normativos de Derecho derivado (su precepto de *hard-law* regulador es el artículo 2 bis –ter del Reglamento 1467/97, tal y como éste ha sido modificado por el Reglamento 1175/2011, formando parte del llamado *Six-Pack*)⁶.

Dado que el citado precepto del Reglamento 1175/2011 no contempla la secuencia temporal de los diversos procedimientos que comprende el Semestre Europeo, esa secuencia aparece, con escasa o nula formalización jurídica, en textos de *soft law*, que esencialmente son los siguientes: A título principal, en la Comunicación de la Comisión *Reforzar la coordinación de las políticas económicas para fomentar la estabilidad, el crecimiento y el empleo. Instrumentos para una mejor gobernanza económica de la UE*⁷, en el Memorándum, asimismo, de la Comisión, titulado *A toolbox*

6 Sobre la formación y contenido del Semestre Europeo, y del *Six-Pack*, véase A. OLESTI RAYO, «El control democrático y la rendición de cuentas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110-II, 2018, especialmente en pp. 83 y ss.

7 COM (2010) 367 final, Bruselas, 30.6.2010.

*for stronger economic governance in Europe*⁸ y en las Conclusiones del Consejo Ecofin de 7 de septiembre de 2010⁹. Referencias genéricas al Semestre Europeo se hallan también en la Comunicación de la Comisión, de 12 de mayo de 2010, sobre el *refuerzo de la coordinación de la política económica*¹⁰, en las Conclusiones del Consejo Ecofin de 15 de febrero de 2011¹¹, y en las del Consejo Europeo del 23 y 24 de marzo de 2011¹².

Como ya se ha adelantado, el art. 136 TFUE ofrece la base jurídica para alcanzar un mayor nivel de integración comunitaria entre los Estados cuya moneda es el euro (o, a efectos de este trabajo, los Estados de la Eurozona), tanto en lo relativo a la coordinación macroeconómica cuanto a lo referente a los déficits excesivos. Este precepto de Derecho originario ha venido siendo empleado desde aproximadamente hace un lustro, y con especial intensidad a partir del *Two-Pack* (Reglamentos 472/2013/UE¹³ y 473/2013/UE¹⁴), para añadir el respaldo de la previsión de sanciones en textos de Derecho Derivado (Reglamentos 1173/2011 y 1173/2011) respecto a la coordinación de políticas macroeconómicas, algo que no hacía de manera explícita del TFUE, y también en relación con los déficits excesivos, en este último caso de conformidad con la expresa prescripción al respecto en el mismo Tratado. Que la Unión pueda adoptar medidas sancionadoras contra los Estados infractores de la Eurozona otorga a los actos de las principales instituciones decisorias de la Unión en este ámbito, el Consejo y la Comisión Europea, una dimensión jurídica

8 MEMO/10/288, Brussels, 30 June 2010.

9 Sesión n.º 3030 del Consejo Asuntos Económicos y Financieros Bruselas, 7 de septiembre de 2010, Comunicado de Prensa, 13161/10, PRESSE 229 PR CO 14, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13161-2010-INIT/es/pdf>. Acceso: 25/01/2018.

10 COM (2010) 250 final, Bruselas, 12.5.2010.

11 Ver Sesión n. 3067 del Consejo Asuntos Económicos y Financieros. Comunicado de Prensa. Bruselas, 15 de febrero de 2011, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ecofin/120511.pdf. Acceso: 16/03/2018.

12 Documento EUCO 10/1/11 REV 1, CO EUR 6 CONCL 3, Bruselas, 20 de abril de 2011 (29.04). 472/2013 y 473/2013, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10-2011-REV-1/es/pdf>. Acceso: 25/01/2018.

13 Reglamento 472/2013/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades, DO L 140, de 25.7.2013, p. 1.

14 Reglamento 473/2013/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro, DO L 140, de 25.7.2013, p. 11.

que trasciende el aparente carácter de *soft law* que a primera vista derivaría del *nomen iuris* de esos mismos actos (Recomendaciones, Dictámenes), y que tiene una de sus principales consecuencias en que dichos actos sean justiciables ante el Tribunal de Justicia, con la consiguiente existencia, en el marco jurídico de la Unión, de una garantía jurisdiccional de que los derechos han de respetarse cuando la Comisión y el Consejo adopten tales medidas.

Las recomendaciones y directrices emanadas de la Comisión y el Consejo para la coordinación macroeconómica han venido siendo hasta ahora mucho más genéricas e inconcretas que en el marco de la política sobre déficits excesivos. De acuerdo con esa práctica, ha quedado de la mano de cada uno de los Estados miembros destinatarios, en algunos casos la selección misma de los derechos sociales y/o prestaciones concernidos, y siempre (es decir, no sólo cuando la propia selección de los derechos sacrificados viene impuesta por la Comisión y el Consejo, como ha sucedido con los recortes salariales funcionariales, o de pensiones, por citar dos ejemplos paradigmáticos a fuerza de repetidos) la elección del grado, distribución y modalidades de restricción, a la hora de traducirlas en medidas estatales concretas de austeridad o recorte, si bien la adopción nacional de dichas medidas se halla sometida a la aprobación de la Comisión y, sobre todo, del Consejo, quienes pueden rechazarlas o pedir su reformulación o ampliación. Por el contrario, el grado de detalle es mucho más intenso, como igualmente cabrá apreciar, cuando esas medidas de austeridad o recorte afectando a la baja al contenido de derechos sociales y/o prestaciones las deciden la Comisión y el Consejo en el contexto de la política de la Unión relativa a la estabilidad presupuestaria. Estas diferencias entre una y otra política en el grado de minuciosidad e intensidad de las medidas definidas por la Comisión y el Consejo en cada caso determina, a su vez, un mayor o menor margen nacional de apreciación, circunstancia esta última muy tenida en cuenta por la incipiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el respeto de los derechos en estos campos, según se pondrá de relieve con detalle en este mismo trabajo.

1. Los derechos fundamentales y las Recomendaciones y Decisiones de la Comisión y del Consejo sobre coordinación de las políticas macroeconómicas nacionales

Dentro del procedimiento de supervisión multilateral de las políticas macroeconómicas a que se refiere el tercer apartado del artículo 121 TFUE, el Consejo, sobre la base de la posición expresada por la Comisión, tiene facultades para dirigir recomendaciones a un Estado miembro cuya situación se aparte de las orientaciones

generales de política macroeconómica aprobadas con arreglo a los apartados 1 y 2 del artículo 121 del TFUE, indicando a ese Estado las medidas de política económica necesarias (apartado 4 del precepto originario citado, y Reglamento 1466/97¹⁵, que lo desarrolla). Estas recomendaciones pueden indicar a los Estados que emprendan actuaciones que supongan restricción o rebaja en relación con derechos fundamentales cuya prestación requiera una financiación presupuestaria pública significativa o incidan, también de manera significativa, por su contenido y efectos, sobre la economía de conjunto del correspondiente Estado miembro.

Ejemplo paradigmático, en consonancia con la magnitud de la crisis griega, han sido las Recomendaciones de política macroeconómica que a aquel país dirigiera el Consejo en 2010¹⁶ (únicas de las exclusivamente basadas en el art. 121.4 TFUE que se han publicado en el *Diario Oficial* por Decisión del propio Consejo¹⁷), entre las que pueden destacarse, en lo referente a restricciones de derechos fundamentales de índole social y/o prestacional, las siguientes: «reducir la masa salarial del sector público, de modo que la política salarial de este sector marque la pauta para la formación de salarios en el sector privado y contribuya a la moderación salarial», o «aumentar la flexibilidad del sistema de fijación de salarios, promoviendo una mayor descentralización de la negociación salarial (evitando, por ejemplo, la ampliación administrativa de los convenios colectivos a aquellas empresas que no hayan intervenido en las negociaciones), y desvinculándola de la evolución de los salarios en el sector público; mejorar la aplicación de la normativa que regula la negociación salarial, a fin de limitar el recurso a la cláusula de exención».

El conocimiento del contenido de estas recomendaciones, necesario para su control jurisdiccional en general, y particularmente desde la perspectiva del respeto de los derechos, se ve dificultado por la falta de publicidad oficial que el propio Tratado prevé como norma general para este tipo de Recomendaciones, salvo libre

15 Reglamento (UE) n.º 1466/97, del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, *DO L 209*, de 2.8.1997, p. 1.

16 Recomendación del Consejo a Grecia 2010/190/UE, de 16 de febrero de 2010, con vistas a poner fin en Grecia a la contradicción con las orientaciones generales de las políticas económicas e impedir que se ponga en peligro el correcto funcionamiento de la Unión económica y monetaria, *DO L 83* de 30.3.2010, pp. 65-69

17 Decisión 2010/181/UE del Consejo, de 16 de febrero de 2010, por la que se hace pública la Recomendación 2010/190/UE con vistas a poner fin en Grecia a la contradicción con las orientaciones generales de las políticas económicas e impedir que se ponga en peligro el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria, *DO L 83*, de 30.3.2010, p. 12.

y expresa decisión en contrario del Consejo. Semejante falta de publicación oficial obligatoria y sistemática adolece, obviamente, de serias deficiencias desde la óptica de las exigencias del Estado de Derecho¹⁸, y de posibilidades de control democrático mediante fiscalización parlamentaria, nacional o europea¹⁹. Pero también desde la óptica de los derechos fundamentales, pues uno de los presupuestos obligados para su vigencia real y efectiva es, precisamente, la existencia de una garantía jurisdiccional, la cual presupone necesariamente, a su vez, la posibilidad de conocimiento oficial de la normativa con incidencia sobre el contenido y régimen de ejercicio de los derechos, a cuyo respeto se declara sometida a la Unión en el artículo 6 del TUE.

Por su parte, el Reglamento 1466/97, sobre reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas²⁰, integrando el denominado elemento preventivo del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, e imbricado en la secuencia cronológica del Semestre Europeo desde su reforma por el Reglamento 1175/2011 (perteneciente éste al *Six-Pack*), prevé en su artículo 3 la elaboración de un Programa de Estabilidad por cada Estado miembro a efectos de la supervisión multilateral periódica prevista en el artículo 121 del TFUE, habiéndose de fijar en el Programa un objetivo presupuestario a medio plazo y las correspondientes medidas presupuestarias y otras de política económica entre las que cabrían iniciativas eventualmente restrictivas de derechos de índole social y/o prestacional, que han de examinar y dictaminar la Comisión y el Consejo (art. 5.2 del mismo Reglamento 1466/1997). De hecho, ha sido en estas Recomendaciones donde en la práctica efectiva se han incluido indicaciones a Estados de la Eurozona con la referida incidencia sobre derechos sociales y/o prestacionales, como son el derecho al trabajo en su vertiente del derecho a la remuneración, el derecho a la negociación colectiva, o el derecho a la existencia de un sistema de pensiones y las condiciones de acceso y nivel de disfrute de estas.

18 Sobre la deficiente observancia de las exigencias propias del Estado de Derecho en la práctica aplicativa reciente en el ámbito de la UEM (y en su configuración jurídica de Derecho originario), véase C. KILPATRICK, «On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. núm. 35 (2), 2015, pp. 325-353.

19 Una aportación reciente sobre el tema del control parlamentario de la UEM puede hallarse en el trabajo de L. HUICI SANCHO, «Los instrumentos de control democrático y de rendición de cuentas en el gobierno de la Unión Económica y Monetaria», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110-II, 2018, pp. 23-48.

20 Reglamento (UE) n.º 1466/97, del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, *DO L 209*, de 2.8.1997, p. 1.

Respecto al derecho al trabajo, en su dimensión de derecho a la remuneración, puede citarse la Recomendación del Consejo de 2014 relativa a los Programas de Reformas y de Estabilidad de Portugal²¹, donde los objetivos sugeridos a dicho Estado miembro conducen, mediante eufemismos (se dice que la finalidad perseguida es fomentar el empleo y la competitividad, y se habla de evolución salarial, o de armonizar salarios y productividad), a la introducción de mecanismos que facilitan rebajas en las remuneraciones de los trabajadores por cuenta ajena, con la consiguiente afectación erosiva al derecho al trabajo en uno de sus principales contenidos, la recepción del correspondiente salario a cambio de la misma prestación laboral: «Mantener un nivel mínimo de evolución salarial compatible con los objetivos de fomentar el empleo y la competitividad. Garantizar un sistema de fijación de salarios que promueva la armonización de los salarios y la productividad a nivel sectorial o de empresa. Estudiar, en consulta con los interlocutores sociales y de acuerdo con las prácticas nacionales, la posibilidad de que las empresas puedan pactar la suspensión temporal y de mutuo acuerdo de los convenios colectivos. Antes de septiembre de 2014, presentar propuestas sobre la posibilidad de que las empresas puedan pactar la suspensión temporal y de mutuo acuerdo de los convenios colectivos, y sobre una revisión de la pertinencia de los convenios colectivos».

La más reciente Recomendación del Consejo a Francia en relación con su Programa de Estabilidad, de 2017²², habla con mayor claridad de «consolidar las medidas de reducción de los costes del trabajo», pero ciertamente sin una proyección restrictiva directa sobre los ingresos de los trabajadores, en la medida en que, como se razona en el Considerando 10 de su Exposición de Motivos, se trata de que, para ello, Francia mantenga y adopte medidas consistentes en reducciones de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social. Sin duda, la Recomendación más intensamente incisiva en los derechos de los trabajadores ha sido la que adoptó el Consejo en 2012 respecto a los Programas de Reformas y de Estabilidad de Portugal²³, aunque no de manera directa, sino *per relationem*, al recomendar a dicho

21 Recomendación del Consejo 2014/C 247/20, de 8 de julio de 2014, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 de Portugal y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de Portugal de 2014, DO C 247, de 29.7.2014, pp. 102-108.

22 Recomendación del Consejo 2017/C 261/08, de 11 de julio de 2017, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2017 de Francia y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2017 de Francia, DO C 261 de 9.8.2017, pp. 36-40.

23 Recomendación del Consejo, de 10 de julio de 2012, relativa al Programa Nacional de Reforma de 2012 de Portugal y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de Portugal para 2012-2016, DO C 219 de 24.7.2012, pp. 69-71.

Estado miembro que, él mismo, «tome medidas en el período 2012-2013 a fin de aplicar las medidas establecidas en la Decisión de Ejecución 2011/344/UE y que se especifican con detalle en el Protocolo de Acuerdo de 17 de mayo de 2011 y en sus apéndices ulteriores». Protocolo y apéndices, por cierto, que no han sido objeto de publicación en el *Diario Oficial* de la Unión.

Pero, en lo que respecta a la Decisión²⁴, que sí lo ha sido, y a la que remite la Recomendación citada, integrándola así, *per relationem*, en su propio contenido, obliga a Portugal a «reforzar el funcionamiento del mercado de trabajo, limitando las indemnizaciones por despido y aumentando la flexibilidad de los acuerdos sobre el horario de trabajo», a «reformar el régimen del seguro de desempleo, con inclusión de una reducción del período máximo de obtención del subsidio de desempleo a 18 meses, la limitación de las prestaciones de desempleo a 2,5 veces el índice de ayuda social, una reducción de las prestaciones durante el período de desempleo, una disminución del período mínimo de contribución», a flexibilizar «la normativa sobre la retribución de las horas extraordinarias», a aumentar «la flexibilidad de los acuerdos sobre el horario de trabajo», a promover «una evolución de los salarios compatible con los objetivos de fomentar la creación de empleo y mejorar la competitividad de las empresas, a fin de corregir los desequilibrios macroeconómicos», añadiendo que «[s]olo se podrá aumentar el salario mínimo si ello está justificado por la evolución de la situación económica y del mercado de trabajo», y a que «Portugal tom[e] medidas tendentes a eliminar los puntos débiles de los actuales regímenes de negociación salarial, con inclusión de legislación encaminada a redefinir los criterios y modalidades de la extensión de los convenios colectivos y a facilitar los acuerdos a nivel de empresa».

Por lo que atañe a las Recomendaciones de contenido restrictivo en relación con las pensiones, además del recorte literal y expresamente impuesto a Portugal en la Decisión del Consejo que acaba de mencionarse, pueden evocarse aquí las del Consejo de 2011²⁵ y 2013²⁶ sobre los Programas de Reformas y de Estabilidad de España, donde expresamente se fija como meta a alcanzar «la reforma del sistema

24 Decisión de Ejecución del Consejo 2011/344/UE, de 30 de mayo de 2011 relativa a la concesión de ayuda financiera de la Unión a Portugal, *DO* L 159, de 17.6.2011, p. 88.

25 Recomendación del Consejo 2011/C 212/01, de 12 de julio de 2011, relativa al Programa Nacional de Reforma de 2011 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad actualizado de España (2011-2014), *DO* C 212, de 19.7.2011, p. 1.

26 Recomendación 2013/C 217/20 del Consejo, de 9 de julio de 2013 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016, *DO* C 217, de 30.7.2013, pp. 27-32.

de pensiones propuesta con el fin de retrasar la edad de jubilación legal y aumentar el número de años de trabajo para el cálculo de las pensiones, según lo planeado; revisar periódicamente los parámetros de las pensiones a la luz de la evolución de la esperanza de vida» (Recomendación de 2011) y, más brevemente, «garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema de pensiones, incluso aumentando la edad efectiva de jubilación mediante el ajuste de la edad de jubilación o las pensiones de jubilación a los cambios en la esperanza de vida» (Recomendación de 2013). Tanto en uno como en otro caso, lo que el Consejo recomienda a España es que endurezca las condiciones para acceder a las pensiones, y por tanto, para poder ejercer el correspondiente derecho a ese acceso. En línea similar, hay que referirse igualmente a la Recomendación del Consejo de 2011 sobre los Programas de Reformas y Estabilidad de Chipre²⁷, donde se insta a dicho Estado miembro a lo siguiente: «En el caso de las pensiones, ampliar el número de años de contribución, vincular la edad de jubilación a la esperanza de vida o adoptar otras medidas con un efecto presupuestario equivalente».

Y si bien este tipo de Recomendaciones del Consejo, por su denominación, parecieran ser *soft law*, su inobservancia tiene consecuencias jurídicas para el Estado destinatario. Sobre todo, si éste pertenece a la Eurozona, pues así lo permite el artículo 136 del TFUE, pudiendo esas consecuencias llegar a ser de orden sancionador, la máxima expresión de la obligatoriedad jurídica, lo que lleva a tales Recomendaciones así respaldadas al terreno de la coacción característicamente propio de los actos de *hard law*. En efecto, y sobre la base del citado precepto del TFUE, los apartados 1 y 2 del artículo 4 del Reglamento 1173/2011 (una de las medidas de Derecho derivado que integran el *Six-Pack*)²⁸ permiten que el Consejo imponga a un Estado miembro sobre el que previamente haya decidido, con arreglo al artículo 6.2 del Reglamento 1466/1997, que no ha adoptado ninguna medida efectiva, la constitución obligatoria de un depósito remunerado del 0,2 de su PIB del ejercicio precedente. La remuneración no obsta al carácter materialmente sancionador, pues la constitución del depósito debe efectuarse, su cuantía es de significativa magnitud, y sólo cabe su restitución si el Consejo

27 Recomendación del Consejo 2011/C 210/04, de 12 de julio 2011, relativa al Programa Nacional de Reforma de 2011 de Chipre y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad actualizado de Chipre (2011-2014), DO C 210, de 16.7.2011, pp. 12-15.

28 Reglamento (UE) n.º 1173/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro, DO L 306, de 23.11.2011, p. 1.

decide que la situación que lo motivó ha dejado de existir (artículo 4.6 del Reglamento 1173/2011).

Al ser las medidas recién descritas del Consejo y la Comisión, para los Estados de la Eurozona que sean sus destinatarios, actos jurídicos obligatorios o de *hard law*, también resultan ser plenamente justiciables, al menos en lo que respecta a su aplicación a dichos Estados. De ello se sigue que el control del respeto a la Carta de los Derechos Fundamentales se incluye de modo natural en la fiscalización que eventualmente pueda realizar el Tribunal de Justicia, y en ausencia de específica disposición originaria obstativa que lo impida, dentro del canon general de validez del Derecho derivado y actos aplicativos de la Unión, pues desde el Tratado de Lisboa la Carta se equipara en el art. 6.1 del TUE a los Tratados en los que se basa la Unión.

También formando parte del *Six-Pack*, e igualmente en desarrollo del artículo 121 del TFUE, el Reglamento 1176/2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos²⁹, puede dar lugar a actuaciones de la Unión con repercusión potencial sobre derechos fundamentales que tengan necesidades de financiación presupuestaria significativa o posean un impacto macroeconómico relevante (esencialmente, los de corte social y/o prestacionales, de nuevo). Dentro del Mecanismo de Alerta para la detección rápida y seguimiento de los desequilibrios que dicho Reglamento configura, asimismo integrado en la secuencia cronológica del Semestre Europeo, queda previsto (artículo 6.1 del Reglamento 1176/2011) que el Consejo, basándose en la recomendación de la Comisión, pueda formular recomendaciones preventivas de conformidad con el artículo 121.4 del TFUE, a un Estado miembro que haya quedado sometido al examen exhaustivo establecido en el artículo 5, por presentar desequilibrios macroeconómicos. Respecto a dichas Recomendaciones, sí que efectúa este Reglamento una referencia explícita, aunque reducida y parcial, a la cuestión de los derechos. El tercer apartado del artículo 6 ordena el pleno respeto al artículo 152 del TFUE (sobre el papel de los interlocutores sociales) y que se tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (reconocedor del derecho de negociación y acción colectiva). Pero esta mención, por el contrario, y sorprendentemente, no se extiende a la necesaria observancia de la Carta en su conjunto. Un ejemplo de este tipo de Recomendaciones con repercusión restrictiva sobre derechos es la dirigida por el Consejo a Chipre en 2016 sobre los Programas de Reformas y

29 Reglamento (UE) n.º 1176/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos, *DO L* 306 de 23.11.2011, pp. 25-32.

de Estabilidad de dicho Estado miembro³⁰, nuevamente en relación con el derecho a la remuneración integrante del derecho al trabajo, pero, en esta ocasión, de los empleados públicos: «1. Antes de que acabe 2016, adoptar un mecanismo vinculante para contener la tasa de crecimiento de la remuneración de los empleados públicos».

Cuando el desequilibrio macroeconómico de un Estado miembro se califique de excesivo a resultas del examen exhaustivo a que se refiere el artículo 5 del Reglamento 1176/2011 (algo que aún no ha acontecido en la práctica), la Decisión del Consejo constatando la existencia de dicho desequilibrio recomendará medidas correctoras que, de nuevo, podrían tener un eventual contenido restrictivo de derechos, concediendo plazo al Estado afectado para la presentación de un Plan con esas medidas (artículo 7 del Reglamento 1176/2011), que ha de valorar el Consejo a recomendación de la Comisión (artículos 8.1 y 8.2 de ese mismo Reglamento), y que puede ser respaldado, o valorarse insuficiente en cuyo caso se otorgará plazo para que el Estado presente un nuevo Plan de medidas correctoras (artículo 8.3). Sometida la ejecución del mismo a seguimiento por la Comisión, incluso con misiones de supervisión reforzada en el país (artículo 9 del referido Reglamento), si la evaluación del Consejo sobre esa ejecución es negativa, a la vista del informe de la Comisión, puede aquél adoptar una Decisión, a recomendación de ésta, constatando el incumplimiento, junto con una recomendación otorgando nuevo plazo al Estado concernido para que cumpla las medidas correctoras (artículo 10, una vez más del Reglamento 1176/2011).

Aunque el *nomen iuris* de buena parte estos actos del Consejo (Recomendación) también podría llevar a confundirlos con actos de *soft law*, una vez más sobre la base del art. 136 TFUE se ven respaldados para los Estados de la Eurozona por consecuencias jurídicas establecidas en textos legislativos de Derecho derivado que les otorgan la condición de verdaderos actos de *hard law* con respecto a dichos Estados, desencadenado igualmente la justiciabilidad de tales medidas ante el Tribunal de Justicia, incluyendo la fiscalización jurisdiccional de su adecuación a la Carta de los Derechos Fundamentales. A semejanza de los actos previstos en el Reglamento 1466/97, para los basados en el Reglamento 1176/2011, las consecuencias jurídicas que se derivan de su incumplimiento por parte de los Estados destinatarios también pueden llegar a ser sancionadoras para ellos, en esta ocasión de conformidad con las prescripciones del Reglamento 1174/2011 sobre medidas para la corrección de los

30 Recomendación del Consejo 2016/C 299/07, de 12 de julio de 2016, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2016 de Chipre y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2016 de Chipre, *DO C 229*, de 18.8.2016, p. 27.

desequilibrios macroeconómicos en la zona del euro³¹, otro de los textos jurídicos pertenecientes al llamado *Six-Pack*.

A tenor del artículo 3 de este último Reglamento, el 1174/2011 (precepto no aplicado aún en la práctica, al no haberse incoado todavía ningún procedimiento por desequilibrio macroeconómico excesivo, como antes se destacaba), si el Consejo concluye que un Estado de la Eurozona no ha adoptado las medidas correctoras recomendadas, y basándose en una recomendación de la Comisión, podrá adoptar una Decisión obligando a dicho Estado constituir un depósito remunerado (apartado 1). O puede imponerle una multa anual si el Consejo llega a aprobar dos Decisiones en el mismo procedimiento por desequilibrios macroeconómicos, ya sean las previstas en el artículo 8.3 del Reglamento 1176/2011 (de insuficiencia de las medidas correctoras propuestas por el Estado afectado), ya sean las contempladas en el artículo 10.4 del mismo Reglamento 1176/2011 (de constatación del incumplimiento de dichas medidas correctoras por el Estado miembro concernido).

Igualmente debe hacerse referencia aquí al Reglamento 472/2013, anteriormente citado, sobre reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados de la Eurozona en graves dificultades de estabilidad financiera o en riesgo de ellas, que se aplica a los Estados de la Zona Euro sobre la base del artículo 136 del TFUE, en relación con los artículos 121 y 126 del mismo cuerpo normativo, así como a los Estados miembros de la UE que reciban una ayuda financiera con carácter preventivo de uno o varios Estados miembros, de terceros países, del MEEF, del FEDE, de la FEEF o de otra institución financiera internacional pertinente, como el FMI. En el primer caso, objeto de directo interés en este trabajo, el Estado concernido de la Eurozona debe adoptar, en cooperación con la Comisión, las medidas para atajar las causas reales o potenciales de las dificultades económicas teniendo en cuenta las recomendaciones que le hayan sido dirigidas con arreglo a los Reglamentos 1466/97, 1467/97 y 1176/2011 (artículo 3.1 del Reglamento 472/2013), pudiendo ulteriormente derivar en la obligación de emprender medidas correctoras preventivas, o en la elaboración de un proyecto de Programa de Ajuste Macroeconómico, si el Consejo, a propuesta de la Comisión, concluye que ello es necesario y que la situación puede afectar a la estabilidad de la Zona del euro o de sus Estados miembros (artículo 3.7 del referido Reglamento).

31 Reglamento (UE) n.º 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro, *DO L* 306 de 23.11.2011, pp. 8-11.

En el segundo caso, el Estado beneficiario de una ayuda preventiva ha de remitir un Programa de Ajuste Macroeconómico de acuerdo con la Comisión, el cual ha de respetar estrictamente el artículo 152 del TFUE y el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales (artículo 7.1 del Reglamento 472/2013) y garantizar recursos suficientes para las políticas primordiales, como la educación y la salud (artículo 7.7 del mismo texto de Derecho derivado). Corresponde al Consejo su aprobación por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, habiendo ésta de velar por que el Memorando de Entendimiento que suscriba en el marco del MEEF o del MEDE con el mismo Estado sea coherente con el Programa de Ajuste Macroeconómico de este último (artículo 7.2, una vez más, del Reglamento 472/2013). El Consejo, a recomendación de la Comisión, aprobará una Decisión (acto jurídico de indubitado carácter de *hard law*, dado su *nomen iuris*) dirigida al Estado miembro destinatario estableciendo los principales requisitos de política económica que el MEDE o el FEEF tengan previsto incluir en la condicionalidad de su apoyo financiero a dicho Estado, siempre que el contenido de esas medidas esté comprendido en el ámbito de competencias de la Unión según los Tratados, y la Comisión velará por que el MOU que ésta firme en nombre del MEDE o del FEEF sea plenamente coherente con la referida Decisión del Consejo (artículo 7.12 del mencionado Reglamento). En la supervisión posterior a la realización del Programa, que tiene lugar en tanto el Estado en cuestión no haya reembolsado el 75% de la ayuda financiera recibida, el Consejo, a propuesta de la Comisión, puede recomendar a ese Estado la adopción de medidas correctoras mediante el sistema de mayoría cualificada inversa (esto es, la Decisión del Consejo se entiende adoptada si en un plazo determinado éste no vota en contra, por mayoría cualificada, de la propuesta de la Comisión)³², de conformidad con el artículo 14.4, en relación con el 14.1, del mismo Reglamento 472/2013.

En cuanto a la praxis aplicativa del Reglamento 472/2013 con proyección restrictiva de derechos, que se examinará a continuación en orden cronológico decreciente, cabe citar en primer término la Decisión de Ejecución del Consejo de junio de 2017 modificando el Programa de Ajuste Macroeconómico para Grecia³³,

32 Para mayores detalles acerca de esta innovación en el mecanismo decisorio comunitario, véase R. PALMSTORFER, «The Reverse Majority Voting under the "Six Pack": A Bad Turn for the Union?», *European Law Journal*, núm. 20 (2), 2014, pp. 86-203.

33 Decisión de Ejecución (UE) 2017/1226 del Consejo, de 30 de junio de 2017, que modifica la Decisión de Ejecución 2016/544/UE por la que se aprueba el programa de ajuste macroeconómico para Grecia (2015/1411), *DO L* 174 de 7.7.2017, pp. 22-26.

que afecta a pensiones, a los derechos laborales y a la libertad sindical. En cuanto a lo primero, la Decisión establece que Grecia aplique «una reforma de las pensiones que proporcione un ahorro neto del 1% del PIB en el período 2019-2022»³⁴. En lo que respecta a los contenidos limitativos de derechos laborales y de la libertad sindical, el artículo 2.9 de la Decisión dispone lo siguiente: «En cuanto a los mercados de trabajo, Grecia adoptará legislación para clarificar que las reformas de la negociación colectiva de 2011 serán prorrogadas hasta la finalización del Programa. Las autoridades griegas sustituirán el actual marco administrativo de despidos colectivos por un procedimiento de preaviso de una duración no superior a tres meses que no implicará una aprobación *ex ante*, y modificarán la legislación sobre acciones sindicales».

Mucho más precisa e intensa en su incidencia erosiva sobre varios derechos es la Decisión de Ejecución del Consejo de septiembre de 2013, que aprueba el Programa de Ajuste Macroeconómico para Chipre³⁵. En particular, en el séptimo apartado de su artículo 2, en su letra a), dispone que el presupuesto deberá incluir, a partir del 1 de enero de 2014, «una nueva reducción del pago de horas extraordinarias y de los salarios del sector público en su conjunto», y en su letra b), que el presupuesto para 2014 contenga «una prórroga de la contribución temporal sobre el salario bruto de los empleados del sector público y privado, hasta el 31 de diciembre de 2016», así como «un aumento de las cotizaciones al régimen general de la seguridad social». En el apartado 8 del precepto se encuentran menciones restrictivas más inespecíficas, al recomendar a Chipre la adopción de reformas presupuestarias estructurales que contemplen: a) «si fuera necesario, reformas adicionales del régimen de pensiones general y del sector público», mientras que en el apartado 9 del artículo 2 de esta Decisión queda establecido que «Chipre garantizará que la suspensión de la indización de los salarios en el conjunto del sector público siga en vigor hasta el final del programa. Todo cambio del salario mínimo será acorde con la evolución de la situación económica y del mercado de trabajo, y se efectuará previa consulta a los agentes sociales»: lo primero implica la congelación salarial en el sector público durante la vigencia del Programa de Ajuste Macroeconómico, mientras que lo segundo afecta de forma limitativa al alza del salario mínimo, dificultándola.

34 Artículo 2.2.ii) de dicha Decisión.

35 Decisión de Ejecución 2013/463/UE, del Consejo, de 13 de septiembre de 2013, por la que se aprueba el programa de ajuste macroeconómico de Chipre y se deroga la Decisión 2013/236/UE, *DO L* 250 de 20.9.2013, pp. 40-44.

Para terminar este repaso ejemplificativo de la praxis, la Decisión del Consejo de 2010 sobre la asistencia financiera de la Unión a Irlanda³⁶, preveía en su artículo 3.6 «una reducción de la desgravación tributaria para las pensiones y las deducciones relativas a las pensiones, que permitirá obtener 155 millones EUR en 2011; (...) reducciones del gasto de protección social; una reducción del empleo en la función pública; una reducción progresiva de más del 4 %, en promedio, de las actuales pensiones de la función pública. Por su parte, la misma Decisión estableció en su artículo 3.7.a) «una reducción del 10 % en el sueldo de los nuevos funcionarios».

2. Los derechos fundamentales y las Recomendaciones y Decisiones de la Comisión y del Consejo en el procedimiento por déficits públicos excesivos

Cuando, en el marco de la política de la Unión sobre déficits públicos excesivos, el Consejo adopte una decisión declarando que un Estado miembro incurre en tal situación, puede acompañarla de recomendaciones para que dicho Estado ponga fin a ese déficit en un plazo determinado, sobre la base de una recomendación de la Comisión, todo ello conforme al artículo 126, apartado 6 del TFUE. De modo similar a como acontece con las recomendaciones políticas de la Unión sobre coordinación macroeconómica de los Estados miembros, el empleo del mismo *nomen iuris* en el Tratado (esto es, de nuevo, recomendaciones) para denotar a las que se contengan en estas Decisiones del Consejo sobre existencia de déficits excesivos *prima facie* llevaría a pensar en un pretendido carácter de *soft law* de tales recomendaciones (no así la propia Decisión, al existir una especie homónima en la tipología de actos jurídicamente vinculantes de la Unión establecida en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento), lo que, también en este contexto, plantea la duda más que razonable sobre su justiciabilidad ante el Tribunal de Justicia. Y dado que estas recomendaciones del Consejo tienen por finalidad que el Estado miembro destinatario salga de la situación de déficit excesivo, pueden tener un alcance restrictivo de derechos fundamentales sociales y/o prestacionales de relevante necesidad de financiación presupuestaria, y desde esta perspectiva, entran dentro del foco de interés del presente trabajo.

Como también se vio que sucede en el ámbito de la coordinación macroeconómica, el Derecho derivado referente a los déficits excesivos, al amparo del artículo 136 del TFUE, establece una serie de consecuencias jurídicas para los Estados miem-

36 Decisión del Consejo 2011/77/UE, de 7 de diciembre de 2010, sobre la concesión por la Unión de ayuda financiera a Irlanda, *DO L* 30 de 4.2.2011, pp. 34-39.

bros pertenecientes a la Eurozona, aparejadas a la inobservancia a las mencionadas recomendaciones del Consejo, que, como en seguida se razonará, desmienten el pretendido carácter de *soft law* de dichas recomendaciones para esos mismos Estados. Si el Consejo aprueba una Decisión constatando la existencia de un déficit excesivo, de conformidad con el art. 126.6 del TFUE y, al amparo de este, con el art. 3.3 del Reglamento 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo³⁷, el art. 5 del Reglamento 1173/2011 sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la Zona del Euro³⁸ pone en manos del propio Consejo una medida sobre la que no cabe dudar de su carácter sancionador. Este, de conformidad con el citado precepto reglamentario, habrá de adoptar una nueva Decisión por recomendación de la Comisión en régimen de mayoría cualificada inversa, por la que se imponga al Estado miembro incumplidor la constitución de un depósito sin intereses equivalente al 0,2 % de su PIB durante el ejercicio precedente.

Además, y nuevamente basándose en el artículo 136 TFUE, de aplicación sólo a los Estados de la Eurozona, prevé para ellos el artículo 9 del Reglamento 473/2013³⁹ que cuando el Consejo haya tomado una decisión constatando un déficit excesivo con arreglo al artículo 126.6 del Tratado, el Estado afectado, salvo que esté sometido a un Programa de Ajuste con arreglo al Reglamento 472/2013, deberá presentar a la Comisión y al Consejo un Programa de Asociación Económica que proponga la adopción nacional de medidas políticas y reformas estructurales dirigidas a corregir eficaz y duraderamente el déficit excesivo, e identificando y seleccionando prioridades destinadas a aumentar la competitividad y el crecimiento sostenible a largo plazo, teniendo en cuenta las recomendaciones del Consejo sobre la aplicación de las orientaciones para las políticas económicas y de empleo. La Comisión y el Consejo emitirán un dictamen (apartado 4 del citado artículo 9), a cuyo contenido apro-

37 Reglamento (CE) n.º 1467/97, del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, *DO L* 209, 2.8.1997, p. 6, modificado por Reglamento (CE) n.º 1056/2005, del Consejo, de 27 de junio de 2005, *DO L* 174, de 7.7.2005, p. 5, y Reglamento (UE) n.º 1177/2011, del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, *DO L* 306 de 23.11.2011, pp. 33-40.

38 Reglamento (UE) n.º 1173/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro, *DO L* 306, de 23.11.2011, p. 1.

39 Reglamento (UE) n.º 473/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro, *DO L* 140 de 27.5.2013, pp. 11-23.

batorio del Programa de Asociación Económica hace referencia el apartado 5 del mismo precepto reglamentario, y efectuarán un seguimiento anual de su aplicación (apartado 6 de ese mismo art. 9).

En lo que al presente trabajo interesa, estas medidas y reformas, que deben incluirse por el Estado miembro concernido en su Programa de Asociación Económica, pueden tener contenidos restrictivos de derechos sociales y/o prestacionales con financiación presupuestaria o impacto macroeconómico importantes, lo que plantea la justiciabilidad de estos programas ante el TJUE (al menos, en tanto alberguen las medidas restrictivas a que se ha hecho referencia) por eventual infracción o menoscabo de derechos fundamentales reconocidos en la Carta. Y si bien, a tenor de los apartados 1 a 4 del artículo 9 del Reglamento 472/2013, la autoría del Programa y de las consiguientes medidas restrictivas corresponde a los Estados miembros, dicho Programa debe someterse a la aprobación de la Comisión y del Consejo, conforme se desprende del apartado 5 del mismo precepto, aunque en términos un tanto crípticos. Lo cual significa que, si la Comisión y el Consejo pueden aprobar ese Programa, también pueden rechazarlo. Y el rechazo impide aplicar el Programa, lo que equivale entonces a su inexistencia jurídica. En cambio, si lo han aprobado, puede considerarse que el Programa de Asociación Económica ha sido asumido por ambas instituciones de la Unión, pasando a ser de éstas en coautoría con el Estado miembro en cuestión, extremo que corrobora el empleo del término «Asociación» en el *nomen iuris* que le asigna el artículo 9 del Reglamento 472/2013. Este verdadero afloramiento de la Comisión y del Consejo como instituciones autoras (o, según lo dicho, coautoras) hace de los Programas de Asociación Económica actos de las referidas instituciones, y en esa condición, pasan a ser actos justiciables ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluido el aspecto de su conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales.

De otra parte, los Programas de Asociación Económica también son actos de los Estados miembros que los elaboran, pero adoptados en aplicación del Derecho de la Unión (concretamente, del artículo 9 del Reglamento 472/2013, este a su vez basándose en el artículo 126 del TFUE). Dicho argumento avala igualmente, no sólo la competencia genérica de control del Tribunal de Justicia, sino también que ese control incluya la conformidad con la Carta de Derechos Fundamentales, pues, según se desprende de su artículo 51.1, esta es de observancia (con la consiguiente garantía jurisdiccional de que ello sea así, a cargo del mismo Tribunal) para los Estados miembros cuando aplican Derecho de la Unión.

En lo que respecta a la praxis, cabe citar varias Decisiones del Consejo que, dirigidas a poner fin a la situación de déficit excesivo del respectivo Estado destinatario,

contienen medidas afectantes en sentido restrictivo a derechos fundamentales de significativa financiación presupuestaria o repercusión macroeconómica relevante, la mayoría, además, de carácter social. El grueso de las Recomendaciones del Consejo en el marco de la política de la Unión sobre déficits públicos efectivamente producidas en la práctica, y publicadas oficialmente, se refieren, significativamente, a Grecia. Por orden cronológico decreciente, puede citarse, las Decisiones del Consejo 2011/791/UE⁴⁰, 2011/734/UE⁴¹, 2011/257/UE⁴², 2011/57/UE⁴³, 2010/486/UE⁴⁴ y 2010/320/UE⁴⁵, todas ellas con objeto de reforzar y profundizar la supervisión presupuestaria y de formular una advertencia a Grecia a fin de que adopte las medidas para la reducción del déficit, considerada necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo.

En esta serie de Decisiones del Consejo se establecen minoraciones de pensiones⁴⁶, obligaciones de reforma laboral (con evidente impacto sobre el derecho al

40 Decisión del Consejo 2011/791/UE (que además modifica la Decisión 2011/734/UE), *DO L* 320 de 3.12.2011, pp. 28-31.

41 Decisión del Consejo 2011/734, de 12 de julio de 2011, *DO L* 296 de 15.11.2011, pp. 38-52.

42 Decisión 2011/257/UE, de 7 de marzo de 2011 (que además modifica la Decisión 2010/320/UE), *DO L* 110 de 29.4.2011, pp. 26-28.

43 Decisión del Consejo 2011/57/UE, de 20 de diciembre de 2010 (que además modifica la Decisión 2010/320/UE), *DO L* 26 de 29.1.2011, pp. 15-18.

44 Decisión del Consejo 2010/486/UE, de 7 de septiembre de 2010 (que además modifica la Decisión 2010/320/UE), *DO L* 241 de 14.9.2010, p. 12-14.

45 Decisión del Consejo 2010/320/UE, de 8 de junio de 2010, *DO L* 145, de 11.6.2010, p. 6.

46 Arts. 2.1.e) de la Decisión 2011/734/UE y 1.1.d) de la Decisión 2011/791/UE: «recorte de las pensiones principales y complementarias», para ahorrar 500 millones EUR en un año, 350 millones EUR en 2010, 219 millones EUR en 2011, y 446 millones EUR en 2012. Arts. 1.a) de la Decisión 2010/486/UE y 2.1.e) de la Decisión 2010/320/UE: «congelación de la indización de las pensiones (con objeto de ahorrar 100 millones EUR)». Art. 2.2.b) de la Decisión del Consejo 2010/320/UE: «Una ley de reforma del sistema de pensiones (...):unificación de la edad preceptiva de jubilación en los 65 años (hombres y mujeres); (...) disminución del límite superior de las pensiones; un aumento gradual del período mínimo de cotización para acceder a la pensión completa, de 37 a 40 años (en 2015, a más tardar); el establecimiento de la edad mínima de jubilación en los 60 años de aquí al 1 de enero de 2011; (...) una reducción sustancial de la lista de profesiones penosas; una reducción de las pensiones (un 6 % anual) para los trabajadores que se jubilen entre los 60 y 65 años con un período de cotización inferior a 40 años; la creación de un mecanismo de ajuste automático que vincule la edad legal de jubilación al aumento de la esperanza de vida (a partir de 2020 (...)); el endurecimiento de los criterios de concesión de las pensiones de invalidez y su revisión periódica (...).».

trabajo y el derecho a la negociación colectiva, bien sea con el objetivo directo de promover reducciones salariales de los trabajadores por cuenta ajena en el sector privado, rebajar la cobertura por desempleo e incluso incrementar la contratación laboral temporal⁴⁷, bien sea para descompensar negativamente la posición negociadora de la representación de los trabajadores *bis à bis* la de los empresarios, primando los convenios colectivos de empresa en detrimento de los sectoriales y suspendiendo la prórroga de convenios⁴⁸), disminución paralela de similares derechos de los empleados públicos: rebajas salariales⁴⁹, reducción de la nueva contratación y despidos

47 Artículo 2.2.m) y n) de la Decisión del Consejo 2011/734/UE: «reforma del sistema de negociación salarial en el sector privado, que prevea una reducción de la retribución de las horas extraordinarias, una mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y la posibilidad de celebrar pactos territoriales locales para fijar un incremento salarial inferior al previsto en los acuerdos sectoriales» y «reforma de la legislación de protección del empleo, a fin de ampliar a un año el período de prueba en los nuevos trabajos, y facilitar un mayor recurso a los contratos temporales». Art. 3.2.z) de la misma Decisión: «(...) la eliminación de la aplicación de convenios sectoriales y profesionales a partes no representadas en las negociaciones». Art. 2.3.c), d) y e) de la Decisión 2010/320/UE: «reforma del sistema de negociación salarial en el sector privado» (de igual contenido que la Decisión anteriormente citada), «[u]na ley sobre salarios mínimos que introduzca mínimos parciales para grupos de riesgo, como los desempleados jóvenes y de larga duración, y que contemple medidas para garantizar que los salarios mínimos actuales no varíen en términos nominales durante tres años», «[u]na reforma de la legislación de protección del empleo» para, además de lo fijado en la Decisión anteriormente citada, «reducir el nivel global de las indemnizaciones por despido (...) [y] aumentar el umbral mínimo de activación de las normas relativas a los despidos colectivos, sobre todo para las empresas más grandes».

48 Art. 1.1.o) de la Decisión 2011/791UE: «se suspenderá la prórroga de los convenios colectivos profesionales y sectoriales y el denominado "principio de causa más favorable" durante el período de aplicación de la EPMP, de tal modo que los convenios de ámbito empresarial tengan prioridad sobre los sectoriales y profesionales». Y art. 3.2.z) de la Decisión 2011/734/UE: «leyes que (...) establezcan la primacía de los convenios de ámbito empresarial sobre los convenios sectoriales y profesionales, sin restricciones indebidas; la no aplicación de restricciones a los convenios colectivos de ámbito empresarial basadas en el tamaño de las empresas; la eliminación de la aplicación de convenios sectoriales y profesionales a partes no representadas en las negociaciones».

49 Art. 1.1.c) de la Decisión 2011/791UE: «aplicación inmediata de la tabla salarial revisada de los funcionarios, lo que contribuirá a reducir el gasto en al menos 101 millones EUR en 2011, acompañada de una prórroga de al menos 552 millones EUR para 2012 (...)». Art. 2.1 de la Decisiones del Consejo 2011/734/UE y 2010/320/UE, letra f): «reducción de las primas y bonificaciones de Semana Santa, verano y Navidad abonadas a los funcionarios, con objeto de ahorrar 1500 millones EUR en un año completo (1100 millones EUR en 2010)» y letra g) «supresión de las primas de Semana Santa, verano y Navidad abonadas a los pensionistas, aunque protegiendo a los que perciben pensiones bajas, con objeto de ahorrar 1900 millones EUR en un año completo (1500 millones EUR en 2010)».

y jubilaciones anticipadas⁵⁰, así como otras medidas restrictivas del ejercicio en general de derechos fundamentales de obligada financiación presupuestaria (como el de acceso a la tutela judicial efectiva, ante el necesario sostenimiento con fondos públicos del Poder Judicial encargado de administrar justicia⁵¹). Más adelante en este trabajo se volverá sobre las referidas Decisiones del Consejo relacionadas con Grecia al hilo de la impugnación efectivamente llevada a cabo contra ellas ante el Tribunal de Justicia, y sobre la jurisprudencia que el mismo generado recientemente en torno a ellas, y más en particular, en lo que se refiere a su justiciabilidad desde la perspectiva del respeto a los derechos y a la Carta.

Por lo que se refiere, finalmente, a los Programas de Asociación Económica, respecto a los que la opacidad es casi plena por falta de publicación oficial de los mismos, puede mencionarse, entre las escasas actuaciones de las instituciones que sí han tenido esa publicidad oficial, la Opinión del Consejo de 10 de diciembre sobre el Programa de Asociación Económica de Francia, donde, asumiéndolas implícitamente, se achaca a este país que «hay que especificar las medidas en las que el Gobierno basa su compromiso de reducir más los costes laborales»⁵².

III. LA COMPLEJA INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RESCATES

La crisis financiera de 2007 y de deuda soberana en 2010 llevaron a la Unión y a los Estados miembros al desarrollo de iniciativas sucesivas de asistencia mutua para supuestos de *default* de un país o del sistema bancario. Varias se establecie-

50 Art. 2.3.y) de la Decisión 2011/734/UE: «una ley que limite la contratación en el sector de las administraciones públicas a una proporción no superior a una contratación por cinco jubilaciones o despidos». Art. 1.2.l) de la Decisión 2011/791/UE: «norma de una contratación por cada cinco jubilaciones o despidos que se aplica a las administraciones públicas en su conjunto sin excepciones sectoriales; transferencia a la reserva laboral de unos 15000 empleados que actualmente trabajan en varias entidades públicas, y jubilación anticipada de 15000 empleados. El personal en la reserva laboral y los prejubilados cobrarán el 60 % de su salario básico (excluidas las horas extras y otras pagas extras) durante un máximo de doce meses. Este período de doce meses podrá prorrogarse hasta veinticuatro meses en el caso del personal que esté próximo a la jubilación. Los pagos efectuados al personal mientras se encuentre en reserva laboral se considerarán parte de la indemnización por despido».

51 Art. 2.3.r) de la Decisión 2011/734/UE: «aumento de las costas judiciales (como mínimo 100 millones EUR)». Del mismo tenor, Decisión 2011/57/UE, art. 1.8.z).

52 Dictamen del Consejo de 10 de diciembre de 2013 sobre el Programa de Asociación Económica de Francia, *DO C* 368, de 17.12.2013, pp. 4-6.

ron con considerables dosis de improvisación, ante los imperativos de celeridad que imponían las difíciles y cambiantes condiciones de los mercados financieros y de deuda. Siguiendo a KILPATRICK⁵³ y a REPASI⁵⁴, puede hablarse de cuatro generaciones de mecanismos de asistencia económica y financiera a Estados miembros de la Unión, con hasta diez Programas de Deuda Soberana desde 2008 más el «rescate bancario» a España a través del MEDE, y un desembolso global de en torno a quinientos mil millones de euros⁵⁵. La primera generación, entre 2008 y 2010, tuvo como destinatarios a Estados no pertenecientes a la Eurozona (Hungria⁵⁶, Letonia⁵⁷ y Rumanía⁵⁸), y presentó un claro anclaje comunitario en el Reglamento 332/2002 del Consejo⁵⁹, creador del Mecanismo de Asistencia Mutua previsto en el actual artículo 143.2 del Tratado de Funcionamiento (en aquel momento, artículo 119.2 del Tratado de Roma) para casos de dificultades o de amenaza grave de dificultades en la balanza de pagos de un Estado miembro acogido a una excepción en cuanto a la adopción del euro como su moneda, que puedan comprometer el funcionamiento del mercado interior o la realización de la política comercial común.

La segunda generación de instrumentos de asistencia vino dada por el primer rescate de un Estado de la Zona Euro: Grecia, en mayo de 2010. Dado que Grecia, al tener el euro como moneda, estaba sometida a la cláusula *no bail-out*

53 C. KILPATRICK, «On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts», *op. cit.*, especialmente en pp. 326 y ss.

54 R. REPASI, «Judicial protection against austerity measures in the euro area: *Ledra and Malls*», *Common Market Law Review*, vol. 54, 2017, p. 1136.

55 KILPATRICK, Claire, «The EU and the Sovereign Debt Programmes: the challenges of liminal legality», *European University Institute Working Papers*, LAW 2017/14, p. 1.

56 Decisión del Consejo n.º 2009/102/CE, de 4 de noviembre de 2008, por la que se concede ayuda financiera comunitaria a medio plazo a Hungría, *DO L* 37 de 6.2.2009, pp. 5-6.

57 Decisión del Consejo n.º 2009/290/CE, de 20 de enero de 2009, por la que se concede asistencia financiera comunitaria a medio plazo a Letonia, *DO L* 79 de 25.3.2009, pp. 39-41, modificada por Decisión del Consejo n.º 2009/592/CE, de 13 de julio de 2009, *DO L* 202 de 4.8.2009, p. 52.

58 Decisión del Consejo n.º 2009/459/CE, de 6 de mayo de 2009, por la que se concede ayuda financiera comunitaria a medio plazo a Rumanía, *DO L* 150 de 13.6.2009, pp. 8-10, modificada por Decisión del Consejo n.º 2010/183/CE, de 16 de marzo de 2010, *DO L* 83 de 30.3.2010, p. 19.

59 Reglamento (CE) n.º 332/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002, por el que se establece un mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos de los Estados miembros, *DO L* 53 de 23.2.2002, pp. 1-3.

establecida en el artículo 125 del TFUE, y además la Unión carecía de la amplitud de fondos presupuestarios que la situación requería, la instrumentación jurídica escogida para su rescate fue la adopción de sendos acuerdos intergubernamentales extracomunitarios creadores del Fondo de Préstamo Griego (*Greek Loan Facility*)⁶⁰. Una tercera serie de rescates, la segunda de los Estados de la Eurozona, daría lugar a la creación de un instrumento legal de la Unión para el rescate de dichos Estados y a la ampliación de los medios financieros para la asistencia. Fueron los de Irlanda (noviembre de 2010), Portugal (mayo de 2011) y Grecia II (julio de 2011). Consistió el nuevo instrumento en la aprobación de un Reglamento de la UE, por el que se estableció un Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (EFSM)⁶¹, a sufragar a cargo del Presupuesto de la Unión hasta un máximo de 60.000 millones de euros, al que se añadió la creación intergubernamental, con una dotación inicial de 440.000 millones de euros, de un Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FSEF), decidida en la misma Sesión del Consejo ECOFIN que aprobó el precitado Reglamento, por los Ministros de Economía y Finanzas del Eurogrupo⁶². A ello se unió la creación de una sociedad de Derecho privado (un *Special Purpose Vehicle*), el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (denominada *European Financial Stability Facility Société Anonyme*⁶³, o EFSF) con sede en Luxemburgo, acompañada de

60 Intercreeitor Agreement, de 8 de mayo de 2010, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/7/schedule/1/enacted/en/html> (acceso: 4 de diciembre de 2017), y Loan Facility Agreement, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/7/schedule/2/enacted/en/html> (acceso: 4 de diciembre de 2017).

61 Reglamento (UE) n.º 407/2010 del Consejo, de 11 de mayo de 2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera, *DO* L 118 de 12.5.2010, pp. 1-4, y Reglamento (UE) n.º 2015/1360 del Consejo, de 4 de agosto de 2015, que modifica el Reglamento (UE) n.º 407/2010 por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera, *DO* L 210 de 7.8.2015, pp. 1-2. Téngase en cuenta que, como se indica en el Considerando 4 de la Exposición de Motivos de este segundo Reglamento, «puede haber situaciones excepcionales en las que motivos prácticos, procedimentales o financieros aboguen por el uso del MEEF, por lo general antes que la ayuda financiera del MEDE o paralelamente a esta», lo que supone que el MEEF y el MEDE pueden llegar a actuar cumulativa y complementariamente.

62 Decisión de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros de la Zona Euro reunidos en el seno del Consejo de la Unión Europea, Documento del Consejo 9614/10, de 10 de mayo de 2010.

63 A. OLESTI RAYO, «La estabilidad financiera en la Unión Europea y la supervisión prudencial de las entidades de crédito», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, 2014, p. 407.

un Acuerdo marco entre el propio EFSF y sus 17 accionistas (que no son otros que los Estados de la Eurozona)⁶⁴.

La asistencia había de concederse a cada Estado que lo solicitase mediante Decisión del Consejo adoptada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, incluyendo tal Decisión, además de las condiciones financieras del préstamo o línea de crédito, una vez más la llamada «condicionalidad», que los apartados 3 y 4 del artículo 3 del Reglamento definen como «las condiciones generales de política económica que acompañan a la ayuda financiera con vistas a restablecer una situación económica o financiera sana en el Estado miembro beneficiario y a restaurar su capacidad de financiarse en los mercados financieros». Condiciones estas cuyo establecimiento se dejó en manos de la Comisión, consultando con el Banco Central Europeo (en adelante, BCE). Asimismo, la Decisión del Consejo había de comprender la aprobación del programa de ajuste preparado por el Estado miembro beneficiario para cumplir la condicionalidad.

La cuarta y última generación hasta el momento, tercera de Estados de la Zona Euro, la han integrado los rescates bancarios en España (julio de 2012) y Chipre (mayo de 2013), junto con el tercer rescate «de país» a Grecia (Grecia III, en agosto de 2015). Su instrumentación ha tenido lugar, en esta última ocasión, a través del Tratado intergubernamental creador del Mecanismo Europeo de Estabilidad⁶⁵ (el MEDE, por sus siglas en español, o ESM, por sus siglas en inglés), precedido por una «pequeña reforma» del TFUE autorizando, en el nuevo apartado 3 del artículo 126, la creación intergubernamental de un mecanismo de crisis por los Estados miembros que actúa como *lex specialis* frente a la cláusula de *no bail-out* establecida en el artículo 125 del TFUE⁶⁶,

64 European Financial Stability Facility Framework Agreement, https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20111019_efs_f_framework_agreement_en.pdf (acceso: 4 de diciembre de 2017).

65 Acerca del Tratado del MEDE, véase Y. MARTÍNEZ MATA, «El Mecanismo Europeo de Estabilidad: Complemento de los instrumentos de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros de la zona Euro» en A. OLESTI RAYO, *Crisis y coordinación de políticas económicas en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 75-89, A. DE GREGORIO MERINO, «Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanisms of financial assistance», *Common Market Law Review*, núm. 49(5), 2012, pp. 1622-1624, o A. OLESTI RAYO, «La estabilidad financiera en la Unión Europea y la supervisión prudencial de las entidades de crédito», *cit.*, pp. 408-411.

66 Decisión 2011/199/UE de reforma del art. 136 TFUE, DO L 91 de 6.4.2011, pp. 1-2: «Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto.

metodología que merecería el visto bueno del Tribunal de Justicia en el conocido Asunto *Pringle*⁶⁷.

IV. ¿Y QUÉ HA HECHO EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE? EL RESCATE DE LOS RESCATES (Y LOS RECORTES) «VERSUS» EL RESCATE DE LOS DERECHOS

En una fase inicial de las políticas estatales de austeridad en la Eurozona como condición a los rescates, algunos Tribunales nacionales fallaron en contra de medidas determinadas de recorte de beneficios o derechos sociales. Así, la Sentencia 862/2013 del Tribunal Constitucional portugués con respecto a la rebaja del 10 % de las pensiones de los funcionarios, o la Decisión 1906/2014 del Consejo de Estado griego en relación con la privatización del suministro de aguas de Atenas y Tesalónica; si bien el primero declararía la mera inconstitucionalidad sin nulidad por riesgo de poner en peligro la financiación acordada, y con ello la solvencia del Estado (Sentencia 352/2012); y el segundo remitiría a la necesidad imperiosa de consolidación de las finanzas públicas la admisibilidad de los recortes asumidos por Grecia en el primer *Memorandum of Understanding* (Decisión 668/2012)⁶⁸.

Por el contrario, y paralelamente, el Tribunal de Justicia de la UE sistemáticamente declaró inadmisibles cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales de Portugal y de Rumanía, países que obtuvieron ayuda financiera de la Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera y Mecanismo de Equilibrio de Pagos, condicionada a la adopción de un paquete de medidas de austeridad con importantes recortes. En esos reenvíos prejudiciales inadmitidos por el Tribunal de Justicia de la UE precisamente se cuestionaba la conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de esas medidas nacionales de recorte adoptadas en cumplimiento del correspondiente (y previo) *Memorandum of Understanding* (en adelante, MoU)⁶⁹. El mismo planteamiento siguió el Tribunal General en relación

La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas».

67 Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Pleno), de 27 de noviembre de 2012, *Thomas Pringle y Gobierno de Irlanda*, asunto C-370/12, apdo. 180.

68 En este sentido, R. REPASI, «Judicial protection against austerity measures in the euro area: *Ledra and Mallis*», *cit.*, p. 1140.

69 Auto de 14 de diciembre de 2011, *Corpul National al Politistilor*, asunto C-434/11, Auto de 10 de mayo de 2012, *Corpul National al Politistilor*, asunto C-134/12, Auto de 15 de noviembre de 2012 *Corpul National al Politistilor*, asunto C-369/12, Auto de 7 de marzo de 2013, *Sindicato dos*

con Grecia⁷⁰ y Chipre⁷¹, con ulterior confirmación por el Tribunal de Justicia en vía casacional⁷².

Los argumentos, en esencia, venían a ser tres. En primer lugar, que el Eurogrupo, autor de la declaración impugnada en anulación ante uno y otro Tribunal, carece de la condición de órgano decisorio de la Unión, siendo tan sólo un foro de discusión ministerial de los representantes de los Estados miembros cuya moneda es el euro. Circunstancia esta, en segundo lugar, que no quedaría desmentida por la participación de la Comisión y del BCE en las reuniones del Eurogrupo prevista en el Derecho originario, según ambos tribunales. Y en tercer lugar, argumentaron las dos cortes comunitarias que nada permitía considerar que el Eurogrupo esté controlado por la Comisión o el BCE, ni que actúe como mandatario de estas instituciones. Como colofón de ello, se entiende en estas resoluciones de inadmisión a trámite que tampoco cabe imputar la Declaración del Eurogrupo a la Comisión o al BCE, a efectos de permitir su impugnabilidad ante el Tribunal de Justicia, que en dichas resoluciones quedó, en consecuencia, rechazada⁷³.

Pese a todo ello, el Tribunal de Justicia ha empezado a admitir la posibilidad de entrar a controlar la adecuación de los MoU a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Y lo que es más, ese control comienza a ejercerse con respecto al MEDE, lo que puede resultar sorprendente a primera vista si se repara en cuál es la

Bancarios do Norte and Others, asunto C-128/12, Auto de 26 de junio de 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, asunto C-264/12, Auto de 21 de octubre de 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, asunto C-665/13.

⁷⁰ Auto de 27 de noviembre de 2012, *ADEDY y otros contra Consejo*, asuntos T-541/10 y T-215/11, Auto de 16 de octubre de 2014, *Mallis y Malli contra Comisión Europea y Banco Central Europeo*, asunto T-327/13.

⁷¹ Auto de 16 de octubre de 2014, *Petros y Elenitsa Chatzithoma contra Comisión Europea y Banco Central Europeo*, asunto T329/13, Auto de 10 de noviembre de 2014, *Fialtor Ltd contra Comisión Europea y Banco Central Europeo*, asunto T-294/13, Auto de 10 de noviembre de 2014, *Christos Theophilou y Eleni Theophilou contra Comisión Europea y Banco Central Europeo*, asunto T-293/13, Auto de 10 de noviembre de 2014, *A. Eleftheriou y otros contra Comisión Europea y Banco Central Europeo*, asunto T-291/13,

⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de septiembre de 2016, *Mallis, Malli, Kyprou, Chatzithoma, Chatzithoma, Chatziioannou y Nikolau contra Comisión Europea y Banco Central Europeo*, asuntos acumulados C-105/15 a C-109/15.

⁷³ Mayores detalles sobre estos Autos de inadmisión a trámite pueden hallarse en A. AGUILAR CALAHORRO, «La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a las medidas adoptadas ante la crisis económica», en F. BALAGUER CALLEJÓN et al. (ed.), *The impact of the economic crisis on the EU Institutions and Member States / El impacto de la crisis económica en las Instituciones de la UE y los Estados miembros*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, especialmente en pp. 149-156.

instrumentación jurídica del mismo: un tratado internacional paracomunitario (intergubernamental) entre los Estados de la Eurozona, lo que supone que éstos, cuando actúan de conformidad con las previsiones de dicho tratado, no están aplicando el Derecho de la UE, con lo que no parecerían ser de aplicación, *prima facie*, las previsiones del artículo 51, apartado 1, de la propia Carta, como con anterioridad había destacado el mismo Tribunal en su conocida Sentencia sobre el asunto *Pringle*.

El giro jurisprudencial (relativo, como en seguida se verá, dado el escaso alcance práctico de sus resultados hasta la fecha) ha venido de la mano de la posterior Sentencia sobre el asunto *Ledra Advertising*⁷⁴, dictada a consecuencia de un recurso de casación en el que el Tribunal de Justicia, rechazando el criterio manifestado en primera instancia por el Tribunal General, entra a controlar, desde la perspectiva de su ajuste o no a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, la actuación del BCE y de la Comisión en la firma y redacción de los MoU donde se establecen las medidas de política económica a las que se condiciona (la célebre condicionalidad) el suministro de financiación a un Estado miembro cuando éste no puede obtenerla en los mercados ordinarios de capitales debido a la exigencia en ellos de una excesiva tasa de interés vinculada, justamente, a las condiciones macroeconómicas de dicho Estado. Como es sabido, el Tratado creador del MEDE prevé esta doble intervención de ambas instituciones de la Unión que, por actuar formalmente fuera del ámbito de ésta, y cuando lo hacen, se les ha dado en denominar como «instituciones prestadas».

En el Asunto *Ledra Advertising*, resuelto mediante la antes citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) resolutoria en casación de un recurso por responsabilidad contractual contra la Comisión y el BCE debido a la actuación de ambas instituciones en relación con el Memorandum de Entendimiento sobre Condiciones Específicas de Política Económica, celebrado entre la República de Chipre y el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) el 26 de abril de 2013, alegaron los recurrentes que las medidas para reestructurar los bancos de Chipre contenidas en el mencionado MoU conculcaron su derecho de propiedad privada, reconocido en el art. 17 de la Carta. El punto de conexión con esta, según los recurrentes, residiría en que, a pesar de que esas medidas fueron incorporadas y realizadas por la legislación nacional chipriota, su diseño lo realizaron el BCE y la Comisión en cuanto partes negociadoras en el MoU con el Gobierno de Chipre.

74 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 20 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising y otros contra Comisión Europea y Banco Central Europeo*.

El Tribunal General había señalado en primera instancia que el Banco Central y la Comisión Europea actuaron en nombre del MEDE, y no en nombre propio, con lo que no habían implicado a la Unión, circunstancia que, a su vez, con arreglo al art. 51.1 de la Carta, suponía la inaplicabilidad de esta al caso de autos.

En cambio, fue de signo opuesto el parecer expresado por el TJUE en su Sentencia *Ledra Advertising*. Aunque parte de la premisa de que los Estados miembros que a la vez son signatarios del Tratado del MEDE no aplican el Derecho de la Unión cuando actúan en el marco de dicho mecanismo intergubernamental de estabilidad, por lo que no les resulta de aplicación la Carta como en tal sentido resolviera en el caso *Pringle*, la contribución adicional, de especial relevancia, que efectúa la Sentencia *Ledra Advertising* consiste en destacar que la Carta sí es aplicable a las instituciones de la Unión, y en todo momento, incluso aunque operen fuera del ámbito jurídico de ésta, lo que en particular incluye a la Comisión y al BCE en su intervención prevista en el Tratado del MEDE⁷⁵, circunstancia a la que *Pringle* no se había referido, y que, por tanto, dejó abierta hasta que *Ledra Advertising* ha cerrado el círculo en el sentido recién descrito.

De ello se deriva la obligación, en particular para la Comisión y el BCE por lo que se refiere al supuesto de autos (la redacción de la condicionalidad), de asegurarse de la compatibilidad del MoU con la Carta, y, en concreto, con los derechos que en ella se reconocen. Relaciona el Tribunal esta obligación con el art. 17.1 del TUE, que otorga a la Comisión la función de «guardiana de los tratados» de la propia Unión, habiendo de velar por su aplicación y por la del Derecho derivado adoptado a su amparo, obligación que le alcanza también cuando su actuación se produce en el marco intergubernamental paracomunitario del MEDE. E igualmente razona el TJUE, en *Ledra Advertising*, que el art. 13 del propio Tratado del MEDE lleva a una conclusión equivalente, pues los apartados 3 y 4 del precepto exigen a la Comisión que ésta vele por que los MoU concluidos en aplicación de dicho tratado intergubernamental sean compatibles con el Derecho de la UE, dentro del cual se halla, en la privilegiada posición propia del Derecho originario que el art. 6.1 del TUE le confiere, la Carta de los Derechos Fundamentales.

Subraya asimismo el Tribunal, en esta Sentencia, que, aunque el autor de los MoU sea el MEDE, circunstancia que puede determinar la inadmisibilidad de un

⁷⁵ Solución que, antes de dictarse la Sentencia *Ledra Advertising*, había propuesto ya F. ARMENGOL FERRER, «El sistema de garantías jurisdiccionales de los agentes intervinientes en la Unión Económica y Monetaria», en A. OLESTI RAYO, A. (coord.), *Crisis y coordinación de políticas económicas en la Unión Europea*, cit., p. 154.

recurso de anulación al tener que interponerse frente a actos jurídicos cuya autoría sea formalmente de las instituciones de la Unión (entre ellas, precisamente, la Comisión y el BCE), ello es irrelevante, en cambio, cuando se está ante un recurso por responsabilidad extracontractual. A este respecto, advierte la Sentencia *Ledra Advertising* (apdo. 55) que, tratándose del referido tipo concreto de recurso, no cabe excluir la imputación del hecho determinante de la responsabilidad extracontractual a una y otra institución de la Unión cuando incurran en conductas ilícitas en el proceso de formación y conclusión de los MoU en el ámbito del MEDE, como lo es, por las razones antes expuestas, que alguna de sus estipulaciones se oponga a la Carta.

Las consideraciones indicadas llevaron al TJUE a casar la previa Sentencia del Tribunal General al incurrir éste en el error jurídico de considerarse incompetente para la resolución del recurso de responsabilidad extracontractual interpuesto por los demandantes únicamente en atención a que el acto impugnado, el MoU, no pudiera formalmente imputarse al BCE ni a la Comisión. De lo que se sigue que el Tribunal de Justicia admite en *Ledra Advertising* su competencia (y lógicamente con ella, en su caso, también la del Tribunal General) para resolver recursos de responsabilidad extracontractual en los que se reclamen indemnizaciones por la ejecución nacional de los MoU debidas a que, en la formación de éstos, la Comisión (o el BCE) haya(n) faltado a su obligación de garantizar la observancia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión como parte integrante del Derecho de ésta por la que ambas instituciones deben velar en el marco del MEDE. Esta conclusión es de relevancia suma, pues por primera vez se establece jurisprudencia, por parte del TJUE, en torno a la viabilidad del recurso de responsabilidad extracontractual para pretensiones basadas en la vulneración de derechos reconocidos en la Carta a consecuencia de un MoU adoptado por la Comisión y el BCE en aplicación del Tratado (intergubernamental) sobre el MEDE.

Ahora bien, la contribución de la Sentencia *Ledra Advertising* desde la perspectiva de la observancia de los derechos fundamentales, en cuestiones de un modo u otro relacionadas con la Eurozona, termina aquí. Como en seguida se verá, el paso previo para reconocer la ilicitud del daño, que en este caso era determinar si había vulneración o no de derechos reconocidos en la Carta, da lugar a un verdadero examen de fondo, mediante el contraste del MoU con ésta, pero dicho examen concluye con una respuesta negativa. Acudiendo a su previa doctrina, el Tribunal analiza en *Ledra Advertising* si concurren los requisitos que cumulativamente han de darse para dar lugar a responsabilidad extracontractual (actuación ilícita, daño real y vínculo causal entre el acto impugnado de la institución en cuestión y el perjuicio o daño producido).

Y es en este análisis de la concurrencia o no del primero de tales requisitos, si la actuación impugnada fue o no ilícita, donde el Tribunal se ocupa de esclarecer si al negociar y firmar el MoU la Comisión incurrió en una vulneración de forma suficientemente caracterizada de una norma reconocedora de derechos para los particulares, que en este caso serían, respectivamente, el art. 17 de la Carta y el derecho de propiedad privada que en él se reconoce. Y si bien este análisis parte precisamente de la obligación de la Comisión de asegurarse que los MoU en cuya formación y firma interviene sean compatibles con la Carta, niega a la postre el Tribunal que en el caso de autos aquélla incurriese en una vulneración suficientemente caracterizada del derecho de propiedad reconocido en el art. 17 de dicho texto normativo de la Unión, cuando contribuyó a dar forma a la condicionalidad relativa a la reestructuración bancaria contenida en el MoU para el rescate de las entidades crediticias de Chipre.

Aun reconociendo que las medidas que conformaban esa condicionalidad tenían un carácter limitativo del derecho de propiedad, pues no otra cosa suponía que la Sentencia realizase un análisis de proporcionalidad de esas limitaciones, la conclusión final es que esas mismas medidas, precisamente por proporcionales, no fueron antijurídicas, sino que entraron en el terreno de las limitaciones expresamente declaradas admisibles por la propia Carta. Recuerda el TJUE al respecto que el derecho de propiedad no carece de limitaciones, y que, antes al contrario, estas pueden establecerse por motivos de interés general siempre que no supongan una intolerable y desmesurada intervención que menoscabe la esencia misma de dicho derecho. Aplicado este principio al caso en cuestión, subraya la Sentencia *Ledra Advertising* que el propósito perseguido con las medidas de reestructuración bancaria afectantes al derecho de propiedad de la entidad recurrente era el de preservar la estabilidad bancaria de la Eurozona y prevenir el riesgo de propagación a otras entidades y de creación de turbulencias en el resto de los bancos de la Eurozona, y aun en otros sectores, ante la interrelación e internacionalización de buena parte de las instituciones bancarias existentes en la Unión. A lo cual se suma, también según el Tribunal, el inminente riesgo de sufrir pérdidas si los bancos hubiesen quebrado. En virtud de todo ello, se estimó en *Ledra Advertising* que el MoU impugnado no configuraba medidas que pudieran considerarse ni injustificadamente restrictivas, ni intolerable y desmesuradamente lesivas de la esencia misma del derecho de propiedad de los recurrentes.

La desestimación de las impugnaciones no empaña un hecho de la mayor relevancia, la justiciabilidad de los MoU del MEDE, cuya condición jurídica era una incógnita antes de *Ledra Advertising* a causa de su marco regulador, de raigambre internacional, contenido en el Tratado intergubernamental constitutivo del referido

Mecanismo de Estabilidad. Aunque tales MoU no sean propiamente actos jurídicos de la Unión, circunstancia ésta que hace impracticable el recurso de anulación frente a ellos, al igual que ha ocurrido, al menos hasta la fecha, con la cuestión prejudicial, como ya se ha visto, *Ledra Advertising* ha despejado la vía del recurso por responsabilidad extracontractual. A su vez, ello abre una senda de fiscalización de los MoU desde la perspectiva del respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, por la vía indirecta de la sujeción a ella, que no deja de pesar sobre la Comisión y el BCE, aunque no actúen dentro, sino fuera, de las coordinadas institucionales y jurídicas de la Unión.

Un nuevo hito jurisprudencial, la Sentencia *Florescu*⁷⁶, ha propiciado que también la cuestión prejudicial permita plantear problemas de respeto de los derechos (nuevamente el de propiedad dio pie al caso) no ya sólo en rescates bancarios, sino, más ampliamente, en rescates de país, a propósito de las medidas restrictivas resultantes de la condicionalidad asociada a programas de asistencia financiera fundamentados en normas de Derecho de la Unión y concedidos a Estados en situación de *default* en los mercados financieros. Pese a la novedad que supone la apertura de una nueva vía procesal, el resultado final de *Florescu* es coincidente materialmente con el de *Ledra Advertising*: la falta de vulneración del derecho de propiedad. Plantearon el litigio nacional *a quo* dos magistrados rumanos, contra la prohibición de acumular una pensión pública con ingresos por actividades ejercidas en el seno de instituciones públicas si el importe de la pensión neta supera un determinado umbral, que estableció el Derecho nacional en ejecución del MoU suscrito entre la Comunidad Europea y Rumanía al amparo del Reglamento 332/2002/CE, anteriormente citado en este trabajo, regulador del mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos de los Estados miembros, en desarrollo de la asistencia mutua a que se refiere el artículo 143 del TFUE.

De similar modo que en *Ledra Advertising*, el TJUE realiza en *Florescu*, pero ahora a resultas de una cuestión prejudicial de interpretación que incluye dentro de su objeto el Memorando de Acuerdo entre la Comunidad Europea y Rumanía concluido en Bucarest y Bruselas el 23 de junio de 2009, un análisis de proporcionalidad sobre la base del artículo 52 de la Carta, a cuyo tenor es admisible establecer limitaciones a los derechos, siempre que se haga por ley (implícitamente se considera cumplido el requisito, pues la norma nacional de ejecución del MoU tiene tal rango, y aquel posee su base en un Reglamento de la UE), se respete la esencia de

76 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de junio de 2017, Asunto C-258/14, *Florescu y otros*.

dichos derechos (según *Florescu*, porque la incompatibilidad entre pensión y salario, con arreglo al Derecho nacional, concluye cuando cese voluntariamente el ejercicio de la actividad que da lugar a la obtención de la remuneración incompatible) y se pretenda el logro de objetivos y finalidades de interés general con arreglo al Derecho de la UE (requisito que se estimó concurrente también, al obedecer la medida a propósitos de optimización del gasto mediante minoración de costes remuneratorios y modificación del régimen de pensiones), para todo lo cual el Estado miembro destinatario contaba además con un margen amplio de apreciación, tratándose como se trataba de decisiones de política económica adoptadas mediante las leyes nacionales que se hallaban en la base del litigio interno que dio origen a esta Sentencia prejudicial (apdos. 43 a 60 de la Sentencia).

Pero la significación de *Florescu* no se limita a lo señalado. Además, confirma el carácter jurídico-comunitario de los MoU adoptados en los mecanismos de rescate basados en las disposiciones derivadas del Derecho de la UE que, a su vez, aplican el art. 143 del TFUE. Concretamente, el art. 3 del Reglamento 332/2002, a cuyo tenor las condiciones a la asistencia que fije el Consejo se detallarán en un Memorando de Acuerdo que celebren la Comisión y el Estado miembro asistido, lo que, según la Sentencia *Florescu*, con explícita acogida del parecer del Abogado General a este respecto, lleva a considerar a tales MoU como actos adoptados por una institución de la Unión con arreglo al artículo 267 del TFUE, abriéndose paso así a la interposición de cuestiones prejudiciales respecto a ellos (apdos. 33 a 36 de la resolución). Y como consecuencia implícita (la Sentencia *Florescu* no se refiere a ella), de lo dicho cabe colegir que estos MoU también pueden ser objeto de recursos de anulación o por responsabilidad contractual, al ser actos de las instituciones, con inclusión de la observancia de la Carta en su parámetro de validez.

Florescu resulta destacable, asimismo, por aclarar que la legislación nacional incorporando medidas restrictivas (como las relativas a las pensiones en el supuesto de autos) en ejecución de un MoU de estas características puede entenderse como Derecho dictado por un Estado miembro en aplicación del Derecho de la Unión Europea. Y a consecuencia de ello, esa legislación nacional se encuentra sometida a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, conforme prescribe el art. 51.1. de la misma, a cuyo efecto se invoca la paradigmática Sentencia *Åkerberg Fransson* del propio Tribunal⁷⁷. No obstante, y quizás un tanto contradictoriamente, *Florescu* descarta al mismo tiempo que el MoU, a pesar de su efecto vinculante, imponga la

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto C-617/10, *Åklagaren contra Åkerberg Fransson*.

adopción nacional de la restricción concreta de las pensiones sobre las que versan tanto el litigio *a quo* como el enjuiciamiento prejudicial del Tribunal en este caso (apdos. 33 a 36 de la Sentencia).

Cerrando aquí el capítulo de la jurisprudencia del TJUE sobre los rescates, procede ahora referirse a la generada en relación con la política de la Unión sobre déficits públicos excesivos de los Estados miembros. Y debe constatarse, en primer término, la evolución producida en las tres resoluciones del Tribunal que a este respecto se han producido hasta el momento, de la inadmisibilidad a trámite de los recursos de anulación que declararon sendos Autos sobre los casos *ADEDY I* y *ADEDY II*⁷⁸, adoptados *a limine litis*, hasta la ulterior desestimación mediante Sentencia en el asunto *Sotiropoulou*⁷⁹, admitiéndose tácitamente con esta última la idoneidad de las medidas económicas y presupuestarias establecidas en las respectivas Decisiones del Consejo para ser válido objeto de impugnación ante el TJUE (a saber, las Decisiones 2010/320, 2010/486, 2011/57, en *ADEDY I* y *II*, y estas y las Decisiones 2011/257 y 2011/734, en *Sotiropoulou*, todas ellas tendentes a reforzar y profundizar la supervisión presupuestaria y formular una advertencia a Grecia a fin de que adoptara las medidas para remediar la situación de déficit excesivo, que se examinaron en el apartado 2.2 del presente trabajo).

Invocan los Autos *ADEDY I* y *ADEDY II*, para fundamentar la inadmisión a trámite que los mismos decretan, la falta de afectación directa e individual a los recurrentes de las Decisiones impugnadas, al tratarse de recursos de anulación⁸⁰ y ser Grecia, y no los propios demandantes, la destinataria de dichas Decisiones. Daban acogida así los dos Autos a las alegaciones que de contrario formularon la Comisión y el Consejo negando legitimación activa a los demandantes al amparo del artículo 264.3 TFUE y de la preexistente doctrina general del Tribunal (apdos. 64 de *ADEDY I*, y 66 de *ADEDY II*). Es desde este enfoque esencialmente procesal que ambos Autos analizan las Decisiones impugnadas, y las recomendaciones restrictivas de política económica que en ellas se establecen. En lo que al discurso de los dere-

78 Autos del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 27 de noviembre de 2012, Asunto T-541/10, *ADEDY, Papaspyros e Iliopoulos contra Consejo* (en este trabajo denominado como *ADEDY I*), y Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 27 de noviembre de 2012, Asunto T-215/11, *ADEDY, Papaspyros e Iliopoulos contra Consejo* (en este trabajo denominado como *ADEDY II*).

79 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 3 de mayo de 2015, Asunto T-531/14, *Sotiropoulou contra Consejo y Comisión*.

80 En ambos Asuntos, de advertencia a Grecia para reducción del déficit excesivo: en *ADEDY I*, la Decisión 2010/320/UE del Consejo, y su modificación por la Decisión 2010/486/UE, y en *ADEDY II* la Decisión 2011/57/UE del Consejo, modificando de nuevo la Decisión 2010/320/UE.

chos y la Carta se refiere, el único aspecto que examinan los dos Autos es si, como alegaban los demandantes, la inadmisión a trámite lesionaría el derecho a la tutela judicial efectiva, descartándolo aunque, llamativamente, sin invocar la Carta, sino la doctrina del Tribunal acerca de la plenitud del conjunto de recursos que establecen los artículos 263, 277 y 267 TFUE para la fiscalización de la actividad de las instituciones, órganos y organismos de la Unión (apdos. 64 del Auto *ADEDY I*, y 66 del Auto *ADEDY II*), y su jurisprudencia precedente en torno a que los particulares que no puedan impugnar directamente actos de las instituciones ante el TJUE pueden hacerlo ante las jurisdicciones nacionales, las que, a su vez, cuentan con la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales ante este (apdos. 89 y 90 del Auto *ADEDY I*, y 101 y 102 del Auto *ADEDY II*). Citan también ambas resoluciones, finalmente, el art. 19.1.2 del TUE, a cuyo tenor los Estados miembros han de establecer las vías de recurso precisas para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión (apdos. 93 del Auto *ADEDY I*, y 105 del Auto *ADEDY II*), aclarando adicionalmente que la inadmisión decretada en ellos no crea ningún precedente obstativo para el acceso de los demandantes ante el juez nacional (apdos. 94 y 106, respectivamente).

En cambio, en la *Sotiropoulou* no hay inadmisión a trámite, aunque sí algo factualmente equivalente: la desestimación. Y el argumento es el mismo que en *ADEDY I* y *ADEDY II*, la falta de afectación directa e inmediata para los recurrentes por tratarse de medidas de política económica general que, aunque incluso cuenten con una cuantificación de su impacto presupuestario, requieren de medidas nacionales de ejecución en las que las autoridades nacionales (griegas) poseían un significativo margen de apreciación en cuanto a la forma de articular el logro de las metas presupuestarias así definidas por el Consejo. Pero, como en *Ledra Advertising*, *Sotiropoulou* efectúa una aportación de similar importancia desde la perspectiva de los derechos: lleva a cabo el control jurisdiccional de las medidas establecidas por el Consejo en sus Decisiones relativas a los déficits públicos excesivos de los Estados miembros, lo que incluye la consideración de la Carta dentro de su parámetro general de validez.

V. CONCLUSIONES: ¿TOMANDO LOS DERECHOS EN SERIO EN LA EUROZONA?

Acaba de constatarse que los primeros pronunciamientos del TJUE sobre pretensiones relativas al respeto de los derechos en los procedimientos por déficits excesivos y en los «rescates», tanto intergubernamentales como de base comunitaria, han sido de inadmisión liminar a trámite, mediante simple auto, lo mismo

fueran cuestiones prejudiciales (significativamente, sin acudir a la habitual reconstrucción del reenvío para ofrecer un pronunciamiento de fondo al juez nacional *a quo*), que recursos de anulación, o recursos por responsabilidad extracontractual. También ha podido comprobarse que en los últimos años esta tendencia ha dado paso a la admisión a trámite de impugnaciones similares, que han enjuiciado los jurídicamente nebulosos MoU (tanto los adoptados en el ámbito intergubernamental del MEDE como los que lo han sido en el de los mecanismos comunitarios de rescate). Y lo que parece más importante, se ha declarado que la Comisión y el BCE están sometidos a la Carta cuanto actúan en calidad de «instituciones prestadas» dentro del contexto intergubernamental, y no comunitario, del MEDE, circunstancias todas ellas que han dado lugar a que se diga, de manera correcta desde esta múltiple perspectiva, que ha habido un rescate de los derechos por el Tribunal⁸¹.

Sin embargo, estos aspectos positivos no ocultan el hecho de que, al fin y a la postre, las resoluciones analizadas del Tribunal de Justicia han mostrado una amplia deferencia con las condicionalidades de los MoU, o con las medidas de política económica y presupuestaria contenidas en las Decisiones del Consejo por déficits públicos excesivos con alcance restrictivo sobre derechos. *ADEDY I* y *II* son autos desestimatorios de las impugnaciones planteadas contra esas condicionalidades y recomendaciones. Y *Ledra Advertising*, *Florescu* y *Sotiropoulou* han sido sentencias desestimatorias. Tal vez ello tenga mucho que ver con las dificultades que supondría reponer o indemnizar a los afectados por las medidas restrictivas de sus derechos, todas ellas, sin embargo, fáciles de medir, pues han sido cuantificadas tanto en los MoU como en las Decisiones del Consejo, según los casos.

Pese a ello, sería posible concebir mecanismos, hasta ahora, sin embargo, no ideados, de devolución o compensación a los afectados por los recortes con posterioridad a la recuperación económica del Estado rescatado o declarado en déficit excesivo, que incluso bien podrían erigirse en condición de la validez misma de dichos recortes, y con ella, de los respectivos instrumentos europeos que las establezcan (Decisiones del Consejo, o *MoU*, según los casos). O condicionantes como la preferencia por medidas excepcionales, temporales y no irreversibles cuando hayan de tener incidencia directa y restrictiva sobre derechos fundamentales individuales,

81 F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «El Tribunal de Justicia al rescate de los derechos en el contexto de las medidas de estabilidad derivadas de la crisis económica: *Pringle v. Ledra Advertising*», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 611-636.

sin que la autoría comunitaria, intergubernamental o nacional sirvan de subterfugio para eludir la constatación de las lesiones de derechos producidas o para articular jurisdiccionalmente las correspondientes medidas restitutivas, reparadoras o, ante la imposibilidad de ejecución *in natura*, indemnizatorias. Y si bien tal cosa es susceptible de especificarse y aclararse de forma literal y expresa en las disposiciones originarias y/o derivadas aplicables mediante su respectiva reforma, también hubiera sido posible su esclarecimiento por vía jurisprudencial, siquiera sea con valor prospectivo (por ejemplo, mediante anulación, cuando tal sea el recurso, con mantenimiento de los efectos jurídicos de la disposición impugnada, práctica posible y hasta cierto punto frecuente en la jurisprudencia del TJUE, y sin perjuicio de las eventuales medidas de reconocimiento, reparación y compensación por las vulneraciones de derechos efectivamente acaecidas).

Simplemente, y por el contrario, las resoluciones analizadas del TJUE han incidido en la juridicidad o no de las limitaciones de derechos contenidas en las medidas de recorte efectivamente adoptadas sobre los derechos de pensionistas, trabajadores asalariados del sector privado (flexibilización del despido, descentralización de la negociación colectiva) y del sector público (reducciones salariales generales, privación de determinadas pagas, reducción de la tasa de reposición de puestos a consecuencia de las jubilaciones de sus antiguos titulares, flexibilización del despido). Pero tal vez quepa ver en sentencias como *Ledra Advertising*, *Florescu* una advertencia *pro futuro*, en tanto que en ellas se reivindica la justiciabilidad de los MoU, cuestión que hasta ellas distaba de estar clara, así como su justiciabilidad desde la óptica de la obligada observancia de la Carta por las instituciones implicadas en la negociación y redacción de estos instrumentos (los MoU).

Que tal observancia de los derechos se produzca o no dependerá de si las instituciones (Consejo, Comisión y BCE) afectadas por esta jurisprudencia de la Unión (*Ledra Advertising*, *Florescu*) «captan el mensaje» y adaptan, o no, su conducta futura a dicha jurisprudencia, pasando a integrar el respeto de la Carta en su respectiva actuación en estos campos relacionados con la Unión Económica y Monetaria en general, y con la Eurozona en particular. Finalmente, dependerá también, y mucho, de lo que haga el propio TJUE en eventuales impugnaciones futuras. Resta por ver, en suma, si la Comisión, el BCE, el Consejo, y en última instancia, el mismo TJUE, toman los derechos en serio en la Unión Monetaria, y especialmente en la Eurozona, donde los poderes más incisivos conferidos a la Unión, como ya se ha visto, suponen también más riesgos desde la perspectiva de la observancia efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Resumen

Este artículo analiza el problema del respeto de los derechos fundamentales en la Eurozona, tanto en el marco las políticas propiamente comunitarias de coordinación macroeconómica y de prohibición de déficits excesivos, cuanto con respecto a las medidas de política económica (la condicionalidad política) asociadas a los rescates bancarios y de país producidos como consecuencia de la crisis económica, de compleja y variable instrumentación jurídica, en unos casos para comunitaria e intergubernamental, y en otros, anclada en el Derecho comunitario, instrumentación también es objeto de descripción y crítica en este trabajo. Asimismo, se pasa sumaria revista a la cambiante y evolutiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desde la pura y simple inadmisión a trámite de las primeras impugnaciones por eventual vulneración de derechos en las medidas adoptadas por la UE en el ámbito de la Unión Económica y Monetaria (UEM) o intergubernamentales, hasta la desestimación por razones de fondo, aunque con expresa confirmación de la obligada observancia de la Carta por parte de la Comisión y el BCE, no sólo en el ámbito comunitario de la UEM, sino también en el intergubernamental del MEDE.

Palabras Clave

Derechos Fundamentales, Eurozona, Unión Económica y Monetaria, Recortes, Condicionalidad, Rescates, Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), Tribunal de Justicia de la UE

Abstract

This paper deals with the problem of the respect to fundamental rights in the Euro Area, within the framework of the community-based policies of macroeconomic coordination and prohibition of excessive deficits, as well as within that of economic policy measures (political conditionality) linked to the bank and country bailouts brought about by the economic crisis. It also analyzes the complex and variable legal instrumentation thereof, in some cases intergovernmental, while in others anchored in European Union law. Likewise, this article discusses the changing and evolving jurisprudence of the Court of Justice on the matter, from its first orders simply declaring of its lack of jurisdiction to the processing of the first challenges for infringement of rights against the cutouts decided by the EU in the field of the Economic and Monetary Union (EMU) or in intergovernmental frameworks, until the further rejection of challenges on the ground of substantial reasons in more recent orders and decisions, but expressly underlining therein the mandatory observance of the Charter by the Commission and the ECB, not only in the EU area of the EMU, but also in the intergovernmental legal environment of ESM.

Keywords

Fundamental Rights, Euro Area, Economic and Monetary Union, Cutouts, Conditionality, Bailouts, European Stability Mechanism (ESM), EU Court of Justice

Recibido: 30 de marzo de 2018

Aceptado: 15 de abril de 2018

GOBERNANZA ECONÓMICA EUROPEA Y EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO: IMPLICACIONES PARA EL CASO ESPAÑOL

JUANA GOIZUETA VÉRTIZ
Profesora Agregada. UPV/EHU

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El marco normativo de la estabilidad presupuestaria: instrumentos para el control del déficit público.
- III. Implicaciones para el caso español: el marco interno de estabilidad presupuestaria.
- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La crisis económica que se viene sufriendo desde 2008 –calificada de crisis de las finanzas públicas¹– ha llevado a la UE a adoptar determinadas políticas económicas que acentúan el proceso de integración en su vertiente económica, empoderando a la Unión en lo que respecta al diseño de las grandes líneas de las políticas presupuestarias que deben desarrollar los Estados. Una política presupuestaria que se sitúa en el marco de la llamada Gobernanza económica europea.

La gobernanza económica europea se enmarca en el pilar de la Unión Económica y Monetaria (en lo sucesivo, UEM) que incluye la política presupuestaria y la formulación de políticas económicas, así como la política monetaria. Ahondando en la idea de la gobernanza económica europea, puede decirse que ésta es considerada el inicio del camino hacia un auténtico Gobierno Económico Europeo y siguiendo a Beatriz Inárritu afecta a las siguientes 4 áreas: coordinación y supervisión de políticas presupuestarias nacionales; coordinación y supervisión de políticas nacionales de competitividad, crecimiento y empleo; regulación y supervisión del sector financiero; y asistencia financiera a Estados en dificultades².

1 E. ALBERTÍ ROVIRA, «El impacto de la crisis financiera en el Estado Autonómico español», *REDC*, n.º 98, 2013, p. 63.

2 Para un estudio exhaustivo de estas 4 áreas de la gobernanza económica europea, sus objetivos

La política presupuestaria, que tal y como hemos avanzado, se enmarca dentro del pilar de la política económica, gira sobre la lógica del saneamiento de las cuentas o finanzas públicas de los Estados a través de la contención y reducción del déficit público, y constituye el elemento central desde mediados del 2010 sobre el que se ha hecho pivotar la superación de la crisis. Aunque lo cierto es que el debate a nivel europeo sobre la regla de la estabilidad presupuestaria comienza en la década de los ochenta del siglo pasado, es, como acabamos de apuntar, tras la crisis de 2008, y tras el fracaso de las medidas de estímulo económico, cuando la Unión apuesta por una política presupuestaria austera centrada en el saneamiento de las cuentas públicas. Y ello porque se entiende que la estabilidad presupuestaria exige unas finanzas públicas saneadas sin déficit o con déficit controlado y muy reducido, lo que se consigue sobre la base del control del gasto público. En definitiva, bien podría sostenerse que la principal receta que se aplica para superar la crisis es la de la austeridad que permite lograr la necesaria estabilidad presupuestaria.

Llegados a este punto, conviene advertir que en este trabajo se pretende, —de forma sintética—: por un lado, exponer y reflexionar sobre los diversos mecanismos adoptados en el seno de la gobernanza económica europea afectantes a la política presupuestaria y, en particular, sobre aquellas que persiguen la estabilidad presupuestaria; y, por otro lado, analizar su impacto en el caso del sistema constitucional español.

II. EL MARCO NORMATIVO DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA: INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL DEL DÉFICIT PÚBLICO

La obligación jurídica de estabilidad presupuestaria no puede considerarse algo novedoso puesto que ya con el Tratado de Maastricht en 1992 se introdujo el objetivo de dicha estabilidad, entendida como límite a la deuda y déficit públicos de los Estados, y que conforma la base central del programa de convergencia que debían cumplir éstos para alcanzar el euro³. Son varios los instrumentos o elementos de la

y elementos previstos para alcanzar los mismo puede verse: B. INÁRRITU, «La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: propuesta de sistematización de elementos, procedimientos, mecanismos y herramientas», *REEI*, n.º 31, pp. 5-36.

3 El principio de estabilidad presupuestaria se recoge en el artículo 104C del Tratado de Maastricht, siendo el Protocolo anejo a este Tratado sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo el que establece que el déficit público no podía superar la barrera del 3% del PIB y que el nivel de endeudamiento público no podía traspasar el 60% del PIB como condición para que los Estados puedan implantar la moneda única.

gobernanza económica europea, pero, en particular, en este trabajo centrarán nuestra atención aquéllos que afectan a la política presupuestaria. Se trata, en definitiva, de paquetes de medidas, de diversa naturaleza jurídica⁴, que van desarrollando la mencionada política. Nos referimos: al Pacto de Estabilidad y Crecimiento; al *Six Pack*; al *Two Pack*; y al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria.

1. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento

El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (en adelante, el Pacto) se aprueba a impulso de Alemania en el Consejo Europeo de Ámsterdam en junio 1997. Su contenido se incorpora a través del Derecho derivado⁵ y desarrolla y concreta los criterios de convergencia aprobados en Maastricht para el logro de la moneda única⁶. El Pacto se erige en «el instrumento jurídico más relevante en aras a garantizar unas finanzas públicas sanas mediante la coordinación y supervisión de las políticas presupuestarias de los países miembros de la Unión Europea»⁷. Esto es, el Pacto da

4 J. PISANI-FERRY ha utilizado el término «bricolaje intergubernamental» en *Assurance mutuelle ou fédéralisme: la zone euro entre deux modèles*, Bruegel, 8 de octubre de 2012, p. 1.

5 Reglamento (CE) n.º 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (DOCE L 209 de 2.8.1997) y Reglamento (CE) n.º 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo. También resultan de interés en este contexto: la Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento adoptado en Ámsterdam el 17 de junio de 1997, a través de la cual se proporciona a los Estados miembros, al Consejo y a la Comisión orientaciones políticas firmes para aplicar dicho Pacto de forma rigurosa y rápida, alentando a los Estados miembros a seguir políticas presupuestarias saneadas después de entrar en la tercera etapa de la Unión Económica y Monetaria (DOCE C 236 de 2.8.1997); la Comunicación de la Comisión «Reforzamiento de la Gobernanza Económica y mejora de la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento» adoptada en septiembre de 2004 en la que se trata el tema del reforzamiento de la gobernanza económica y la clarificación de la aplicación del Pacto, proponiendo una serie de eventuales mejoras del mismo (COM (2004) 581 final, Bruselas, 3.9.2004); y las Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 22 y 23 de marzo de 2005 en las que se respalda el acuerdo político de los Ministros de Hacienda para una mejor gestión del citado Pacto (Bruselas, 23 de marzo de 2005, 761971/05 REV 1).

6 Artículo 140 TFUE (anteriores artículos 121.1, 122.2 y 123.5 TCE).

7 A. OLESTI RAYO, «La evolución del Pacto de Estabilidad y Crecimiento», en *Crisis y coordinación de políticas económicas en la Unión Europea*, Centro de Estudios Internacionales, Madrid, 2013, p. 57.

forma al compromiso de la estabilidad financiera, que se erige en requisito de acceso a la Unión Económica y Monetaria, y se adopta en aras a preservar la disciplina presupuestaria

Así, los Estados que reunieran los mencionados requisitos pudieron el 1 de enero de 1999 iniciar la unificación de sus políticas monetarias. Tales criterios de convergencia se refieren a: la necesidad de garantizar la estabilidad de los precios; la sostenibilidad de las finanzas públicas que exige respetar el margen de déficit público sin incurrir en «déficit público excesivo»⁸; la participación en el mecanismo de tipo de cambio del Sistema Monetario Europeo; y la convergencia de los tipos de interés a largo plazo. Pues bien, en el año 1999 culminó el proceso gradual articulado en 3 fases⁹ de lo que se conoce como la Unión Económica y Monetaria, que puede definirse como aquella zona o área formada por países, dentro de la Unión Europea, que comparten un mismo mercado –en el que se garantiza la libre circulación de personas, de bienes, de servicios y de capitales– y una misma moneda, y donde se ejecuta una política monetaria única. El problema es que la unión monetaria se diseñó sin una previa unión económica que fue sustituida por la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros ante la reticencia de estos y la voluntad de mantener intactas sus competencias en materia de política económica¹⁰.

Todos los Estados deben someterse a las normas de disciplina y responsabilidad presupuestaria que marca este Pacto incluso cuando su déficit sea inferior al 3% del PIB, estando además todos los Estados de la Eurozona obligados a presentar anualmente sus borradores presupuestarios a las instituciones comunitarias. Se pretende así mantener el control presupuestario a fin de evitar un déficit superior al valor de referencia del 3 por 100. De ello puede deducirse que la disciplina presupuestaria conforma uno de los principios vertebradores de la unión monetaria, siendo cada Estado quien incorpora en su legislación interna los compromisos adquiridos sobre

8 Consúltense el Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo (DOUE C326/279, de 26.10.2012).

9 La primera fase puede situarse de 1991 a 1993. Esta primera fase se inicia con la entrada en vigor de la libre circulación de capitales. La segunda fase, de transición y ajuste de las políticas monetarias y de corrección de desequilibrios financieros, puede encuadrarse de los años 1994 a 1998. Y en concreto, en 1998 se decide qué 11 países cumplen las condiciones o criterios de convergencia, previstos en el Tratado de Maastricht en relación con 5 parámetros, para formar parte de la unión económica y monetaria en 1999. De modo que puede afirmarse que en 1998 se decidió los Estados miembros que pasaron la criba pudiendo incorporarse a la tercera fase. Y, la tercera fase, se sitúa a partir de 1999, y supone la culminación del proceso de creación de la unión económica y monetaria.

10 En los artículos 120 a 126 TFUE se regula la coordinación de las políticas económicas nacionales.

convergencia económica. En particular, en el caso del Estado español el marco general de estabilidad presupuestaria que cercena su margen de libertad en el escenario presupuestario está integrado por la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria¹¹ –modificada por la Ley 15/2006, de 26 de mayo¹²– y por la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre¹³, complementaria de la anterior. Y ambas fueron refundidas por el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria vigente hasta el 1 de mayo de 2012¹⁴. Un marco general de estabilidad que, como apunta E. Albertí Rovira, no ha servido ni para prevenir la profunda crisis de las finanzas públicas ni para encauzar la situación lo que ha provocado que haya «saltado completamente por los aires en la primera gran crisis que ha tenido que afrontar»¹⁵.

Este Pacto integra una doble vertiente y conforma un código común de conducta fiscal para los Estados. La vertiente preventiva –fijación de objetivos presupuestarios a medio plazo para cada Estado miembro– resulta aplicable a países que no han incurrido en déficit excesivo y sirve precisamente para evitar tal déficit y lograr una situación presupuestaria sólida a medio plazo¹⁶, y la vertiente correctiva, en el que hay que encuadrar el procedimiento por déficit excesivo, se aplica a aquellos países que han superado el límite del 3% sobre el PIB, por considerarse inmersos en una situación de desequilibrio presupuestario excesivo¹⁷. En este caso, el Consejo podría imponer sanciones a los Estados infractores, finalizando el procedimiento cuando el Estado «reconduce» su situación pasando entonces a situarse en el pilar preventivo¹⁸.

11 BOE n.º 298 de 13 de diciembre de 2001.

12 BOE n.º 126 de 27 de mayo de 2006.

13 BOE n.º 299 de 14 de diciembre de 2001.

14 BOE n.º 313 de 31 de diciembre de 2007.

15 E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, p. 65.

16 Artículo 2 bis del Reglamento 1466/97.

17 Se han iniciado procedimientos declarando déficits excesivos a dos países de la zona euro: Países Bajos y Grecia. Y en el caso de la República Federal de Alemania y Francia el procedimiento iniciado fue impugnado por la Comisión ante el Tribunal de Justicia mediante recurso de anulación interpuesto el 27 de enero de 2004. Véase J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ y S. SALINAS ALCEGA, «La aplicación del procedimiento de déficit excesivo: los casos de Francia y Alemania. Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 2004 (asunto C-27/04, Comisión contra Consejo)», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 40, 2005, pp. 9-28.

18 Siguiendo a M. LÓPEZ ESCUDERO cabe afirmar que la vertiente preventiva se articula como un instrumento de *soft coordination* y la correctiva como uno de *close coordination*, en «La reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento», *REDE*, n.º 16, 2005, p. 458.

Así las cosas, y ante el incumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria contenidos en el Pacto por diversos Estados –lo que evidencia «la anarquía existente entre las políticas macroeconómicas y fiscales» de los mismos¹⁹–, éste fue reformado a los efectos de lograr una mayor flexibilidad y un aumento de la discrecionalidad en su aplicación por parte de las instituciones comunitarias en 2005 y en 2011, reforma esta última que será abordada en el siguiente apartado²⁰. Téngase en cuenta que el principio de equilibrio presupuestario no se articula como obligación para los Estados sino como un objetivo al que tender en el proceso de coordinación económica.

La reforma de 2005²¹ pretende incorporar, en el marco de la vertiente preventiva la «regla del ajuste fiscal» en virtud de la cual los países debían, incluso cuando estaban por debajo de un déficit del 3%, realizar una consolidación anual en términos estructurales equivalente al 0,5% del PIB hacia el objetivo a medio plazo reforzando de esta manera la parte preventiva del Pacto. Y en el escenario de la vertiente correctiva en 2005 se introduce una mayor flexibilización en los plazos marcados para llevar a cabo el ajuste fiscal en el ámbito del procedimiento de déficit excesivo, ampliándose el plazo y sobrepasando los 12 meses originarios evitando el automatismo en la aplicación del citado procedimiento²².

19 En estos términos se manifiestan B. PÉREZ DE LAS HERAS y S. LARRAZÁBAL BASÁÑEZ, «Control presupuestario en la Unión Europea, reforma constitucional, ajuste de los presupuestos de las Administraciones Públicas y su impacto en el autogobierno vasco en el marco de Concierto Económico», *RVAP*, n.º 94, 2012, p. 134.

20 Véase en esta línea la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Reforzamiento de la gobernanza económica y mejora de la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (COM (2004) final de 3 de septiembre de 2004). Así como el Informe del Consejo al Consejo Europeo titulado «Mejorar la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento» que puede consultarse en el Anexo II de las Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo celebrado el 22 y 23 de marzo de 2005 (Doc 7619/1/105 REV 1 21).

21 El Pacto originario fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 1055/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1466/97, del Consejo, de 7 de julio, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (DOUE núm. 174 de 7.07.2005) y por el Reglamento (CE) n.º 1056/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1467/97 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (DOUE n.º 174 de 7.07.2005).

22 Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones para aprovechar al máximo la flexibilidad que ofrecen las actuales disposiciones del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (COM/2015/012final).

En fin, esta reforma del Pacto, así como la operada en el año 2011, como sostiene C. Crespo Carrasco²³ han mejorado su diseño teórico, han aumentado su complejidad, han supuesto reducir la transparencia para el público y no garantizan la mejora del diagnóstico de cada política fiscal.

2. El Six Pack

El denominado *Six Pack* incluye un conjunto de 6 medidas legislativas adoptadas en el año 2011, y que entraron en vigor el 13 de diciembre de 2011. Tal batería de medidas responde al objetivo de aumentar la coordinación y de reforzar los mecanismos de supervisión de las políticas económicas y presupuestarias de los Estados y de control del déficit excesivo²⁴. En concreto, integran este paquete: el Reglamento (UE) 1173/2011²⁵ que contempla exclusivamente para los Estados de la zona euro un sistema de mecanismos de cumplimiento eficaces, preventivos y progresivos en forma de sanciones contra los Estados miembros cuya moneda es el euro. Esta modificación persigue reforzar la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y limitar la discrecionalidad en la aplicación de las sanciones²⁶; el Reglamento (UE) 1174/2011²⁷ que prevé un sistema de sanciones para aquellos países de la zona euro que no corrijan sus desequilibrios de forma efectiva; el Reglamento (UE) 1175/2011²⁸; el Reglamento (UE) 1176/2011²⁹ destinado

23 C. CRESPO CARRASCO, «La reforma de la supervisión de las políticas fiscales en la Unión Europea durante la crisis. ¿Huracán o brisa de cambio?» *Presupuesto y Gasto Público* 66/2012, Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, p. 48.

24 Sobre el *Six Pack* véase: J. M. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ y J. M. LÓPEZ JIMÉNEZ, «Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional en España», *Diario La Ley*, n.º 7760/2011.

25 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro (DOUE n.º L 306, de 23 de noviembre de 2011).

26 Así se manifiesta B. IÑÁRRITU en su trabajo «La nueva gobernanza económica de la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 8.

27 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro (DOUE n.º L 306, de 23 de noviembre de 2011).

28 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (DOUE n.º L 306, de 23 de noviembre de 2011).

29 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos (DOUE n.º L 306, de 23 de noviembre de 2011).

a corregir los desequilibrios excesivos de los países de la zona euro; el Reglamento (UE) 1177/2011³⁰; y la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, cuya fecha límite de trasposición fue en diciembre de 2013, que afecta a los siguientes 3 ámbitos: las reglas fiscales numéricas; el ámbito de las instituciones públicas independientes en política presupuestaria; y el relativo a los procedimientos del proceso presupuestario.

Esta Directiva, igual que las medidas que integran el *Two Pack*, fortalece la armonización y coordinación de las políticas fiscales y presupuestarias de los Estados miembros a fin de garantizar las obligaciones previstas en el TFUE a los Estados para evitar los déficits públicos y, también, conforma un refuerzo de la versión preventiva del Pacto.

Sin embargo, en términos estrictos, de los actos legislativos mencionados son dos los que modifican el Pacto. En concreto, el Reglamento 1175/2011 que modifica el llamado componente preventivo y el Reglamento 1177/2011 que hace lo propio respecto al componente correctivo. Y además de esta reforma merece ser destacada la modificación por la que se introduce un mayor automatismo a la hora de imponer sanciones propuestas por la Comisión en los casos en los que estas vayan dirigidas a los países que participan en la Unión monetaria puesto que se incorpora el procedimiento de mayoría cualificada inversa en lugar del de mayoría cualificada para la adopción de decisiones. Se incorpora así la llamada «reversión de la mayoría cualificada» en cuanto pauta «inédita»³¹ de votación.

Hecha esta aclaración, por lo que respecta a la reforma en su vertiente preventiva debemos destacar su integración en el Semestre Europeo –en virtud del cual se otorgan recomendaciones y orientaciones a cada Estado por parte de la Comisión para elaborar sus presupuestos y en su caso para abordar las necesarias reformas estructurales³²– así como la incorporación de una regla adicional sobre la limitación del crecimiento del gasto público que, por regla general, no podrá superar el crecimiento potencial del PIB a medio plazo. Asimismo, la reforma introduce un procedimiento por incumplimiento de la citada regla del ajuste fiscal para el caso de

30 Reglamento del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (DOUE n.º L 306 de 23 de noviembre de 2011).

31 B. PÉREZ DE LAS HERAS y S. LARRAZÁBAL BASÁÑEZ, «Control presupuestario en la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 134.

32 El Semestre Europeo responde al objetivo de garantizar una coordinación más estrecha de las políticas económicas de los Estados a fin de incrementar su convergencia y sostenibilidad.

que la Comisión observe una desviación significativa³³ en la senda del ajuste hacia los objetivos presupuestarios a medio plazo de la versión preventiva del Pacto. En tal caso se abre un plazo a los efectos de que el Estado miembro adopte las medidas oportunas para corregir la desviación.

Y en su vertiente correctiva, la reforma del año 2011 supone que los Estados podrán ser incluidos en el procedimiento de déficit excesivo si tuvieran ratios relativos a la deuda que superen el 60% del PIB y no estuvieran siendo reducidos suficientemente. Esto significa que el Consejo puede declarar el déficit público excesivo de un Estado no sólo cuando se dé un exceso de déficit que supere el 3% del PIB, que era el criterio hasta la entrada en vigor de estas medidas, sino también sobre un ratio de deuda significativamente superior al 60% del PIB cuando esta no disminuya de forma adecuada y satisfactoria.

En definitiva, el *Six Pack* plantea una nueva revisión del Pacto a través de un paquete de medidas que incluye una regulación común para lograr el objetivo de la Gobernanza Europea Económica y que implica su endurecimiento. Unas medidas que están previstas por el Grupo Especial de Gobernanza Económica en su Informe refrendado por el Consejo Europeo de 28 y 29 de octubre de 2010³⁴.

3. El Two Pack

Es un paquete legislativo de medidas aprobadas en el 2013³⁵ que se aplican a los países pertenecientes a la Eurozona que cuentan con borradores de planes presupuestarios o sin borradores presupuestarios en virtud del cual se lleva a cabo la supervisión económica y presupuestaria con carácter previo a la aprobación de los presupuestos nacionales³⁶. En concreto, este paquete legislativo

33 Siguiendo a B. IÑÁRRITU puede señalarse que la desviación se considerará significativa cuando: «la desviación en el ajuste del saldo estructural sea al menos del 0,5% del PIB en un solo año o al menos 0,25% del PIB de media anual en dos años consecutivos y cuando, atendiendo a la evolución del gasto, la desviación tenga un impacto total sobre el saldo público de, al menos, 0,5 del PIB en un año o acumulado en dos años consecutivos». «La nueva gobernanza económica de la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 8.

34 Doc. 15302/10 de 21 de octubre de 2010.

35 Tales medidas encuentran su base en el artículo 136 TFUE.

36 Téngase en cuenta que el *Two Pack* ha subsumido el denominado *Euro Plus Pack*, adoptado en marzo de 2011. Este Pacto constituye un Acuerdo Intergubernamental adoptado entre todos los Estados miembros de la Unión Europea a excepción de Croacia, República Checa, Hungría, Suecia y Reino Unido. Y pretende la realización de reformas estructurales que permitan una mejora de la competitividad, el empleo, la estabilidad financiera y la consolidación fiscal.

lo integran los dos siguientes Reglamentos que introducen el procedimiento de supervisión reforzada y el de supervisión reforzada general respectivamente: Reglamento (UE) n.º 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades; y Reglamento (UE) n.º 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona euro.

El Reglamento 473/2013 somete a los países de la zona euro a una supervisión reforzada de sus políticas económicas y presupuestarias cuando se encuentran en dificultades financieras, y si estas derivan en la necesidad de asistencia financiera entonces han de aplicar un programa de ajuste económico. Los Estados pertenecientes a la Eurozona deben de enviar sus programas de estabilidad en abril de cada año y, asimismo, han de remitir a la Comisión los borradores de los proyectos presupuestarios, a más tardar el 15 de octubre de cada año. También han de hacerse públicos los principales parámetros de los proyectos de presupuesto de todas las demás Administraciones Públicas. En caso de que la Comisión detecte que el anteproyecto de presupuestos incurre en graves contradicciones respecto a las obligaciones contraídas por los Estados en base al Pacto —que supone situarse en un nivel de déficit público superior al 3% y en un nivel de deuda superior al 60%— se podría requerir que se revise el proyecto de plan presupuestario y se presente un nuevo presupuesto a la mayor brevedad posible. Finalmente, los dictámenes de la Comisión relativos a los proyectos de presupuestos nacionales serán debatidos por el Eurogrupo. Así pues, se plantea por primera vez la supervisión europea de los presupuestos nacionales antes de su aprobación a nivel nacional, de modo que se refuerza la versión preventiva del Pacto. Nos situamos así ante una importante intervención de la Comisión y del Eurogrupo en la política presupuestaria de los países de la zona euro que no significa poder vetar los presupuestos pero que sí puede forzar a un Estado a modificar sus presupuestos y que conlleva un «encorsetamiento³⁷» de la competencia presupuestaria nacional.

Por su parte, el Reglamento 472/2013 prevé un procedimiento de supervisión reforzada de mayor intensidad para los países de la zona euro con grave inestabilidad

37 M. LÓPEZ ESCUDERO, «La nueva gobernanza económica de la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 395.

financiera en el que se intensifica el protagonismo de la Comisión que colabora estrechamente con el BCE. Un procedimiento que también se aplica a aquellos Estados que han superado con éxito un programa de ajuste macroeconómico vinculado con asistencia financiera como es el caso de España.

4. El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria

Este Tratado (en adelante, TCEG) –conocido como Pacto Fiscal Europeo o *Fiscal Compact*–, que resulta de obligado cumplimiento para todos los Estados de la Eurozona, fue firmado el 2 de marzo de 2012 por los Estados miembros, con la excepción de Reino Unido y República Checa, y entró en vigor el 1 de enero de 2013³⁸. Resulta necesario subrayar, por su singularidad, dos aspectos. Primero, que esta entrada en vigor no queda supeditada a la ratificación unánime de los 25 Estados que lo firmaron, bastando a tales efectos la ratificación por parte de 12 Estados de la Eurozona. Y segundo, que el TCEG resulta vinculante sólo para los 17 Estados miembros de la Eurozona, de modo que sólo será vinculante para el resto de los 8 Estados firmantes cuando estos asuman el euro. Lo que no obsta para que estos 8 Estados puedan vincularse con carácter previo eligiendo las disposiciones del TCEG que se comprometen a cumplir. De modo que parece establecerse dos tipos de vinculatoriedad: una, de carácter obligatoria y otra, potestativa.

No debemos pasar por alto la singularidad del TCEG desde una óptica jurídica, puesto que nos situamos ante un Tratado intergubernamental al estilo de lo que fueron el Acuerdo de Schengen de 1985 y su Convenio de Aplicación de 1990. Como es sabido, estos instrumentos, también, responden a una lógica intergubernamental. Y ahora vuelve a repetirse la historia, si bien en este caso nos movemos en el ámbito de la soberanía fiscal. Su base lo conforma la Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro de 9 de diciembre de 2011. Se prevé que, tras 5 años en vigor, esto es, para el 2018 se incorpore al marco legal de la Unión Europea a modo de vértice de una pirámide conformada por un conjunto de intervenciones europeas durante la crisis económica que responden al objetivo de lograr la estabilidad presupuestaria.

Es interesante anotar que el TCEG, junto con el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, y las medidas que integran el *Six Pack* han sustituido

38 El TCEG fue ratificado por España mediante Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio, y entro en vigor el 1 de enero de 2013 (BOE n.º 178, de 26 de julio de 2012).

al viejo marco de la estabilidad presupuestaria que venía integrado por el ya visto Pacto de Estabilidad y Crecimiento del año 1997.

El TCEG³⁹ incluye la «regla del equilibrio presupuestario», de modo que impone a los Estados parte un mayor esfuerzo de ajuste presupuestario. En concreto, se prevé que el déficit público estructural que se identifica con el saldo presupuestario público a lo largo de un ciclo económico no debe superar el 0,5% del PIB del país, salvo que concurren circunstancias excepcionales, siendo el límite del 1% si la ratio de la deuda pública respecto al PIB se sitúa por debajo del 60%⁴⁰. Dicho de otra forma, como pauta general, el presupuesto anual de cada Estado miembro ha de mantenerse equilibrado o con superávit y siempre dentro de los márgenes señalados⁴¹. Una regla que, tal y como se prevé en el artículo 3.2 TCEG, debe ser transpuesta en los ordenamientos nacionales mediante disposiciones vinculantes, permanentes y preferentemente de rango constitucional en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor del TCEG. Así pues, se produce un endurecimiento del límite del déficit presupuestario previsto, constitucionalizándose en algunos casos esa regla de la estabilidad presupuestaria.

A partir de este TCEG, lo que se ha hecho es modificarse la versión correctiva del Pacto, de modo que la decisión de iniciar un procedimiento de déficit excesivo respecto a un Estado miembro se toma por la regla de la mayoría inversa en el Consejo de la Unión. Así, los Estados que se vean inmersos en tal procedimiento de déficit excesivo» deben presentar un programa de colaboración económica que incorpore una descripción detallada de las reformas estructurales que se deberían poner en práctica y aplicar para asegurar una corrección duradera del déficit excesivo. Y el calendario para lograr tal corrección debe ser propuesto por la Comisión Europea tomando en consideración los riesgos específicos para la sostenibilidad de cada país.

En resumen, el TCEG, al albur de las exigencias de Alemania y Francia, prevé un mayor control fiscal y apuesta por la austeridad presupuestaria en términos absolutos.

39 Para un estudio más exhaustivo del TCEG, véase por todos: F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, «El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: ¿un impulso a la realización de la política económica de la Unión Europea o un Tratado superfluo e innecesario?», *RGDE*, n.º 28, 2012.

40 Artículo 3 TCEG.

41 Artículo 1 TCEG.

III. IMPLICACIONES PARA EL CASO ESPAÑOL: EL MARCO INTERNO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

A nivel interno la gobernanza económica de la Unión ha desplegado una serie de consecuencias en el ámbito de la política presupuestaria de los Estados parte siendo éstos los responsables de concretar las herramientas para garantizar la efectividad y los objetivos de dicha estabilidad. Hay que recordar que la política presupuestaria cae dentro del ámbito de responsabilidad y competencia de los Gobiernos nacionales y, por ende, de los Estados miembros, a diferencia de lo que ocurre con el pilar de la política monetaria en la que se reconoce la competencia exclusiva de la Unión ejercida básicamente por el Banco Central Europeo. Ello, no obstante, es necesario advertir que en el ámbito de la política presupuestaria es la UE la encargada de garantizar el cumplimiento de las normas comunes en materia de deuda y déficit a nivel nacional, de manera que la Unión actúa a modo de guardián del equilibrio presupuestario que han de garantizar y preservar los Gobiernos nacionales. En suma, en materia de política presupuestaria se traspasa el ámbito de la mera coordinación intensificándose a partir de la crisis el grado de vinculatoriedad de los compromisos acerca del límite del déficit y la necesidad de frenar la deuda pública a fin de lograr una fuerte disciplina presupuestaria.

Y no sólo eso, también es cierto que muchas de las medidas adoptadas para lograr la contención del gasto público –y es que debemos recordar que la estabilidad presupuestaria se basa esencialmente en el control del gasto público– inciden incluso más allá del ámbito de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas reconocida en el artículo 156.1 CE⁴². Piénsese, por ejemplo, en todos los decretos-leyes aprobados por el Gobierno que con la finalidad de contener y reducir el gasto público han afectado a ámbitos sectoriales de competencia autonómica como es la educación o la sanidad o lo mismo cabe señalar de algunas propuestas realizadas en el marco de los programas anticrisis. Así, no parece muy exagerado si sostenemos que el principio de estabilidad presupuestaria tiene un coste nada desdeñable para el Estado social, presentándose un futuro poco halagüeño para las políticas sociales.

En este apartado, centraremos nuestra atención en el análisis de lo que se ha venido a llamar el marco interno de estabilidad presupuestaria. Por lo que se refiere al caso español, la regla de la estabilidad presupuestaria –considerada una «regla de

42 Así lo ha puesto de manifiesto E. ALBERTI ROVIRA para quien el objetivo de la estabilidad presupuestaria y el control del gasto público afecta de forma importante tanto a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, así como a su autonomía política, en «El impacto de la crisis...», *op. cit.*, p. 85).

oro»⁴³— se ha incorporado a través de la reforma constitucional del art. 135 y de la Ley 2/2012 General de Estabilidad Presupuestaria que recoge, en gran medida, lo dispuesto en la reforma constitucional. De modo que son estos dos, principalmente, los instrumentos que integran el marco interno de estabilidad presupuestaria. Recordemos que mediante los instrumentos estudiados se trata de controlar la estabilidad presupuestaria en el interior de cada Estado de la zona euro, para lo que se fija la obligación de incorporar, tal y como se prevé en el artículo 3.2 del TCEG, mediante «normas preferentemente de rango constitucional», la regla de la estabilidad presupuestaria y los mecanismos adecuados para hacer cumplir los objetivos de tal estabilidad⁴⁴.

1. El artículo 135 de la Constitución

La «farragosa⁴⁵» y nada pacífica reforma del artículo 135 CE⁴⁶, que integra el nuevo marco jurídico de estabilidad financiera, qué duda cabe que encierra múlti-

43 *Ibidem*, p. 239.

44 El Consejo Europeo de 24 y 25 de marzo de 2011 había manifestado la necesidad de incorporar a la legislación nacional las normas presupuestarias de la Unión previstas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento a través de un instrumento jurídico de carácter vinculante y duradero como puede ser una ley constitucional o ley marco. De modo que, la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria por vía de la reforma del art. 135 CE no es una imposición de la Unión Europea. En tal sentido, además de España, Alemania, Austria, Italia o Eslovaquia incluyeron la regla de la estabilidad presupuestaria en sus textos constitucionales, mientras que Francia, Dinamarca, Portugal o Irlanda lo han hecho mediante la adopción de una Ley interna. Y es Alemania la pionera en este sentido, conformando la Ley Fundamental de Bonn el modelo a seguir para acometer reformas constitucionales similares.

45 Así se expresa E. ÁLVAREZ CONDE, en su trabajo «La reforma del artículo 135 CE», *REDC*, n.º 93, 2011, p. 162.

46 Sobre la reforma existe una prolija literatura. A título de ejemplo: J. M. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ y J. M. LÓPEZ JIMÉNEZ, «Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional en España» *Diario La Ley*, n.º 7760, 2011; R. FALCÓN Y TELLA, «La reforma del art. 135 de la Constitución», *RGDE*, n.º 25, 2011; R. ESCUDERO ALDAY, «Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011», *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, núm. 2, marzo-agosto 2012, pp. 86-98; E. ÁLVAREZ CONDE y C. SOUTO GALÁN (Dirs.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2012. A lo que puede añadirse la encuesta publicada en el núm. 93 de la Revista Española de Derecho Constitucional en la que se abordó la reforma de este artículo, así como el monográfico de la Revista Teoría y Realidad Constitucional del primer semestre de 2012.

ples aristas de importante complejidad. Nos situamos ante una reforma que, atendiendo a su Exposición de Motivos, pretende: garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución; reforzar el compromiso de España con la Unión Europea; y, al mismo tiempo, procurar la sostenibilidad económica y social del país.

Dos son los aspectos relativos a la reforma que centrarán nuestra atención. En primer lugar, el referente al procedimiento activado para abordarla. Y, en segundo lugar, la cuestión concerniente a los aspectos sustantivos o materiales de la misma. Aunque con carácter previo al análisis de ambos aspectos cabe avanzar, como es bien conocido, que nos situamos ante la segunda reforma constitucional desde la entrada en vigor de la Constitución en 1978, ya que la primera se operó con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992 reformándose, en particular, el artículo 13.2⁴⁷.

Llegados aquí, nos centraremos, en primer lugar, en el análisis del procedimiento utilizado para abordar la reforma. Son los grupos parlamentarios socialista y popular los que lideran la iniciativa en este caso presentando ante la Mesa del Congreso la Proposición de reforma constitucional⁴⁸. La reforma es aprobada el 7 de septiembre de 2011 y entra en vigor el 27 de septiembre de 2011⁴⁹. Una reforma «expres⁵⁰» fruto de una «decisión bicéfala⁵¹» que por razones de la coyuntura política –la proximidad del fin de la legislatura– se tramita por el procedimiento de lectura única⁵² y de urgencia⁵³. Además, nos encontramos con una reforma que se aborda por el procedimiento ordinario previsto en el art. 167 CE⁵⁴ y sin someterse a referéndum, lo que fue muy contestado por un amplio sector tanto doctrinal como de la ciudadanía⁵⁵.

47 Véase la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio y el BOE n.º 207 de 28 de agosto de 1992.

48 BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, n.º 329-1, de 26 de agosto de 2011.

49 BOE n.º 233 de 27 de septiembre de 2011.

50 E. ÁLVAREZ CONDE, «La reforma del artículo 135 CE», *op. cit.*, p. 161.

51 F. J. BASTIDA FREIJEDO, «La reforma del artículo 135 CE», *op. cit.*, p. 175.

52 Artículo 150 Reglamento del Congreso.

53 Artículos 93 y 94 Reglamento del Congreso.

54 Téngase en cuenta que algunos plantearon la necesidad de activar el procedimiento de reforma del artículo 168 CE por considerar la reforma del artículo 135 una reforma encubierta del Título Preliminar del texto constitucional que afecta a los derechos fundamentales.

55 Recordemos que en este caso no se dio el requisito previsto en el artículo 167.3 CE para someter la reforma a referéndum.

Por un lado, en lo que respecta al procedimiento legislativo excepcional de lectura única –que simplifica la tramitación de los textos suprimiendo determinados trámites y debatiéndose únicamente en sede plenaria⁵⁶–, la reforma se lleva a cabo, apartándose del modelo seguido en Alemania⁵⁷, sin haberse realizado un proceso reflexivo, de forma apresurada, sin madurar la propuesta, sin el análisis y debate necesario y sin contar con el consenso parlamentario deseado o aconsejable para una reforma de este calado, tal y como lo demuestran las numerosas enmiendas que, presentadas en ambas Cámaras, fueron todas rechazadas⁵⁸. La reforma cuenta con el respaldo de las dos fuerzas parlamentarias mayoritarias, pero se desoye prácticamente la posición de las minorías parlamentarias excluyendo así las posibilidades de expresión del pluralismo político y erosionando el consenso constitucional que presidió la aprobación del propio texto constitucional y que es el «principal valor político de la Constitución»⁵⁹.

Por otro lado, el procedimiento de urgencia significa que se reducen los plazos de duración de las distintas fases de la tramitación parlamentaria a la mitad de los establecidos con carácter ordinario. Una urgencia que no se ha apreciado en este supuesto y que, por ende, debería descartarse en opinión de un amplio sector doctrinal.

En todo caso, como apunta M. J. Ridaura Martínez⁶⁰, parece que la reforma no puede cuestionarse desde la óptica de su encaje constitucional. Pero sí se puede poner en entredicho, como veremos más adelante, desde el punto de vista de su oportunidad y por considerarse inadecuado el procedimiento, además de por las

56 Este procedimiento elimina cualquier posibilidad de negociación sobre el texto originario, así como la posibilidad de proponer alternativas en la fase de Comisión.

57 El proceso de reforma en Alemania concluyó tras más de 2 años de discusión.

58 Véase el BOCG (Congreso de los Diputados) n.º B-329-3 de 5 de septiembre de 2011 y BOCG (Senado), n.º 106-680 (Serie I) de 6 de septiembre de 2011. En concreto, se presentaron 24 enmiendas en el Congreso y en el Senado fueron 29. Un análisis de las enmiendas presentadas puede consultarse en P. GARCÍA ESCUDERO, «La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución. Especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional», *TRC*, n.º 29, 2012, pp. 165-198; y en O. SALAZAR BENÍTEZ, «La Constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE», *TRC*, n.º 29, 2012, pp. 416-419.

59 En estos términos se refiere al consenso constitucional F. DE CARRERAS SERRA, «La reforma del artículo 135 CE», *op. cit.*, p. 183.

60 M. J. RIDAURA MARTÍNEZ, «La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?», *TRC*, n.º 29, 2012, p. 249.

razones ya expuestas, por la ausencia en el procedimiento de las CCAA y de las Entidades Locales a pesar de la incidencia que la reforma desplegará sobre las mismas. Téngase en cuenta que este procedimiento de reforma urgente con lectura única ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional alegando, entre otras razones, que la reducción de plazos para la presentación de enmiendas lesiona el derecho al ejercicio de las funciones parlamentarias del artículo 23.2 CE⁶¹. Aunque el Tribunal inadmite el recurso de amparo, a través de un Auto⁶², afirmando que la reforma constitucional por vía del artículo 167 CE no queda vedada a la utilización de los procedimientos de lectura única ni de urgencia y por considerar que los recurrentes han podido «intervenir en la fase plenaria durante el trámite de toma en consideración y oponerse mediante el oportuno voto a la misma, en la tramitación de la proposición mediante el controvertido procedimiento y, ulteriormente, en la propia aprobación de la iniciativa de reforma». Esto es, el Alto Tribunal considera que la tramitación procedimental de la reforma del artículo 135 CE no es inconstitucional.

Ahora bien, y a pesar de la constitucionalidad de la reforma, resulta incontestable que tanto el procedimiento utilizado para abordarla, así como su oportunidad no son cuestiones pacíficas. En efecto, se cuestiona la oportunidad o pertinencia de la reforma. En tal sentido, algunos consideran la reforma no idónea, prescindible o innecesaria⁶³, argumentando que las medidas a adoptar para garantizar el principio de estabilidad presupuestaria encuentran suficiente cobertura en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. Más tajante se muestra F. De Carreras para quien la

61 Recurso de amparo constitucional núm. 5241-2011 presentado por 2 diputados del grupo parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds.

62 Auto del Tribunal Constitucional 9/2012, de 13 de enero. Téngase en cuenta que el Magistrado Pérez Tremps planteó voto particular al que se adhirió el Magistrado Ortega Álvarez por considerar que el Tribunal debió haber resuelto mediante Sentencia. En su voto particular Pérez Tremps dice que «una cuestión técnicamente compleja, novedosa, de evidente interés constitucional, suscitada por parlamentarios representantes del pueblo español no debería haberse inadmitido a trámite sino que debería haber sido objeto de un pronunciamiento más reposado y tras un análisis procesalmente completo de las cuestiones planteadas».

63 M. J. RIDAURA MARTÍNEZ, «La reforma del artículo 135...», *op. cit.*, pp. 254 y 259. Para la autora «no parece que las exclusivas exigencias del interés de los mercados puedan justificar una reforma de la Constitución que sacrifique el consenso constitucional». En esta misma línea, se han pronunciado, por ejemplo: J. L. CASCAJO CASTRO en el trabajo «La reforma del Artículo 135 CE», *REDC*, n.º 93, 2011; O. SALAZAR BENÍTEZ, «La Constitución domesticada...», *op. cit.*, p. 427; E. ÁLVAREZ CONDE, «La reforma del artículo 135 CE», *op. cit.*, p. 161; G. CÁMARA VILLAR, «La reforma del artículo 135 CE», *op. cit.*, p. 179.

reforma resulta «inútil, vacía y mal tramitada»⁶⁴. Aunque también hay quien han defendido su oportunidad. Es el caso, entre otros, de J. Tajadura Tejada⁶⁵ quien, además de calificar de oportuna la reforma, advierte ventajas en esta vía de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria que prevé el Derecho comunitario. En todo caso, lo que sí parece poder sostenerse es que la reforma del artículo 135 CE ha generado un interesante debate y no ha dejado indiferente a nadie.

En segundo lugar, y por lo que respecta al ámbito material de la reforma, pueden hacerse las siguientes reflexiones. Una de carácter general, a saber, que esta reforma supone la constitucionalización del principio de estabilidad de las Administraciones regulado hasta el momento en el Derecho comunitario y en el ordenamiento español por el legislador orgánico y ordinario. Así pues, esta reforma introduce, en el art. 135.1, la obligación de estabilidad presupuestaria para todas las Administraciones⁶⁶ para lo que contempla solo limitaciones de la deuda y del déficit públicos, previendo que se fije el calendario del déficit cero.

Y en particular, entre las novedades normativas sustantivas que incorpora esta reforma cabe subrayar las siguientes. Si bien prácticamente todo lo previsto en el reformado artículo 135 CE ya encontraba cobertura con la normativa existente anterior a la reforma.

Primera, se reconoce la prohibición de que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas incurran en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión para sus Estados miembros, siendo una ley orgánica –la aludida Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril– la que fijará el déficit estructural máximo y se exige expresamente a las entidades locales que presenten equilibrio presupuestario (art. 135.2). Sobre este particular, conviene advertir, por un lado, que el concepto de déficit estructural es el «concepto clave⁶⁷» de la reforma, aunque se difiere al año 2020 la entrada en vigor de los límites de déficit estructural⁶⁸, y, por otro lado, que sólo se exige expresamente equilibrio presupuestario a las Entidades Locales, mientras que al Estado y a las CCAA se les pide que mantengan la estabilidad presupuestaria.

Segunda, se exige la autorización por ley para que el Estado y las CCAA puedan emitir deuda pública o contraer crédito –antes de la reforma esta exigencia sólo alcanzaba al Estado–, añadiendo el apartado tercero que el volumen de deuda pública del conjunto

64 La Vanguardia de 1 de septiembre de 2011.

65 J. TAJADURA TEJADA, «Reforma constitucional e integración europea», *Claves de Razón Práctica*, n.º 216, 2011.

66 Téngase en cuenta que previamente la exigencia de equilibrio presupuestario solo aparecía para las Entidades Locales.

67 F. J. BASTIDA FREIJEDO, «La reforma del artículo 135 CE», *op. cit.*, p. 174.

68 Disposición Adicional Única, apartado 3.

de las Administraciones no pueda superar el valor de referencia previsto en el TFUE en el 60% del PIB y se prevé que el pago de la deuda pública pasa a tener una prioridad «absoluta». Sobre estas previsiones merece la pena hacer las siguientes consideraciones:

De un lado, la referencia explícita al TFUE resulta poco acertada e innecesaria y ello porque, como ha expuesto G. Cámara Villar, una reforma del derecho originario puede implicar dejar obsoleta la referencia constitucional al TFUE lo que exigiría una nueva reforma. En cambio, no compartimos, por exagerado, el segundo argumento expresado por el autor quien, trayendo a colación a R. Punset, ve en el tenor literal de la reforma una renuncia del Estado a su facultad de salir de la Unión⁶⁹.

De otro lado, la previsión de que el pago de la deuda pasa a tener prioridad «absoluta» supone, en opinión de E. Álvarez Conde, que se pueda condicionar todas las partidas presupuestarias afectando al modelo de Estado social de Derecho⁷⁰. En esta línea han de ser entendidas las palabras de F. J. Bastida Freijedo, que entiende que la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria «se cohonestaba mal con el principio del Estado social de Derecho, cuya efectividad puede requerir un endeudamiento público que comporte un desequilibrio presupuestario»⁷¹. Y es que no le falta razón a M. González Pascual al afirmar que no puede reducirse el déficit público sin disminuir los gastos en políticas sociales⁷². En este orden de cosas, hubiera sido deseable dejar la puerta abierta a la posibilidad de excepcionar tal carácter absoluto de la prioridad del pago de la deuda.

Tercera, el apartado cuarto, siguiendo el modelo alemán, contempla tres supuestos en los que el límite de déficit estructural y de volumen de deuda pública podrán superarse, siempre que así lo determine la mayoría absoluta de los miembros del Congreso. A saber: en caso de catástrofes naturales; cuando se dé una situación de recesión económica; y en situaciones de emergencia extraordinaria que escapen a control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado. Lo dicho deja la puerta abierta a un importante margen de discrecionalidad por parte del Congreso.

Cuarta, en el apartado 5 se remite a una Ley Orgánica –sustrayéndose así su regulación por Decreto Ley– el establecimiento de los límites de déficit estructural y volumen de deuda pública. De modo que el legislador orgánico, a través de la citada LO 2/2012, habrá de regular, en todo caso: «a) la distribución de los límites de déficit

69 G. CÁMARA VILLAR, «La reforma del artículo 135 CE», *op. cit.*, p. 179.

70 E. ÁLVAREZ CONDE, «La reforma del artículo 135 CE», *op. cit.*, p. 161.

71 F. J. BASTIDA FREIJEDO, «La reforma del artículo 135 CE», *op. cit.*, p. 172.

72 M. GONZÁLEZ PASCUAL, «Constitución Española y Gobernanza Económica Europea; desnudez y crisis del Estado Constitucional», *RVAP*, n.º 109-II, 2017, pp. 31.

y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y las forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse; b) la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural; y c) la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria». De este modo el propio art. 135 concreta el contenido de esa futura Ley Orgánica⁷³.

Y quinta, el párrafo 6.º establece que las CCAA, conforme a sus respectivos Estatutos, y dentro de los límites establecidos por el nuevo artículo 135, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.

Pues bien, situados en el ámbito material de la reforma, cabe decir que esta ha sido fuertemente contestada por vulnerar, a juicio de parte de la doctrina, la autonomía financiera de las CCAA. Aunque la jurisprudencia constitucional –trayendo a colación, entre otros, el argumento de que la estabilidad financiera constituye una orientación de la política económica general que corresponde dictar al Estado en virtud del artículo 149.1.13 CE– confirma la constitucionalidad del principio de estabilidad presupuestaria⁷⁴. En todo caso, lo que sí parece poder defenderse sin mayor dificultad es que este principio afecta al margen de actuación en la libre configuración de los presupuestos por parte de las CCAA. Y, por ende, a su libre definición de los gastos y a la plena disposición de sus ingresos.

Por último, incluso podríamos ir más lejos y sostener que la constitucionalización del principio de la estabilidad presupuestaria y la de la prioridad absoluta del pago de la deuda pública despliegan efectos nada desdeñables que proyectan su sombra incluso sobre el modelo de Estado diseñado en la CE. Y ello porque tal principio afecta no sólo a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, sino que también a su autonomía política. Afirmación que se sustenta sobre la base de que estas nuevas previsiones constitucionales pueden legitimar políticas de recortes, lo que pone en el centro de la polémica el controvertido tema de la regresión de los derechos sociales. En suma, nos encontramos con que las exigencias del mercado provocan el sacrificio de determinados derechos sociales y con ello la supeditación del Estado social al mercado.

73 La Disposición Adicional Única de la reforma establece que la Ley Orgánica a la que remite el artículo 135.5 sea aprobada antes del 30 de junio de 2012.

74 Véase en este sentido, a modo de ejemplo, las siguientes sentencias del TC en torno al debate sobre las competencias estatales y su compatibilidad con la autonomía financiera de las CCAA: 134/2011, de 20 de julio; 157/2011, de 18 de octubre; 185/2011, de 23 de noviembre; 195/2011; 196/2011; 197/2011; 199/2011 todas ellas de 13 de diciembre; o 203/2011, de 14 de diciembre.

2. La Ley 2/2012 General de Estabilidad Presupuestaria

La LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en lo sucesivo, LO 2/2012)⁷⁵ desarrolla, siguiendo el mandato del artículo 135.5 CE, los «principios a los que se refiere este artículo». Nos referimos a los principios de: estabilidad presupuestaria; plurianualidad; transparencia; eficacia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos; sostenibilidad financiera; responsabilidad y lealtad institucional. Esta Ley atribuye importantes poderes al Estado para decidir unilateralmente los objetivos de estabilidad presupuestaria para las Administraciones Públicas, incluyendo los objetivos individuales de cada Comunidad Autónoma que anteriormente

75 BOE n.º 103, de 30 de abril de 2012. Téngase en cuenta que esta Ley ha sido modificada por la Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, para afrontar el problema del gran endeudamiento y de la falta de liquidez de muchas Administraciones Públicas. De modo que la LO 4/2012 refuerza los mecanismos adicionales de financiación para las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales y flexibiliza el límite temporal inicialmente previsto. Y por la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, y por la Ley Orgánica 1/2016, de 31 de octubre (BOE, n.º 264, de 1 de noviembre de 2016).

Asimismo, hemos de añadir que la Ley 2/2012 ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias que fue resuelto por el Tribunal Constitucional en Sentencia 215/2014 de 18 de diciembre de 2014. El Gobierno de Canarias consideró viciados de inconstitucionalidad los artículos 10.3, 11.6, 12.3, 16, 19, 20.3, 24, 25.2 y 26 junto con las disposiciones adicionales segunda y tercera de la Ley y sustentó la impugnación, principalmente, aludiendo la infracción de la reserva de ley orgánica del art. 135 CE, del principio de autonomía del art. 137CE, del principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, y, finalmente, la vulneración del principio de lealtad constitucional encuadrable en el principio de seguridad jurídica también del art. 9.3 CE. Por lo que afecta a nuestro objeto de estudio, creemos conveniente resaltar que en numerosas ocasiones a lo largo del pronunciamiento jurisprudencial la Abogacía del Estado reconoce que algunas de las medidas previstas en la Ley 2/2012 afectan a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas si bien acaba sosteniendo que tal injerencia no resulta constitucional lo que implica reconocer su legitimidad constitucional. La injerencia en este sentido ha sido calificada de «debida, necesaria y proporcionada» (STC 215/2014, de 18 de diciembre de 2014. FJ 7, BOE n.º 29, de 3 de febrero de 2015). Lo cierto es que el Alto Tribunal desestimó el recurso de inconstitucionalidad en su totalidad entendiendo que el reenvío en blanco al Derecho de la Unión de la regulación del método de cálculo de déficit estructural no infringe la reserva de ley orgánica, que no se aprecia arbitrariedad del legislador y que tampoco la Ley invade ámbitos competenciales autonómicos. Ahora bien, también es cierto que a la Sentencia se opuso un Voto Particular defendido por parte de 5 Magistrados en el que se defiende la inconstitucionalidad de los arts. 11.6, 16, 25.2, 261 y de las disposiciones adicionales segunda y tercera de la Ley Orgánica 2/2012 (BOE n.º 29, de 3 de febrero de 2015). Para un estudio exhaustivo de los fundamentos de la decisión del Tribunal puede consultarse el trabajo de F. J. GARCÍA ROCA y M. A. MARTÍNEZ LAGO, «La repentina constitucionalidad de la Ley de estabilidad presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre: en memoria de Luis Ortega, universitario, magistrado, amigo...», *REDE*, n.º 54, 2015, pp. 89-122.

fijaba el Consejo de Política Fiscal y Financiera y que ahora ha quedado reducido a un papel meramente consultivo. Y, asimismo, resultan destacables los siguientes aspectos:

Primero: el artículo 3 supedita al marco de estabilidad presupuestaria la elaboración, aprobación y ejecución de los Presupuestos y demás actuaciones afectantes a los gastos o ingresos de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley. Y considera estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas aquella situación de equilibrio o superávit estructural.

Segundo: el artículo 8 contempla el principio de responsabilidad en virtud del cual a las Administraciones Públicas incumplidoras, se les exigirá que asuman en la parte que les sea imputable las responsabilidades derivadas de tal incumplimiento. En coherencia con ello, si España es sancionada por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, el Estado podrá repercutir en las Administraciones incumplidoras las responsabilidades devengadas por el mismo⁷⁶. Y en su párrafo segundo, este artículo 8 contempla la «cláusula de no rescate», en virtud de la cual unas Administraciones no responden de los compromisos adquiridos por otras.

Tercero: el artículo 11 va incluso más lejos de lo exigido en el TECG y establece que todas las Administraciones Públicas deben presentar equilibrio o superávit, sin que puedan incurrir en déficit estructural. Si bien, en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, y conforme a la normativa europea, se permitirá alcanzar en el conjunto de las Administraciones Públicas un déficit estructural del 0,4% del PIB nacional o el establecido en la normativa europea si fuera inferior. En cualquier caso, se prevé a estos efectos un periodo transitorio que alcanza hasta 2020 en la que está previsto que la ratio de deuda pública sobre el PIB para cada Administración se irá reduciendo anualmente hasta el límite señalado⁷⁷.

Cuarto: la Ley prevé, con carácter excepcional, la posibilidad de que el Estado y las CCAA, no así las Corporaciones locales, puedan incurrir en déficit estructural⁷⁸. Es necesario para ello que la excepcionalidad de la situación sea apreciada por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y que se apruebe un plan de equilibrio que permita corregir el déficit estructural que será determinado en función de la forma de cálculo establecida en la normativa de estabilidad presupuestaria de la Unión Europea.

Quinto: esta LO 2/2012, a diferencia del artículo 135 CE –que tal y como ya hemos señalado sólo incluye limitaciones de la deuda y del déficit públicos–, incluye

76 Disposición Adicional Segunda de la Ley 2/2012.

77 Disposición Transitoria Primera. Este período transitorio responde a lo previsto en la Disposición Adicional Única apartado 3 de la Ley de reforma del artículo 135 CE.

78 Artículo 11.3 de la Ley 2/2012.

otras limitaciones referidas al gasto público tanto en lo referente a su crecimiento como a la aplicación de los ingresos obtenidos por encima de las previsiones. En concreto es el artículo 12 de la LO 2/2012 el que introduce la regla del gasto, de modo que el gasto público de las Administraciones Públicas, incluidas las autonómicas, no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del PIB de la economía española.

Una regla de gasto que se complementa con las dos siguientes previsiones. En primer lugar, la posibilidad de incrementar el gasto si aumenta el ingreso, si se dan los pertinentes cambios normativos, y de disminuirlo si se aprueban cambios normativos que hagan aminorar los ingresos. Así pues, esta denominada regla del gasto constituye una importante limitación de la autonomía presupuestaria de las Comunidades Autónomas. Y, en segundo lugar, la obligación de que los ingresos que se obtengan por encima de las previsiones se destinen de forma íntegra a reducir la deuda pública. Una obligación que, a diferencia de la anterior previsión, no encuentra amparo en el Derecho comunitario.

Sexto: el artículo 13 de la LO 2/2012 fija el límite de deuda en el que pueden incurrir las Administraciones Públicas que sólo podrá superarse en los casos excepcionales previstos, y que no podrá superar el 60% del PIB nacional distribuido de la siguiente forma: 44% para la Administración Central, 13% para el conjunto de las CCAA y 3% para el conjunto de las Corporaciones Locales. A lo que se añade que el límite de deuda pública de cada una de las CCAA no podrá superar el 13% de su PIB regional.

Séptimo: al igual que en la CE, el artículo 14 contempla la prioridad absoluta de pago de los intereses y el capital de la deuda pública, frente a cualquier otro gasto.

Octavo: los artículos 15 y 16 regulan el procedimiento para fijar los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el conjunto de las Administraciones Públicas. Objetivos que son acordados en el primer semestre del año por el Consejo de Ministros y que ha de ser aprobados por las Cortes Generales. De modo que se asigna al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la facultad para precisar los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para cada una de las CCAA, si bien se precisa del informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Noveno: el capítulo IV establece las medidas preventivas, correctivas y coercitivas en la Sección primera, segunda y tercera respectivamente⁷⁹. Interesa destacar

⁷⁹ En esta línea, téngase en cuenta la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que establece el procedimiento sancionador de la Ley de Estabilidad Presupuestaria (BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2013). En concreto, en su art. 28 la

sobre este particular las dos siguientes consideraciones: de un lado, se establece una especie de mecanismo de alerta temprana, al estilo del establecido en el Derecho de la Unión, de forma que si se prevé un riesgo de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o del gasto de las CCAA o de las Corporaciones Locales, el Gobierno formulará una advertencia motivada a la Administración que corresponda, oyendo primero a la misma, dando cuenta al Consejo de Política Fiscal y Financiera (en el caso de las CCAA) o a la Comisión Nacional de la Administración Local (en el caso de las Entidades Locales). Y en el plazo de un mes la Administración requerida deberá adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo aludido. De otro lado, el artículo 26.1 regula el caso más grave posibilitando en la práctica, y al amparo del art. 155 CE, la intervención de una Comunidad Autónoma. Así pues, es la primera vez que se concreta en una Ley un supuesto que permite la aplicación del referido artículo 155 y las consecuencias que tiene su aplicación.

Conviene precisar, en fin, que se ha producido una intensificación de los poderes de control para garantizar la estabilidad presupuestaria en una doble dirección: de la Unión hacia el Estado y de éste hacia las Comunidades Autónomas. Así las Comunidades Autónomas quedan supeditadas al poder de supervisión y control del Estado. Un poder de supervisión y control que puede desembocar, tal y como acabamos de exponer, en las facultades extraordinarias de intervención estatal reconocidas en el artículo 155 CE. En concreto, se dota al Estado de amplios poderes de información y de corrección que lo sitúan en una posición de garante último de la estabilidad presupuestaria de las Comunidades Autónomas. Y con relación a los poderes de control atribuidos al Estado para garantizar la estabilidad presupuestaria, debemos hacer referencia a dos nuevos instrumentos de financiación de las Comunidades Autónomas que atienden, también, al objetivo de preservar los objetivos de la estabilidad: el Fondo para la financiación de pagos a proveedores⁸⁰ y el Fondo de Liquidez Autonómica⁸¹.

Ley 19/2013 contempla el conjunto de infracciones en materia de gestión económica-presupuestaria, siendo las sanciones impuestas por el Ministro de Hacienda y se tipifica como de muy graves determinadas conductas. Unas sanciones que, en opinión de J. TAJADURA TEJADA, deberá respetar el principio de proporcionalidad a la vez de ser fuertes cuando se superen los límites establecidos, en «Reforma constitucional e integración europea», *op. cit.*, 2011, p. 24.

80 Este Fondo fue creado por RDL 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de pagos a proveedores (BOE n.º 60 de 10 de marzo de 2012) y prorrogado en 2013 a través del RDL 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y la creación de empleo (BOE, n.º 47, de 23 de febrero de 2013).

81 Véase el RDL 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero (BOE, n.º 168, de 14 de julio de 2012).

Y décimo: la Disposición Adicional 3.^a establece expresamente que podrán impugnarse ante el Tribunal Constitucional, las disposiciones normativas y los actos de las Comunidades Autónomas que infrinjan «los principios establecidos en el artículo 135 de la Constitución y desarrollados en la presente Ley». Esto significa que, en caso de impugnación de la Ley de Presupuestos de una Comunidad Autónoma y la suspensión de su vigencia por el Tribunal Constitucional, tal y como posibilita el artículo 161.2 CE, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos anteriores hasta la aprobación de los Presupuestos del ejercicio siguiente al impugnado, la aprobación de una ley que modifique las disposiciones impugnadas o, en su caso, hasta que se produzca el levantamiento de la Ley impugnada. Una previsión que, según B. Pérez De Las Heras y S. Larrazábal Basáñez, puede ser tachada de inconstitucional sobre el argumento de que significa una clara limitación de la potestad legislativa autonómica y de su autonomía financiera que va más allá de lo razonable o imprescindible y razonable⁸².

IV. CONCLUSIONES

En la primera parte de este trabajo se ha abordado el estudio de los principales instrumentos sobre los que pivota la gobernanza económica europea. Y sobre la misma cabe hacer las siguientes consideraciones de índole general. De un lado, la crisis económica y financiera –más profunda y duradera de lo que se preveía– ha provocado la adopción de un conglomerado muy complejo de medidas en el ámbito de la Unión, de naturaleza e impacto jurídico diverso, que pretenden atender al objetivo de permitir conjugar la estabilidad presupuestaria de los Estados, la creación de mecanismos de asistencia financiera y el estímulo de la economía europea.

De otro lado, son tres las ideas que pueden destacarse a este respecto: fracaso de los mecanismos jurídicos de gobernanza económica debido a sus deficiencias estructurales; aumento de la asimetría de la integración; e incertidumbre sobre el futuro de la gobernanza económica de la zona euro.

Y, asimismo, cabe constatar que en el marco de la gobernanza económica europea prima el intergubernamentalismo, haciendo uso de instrumentos de Derecho internacional para regular una cuestión supranacional.

Situados ahora en un plano más concreto, podemos sostener las siguientes reflexiones finales.

82 B. PÉREZ DE LAS HERAS y S. LARRAZÁBAL BASÁÑEZ, «Control presupuestario en la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 167.

Primera: los instrumentos jurídicos adoptados en el marco de la Unión de contención presupuestaria han impactado de manera nada desdeñable en los derechos nacionales y, también, en la legislación española puesto que se han adoptado normas vinculantes que responden a la finalidad de asegurar el equilibrio presupuestario, llegando incluso a reformarse la Constitución.

Segunda: el marco interno de estabilidad presupuestaria ha sido fuertemente contestado. Y en concreto por lo que respecta a la reforma del artículo 135 CE bien puede afirmarse que ha generado un encendido debate y que a nadie ha dejado indiferente. Nos situamos ante una reforma que responde al interés de los mercados y que tiene origen europeo.

Tercera: la reforma del artículo 135 CE, aun aceptando, como ha señalado el Tribunal Constitucional, que no plantea dudas de constitucionalidad, sí que suscita dudas tanto desde el punto de vista de su oportunidad y como por el procedimiento utilizado para abordarla. En este sentido, puede defenderse que adolece de legitimidad democrática lo que, indudablemente, debilita la democracia y convierte a la reforma en políticamente inoportuna. Afirmación que sustentamos sobre la base de que ni el momento ni el procedimiento utilizado fueron los adecuados. Una reforma de tal envergadura debería haberse abordado con un amplio debate y discusión en sede parlamentaria, y hubiera sido deseable haber activado la fórmula para posibilitar la efectiva participación ciudadana a través de su ratificación por medio del referéndum.

Cuarta: la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria viene a corroborar la idea de que, aunque la reforma constitucional en España está siempre en el centro de los debates sobre la Constitución, ésta solo ha sido reformada por exigencias del proceso de integración europea, y en este sentido se ha tildado a la misma de «reforma europea»⁸³.

Quinta: es parte del marco interno de estabilidad presupuestaria la Ley de Estabilidad presupuestaria 2/2012 que desarrolla el nuevo artículo 135 CE e incorpora el principio de estabilidad financiera y el de sostenibilidad financiera afectante a todas las Administraciones Públicas. Una ley que afecta a la soberanía presupuestaria y, por ende, a la autonomía presupuestaria de las Comunidades Autónomas.

En suma, el principio de estabilidad presupuestaria, que bebe principalmente de la lógica de la austeridad, es otra muestra más de que la soberanía estatal «se ha

83 J. PÉREZ ROYO, «La Reforma Constitucional en perspectiva», *El País* de 5 de septiembre de 2011. Y puede consultarse, asimismo, su trabajo «La Reforma del artículo 135 CE», *REDC*, n.º 93, 2011, p. 199.

ido volviendo líquida o incluso gaseosa»⁸⁴, puesto que el Estado va perdiendo margen de actuación a favor de las instituciones de la Unión que, en muchas ocasiones actúan movidos por los envites del mercado, generando una relación de subordinación de la política a la razón del mercado⁸⁵.

Así, asistimos a un proceso de desdibujamiento de la soberanía fiscal española, en tanto que las leyes de presupuestos aparecen condicionadas por los compromisos europeos. Incluso, podríamos ir más lejos y sostener como conclusión de cierre, que la gobernanza económica europea afecta de manera asimétrica a la soberanía presupuestaria de los Estados miembros en función de la situación financiera de estos y de si los mismos pertenecen o no a la zona euro. Hasta tal punto esto es así, que en los casos de los países que se han beneficiado de programas de asistencia financiera la reducción que padecen de su soberanía financiera ha sido calificada de mutación constitucional⁸⁶.

Resumen

La crisis económica ha llevado a la Unión Europea a adoptar ciertas políticas económicas que acentúan el proceso de integración en su vertiente económica, y, en particular, se han adoptado algunas relativas al diseño de las grandes líneas de las políticas presupuestarias que deben desarrollar los Estados. Una política presupuestaria que se nutre, principalmente, de la idea de la austeridad y que se enmarca en la llamada gobernanza económica europea. Este trabajo analiza cómo se han comportado los diferentes instrumentos que integran la mencionada gobernanza económica para lo que se ha estudiado el conglomerado de herramientas de variada naturaleza que la integran. Y junto a esta vertiente externa, también, ha sido objeto de atención el marco interno de estabilidad presupuestaria. Para ello se han examinado los aspectos más relevantes de la Ley 2/2012 así como la reforma del artículo 135 de la Constitución en su vertiente procedimental y sustantiva.

84 De esta forma gráfica describe O. SALAZAR BENÍTEZ este proceso por el que la soberanía actualmente ha perdido las características con las que la definía Bodino, en «La Constitución domesticada...», *op. cit.*, p. 410.

85 En este sentido se ha manifestado G. MAESTRO BUELGA quien, refiriéndose a la reforma del artículo 135 CE, expone que esta ha evidenciado la «subordinación de la política a la razón del mercado que esteriliza los mecanismos interventores construidos en el constitucionalismo de la segunda posguerra mundial» en «El Tratado de Lisboa y la Constitución Económica», *RDCE*, n.º 9, 2008. En parecidos términos se manifiesta G. CÁMARA VILLAR que considera: «La política, que debe encauzar la economía, se ve así absolutamente condicionada, con sanción constitucional, por la economía», en «La reforma del artículo 135 CE», *op. cit.*, p. 178.

86 G. MARTINICO, «Las implicaciones de la crisis: una reseña de la literatura reciente», *Revista de Estudios de Deusto*, Vol. 64, n.º 1, 2016, p. 2.

Palabras Clave

Gobernanza económica europea; Política presupuestaria; Déficit público; Reforma constitucional; Autonomía financiera.

Abstract

The European Union, due to the economic crisis, has adopted many economic policies that accentuate the economic aspect of the integration process. Policies have been drafted concerning the design of national budget by Member States. This budgetary policy is based on austerity in the framework of the European Economic Governance. This paper analyses how the different instruments that make up the aforementioned Economic Governance have behaved. With this goal, the conglomerate of tools of a varied nature that make up the Economic Governance has been studied. In addition to this external aspect, attention has also been paid to the internal framework for budgetary stability. To this end, the most relevant aspects of Law 2/2012 have been examined, as well as the reform of article 135 of the Constitution in its procedural and substantive aspects.

Keywords

European Economic Governance; Budgetary Policy, Public Deficit, Constitutional Reform, Financial Autonomy.

Recibido: 12 abril de 2018
Aceptado: 14 de mayo de 2018

LA COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA Y EL DESPERTAR FALLIDO DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES: DESEQUILIBRIO INSTITUCIONAL E IMPACTO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA SOBRE LAS INSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

SONIA GARCÍA VÁZQUEZ

*Profesora Contratada Doctora (Acr. Tit.) de Derecho Constitucional
Universidad de Coruña*

SUMARIO:

- I. Los efectos de la integración europea sobre el sistema constitucional de los Estados miembros. El papel de los Parlamentos nacionales: los insuficientes progresos en el control democrático del proceso de integración.
- II. El difícil equilibrio en el marco de las relaciones nacionales Parlamento-Gobierno.
- III. Cooperación interparlamentaria, diálogo político y buenas prácticas: los Parlamentos nacionales, los Parlamentos regionales y el Parlamento Europeo.

«La hora de los Parlamentos suena en el reloj de Europa»

MAURICE DUVERGER

(La Europa de los hombres: una metamorfosis inacabada)

I. LOS EFECTOS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA SOBRE EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS. EL PAPEL DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES: LOS INSUFICIENTES PROGRESOS EN EL CONTROL DEMOCRÁTICO DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN

Como es por todos conocido, el proceso de integración europea afecta a la estructura de los poderes del Estado transformando radicalmente el marco jurídico e institucional. La cesión de competencias a la Unión Europea no ha provocado un desapoderamiento completo por parte de los órganos estatales¹, pero indudablemente ha modificado, más

¹ En relación al ordenamiento comunitario y las transformaciones en el ámbito jurídico estatal,

de lo que sería deseable, su posición constitucional de un modo tan llamativo como preocupante. Prueba de ello son los cambios sustanciales en el marco de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, variación motivada en buena medida por la trascendencia que adquieren los gobiernos nacionales a través de su participación en el Consejo de Ministros y en el Consejo Europeo.

Si bien la controversia sobre la participación de los Parlamentos nacionales en la construcción europea viene siendo objeto de estudio desde hace tiempo², resulta obvio que la crisis económica, el avance de la Unión Económica y Monetaria, así como las complicaciones crecientes de la *multilevel governance*³ evidencian la compleja relación entre soberanía, legitimidad e integración, generando la acuciante necesidad de impulsar nuevamente el debate sobre esta materia.

No cabe duda que los avances en el ámbito de la integración comunitaria han implicado la disminución del papel de los Parlamentos nacionales como autoridad legislativa, presupuestaria y de control, forjando un déficit democrático estructural⁴, que hay que tratar de reducir después de tantos años de tímidos avances, a través de un mayor control sobre la actividad de sus respectivos gobiernos y de un diálogo cooperativo efectivo con el Parlamento Europeo, aunque conviene aclarar que el problema del déficit democrático de la Unión va mucho más allá del fortalecimiento del papel de los parlamentos.

Con la ratificación del Tratado de Maastricht la idea de déficit democrático, acentuado paulatinamente por la ampliación de competencias, ya no queda restringida únicamente al ámbito europeo, sino que alcanza a los propios Estados miembros. No perdamos de vista que, en realidad, son los ejecutivos de los Estados quienes ostentan el poder legislativo en el ámbito comunitario, dejando en una posición de clara desventaja a la única

puede consultarse T. WINZEN, *Constitutional Preferences and Parliamentary Reform*, Oxford University Press, 2017, y también N. GARCÍA, *Soberanía y Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 347-348.

2 Véanse, por todos, E. SMITH, *National Parliaments as Cornerstones of European Integration*, Kluwer International Law, Londres, 1996; P. NORTON, *National Parliaments and the European Union*, Frank Cass, Londres, 1996; y T. RAUNIO, «The Gatekeepers of European Integration? The Functions of National Parliaments in the EU Political System», *Journal of European Integration*, núm. 33:3, 2011, pp. 303-321. DOI: 10.1080/07036337.2010.546848.

3 Resulta de especial interés, entre otros, la lectura de H. ENDERLEIN, S. WÄLTI y M. ZÜRN, *Handbook on Multi-level Governance*, Elgar, 2012; I. PERNICE, «The Treaty of Lisbon: Multi-level Constitutionalism in action», *C. Journal of European Law*, núm. 15, 3, 2009 e I. PERNICE, *Fondements du Droit Constitutionnel européen*, Pedone, Paris, 2004.

4 Vid. P. SCARLATTI, *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea: contribución a una crítica de constitucionalismo multinivel*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011 y Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, UNED, Madrid, 2011.

institución comunitaria elegida por sufragio universal directo: el Parlamento Europeo, incapaz de ejercer un control efectivo sobre la política europea a causa de su limitada presencia en el proceso decisorio de la Unión⁵.

Perfilada esta aproximación, debemos poner de manifiesto nuestra aquiescencia con una interpretación doctrinal que considera a los Parlamentos nacionales verdaderas víctimas del proceso de integración europeo⁶, seguramente seguidos de cerca por los tribunales y cortes constitucionales. Estamos, sin atisbo de duda, ante los grandes perdedores⁷, una suerte de transeúntes políticos marginados⁸ a consecuencia de las tecnocráticas características del *EU decision-making process*, que siguen la línea de una creciente desparlamentarización⁹, situando de este modo a nuestros legislativos nacionales en calidad de meros espectadores del proceso de integración; exceptuando eso sí, el instante inicial de ratificación de los tratados y algún otro pequeño guiño, que no ha servido para acallar las críticas, ni siquiera después de los significativos, aunque insuficientes, avances del Tratado de Lisboa¹⁰, porque resulta obvio para todos que el principal efecto del binomio desparlamentarización-europeización¹¹ es la transferencia creciente e incesantemente expansiva de poder al Consejo a costa de las instituciones nacionales democráticamente elegidas por los ciudadanos.

Ante tal estado de cosas, los parlamentos nacionales después del Tratado de Lisboa tienen reservado un futuro incierto y el gran desafío de asegurar la rendición de cuentas o *necessary accountability*¹² en un enrevesado escenario donde el examen de los asuntos

5 I. DE LA FUENTE, «El papel de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea», *Asamblea*, núm. 11, 2004, p. 97 y ss.

6 De obligada consulta, A. MAURER y W. WESSELS, *National Parliaments on their Ways to Europe*, Nomos, 2001.

7 Cfr. T. RAUNIO, «National Parliaments and European Integration. What we know and what we should know?», *Working Paper*, núm. 2, Arena, 2009, p. 15.

8 Sugerentes y provocadoras las afirmaciones de A. CYGAN, *Accountability, parliamentarism and transparency in the EU. The Role of National Parliaments*, Edwar Elgar, Cheltenham, 2013, p. 20.

9 Sobre esta cuestión, vid. P. NORTON, *Parliaments and Governments in Western Europe*, London, 1996. Encontraremos, asimismo, un escueto análisis de las causas de la desparlamentarización, en A. CYGAN, *op. cit.*, p. 39 y ss.

10 Para un estudio del escenario posterior al Tratado de Lisboa, véase K. AUDEL y T. CHRISTIANSEN, «After Lisbon: National Parliaments in the European Union», *West European Politics*, núm. 38:2, 261-281, 2015. DOI: 10.1080/01402382.2014.990693.

11 H. KASSIM, *The Europeanisation of Member State Institutions*, en S. BULMER (Ed.), *The Member States of the EU*, Oxford University Press, 2005, pp. 297-303.

12 Sobre transparencia y rendición de cuentas, puede consultarse C. RAUH y P. DE WILDE, «The opposition deficit in EU accountability: Evidence from over 20 years of plenary debate

comunitarios es para todos ellos una suerte de catarsis que genera cierta sensación, en muchas ocasiones lamentablemente equívoca, de control político, aunque éste sea, en realidad, ciertamente limitado.

Si echamos la mirada hacia los inicios del proceso de integración europea lo cierto es que eran prácticamente inexistentes las elucubraciones doctrinales sobre la participación de los Parlamentos nacionales en la vida de la Comunidad Europea. Muy por el contrario, la idea de cualquier intervención directa y activa de los legislativos de los Estados no se consideraba demasiado positiva¹³. Contrariamente, en la actualidad, tanto sus competencias como la posición constitucional que les atribuyen sus respectivas Constituciones están en el punto de mira de la academia y de la ciudadanía, como consecuencia de los notables desequilibrios en las relaciones internas entre los parlamentos y los gobiernos.

Por todo lo anteriormente expuesto, procede realizar una reflexión en relación a los efectos de la integración europea sobre el sistema constitucional de los Estados miembros, el déficit de legitimidad democrático de la Unión, la función de baja intensidad de los Parlamentos nacionales, y los insuficientes progresos realizados hasta ahora en materia de control democrático; así como referirnos a la conveniencia de fortalecer el Parlamento Europeo incrementando el diálogo político y la cooperación de las instituciones comunitarias con los Parlamentos nacionales¹⁴.

No faltan, desde luego, razones para destacar que Maastricht puso de actualidad la discusión sobre la legitimidad democrática de la Unión Europea. En coherencia con esta preocupación creciente se empezaron a plantear, con cierto grado de seriedad, nuevos mecanismos de participación de los Parlamentos nacionales. Este superior reconocimiento, producto de una pléyade de estudios y propuestas realizadas por distintas comisiones y grupos de trabajo durante la década de los ochenta, aparece contemplado en las Declaraciones n.º 13 y n.º 14 anexas al Tratado. De entre todos los trabajos previos, sería de justicia traer a colación la Conferencia de Parlamentos, celebrada en Roma en noviembre de 1990, y singularmente, el contenido del Informe *Cravinho*, de 24 de septiembre de 1991,

in four Member States», *European Journal of Political Research*, núm. 57, 2018, pp. 194-216. DOI: 10.1111/1475-6765.12222

13 Cfr. P. PÉREZ TREMPES, La débil «parlamentarización» de la integración en España, en E. GARCÍA ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 401-402.

14 Por todos, E. CANNIZZARO, «Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea: in margine ad uno scritto inedito di Leopoldo Elia», *Diritto dell'Unione Europea*, núm. 2, 2009, pp. 456 y ss. y A. SCIORTINO, «La nueva gobernanza económica europea y el papel de los Parlamentos nacionales», en *ReDCE*, núm. 18, julio-diciembre, 2012, pp. 131-163. E. SMITH, *National Parliaments as cornerstones of European integration*, Londres, Kluwer, 1996.

que constataba ya la conveniencia de incrementar la colaboración entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos Nacionales, fomentando de este modo un incipiente diálogo político y un efectivo intercambio de información¹⁵.

Por su parte, con el Tratado de Ámsterdam, dando continuidad a las precursoras previsiones de Maastricht, se reforzaba la participación del Parlamento Europeo y la ampliación de su poder de codecisión, al mismo tiempo que se abordaba, a través de su Protocolo n.º 9, la función de los Parlamentos nacionales incluyendo una participación indirecta en los asuntos comunitarios y estableciendo un explícito deber de información a los mismos sobre las propuestas legislativas y documentos de consulta redactados por la Comisión, todo ello filtrado a través de los respectivos Gobiernos. A todo lo anterior, se une un aspecto que debe valorarse en positivo, que no es otro que el reconocimiento jurídico a la Conferencia de Órganos Especializados en Asuntos Comunitarios (COSAC), creada en 1989, como medio de participación individual o colectivo de los Parlamentos nacionales¹⁶.

No obstante, parece evidente que, en esta etapa de evolución de la función de los parlamentos en el ámbito de la integración, son los Estados miembros los que ostentan la potestad de regular la intensidad de esa implicación, de modo que el nivel de participación de estos en la formación de los actos comunitarios dependía, en última instancia, de las relaciones internas Parlamento-Gobierno. Por este motivo, no resulta factible analizar el papel de los parlamentos nacionales de un modo lineal u homogéneo. Así, algunas previsiones apuntaban que estas interacciones Parlamento-Gobierno debían ser objeto de una regulación común europea y que no convendría la aplicación de leyes nacionales diferentes que sitúan a cada parlamento en un contexto propio distinto del de los demás, pero resulta obvio que propuestas de este calibre casarían difícilmente con la obligación de la Unión Europea de respetar las identidades de sus Estados miembros y, particularmente, con el principio de autonomía institucional¹⁷.

Aunque no vamos a detenernos en ello, es pertinente recordar que en la Cumbre de *Laeken* se evidenció con diáfana claridad el deseo de los ciudadanos de incrementar el control democrático en el ámbito comunitario, situando así a los parlamentos nacionales en una posición central, desplazando sobre ellos la misión de generar un verdadero debate en los Estados miembros sobre el futuro de la Unión y su legitimidad democrática.

15 Sobre el papel de los Parlamentos de los Estados miembros después del Tratado de Lisboa, véase C. FERRER MARTÍN, «Los Parlamentos nacionales en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa», *Robert Schuman Paper Series*, EU Commission, Volumen 8, núm. 16, 2008, p. 8.

16 E. BARÓN, El debate sobre el futuro de Europa desde la perspectiva del Parlamento Europeo, en E. GARCÍA ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 430-431, y C. FERRER, *op. cit.*, p. 9.

17 Cfr. A. SCIORTINO, *op. cit.*, p. 152; y M. I. DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 120.

Más recientemente, las previsiones relativas a los Parlamentos nacionales en el Tratado de Lisboa, aparecen recogidas, en primera instancia, a través de un artículo de alcance general; pero posteriormente y de modo más detallado, se desarrollan en dos protocolos específicos, mediante los cuales se les otorgan nuevas funciones y una serie de concretos derechos y deberes dentro del sistema político comunitario que se suman al desdibujado poder de control sobre los Gobiernos nacionales y a la, en cierto modo, engañosa tarea de transposición de la legislación europea. Desde este momento, deberán ser informados directamente por las instituciones de la Unión y recibir notificación de los proyectos de actos legislativos de conformidad con los Protocolos; velarán para que se respete el principio de subsidiariedad; participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados y en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión dentro el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; ejercerán el control político de Europol y la evaluación de las actividades de *Eurojust*¹⁸, y serán el pilar basilar de una expansiva cooperación con el Parlamento Europeo.

En líneas generales, todo ello supone un nada despreciable avance en cuanto a la participación activa de los Parlamentos nacionales (que hasta ese momento, por ejemplo, sólo podían pronunciarse sobre el respeto del principio de subsidiariedad a través de la COSAC y siempre de una manera no vinculante) puesto que el Tratado de Lisboa les atribuye expresamente el control directo del respeto al principio de subsidiariedad mediante el ya célebre mecanismo de alerta temprana; pero en esta senda también hay algunas sombras, ya que aunque el Parlamento Europeo consigue ampliar sus funciones, lo cierto es que el poder legislativo real sigue descansando en la esfera competencial del Consejo y la Comisión, extremo que, a pesar de su participación, utilizan con inveterada propensión los Ejecutivos nacionales como coartada perfecta para eludir su responsabilidad política nacional cuando toman decisiones que no logran obtener la aprobación de los ciudadanos. Y es que, no debemos perder de vista que en consonancia con la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de abril de 2014, sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales, los Parlamentos nacionales ejercen, de conformidad con sus respectivos marcos constitucionales, una función de mera orientación con respecto a la labor de los Gobiernos; persistiendo la incógnita sobre cómo podrían potenciarse los mecanismos de supervisión para que los Gobiernos nacionales sean verdaderamente responsables

18 Respecto a la cooperación policial y judicial en el ámbito comunitario, puede consultarse S. GARCÍA VÁZQUEZ, La cooperación policial y judicial como ejes de consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia e instrumentos de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, en M. CIENFUEGOS (Dir.), *La eficacia de los derechos fundamentales en la UE: cuestiones avanzadas*, 2014, pp. 417-472.

de sus decisiones en el marco de la integración europea ante sus respectivos parlamentos, y singularmente, ante los ciudadanos que los han elegido.

II. EL DIFÍCIL EQUILIBRIO EN EL MARCO DE LAS RELACIONES NACIONALES PARLAMENTO-GOBIERNO

De lo anterior se infiere que si se ha creado un sistema institucional presuntamente multinivel, el órgano de legitimación democrática por excelencia, desposeído de sus funciones naturales y relegado ahora a un papel de secundario que no se corresponde con su trascendencia real, no puede permitir, en ningún caso, que los Ejecutivos se conviertan en protagonistas absolutos del proceso de integración a través del papel central del Consejo¹⁹, que sólo en ocasiones, ve limitada su capacidad de acción por el Parlamento Europeo y, en menor medida, por la Comisión y el Consejo Europeo.

En este contexto, deben analizarse, siquiera escuetamente, los procedimientos de control democrático sobre los Gobiernos nacionales en relación con sus políticas europeas, en la medida en que los Ejecutivos se convierten en la pieza maestra del proceso de toma de decisiones comunitario. Así, como sabemos, los Parlamentos nacionales no participan directamente en los procedimientos legislativos de la Unión, sino que presuntamente intervienen por mediación de su Gobierno sobre el que apenas pueden influir; si bien, la virtualidad práctica del ascendiente que cada Parlamento tenga en cada uno de los Estados miembros dependerá, en última instancia, de sus prerrogativas constitucionales²⁰.

El desapoderamiento de los Parlamentos nacionales se ha producido, es verdad, sobre la base de una autorización que estos han prestado en los Tratados comunitarios constitutivos y modificativos. Esta controvertida base ha constituido, hasta el momento presente, el eje de esa pretendida legitimidad formal conforme a las reglas tradicionales en materia internacional, que finalmente, en el día a día parece que no admite matiz alguno: o bien se apoya íntegramente lo negociado por los Gobiernos, o bien se pone en la picota el proceso

19 Por todos, F. J. MATIA PORTILLA, *Parlamentos Nacionales y Derecho Comunitario Derivado*, CEPC. Madrid, 1999, y F. MORATA TIERRA, «Gobernanza multinivel: entre democracia y eficacia», en S. STAVRIDIS y G. GUARDATTI, *Gobernanza global multinivel y multiactor*, P. U. Zaragoza, 2011, pp. 33-42.

20 El ordenamiento comunitario tiene la función de facilitar los mecanismos de control que cada Parlamento nacional haya decidido poner en práctica. Muchas Constituciones de los Estados miembros prevén una consulta previa a los Parlamentos nacionales, aunque otras, como las de Dinamarca, Finlandia o Austria, incorporan medios de participación mucho más activos, lo cual puede interpretarse como una influencia indirecta de los Parlamentos nacionales en la adopción de textos comunitarios. En este sentido, I. DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 97 y ss.

de integración europea. Un despropósito que ha llevado a establecer una organización que no engarza con las exigencias clásicas de las estructuras democráticas²¹, y la ampliación de las competencias comunitarias sólo ha contribuido a acentuar el problema, porque conviene aclarar que en el momento de su creación, las competencias de las Comunidades parecían tan limitadas que este aspecto resultaba irrelevante; pero la situación ha dado un giro copernicano y se han ampliado las atribuciones comunitarias a los campos más diversos. Destaca WILMER esta «mutación constitucional» que consumada por decisión unánime del Consejo al ampliar las competencias comunitarias a materias que no estaban inicialmente previstas y, por tanto, que no han sido autorizadas directamente por los Parlamentos nacionales, permitiendo de esta forma tan sibilina una expansión que podría convertirse en potencialmente ilimitada²².

En fin, partiendo de la deficiente función de control de la acción de los ejecutivos en los asuntos europeos, habría que descender a la fiscalización ejercida en las políticas de designación de cargos a nivel comunitario sobre las que también planea una sombra de falta de transparencia en una estampa caracterizada por el excesivo margen de discrecionalidad de los Gobiernos donde, constatamos, una vez más, que el control parlamentario pierde intensidad. Realmente, el único ámbito en el que los Parlamentos nacionales parecen desempeñar una función decisiva radica en la aplicación de las obligaciones comunitarias al Derecho interno de los Estados miembros; en otras palabras, en el proceso de transposición al Derecho nacional de las Directivas europeas. Resulta incontrovertible que esta tarea compete, esencialmente, a los Parlamentos nacionales con arreglo al ordenamiento jurídico vigente en cada Estado miembro, pero como si de un canto de sirena se tratase ciertas Directivas pueden resultar tan detalladas que a los Parlamentos nacionales no les queda apenas margen de maniobra, por lo que se encuentran compelidos a incorporar al Derecho interno prácticamente el tenor literal de dichas Directivas. Por consiguiente, la cruda realidad es que el margen de deliberación es ínfimo y su tarea se circunscribirá, en más ocasiones de las que sería deseable, a una actividad de carácter mecánico o automático.

Haremos una breve parada en el camino que impone someter a consideración la mal llamada «crisis del euro», que implicó muchísimos más elementos de los que su parco nombre sugiere, porque durante esta etapa la Unión Europea parece haberse alejado aún más de los ciudadanos, crecientemente críticos frente a un gobierno comunitario de perfil

21 M. DELGADO-IRIBARREN, «La función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 14, septiembre-diciembre, 2001, p. 52.

22 De especial trascendencia son las aportaciones doctrinales de J. H. WEILER, «The reformation of European constitutionalism», *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, núm. 1, marzo 1997, pp. 97-128, y M. DELGADO-IRIBARREN, *op. cit.*, p. 49.

tecnocrático que no rinde cuentas y en medio de un preocupante escenario en el que la política interna de los Estados miembros influye muy poco en las políticas comunitarias, que son impuestas posteriormente, sin miramientos, a todos los miembros. En este orden de cosas, sería imprescindible articular mecanismos que refuercen e incrementen la capacidad de control de los Parlamentos nacionales como consecuencia del creciente grado de influencia del Derecho de la Unión sobre los ordenamientos jurídicos internos y, para qué silenciarlo, sobre la vida de los ciudadanos, de modo que los ejecutivos solo puedan comprometer aquellas posiciones que previamente hayan sido adecuadamente debatidas y aprobadas, con cierto grado de consenso, por los Parlamentos nacionales.

Es innegable que la inclusión formal en los procedimientos legislativos de una ratificación por parte de los Parlamentos nacionales aumentaría ostensiblemente la complejidad procedimental y podría afectar a la coherencia del marco institucional comunitario, sin asegurar tampoco una solución definitiva al problema del déficit democrático de la Unión, pero es que hemos llegado a extremos insospechados, que han puesto en serios aprietos las costuras del Derecho Constitucional interno. Uno de los retos más significativos que se ha planteado ha sido que como consecuencia del proceso de integración, materias que los Gobiernos no podían modificar en el plano nacional han pasado a ser reguladas directamente por el Consejo, y de este modo, el poder legislativo se ha trasladado al Gobierno incluso en relación con materias constitucionalmente reservadas a la ley, desvirtuando de este modo el principio de legalidad y la garantía normativa de reserva de ley²³. Por todo lo expuesto, ha llegado el momento de debatir y revisar la estructura política e institucional de la Unión y configurar la siguiente fase adoptando medidas dirigidas a incrementar la participación ciudadana, el control democrático, la transparencia y la responsabilidad institucional.

Examinaremos a continuación la tarea que desempeñan las comisiones parlamentarias especializadas en asuntos comunitarios, pues verdaderamente la capacidad de los parlamentos nacionales para influir o ejercer un mínimo control sobre la participación de los gobiernos, en el proceso legislativo europeo viene determinada por la actividad de estos órganos²⁴, cada vez más sobrecargados, dada la intensidad del debate político

23 Vid. las sugestivas reflexiones de A. TORRES PÉREZ, «¿Se limita o refuerza el Poder ejecutivo como consecuencia de la internacionalización de los procesos de producción normativa?», en *SELA*, 2016, p. 20. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Aida_Torres.pdf

24 Asimismo, es interesante el contraste entre las Comisiones de Asuntos Europeos de Suecia, Dinamarca y Finlandia que ostentan importantes competencias y pueden imponer a su Gobierno un mandato sobre las negociaciones en Bruselas, frente a otros países como Bélgica, Italia, Portugal o Grecia, donde no existe esta posibilidad de otorgar un mandato. I. HANSEN, *El papel de los Parlamentos nacionales en el marco de las instituciones europeas*, Conferencia de los presidentes de los Parlamentos nacionales de la Unión Europea, Madrid, 2002, pp. 8-9.

europeo y su transcendencia, que multiplica exponencialmente la necesidad de atento seguimiento de la actividad comunitaria, y más en España, ejemplo paradigmático de desparlamentarización extrema²⁵, donde como sabemos se ha creado una Comisión mixta bicameral que se encarga del estudio de la dimensión institucional de los asuntos europeos²⁶.

Dotada de esa singular característica de bicameralidad, similar a la de Irlanda, nuestra Comisión actúa generalmente con posterioridad a la acción del Gobierno, siendo, por tanto, su capacidad de influencia muy limitada, pero normativamente desempeña unas específicas funciones que pueden reconducirse a la elaboración de informes sobre cuestiones comunitarias y a la cooperación con el Parlamento Europeo y demás Parlamentos nacionales de la Unión²⁷. Asimismo, controla (o lo pretende) la acción del Gobierno a través de las comparecencias de los ministros o altos cargos; puede presentar proposiciones de Ley instando al Gobierno a realizar una determinada acción; y refuerza la participación de las Cortes Generales en las propuestas legislativas elaboradas por la Comisión Europea. En este contexto, la Ley 24/2009 atribuyó a la Comisión Mixta nuevas funciones como, por ejemplo, la potestad de emitir dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad y solicitar al Gobierno que interponga ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación por infracción de la subsidiariedad, o la consulta a los Parlamentos autonómicos sobre este extremo.

No han sido pocas las voces que apuntaron diversas vías, algunas excesivamente imaginativas, para incrementar la participación de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea, tratando de restaurar así sus prerrogativas legislativas e involucrarles directamente en los procedimientos comunitarios. Por ejemplo, crear un Parlamento Europeo con dos Cámaras, una de ellas conformada por miembros electos que fuesen a su vez miembros de los Parlamentos nacionales y la otra para representar a los Estados miembros según el modelo del Senado estadounidense; o bien instituir en el Parlamento Europeo

25 Véase M. SALVADOR, *El papel de las Cortes en la nueva gobernanza del euro*, XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Universidad de Deusto, 2016.

26 La Comisión fue perfilada en la Ley 47/1985 y después pasó a regularse por la Ley 8/1994, de 19 de mayo, modificada por la Ley 24/2009, de 22 de diciembre (para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007), y por la Ley 38/2010, de 20 de diciembre, con el propósito de reforzar las funciones asignadas a dicha Comisión. Vid. M. CIENFUEGOS MATEO, «La Comisión Mixta para la Unión Europea: análisis y balance de una década de actividad en el seguimiento de asuntos comunitarios», *GJCE*, núm. 27, 1997, p. 7 y ss.

27 Sobre el problema que supone la invasión por parte de esta Comisión en relación a las competencias horizontales correspondientes al ámbito de otras comisiones especializadas *ratione materiae*, vid. P. PÉREZ TREMPES, *op. cit.*, p. 401 y ss.

una segunda Cámara legislativa compuesta por parlamentarios nacionales²⁸ que ostentaría el control de la aplicación del principio de subsidiariedad y el reparto de las competencias entre la Unión Europea y los Estados.

III. COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA, DIÁLOGO POLÍTICO Y BUENAS PRÁCTICAS: LOS PARLAMENTOS NACIONALES, LOS PARLAMENTOS REGIONALES Y EL PARLAMENTO EUROPEO

Por lo que respecta a los interrogantes sobre el futuro de la democracia en la UE, estamos persuadidos de que se precisan unas sinergias cooperativas mucho más frecuentes que fortalezcan la posición de los Parlamentos y mejoren la colaboración con la COSAC. La Iniciativa Barroso²⁹ ya promovió el diálogo político apuntando sin ambages a la necesidad de comunicación directa y de refuerzo de la cooperación horizontal.

Ya hemos puesto de manifiesto previamente que las competencias de los Parlamentos nacionales se reactivan con el Tratado de Lisboa que contempla aspectos que propician su asistencia activa para contribuir al buen funcionamiento de la UE³⁰. De este modo, como sabemos, los Legislativos de los Estados miembros participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados; serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, serán informados y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo n.º 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales; velarán para que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo n.º 1 que prevé el intercambio de información y buenas prácticas entre los Parlamentos

28 Entre sus simpatizantes, el ex Primer Ministro Tony Blair que se pronunció a favor de esta postura en un discurso pronunciado en Varsovia el 6 de octubre de 2000, añadiendo que esta segunda Cámara debería tener como principal cometido fiscalizar la política exterior y de seguridad común, con el fin de reforzar la legitimidad democrática de la Unión. Recogido por I. HANSEN, *op. cit.*, pp. 18-19. Lo cierto es que, en la mayoría de las propuestas, en el desarrollo de la hipótesis de la segunda Cámara compuesta de miembros de Parlamentos nacionales no se contemplaban con claridad sus competencias, si serían consultivas, de decisión o de control. Al respecto, puede revisarse E. BARÓN, *op. cit.*, p. 433.

29 De máximo interés, D. JANCIC, «The Barroso Initiative: Window Dressing or Democratic Boost?», *Utrecht Law Review*, núm. 8, 2012.

30 Vid. E. ARANDA, El fortalecimiento de los Parlamentos ante la Unión Europea: la incorporación del *early warning system*, en M. CARRILLO (Coord.), *La Constitución Europea: Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 686-711.

nacionales, el Parlamento Europeo y entre sus Comisiones especializadas a través de una Conferencia de órganos parlamentarios especializados en asuntos de la Unión (COSAC), que puede dirigir al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión cualquier contribución que juzgue conveniente, participando también, como sabemos, en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en el control político de Europol³¹ y en la evaluación de las actividades de Eurojust.

Se puede concluir, pues, que simultáneamente, con el Consejo y el Parlamento Europeo, los Legislativos de los Estados miembros reciben los proyectos de actos legislativos, libros verdes, libros blancos, comunicaciones e informes interinstitucionales, el programa legislativo anual, y cualquier otro instrumento de estrategia política elaborado por la Comisión Europea. Por otro lado, el Parlamento europeo les remite sus proyectos, y a través del Consejo, obtienen información de los proyectos que tengan su origen en un grupo de Estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en el Banco Europeo de Inversiones. En definitiva, serán las instituciones comunitarias las que remitan una carta comunicando la fecha del inicio del plazo de ocho semanas del que disponen los Parlamentos nacionales para fiscalizar, mediante el sistema de alerta temprana, el respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; lapso temporal durante el cual pueden dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que consideran que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad (Protocolo n.º 2)³².

La virtualidad práctica de dichas opiniones es indudable y a cada dictamen se le asigna un valor en votos, correspondiendo dos si proviene de un parlamento unicameral y uno si proviene de una de las cámaras de un parlamento bicameral. Si los dictámenes motivados enviados corresponden, al menos, a un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales, deberá realizarse una revisión de esa iniciativa legislativa, después de la cual la Comisión o la institución proponente podrá retirar, modificar o mantener la misma propuesta indicando los motivos. Este umbral disminuye a un cuarto de los votos para aquellas propuestas relativas a la cooperación judicial en materia penal y a la coope-

31 El 11 de mayo de 2016, se adoptó el nuevo Reglamento Europol (Reglamento UE 2016/794) que entró en vigor el 1 de mayo de 2017. Una de las principales novedades de este Reglamento es el hecho de que Europol se somete al control democrático por parte del Parlamento Europeo junto con los Parlamentos nacionales, de conformidad con el artículo 88 del TFUE.

32 De obligada consulta el Protocolo n.º 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea y el Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como las aportaciones sobre el mecanismo de alerta temprana de P. KIIVER, *The early warning system for the principle of subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, Routledge, Londres, 2012.

ración policial. Por último, cuando los dictámenes motivados enviados correspondan a una mayoría de los votos, si la Comisión decide mantener la propuesta, el Parlamento Europeo y el Consejo deberán realizar un examen de subsidiariedad antes de finalizar la primera lectura pudiendo bloquear todo el proceso. En cualquier caso, si un acto legislativo incumple el principio de subsidiariedad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para estudiar los asuntos presentados por los países de la UE o notificados por los mismos, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos, en nombre de sus Parlamentos nacionales.

Al mismo tiempo, el artículo 7 del Protocolo n.º 2 establece diversos umbrales en el número de dictámenes motivados de Parlamentos nacionales remitidos en el plazo pactado³³, que puedan dar lugar a dos escenarios distintos como son los que devienen del cono-cido como procedimiento «tarjeta amarilla»³⁴, o bien, del procedimiento «tarjeta naranja». En el supuesto de que se apruebe el acto legislativo y se publique en el Diario Oficial de la UE, pero los Parlamentos nacionales sigan considerando que no se ha respetado el princi-pio de subsidiariedad, pueden, a través de sus Gobiernos, impugnarlo ante el Tribunal de Justicia de la UE. Recordemos, en este punto, una de las principales resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal de Justicia en 2016-2017, por lo que se refiere al principio de subsidiariedad: la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de mayo de 2016, en relación con la legalidad de la Directiva sobre los productos del tabaco. En dicho fallo, el Tribunal consideró que se había respetado escrupulosamente el principio de subsidiariedad³⁵.

33 Al respecto, puede consultarse la posición doctrinal de E. MIKLIN, «Beyond sub-sidiarity: the indirect effect of the Early Warning System on national parliamentary scrutiny in European Union affairs», *Journal of European Public Policy*, núm. 24:3, pp. 366-385, DOI: 10.1080/13501763.2016.1146323

34 Un ejemplo paradigmático de activación del procedimiento «tarjeta amarilla» radica en la adopción, por parte de la Comisión, de una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modificaba la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [COM (2016) 0128]. Catorce Parlamentos, que representaban veintidós de los cincuenta y seis votos correspondientes a los Parlamentos nacionales, aprobaron dictámenes motivados en los que aseguraban que la propuesta no respetaba el principio de subsidiariedad. Los ejemplos restantes más conocidos serían la reacción de los Parlamentos nacionales frente a la propuesta de revisión del Reglamento de Dublín y en relación a las propuestas para al establecimiento de una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICIS).

35 Resulta de estudio obligado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asun-tos C-358/14 (Polonia/Parlamento y Consejo), EU:C:2016:323; C-477/14 (Pillbox 38 (UK) Limited/ Secretary of State for Health), EU:C:2016:324 y C-547/14 (Philip Morris Brands SARL y otros/ Secretary of State for Health), EU:C:2016:325, de 4 de mayo de 2016.

En otro orden de cosas, es obvio que el procedimiento que se instaura con la alerta temprana puede observarse como una vuelta atrás en el marco de la integración europea, ya que posibilita que las políticas de la Unión se vean bloqueadas por órganos legislativos nacionales mediante la alegación del incumplimiento del principio de subsidiariedad³⁶. No se puede negar que si los Parlamentos nacionales utilizasen irresponsablemente la potestad de boicotear las iniciativas legislativas de la Unión Europea, el papel del Parlamento Europeo como potencial co-legislador y de la Comisión, como depositaria de la iniciativa legislativa, quedarían en entredicho, pero esta vía cooperativa no debe considerarse como una restricción indebida, sino que por el contrario, se trata de un canal de consulta y diálogo cooperativo necesario entre las diferentes instituciones en el ámbito del controvertido sistema multinivel de la UE; así como de un mecanismo que garantiza las competencias de los Parlamentos nacionales, pues contribuye a moldear, en cierta medida, la actividad legislativa de la UE tanto desde una perspectiva formal como material.

En el imaginario colectivo estaba el propósito de abrir una vía para iniciar una etapa de legislación colaborativa, pero dicha estrategia no termina de cuajar³⁷. Esto es lo verdaderamente preocupante: su infrautilización; una estrella polar convertida en otra oportunidad perdida, al menos, hasta hace bien poco tiempo. Ante esta premisa, quedarían desvirtuadas las concepciones imbricadas a la idea de tendencias obstructionistas, porque las estadísticas son claras y ponen de manifiesto que los Parlamentos nacionales no han usado adecuadamente este mecanismo, y, por supuesto, no han contribuido a paralizar el proceso legislativo de la Unión. Prueba de ello, el umbral requerido para activar el procedimiento de revisión o «tarjeta amarilla» se ha alcanzado en ocasiones residuales³⁸.

36 Cfr. T. FREIXES SANJUÁN, *Constitucionalismo multinivel e integración europea*, en VV.AA., *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 49.

37 Por todos, T. RAUNIO, «Destined for irrelevance? Subsidiarity control by National Parliaments», *Real Instituto Elcano Working Paper* núm. 36, 2010, Madrid.

38 Es preciso aclarar que se considerará como «dictamen motivado» el que se ha comunicado al Parlamento en el plazo de ocho semanas e indica la idea de que un proyecto de acto legislativo no satisface el principio de subsidiariedad, y, por el contrario, se entenderá como «contribución» el texto que no cumple los anteriores requisitos. Los datos de 2016 sobre el uso del mecanismo de alerta temprana arrojan unas conclusiones un tanto decepcionantes en relación con la actividad del Parlamento español: por ejemplo, los dictámenes motivados y las contribuciones enviadas por las Cortes Generales al Parlamento Europeo son realmente pocos. Lo cierto es que no hemos remitido ningún dictamen motivado frente a los 12 de Suecia, y por lo que respecta a las contribuciones, España ha enviado 15 frente a las, por ejemplo, 65 de Italia. Datos más actualizados pueden extraerse de los correspondientes informes oficiales y del Informe sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos Nacionales de la Unión, Informe 2016, 2017, p. 35 y ss.

No obstante, resulta esperanzador constatar el ostensible incremento del número total de dictámenes motivados emitidos por los Parlamentos nacionales en los últimos años. Por ejemplo, en 2016 se recibieron 65 dictámenes motivados que incluyeron 38 relativos a cuatro propuestas de la Comisión; mientras que el Parlamento Europeo recibió formalmente 410 documentos de Parlamentos nacionales. De éstos, 76 eran dictámenes motivados presentados en virtud del Protocolo n.º 2, mientras que los 334 restantes eran contribuciones no relacionadas con el mecanismo de control de la subsidiariedad. Estas cifras contrastan, en comparación con las de 2015, año en el que sólo se transmitieron oficialmente al Parlamento Europeo 9 dictámenes motivados y 242 contribuciones³⁹.

Llegados a este punto, convendría recordar, dado el carácter descentralizado de nuestro Estado, que cuando se reciba una iniciativa legislativa comunitaria, ésta ha de ser remitida necesariamente a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas a efectos de su conocimiento y con el propósito de que, en su caso, puedan enviar a las Cortes Generales, en el plazo de cuatro semanas, un dictamen motivado sobre la aplicación del principio de subsidiariedad. En el supuesto de que la Comisión Mixta del Parlamento nacional aprobase un dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad, quedaría compelida a incorporar en el dictamen final que remita a instancias comunitarias, la relación total de dictámenes emitidos previamente por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas y las referencias necesarias para su consulta.

Sin atisbo de duda, la participación regional en la integración europea es imprescindible para el mantenimiento del proceso de democratización de la Unión⁴⁰. En coherencia con esta premisa, el Comité de las Regiones ha reforzado su posición a través del expreso reconocimiento de legitimación activa para acudir al Tribunal de Justicia⁴¹.

39 Todas las observaciones de los Parlamentos nacionales al Parlamento Europeo están disponibles en la base de datos interna CONNECT. Esta base, administrada por la Dirección de Relaciones con los Parlamentos Nacionales, contiene todos los documentos relacionados con la Unión que los Legislativos nacionales han transmitido de manera oficial al Parlamento Europeo desde el año 2010. Para obtener información más concisa al respecto, puede consultarse el *Informe Anual de la Comisión sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad*, Bruselas, 30.6.2017 COM (2017) 600 final.

40 En relación al marco jurídico de estabilidad presupuestaria y cómo éste enfoque ha afectado a las Comunidades Autónomas, debido al importante gasto público que realizan y a la notable disminución de ingresos que han sufrido, provocado desequilibrios que han afectado gravemente su autonomía y al sistema autonómico español tal como se ha venido desarrollando desde la aprobación de Constitución de 1978, vid., por todos, E. ALBERTÍ ROVIRA, «El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto, 2013, pp. 63-89.

41 Puede consultarse, J. M. CORTÉS, «El Tratado de Lisboa y las regiones», *Revista de Estudios Regionales*, núm. 86, 2009, pp. 261-279, y L. FROSINA, «Regiones y Unión Europea tras el

Al mismo tiempo, el Comité de las Regiones modernizó REGPEX, que se incardina en la Red de Seguimiento de la Subsidiariedad, abierta a los Parlamentos de las regiones con competencias legislativas y cuyo propósito se circunscribe a facilitar una selección de prioridades para el seguimiento de la subsidiariedad y un rico intercambio de información entre socios, con la teleología de fomentar las buenas prácticas y configurar un instrumento realmente útil para el seguimiento de la subsidiariedad⁴².

En España, las últimas reformas estatutarias y su desarrollo normativo entroncan con la tendencia de reforzar el papel institucional de los Parlamentos autonómicos que, dicho sea de paso, disponen de un plazo exiguo para aprobar un dictamen jurídico motivado sobre el cumplimiento o presunta vulneración del principio de subsidiariedad⁴³. De este modo, la potestad de los Parlamentos autonómicos para intervenir sin límites materiales estimula ostensiblemente la cooperación horizontal destinada a promover una participación integrada mediante un complejo sistema asentado en el diálogo interinstitucional comunitario-estatal-regional⁴⁴ que debe seguir progresando.

Finalmente, para cerrar esta tríada, resta considerar sucintamente el papel del Parlamento Europeo que, aunque es el órgano legislativo de la UE y la institución representativa de todos los ciudadanos comunitarios, no constituye en absoluto el núcleo del sistema institucional, básicamente, y entre otras razones, porque el sistema político europeo no emana de la soberanía de un poder constituyente. Por todo ello, consideramos que, aún a estas alturas, el Parlamento debe reafirmar su papel institucional en la elaboración de políticas europeas⁴⁵. En definitiva, es a él a quien corresponde la revisión de los Tratados, el debate sobre acuerdos de carácter internacional, las decisiones sobre la ampliación de

Tratado de Lisboa. El Comité de las Regiones, los Parlamentos regionales y el desafío de la multilevel governance», *ReDCE*, núm. 22, julio-diciembre, 2014, pp. 178-179.

42 En 2016 se cargaron en la plataforma un total de 28 contribuciones presentadas por socios de REGPEX. Vid. *Informe Anual de la Comisión sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad*, Bruselas, 30.6.2017 COM (2017) 600 final

43 J. L. LÓPEZ GONZÁLEZ, España, en VV.AA., *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 323-327.

44 Por lo que respecta al papel de la Comisión mixta en el mecanismo de alerta temprana y las modalidades de colaboración con los Parlamentos regionales, vid. por todos, F. ESTEVE GARCÍA y M. ILLAMOLA DAUSÁ, El control de la subsidiariedad y de la proporcionalidad por las Cortes Generales –Comisión mixta para la UE– y por los Parlamentos Autonómicos en España, en A. OLESTI RAYO, *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, Barcelona, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 153 y ss. Asimismo, L. FROSINA, *op. cit.*, p. 191.

45 Reflejo de las altas expectativas incumplidas es el interesante análisis de R. CORBETT, *The European Parliament's Role in closer EU integration*, Nueva York, Palgrave, 1998. Revísese, singularmente, en esta monografía el capítulo: «What to expect of the European Parliament», pp. 46-66.

la Unión, y para asegurar cierta legitimidad democrática, también la aprobación de la legislación de la Unión Europea junto con el Consejo a partir de las propuestas de la Comisión. Su derecho de recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea le permite, asimismo, garantizar el respeto de los principios democráticos a escala europea.

Por lo que respecta al procedimiento legislativo ordinario, su función ha sido cambiante desde un origen meramente consultivo hasta los mecanismos de codecisión, que le situaban al nivel del Consejo. Desde Maastricht posee ya un derecho de iniciativa legislativa limitado y puede solicitar a la Comisión la presentación de una propuesta, extremo que después del Tratado de Lisboa se ha articulado a través de un acuerdo interinstitucional entre la Comisión y el Parlamento. Del mismo modo, es preciso traer a colación que en el marco de la gobernanza económica ha cobrado mayor protagonismo reforzándose así la transparencia y colaboración entre las instituciones de la Unión⁴⁶.

En suma, el Parlamento Europeo puede interponer recursos ante el Tribunal de Justicia en caso de violación del Tratado por parte de otra institución, puede solicitar un dictamen previo del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de un acuerdo internacional con el Tratado, es el encargado de elegir al Defensor del Pueblo Europeo en virtud del artículo 228 TFUE, y de examinar los escritos y solicitudes de los ciudadanos cuando ejerzan su derecho de petición. De igual forma, ejerce en nombre de los ciudadanos un control político sobre el resto de las instituciones de la Unión, que va desde la obligación del Consejo y de la Comisión de responder a todas las preguntas parlamentarias que se les formulen, hasta la posibilidad más radical de plantear una moción de censura contra la Comisión, instrumento que requiere la aprobación de una mayoría de dos terceras partes de los votos emitidos, que representen, a su vez, la mayoría de los diputados que integran el Parlamento; pero si la moción sale adelante, la Comisión debería dimitir en bloque. Finalmente, y por lo que respecta a las competencias presupuestarias, encarna una de las dos ramas de la Autoridad Presupuestaria ocupándose de aprobar el presupuesto, controlar la gestión en su ejecución, debatir la política monetaria con el *Banco Central Europeo*, y, en su caso, dar luz verde al marco financiero plurianual⁴⁷.

Mención aparte merecería la continua insistencia del Parlamento europeo sobre la necesidad de reforzar las relaciones y los debates con los Parlamentos nacionales con el fin

46 Cfr. A. ZOPPÉ, El Parlamento Europeo: naturaleza y competencias, *FTUE*, núm. 10, 2017. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.6.4.html

47 Después del escándalo de los Papeles de Panamá y del caso *LuxLeaks*, la lucha contra el fraude fiscal, la evasión y de impuestos, y el blanqueo de capitales han constituido las prioridades políticas para el Parlamento Europeo. El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, que entró en vigor en enero de 2013, preveía, en su artículo 13, una cooperación específica interparlamentaria destinada al ejercicio del control parlamentario en materia de gobernanza económica y financiera.

de refrendar un mejor control parlamentario. Sus avances han modulado, para algunos, la desconfianza con respecto a la construcción europea, funcionando como un bálsamo contra las frustraciones causadas por la restricción de competencias parlamentarias nacionales⁴⁸. Así, en el documento de desarrollo de las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales, con arreglo al Tratado de Lisboa, se afirmaba que los ciudadanos están representados directamente a nivel de la Unión a través del Parlamento Europeo, y los Estados miembros están representados en el Consejo por medio de sus respectivos Gobiernos, que, deben rendir cuentas de forma democrática ante sus Parlamentos nacionales. Parece evidente que resulta necesario el fortalecimiento de la representación parlamentaria de la Unión mediante la ampliación de las funciones del Parlamento Europeo con respecto a las decisiones comunitarias, y al tiempo, el incremento de las competencias de los Parlamentos nacionales en relación con sus respectivos Gobiernos⁴⁹.

En cualquier caso, lo cierto es que, en la actualidad, la cooperación interparlamentaria desempeña una función primordial en la configuración del futuro de la Unión, y desde el inicio de la crisis de la deuda soberana, el papel de los Parlamentos nacionales en el contexto de la ratificación o modificación de los paquetes de rescate ha puesto de relieve la importancia de una cooperación entre éstos y el Parlamento Europeo. En este escenario, es clave la Conferencia de Órganos Especializados en Asuntos de la Unión Europea, en adelante COSAC, creada en 1989, como plataforma para fomentar el intercambio de información y buenas prácticas interparlamentarias, y para organizar conferencias sobre asuntos de política exterior y seguridad común, incluida la política común de seguridad y defensa. Paulatinamente se ha ido fortaleciendo y se ha reactivado como mecanismo de intervención global institucionalizado a través del cual los órganos especializados en asuntos comunitarios de los distintos Parlamentos de los Estados miembros ponen en común sus experiencias, problemas, proyectos, etcétera.

Así pues, en la línea de la Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de mayo de 2009, sobre el desarrollo de las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales con arreglo al Tratado de Lisboa (2008/2120 (INI))⁵⁰, pensamos que el futuro cometido político de este gran foro cooperativo está aún por definir, puesto que, por el momento, su carácter limitado es indudable a tenor de lo reducido de las delegaciones y del número de las reuniones; es parcial en cuanto a las materias a tratar, y es comple-

48 En este tema, véase J. RIDEAU, El papel de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea, en E. GARCÍA ENTERRÍA y R. ALONSO, *op. cit.*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 335-336.

49 Puede consultarse, al respecto, la Resolución del Parlamento Europeo de 7 de mayo de 2009.

50 De interés, también, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de abril de 2014, sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales (2013/2185 (INI))

mentario, porque aunque se trata de un instrumento de utilidad para los Parlamentos nacionales, no puede pretender ser el cauce principal de participación de aquellos en la legislación de la Unión Europea⁵¹.

Además de la COSAC, existen otros mecanismos de cooperación e intercambio de información que no debemos dejar preteridos. Entre ellos, podemos destacar la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos de la Unión Europea, que se encarga de supervisar la coordinación de las actividades interparlamentarias de la Unión a través de reuniones ordinarias, extraordinarias o cumbres informales⁵²; y, desde otra perspectiva, puede mencionarse también una plataforma interparlamentaria de debate sobre la política exterior, de seguridad y de defensa de la Unión: la Conferencia Interparlamentaria para la política exterior, de seguridad común y la política común de seguridad y defensa, que se convoca dos veces al año por el Parlamento del Estado que ejerza la Presidencia del Consejo en colaboración con el Parlamento Europeo. Como instrumentos adicionales de impulso del diálogo interparlamentario, además de conferencias periódicas, tenemos que tener en cuenta a las comisiones del Parlamento Europeo, que organizan reuniones interparlamentarias destinadas a los miembros de las correspondientes comisiones de los Parlamentos nacionales y también las visitas de Parlamentos nacionales al Parlamento Europeo destinadas al estudio de cuestiones que interesen singularmente a ese Parlamento nacional.

Finalmente, con la teleología de incrementar el intercambio de información y propiciar la transparencia y buenas prácticas, se crea el *European Centre for Parliamentary Research and Documentation* (ECPRD) o Centro Europeo de Investigación y Documentación Parlamentaria (CEIDP), gestionado de manera conjunta por el Parlamento Europeo y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Dicho órgano canaliza las peticiones de información cuando un determinado Parlamento desea informarse de forma detallada sobre las prácticas y políticas de otros países de la Unión Europea. Por su parte, la plataforma IPEX (*Interparliamentary EU Information Exchange*), iniciativa de los Parlamentos nacionales, desarrollada con la asistencia técnica del Parlamento Europeo, da el espaldarazo final a la cooperación interparlamentaria facilitando una plataforma para el intercambio electrónico de información entre los Parlamentos y la Unión, que sin duda puede considerarse actualmente uno de los proyectos más exitosos realizados en este ámbito⁵³.

51 Vid. M. DELGADO-IRIBARREN, *op. cit.*, pp. 45-65.

52 Los temas principales de la Conferencia en los últimos encuentros han sido la lucha contra la evasión fiscal, el programa de inversión común y la dimensión social de la Unión Económica y Monetaria.

53 En relación a las repercusiones del Tratado de Lisboa en la evolución del equilibrio institucional de la Unión Europea, resulta de interés consultar el Informe sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos Nacionales de la Unión, Informe 2016, 2017, pp. 22 y ss.

Resumen

Este artículo revisa los efectos de la integración europea sobre el sistema constitucional de los Estados miembros, el papel de los Parlamentos nacionales y sus insuficientes progresos en un marco de complicado equilibrio en las relaciones Parlamento-Gobierno, y, en última instancia, la necesidad de fortalecer el Parlamento europeo e incrementar el diálogo político, la rendición de cuentas y la cooperación interparlamentaria, aspectos cruciales del debate sobre la legitimidad democrática de la Unión Europea.

Palabras Clave

Derecho Constitucional, Parlamentos nacionales, déficit democrático, gobernanza multinivel, relaciones Parlamento-Gobierno, mecanismo de alerta temprana, principio de subsidiariedad, cooperación interparlamentaria, rendición de cuentas.

Abstract

This article aims at providing a comprehensive overview of the European integration effects on the constitutional system of the member States, the role of the national Parliaments and the insufficient progresses in a frame of complicated balance in the relations between Parliament and Government, as well as the need to strengthen the European Parliament and increase the political dialogue, accountability and inter parliamentary cooperation as determinant subjects in the debate about the European Union's democratic legitimacy.

Keywords

Constitutional Law, national Parliaments, democratic deficit, multilevel governance, relations between Parliaments and Governments, early warning system, principle of subsidiarity, inter parliamentary cooperation, accountability.

Recibido: 30 de marzo de 2018

Aceptado: 15 de abril de 2018



Artículos





EL CONSTITUCIONALISMO COMO PROYECTO CIENTÍFICO*

PETER HÄBERLE

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Bayreuth (Alemania)

SUMARIO:

- I. Las formas constitucionales y sus condiciones político-jurídicas.
- II. Los actores del constitucionalismo.
- III. Métodos de trabajo, en especial la ciencia en el ámbito del constitucionalismo.
- IV. «Excursus»: el emergente constitucionalismo africano.
- V. Conclusión.

I. LAS FORMAS CONSTITUCIONALES Y SUS CONDICIONES POLÍTICO-JURÍDICAS

Antes de nada, en un primer acercamiento, se han de destacar cuatro características que marcan la dirección de mi indagación. Primero, el constitucionalismo tiene que ver con los más altos valores, como son los derechos fundamentales, la paz, la justicia, las estructuras del Estado de Derecho, el interés general, la seguridad y la cooperación. En segundo lugar, el constitucionalismo fundamenta y sostiene el ordenamiento, no en vano se dice que penetra sobre el conjunto del sistema jurídico (véase en este sentido D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, 1992; N. WALKER, «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, núm. 65, 2002, p. 317 y ss.). En tercer lugar, el constitucionalismo se distingue de las otras formas jurídicas, por su estructura material y procedimental destinada a limitar el poder, evitar la guerra civil y producir la paz. Por ello se diseña para durar en el tiempo, esto es, se institucionaliza. En cuarto y último lugar, el constitucionalismo es actualmente, en términos geográficos, nacional, regional y universal.

A través de la cultura, en un largo esfuerzo, el constitucionalismo ha devenido historia. Esto se comprende fácilmente a la luz de los años 1776, 1787, 1789 y 1848 en Norteamérica y Europa, así como en el XIX en Latinoamérica, mientras que tras 1945 el constitucionalismo se ha desarrollado en algunas partes de África

* Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

y Asia. Hoy, pese a las diversas crisis internacionales, nacionales y regionales, el constitucionalismo está bien vivo y forma parte de la agenda del futuro. Ciertamente, en algunos casos se habla críticamente de una híper constitucionalización (N. FISCHER, *Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff: Zugleich eine Kritik der Hyperkon-stitutionalisierung einfachen Verfahrensrechts*, 2006) y, en sentido opuesto, frente al Derecho de la Unión, se defiende su desconstitucionalización (cfr. F. WOLLENSCHLÄGER, «Constitutionalisation and Deconstitutionalisation of Administrative Law in View of Europeanisation and Emancipation», *Review of European Administrative Law*, núm. 10, 2017, p. 7 y ss.)

A continuación, voy a tratar tres formas de ser del constitucionalismo en relación con sus espacios culturales y sus condiciones político-jurídicas. Antes de nada he de señalar que no me convence el alabado concepto del *multilevel constitutionalism* (I. Pernice), pues contiene en sí mismo una negación, dado que su estructura jerárquica es cuestionable: los momentos constitucionales en el Derecho Internacional no están ni encima ni debajo del Derecho Constitucional nacional o regional, se trata más bien de distintas relaciones de conexión (por ejemplo, de complementariedad o cooperación), todas ellas al servicio de la paz nacional, regional o internacional (apoyándose en B. Ackermann, respecto a los momentos constitucionales véase M. KOTZUR, «Konstitutionelle Momenete? Gedanken über den Wandel im Völkerrecht», en: A. V. ARNAULD (ED.), *Völkerrechtsgeschichte(en): Historische Narrative und Konzepte im Wandel*, 2017, p. 100 y ss.). El constitucionalismo abre la sociedad y da impulsos, marco y seguridad al pluralismo ideológico. Por lo demás, debemos liberar a la Constitución de su fijación con el Estado, sin olvidar que el Derecho Privado y el Derecho Penal, pese a la primacía de la Constitución, poseen su propia realidad.

1. El Estado Constitucional Cooperativo

El Estado Constitucional Cooperativo, abierto al mundo, es una propuesta teórica y científica ideal, concebida desde 1978 y que toma forma a través de contenidos típicos, como la división de funciones y procedimientos (para Alemania, los artículos 1, 20 y 92), con mención especial a la independencia del tercer poder en su garantía última de los derechos fundamentales. En el Estado Constitucional Cooperativo hay tanto Estado como disponga la Constitución, por usar una expresión de R. Smend y A. Arndt. Ahí radica una importante diferencia con el constitucionalismo decimonónico, en el que los conceptos claves eran la soberanía del príncipe, el principio monárquico, un poder estatal omniabarcante, los derechos subjetivos limitados y los estamentos en vez de parlamento.

Las múltiples conexiones cooperativas que se producen en el Estado constitucional, las concebimos como manifestación de la democracia ciudadana propia de un Estado de Derecho. Los ciudadanos se dan su Constitución, como se dice expresamente en las nueve Constituciones de los Länder. No obstante, la dignidad humana, recogida –por ejemplo– en el artículo 1 de la Ley Fundamental, es indisponible en la democracia pluralista –limita la soberanía popular–. A fin de cuentas, la democracia pluralista es la consecuencia orgánica de la dignidad humana. Sin embargo, no podemos negar que el Estado constitucional, en algunos países tiene una inclinación hacia estructuras autoritarias (como hoy, por ejemplo, en Turquía, Hungría, Egipto o Venezuela).

En el Estado Constitucional Cooperativo, sus constituciones son hoy más que nunca constituciones parciales. Propuse este concepto en 2001 para explicar que el Derecho Constitucional Europeo completa, se superpone y se acumula a las constituciones nacionales (al respecto, en una versión actualizada, P. HÄBERLE/M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, 8. ed. 2016). El Estado constitucional contiene elementos de transición hacia el Derecho Internacional como, por ejemplo, la llamada cláusula «en favor de la internacionalización» (*BVerfG*), o en el mismo sentido la cláusula «pro europea». Bien pronto *W. v. Simson* habló de las «condiciones supraestatales del Estado»; hoy, el Estado Constitucional Cooperativo está condicionado por las constituciones parciales del Derecho Internacional o del Derecho Constitucional Europeo.

Una mención especial merecen las organizaciones no gubernamentales, que todavía carecen de una teoría constitucional pese a que actúan en el ámbito internacional, nacional y regional (un intento lo podemos observar en M. HEMPEL, *Die Völkerrechtssubjektivität internationaler nichtstaatlicher Organisationen*, 1999). En términos generales han de ser valoradas positivamente y basta recordar algunos ejemplos: la Cruz Roja, Médicos sin Fronteras, Reporteros sin Fronteras, Amnistía Internacional, *Greenpeace*, *Oxfam*, Transparencia Internacional o *Human Rights Watch*. Las organizaciones no gubernamentales se distinguen por sus estructuras, tareas y límites, y en los textos constitucionales modernos las ubicaríamos dentro de la sociedad civil porque son capaces de crear un espacio público especial; por lo que se comprende el deseo de los Estados autoritarios por tutelarlas, prohibirlas o limitar su actuación (así por ejemplo, en Rusia, Hungría o Egipto). En definitiva, tenemos aquí un amplio campo de investigación que afecta de modo directo al constitucionalismo.

Creo que ahora son oportunas algunas palabras sobre el populismo, que nos remite a la crisis del constitucionalismo y su democracia (F. WIELENGA/F. HART-

LEB, *Populismus in der modernen Demokratie*, 2011). Me niego a regalarle la palabra *populus* a los populistas. Pensemos en Cicerón y su *res publica, res populi*, en los romanos con su *senatus populus romanus*, en el no menos famoso *we the people*, en la inscripción del *Reichstag* «el pueblo alemán», o en el hecho de que, en la mayoría de los Estados, se considere que el poder judicial se expresa «en nombre del pueblo». El populismo, bajo la ficción de una voluntad popular homogénea, ha de definirse provisionalmente del siguiente modo: es contrario a las instituciones, anti-pluralista, antiparlamentario y contrario a las élites.

2. Las comunidades políticas supranacionales como segunda forma política (o categoría jurídica) del constitucionalismo

En este punto también cabe reflexionar sobre las cuatro características antes mencionadas. Tomemos como ejemplo las organizaciones desarrolladas tras 1945, la Unión Europea, el Consejo de Europa, Mercosur, la Organización de Estados Americanos y la llamada Unión Africana. Desgraciadamente, el Consejo de Europa a menudo queda oscurecido bajo la sombra de la Unión, por más que el CEDH, como *living instrument*, sea un elemento central del constitucionalismo europeo (el concepto esencial sería la europeización como constitucionalización). Ha de traerse a colación el Derecho Constitucional Común Europeo (propuesto por mí en 1991), así como los llamados artículos europeos de las constituciones nacionales (e incluso los Estatutos de Autonomía de España e Italia, que compondrían así un Derecho Constitucional Europeo de naturaleza nacional). A menudo se subraya con razón el carácter proto federal de la Unión, especialmente intenso y profundo, que aparece en conceptos como el de «unión de Estados», «unión de constituciones», o «comunidad de constituciones» (concepto este último propuesto por mí).

En las citadas organizaciones internacionales se distinguen esbozos de la división de poderes. Desde este punto de vista, además de la Unión, son especialmente llamativos los tribunales internacionales de naturaleza constitucional. Sin embargo, hoy, en mi opinión, no se trata de tener más Europa, en el sentido de una unión bancaria o una unión de transferencias económicas; se trata más bien de retomar la conciencia sobre el principio de subsidiariedad y retornar a la idea clásica de una Europa de distintas velocidades o de geometría variable. La Unión, pese a las crisis de distinta naturaleza, posee una gran tradición cultural (sobre las cinco crisis, véase mi artículo en el número 25 de esta misma Revista) y por ello merece un gran aplauso la oferta del presidente Macron de fundar veinte universidades europeas.

Brevemente voy a tratar algunas cuestiones referidas al *Brexit* (P.J.J. WELFENS, *Brexit aus Versehen. Europäische Union zwischen Desintegration und neuer EU*, 2017): la salida del Reino Unido de esa comunidad constitucional que es la Unión solo puede concebirse como un desastre y una excepción. El Reino Unido mantiene la ilusión de la «Gran Bretaña global», pero no se debe olvidar que el Imperio británico es hoy solo una sombra de lo que fue. ¿Es posible un Brexit cooperativo?, ¿permanecerá al menos una cooperación en materia de seguridad y una unión aduanera?, ¿ha reforzado el Brexit la solidaridad entre los restantes veintisiete Estados miembros? Preguntas todas ellas que nacen del dolor que supone perder una gran cultura (en el sentido de mi trabajo, *Europarechtswissenschaft als Kulturwissenschaft*). Pensemos en la garantía de su pragmatismo y su experiencia fruto de su condición de antigua potencia mundial.

Debo repetir que las cuatro características presentadas al inicio de este ensayo también son útiles para las comunidades supranacionales: los valores superiores como fundamento y sustento que penetra en el ordenamiento, que da forma al poder, así como una institucionalización duradera. Y esto debe servir para lograr la paz en los tres espacios culturales (el regional, el nacional y el universal).

3. Los momentos constitucionales en el Derecho Internacional

La constitucionalización del Derecho Internacional es un concepto de gran actualidad. Por ejemplo, el «Estado de Derecho en el Derecho Internacional» ha sido desarrollado en profundidad por M. Kotzur (en *FS für E. Klein*, 2013, p. 797 y ss.). Y todavía confío en mi tesis de las constituciones parciales, que se refleja, por ejemplo, en la Carta de las Naciones Unidas, las Convenciones de Ginebra (1907), La Haya (1945), Viena (1961/69) y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (1998/2002). Lo mismo podría decirse respecto a la Convención sobre el Derecho del Mar (1982) así como del conjunto de textos de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos (véase mi contribución en el *Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, Thomson Civitas, 2014). Y no debemos olvidar los textos de las constituciones estatales que contienen referencias a la paz en el mundo, los derechos humanos y la humanidad (por ejemplo, el preámbulo o el artículo 13 de la Ley Fundamental o distintas referencias en los textos suizos, sean cantonales o federales). Aquí se cumplen las cuatro apreciaciones que realicé al inicio, por más que se den algunos retrocesos, como la salida de los Estados Unidos de la UNESCO o de la Convención sobre el Cambio Climático (respecto a la penetración de los tribunales internacionales de naturaleza constitucional, A. V. BOGDANDY/I.

VENZKE, *In wessen Namen? – Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, 2014)

Muchos temas pasan del Derecho Constitucional nacional al Derecho Internacional y sus ordenamientos parciales. Un ejemplo son los dos Pactos de derechos humanos de 1976, que se mueven en el espíritu de los grandes textos de 1776, 1789, etc.; o las piezas del Estado de Derecho que se derivan del creciente número de tribunales internacionales también elementos de la división de poderes (la independencia judicial). En este sentido, son constituciones parciales la Carta de Naciones Unidas (1945) y las numerosas convenciones de Naciones Unidas. Deben mencionarse las Convenciones frente a la discriminación racial (1966) y la tortura (1984), de los derechos de los niños (1989), la discapacidad (2006), pero también los estatutos de los tribunales internacionales como el de La Haya (1945) o el Tribunal del Mar de Hamburgo.

Se habla en el Derecho Internacional de «constituciones parciales» en especial por las siguientes razones: los tratados, desde un punto de vista fáctico y jurídico son de larga duración, de forma parecida a las constituciones. Es obvio, por otro lado, la importancia para la opinión pública de los temas que abordan los tratados, como, por ejemplo, la pena de muerte (1948), la protección de los artistas (1973), el Derecho Internacional humanitario y el medio ambiente (1979/85/87/92/97). Se trata de valores orientadores, ideales, grandes palabras –como justicia, paz mundial, intereses, humanidad, o dignidad humana–, que en parte nacen del Derecho Constitucional nacional. Podemos pensar también en los elementos sociales y jurídicos en el Derecho Internacional relativo al estatus de los refugiados (1951/67), así como los principios generales del Derecho Internacional, por ejemplo, el principio de reciprocidad. Se recogen de forma expresa en algunos documentos de Derecho Internacional como –sin ánimo de exhaustividad– el art. 2.2 de la Carta de Naciones Unidas de 1945 o el art. 31.1 de la Convención de Viena de 1961 y es un clásico en las codificaciones del Derecho Privado de los viejos Estados nación. Estas normas también son constitucionales porque aspiran a limitar cualquier tipo de poder en su ámbito. R. Smend introdujo en la comprensión constitucional la idea de «impulso y límite» y es útil para muchos principios de Derecho Internacional. Al igual que la tesis de U. Scheuner que comprendió la Constitución como «norma y tarea», de manera que podemos decir que el Derecho Internacional es «norma y tarea»; e incluso también nos es útil el concepto de «política constitucional», que desempeñan diversos actores, entre ellos las llamadas *International Law Commission*.

Es llamativa la ósmosis entre las constituciones parciales del Derecho Internacional y las nacionales. Se observa un engranaje entre los principios jurídicos,

un toma y daca entre el Estado Constitucional Cooperativo y el Derecho Internacional. Pensemos en los derechos del niño, en la prohibición de la esclavitud, en la protección del arte o de las tradiciones culturales. Todos estos temas relativizan el clásico esquema de dentro/fuera. Es aquí donde cobra sentido el descubrimiento del Derecho Internacional subjetivo (A. Peters) y mi idea de 1997, relativa al *status mundialis y hominis*.

Un tratamiento específico recibe la vinculación recíproca de naturaleza jurídico-política entre las tres formas constitucionales (que pueden ser también concebidas como espacios culturales). Hay intensas conexiones, interacciones o procesos de ósmosis, referencias, desarrollos o movimientos entre el Estado Constitucional Cooperativo por un lado y las comunidades constitucionales supranacionales, esto es, la comunidad internacional (la permeabilidad sería la palabra clave, tal y como ya señalé en 1978). Observamos intercambios y procesos de transferencia en relación a textos, resoluciones judiciales o políticas. La idea de los derechos humanos se ha movido desde el contexto nacional al internacional. Los derechos fundamentales de la Unión se basan en muchos de los modelos nacionales y su realidad constitucional, y a la vez influyen sobre las constituciones nacionales. Lo mismo se puede decir de la división de poderes, que en la Unión toma la forma de equilibrio institucional. En el plano del Derecho Internacional constitucional vemos amplios catálogos de tareas, que se alimentan de los modelos y formas del constitucionalismo nacional. El elemento democrático se percibe incluso en las Naciones Unidas (en la Asamblea General, o en el Consejo de derechos humanos en Ginebra) y, sin duda, en el Parlamento Europeo. Especialmente claros son los procesos jurídicos de producción y recepción entre las tres formas constitucionales, a la luz del tercer poder. No podemos menospreciar a los tribunales internacionales y su función de constitucionalización del Derecho Internacional. Se habla de un diálogo entre tribunales constitucionales (A. VOßKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ* 2010, p. 1 y ss.). Los votos particulares, en tanto que judicatura alternativa, son muy útiles a largo plazo. Por otro lado, en mi opinión, la jurisprudencia universal será posible a través de los métodos interpretativos.

Es necesario decir algo sobre las crisis y los retos del constitucionalismo en estos tres espacios jurídicamente estructurados. Basta recordar algunos elementos: el terrorismo internacional, la crisis financiera global, el auge del economicismo y en especial del capitalismo financiero, el evidente cambio climático, el regreso del exagerado y agresivo capitalismo, internet como un espacio sin Derecho y sin Estado, una corrupción desbordante, los paraísos fiscales, la proliferación de las *fake news*, el odio del ISIS, las guerras, las hambrunas, los ataques cibernéticos, las corrientes

migratorias, el creciente presupuesto para armamentos, el secesionismo ilegal como el de Cataluña, el peligro de «las sociedades paralelas» que ponen en cuestión la convivencia pacífica (por ejemplo la justicia paralela del Islam en Alemania, los guetos en Dinamarca). Todos estos acontecimientos plantean grandes exigencias desde el punto de vista político y científico al constitucionalismo, como ya venía ocurriendo con la necesidad de controlar el mercado, que debería tener solo un significado instrumental y no ser un fin en sí mismo. Por no hablar del desplazamiento de los movimientos de poder geopolíticos entre EEUU, Rusia y China. Solo el espíritu de la época nos permitirá visualizar este escenario en conjunto. Nosotros mismos debemos elaborar reformas despacio y con cuidado, trazando aclaraciones conceptuales, como por ejemplo, la que se da entre asilados y migrantes. No podemos olvidar que el crecimiento de los partidos críticos con Europa es un dato muy negativo.

II. LOS ACTORES DEL CONSTITUCIONALISMO

En mi comprensión teórica del constitucionalismo, los actores son las personas, instituciones y órganos con capacidad de acción. Desde esta perspectiva, en términos históricos, el primer lugar le corresponde al Estado nación, que con el tiempo ha devenido en Estado constitucional. También merecen ser mencionados con acento propio los actores políticos, nacionales o regionales y aquellos, que se han desempeñado en la comunidad internacional o supranacional durante el proceso de crecimiento del constitucionalismo. En este sentido, las Naciones Unidas es un actor capital, a través de sus diversos órganos y trabajadores, por mucho que su Consejo de Seguridad quede bloqueado en más de una ocasión. En el ámbito nacional es habitual pensar en los «padres y madres» de la Constitución, como los *Federalist Papers* en EEUU, los miembros de la Cámara Parlamentaria en Bonn cuando se elaboró la Ley Fundamental de 1949 (por ejemplo, Carlo Schmid y T. Heuß) o los autores del Manifiesto de Ventotene (1945) en Italia. Sin olvidar a los políticos de dimensión europea como A. De Gasperi, Ch. De Gaulle, Jean Monnet y H. Kohl, H. Hallstein y J. Delors.

Pensemos, en aquellos hombres de Estado, que condujeron a su pueblo a la libertad y a la sociedad abierta, y de este modo al constitucionalismo: sin duda, V. Havel en Checoslovaquia, N. Mandela en Sudáfrica, o S. Bolívar en Latinoamérica. Y en el centro también encontramos a los constitucionalistas, esto es, a aquellas personas que con su pensamiento han abierto el camino del Estado constitucional y han creado «los textos clásicos en la vida constitucional» (1981). Basta con citar a J. Locke, Montesquieu, Rousseau, Tocqueville y también Kant, en parte Hegel, H. Jonas

(el principio responsabilidad) o, por último, los clásicos de Weimar. En este marco, hemos de contar con los jueces, cuya contribución, fruto de su independencia y específicos métodos, no se deben menospreciar (pensemos en Luxemburgo, Estrasburgo y Costa Rica). Por ejemplo, en los Estados Unidos son la última protección frente al presidente Trump. En cambio, están en peligro como actor constitucional en Turquía o en Polonia (aquí, se vulneran los derechos fundamentales de la Carta y la división de poderes). En definitiva, la independencia judicial como requisito de la tutela judicial forma parte de los principios que componen la tradición constitucional de los Estados miembros.

La pluralidad de actores es una de las características del vivo intercambio entre las constituciones parciales. Así, debemos contar entre ellos a los Estados, las organizaciones internacionales, los altos tribunales nacionales, los tribunales internacionales como el de Naciones Unidas (conformados según la imagen de los tribunales independientes), las organizaciones internacionales y, en última instancia, los ciudadanos que alegan derechos fundamentales y sociales (nacionales o internacionales). Existe una coincidencia entre el Derecho Constitucional nacional, los tribunales constitucionales y el Derecho Internacional. Sin olvidar a los académicos, que son de alguna manera actores de las comunidades científicas nacionales y supranacionales, formando parte de la «República de los sabios».

A partir de estas tesis relativas a las constituciones parciales nacionales, regionales e internacionales, podemos hablar de un constitucionalismo universal, pero no de un Derecho o de un Estado mundial. Solo debemos utilizar de manera puntual el concepto de «cultura jurídica mundial» en relación a la Convención del Patrimonio cultural (1972) o la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005) o la Convención de la Unesco sobre la protección de los bienes inmateriales (2003/13), la desaparición de la pena de muerte (1989) o la lucha contra la piratería.

III. MÉTODOS DE TRABAJO, EN ESPECIAL LA CIENCIA EN EL ÁMBITO DEL CONSTITUCIONALISMO

Ahora vamos a tomar en cuenta solo al constitucionalista (académico o juez) querido hoy por doquier. Sin duda, los métodos de trabajo de los restantes actores en el ámbito del constitucionalismo merecerían una discusión particular, por ejemplo, el modo de trabajar de los políticos (en el contexto de la política constitucional), o el asesoramiento de los economistas, historiadores, politólogos o incluso de los científicos de la naturaleza. En cualquier caso, respecto a los constitucionalistas, ha de

decirse que trabajan en la elaboración de una jurisprudencia universal, para lo que se usa, con la intención de disciplinarse, un método específico, distinto, por ejemplo, al que puede ser relevante en el Derecho Penal (véase al respecto, A. JAKAB, *European Constitutional Language*, 2016).

El constitucionalista –nacional, regional o universal– debería trabajar con los siguientes métodos: con el quinto método interpretativo, relativo a la comparación constitucional (1989); con el paradigma textual que nos muestra los procesos mundiales de producción y recepción de los textos constitucionales (por ejemplo, la Constitución Suiza de 1999); y el desarrollo de la comparación jurídica contextual, tesis que vengo desarrollando desde 1979 con la idea de que la comparación constitucional es una ciencia contextual. Pensemos sobre todo en los contextos culturales, que las constituciones más recientes formulan tradicionalmente con la expresión *unless context otherwise requires*, que también podría enunciarse como «interpretar con una reflexión inclusiva», «iluminar las relaciones». Poco más puedo decir por razones de tiempo. En cualquier caso, los académicos son solo un actor más entre muchos, si de lo que se trata es de impulsar al Estado constitucional en el espacio cultural regional y global. Este debe ser nuestro proyecto. Y ahí queda Suiza como ejemplo, que reformó su Constitución trabajando con múltiples textos alternativos.

IV. «EXCURSUS»: EL EMERGENTE CONSTITUCIONALISMO AFRICANO

En las más diversas disciplinas, son muchos los jóvenes científicos que están atentos al continente africano en su conjunto o a alguno de sus cincuenta y cinco Estados en particular. Temas no faltan. Recordemos, por ejemplo, la controversia sobre la migración procedente de África y su necesidad de encauzarla (Italia padece especialmente la solidaridad europea). También es significativo el avance del presidente Macron en la devolución a las colonias europeas de aquellos bienes culturales que habían sido secuestrados, que finalmente está tomando cuerpo en 2018 mediante un plan europeo bajo el lema: la *Zona-Sahel* como «lugar de cultura». Las viejas metrópolis europeas tienen razones de sobra para tener mala conciencia.

Por otro lado, se ha de esperar que la ayuda de Europa rebaje la explotación, el dolor, la pobreza y el hambre en los países africanos (nos debe animar saber que ya hay muchas ciudades patrimonio de la humanidad en África). Se ha de hacer notar la llamativa presencia de China en África, que financia por motivos geopolíticos las infraestructuras portuarias (Dschibuti), trenes, etc. (China, dolorosamente para nosotros, también ha comprado el puerto de Piräus). Todo esto forma un fundamento

que hemos de tener en cuenta cuando echamos una ojeada al constitucionalismo africano. Aunque todavía se necesita tiempo para que se desarrolle una cultura constitucional amplia en el sentido de mi propuesta de 1982 (por más que la Constitución Sudafricana de 1996 sea modélica desde el punto de vista textual).

Es posible reconocer una incipiente constitucionalización de África que se construye desde las constitucionales nacionales y los acuerdos regionales como la Unión Africana o la Comunidad de Estados de África Occidental (que incluso cuenta con un tribunal constitucional), todo lo cual debería de producir un espacio público africano (en las páginas que siguen me limitaré a ofrecer algunos ejemplos). Muchos de los textos constitucionales son especialmente creativos, por ejemplo, el de Suráfrica (1996), Kenia (2010), Angola (2010) y Túnez (2014). Como siempre se produce un enriquecedor intercambio; y así, el lema de la «cultura de la paz» aparece primero en Eslovenia (1991), en la Umbria (2005), en textos regionales españoles, y más tarde en algunos Estados sudamericanos o en la Constitución del Sudán del Sur (2011). En cualquier caso se hace visible una «sociedad abierta de los constituyentes», que se encarna en algunos conceptos clave introducidos con gran creatividad por los constituyentes africanos, formando propiamente un constitucionalismo africano, al que pertenece la Carta de Banjul sobre los derechos humanos y de los pueblos (1986).

Los preámbulos constitucionales son especialmente productivos pues conforman la narrativa de un pueblo, dan forma al corazón del constitucionalismo y lo dotan de honor. Los preámbulos, desde el punto de vista cultural son similares a los prólogos y los preludios de la poesía y la música; a menudo dan forma a grandes logros textuales; muestran en un lenguaje festivo y cercano al ciudadano la historia de un país, ligada con el presente, a la vez que bosquejan con grandes palabras el futuro constitucional. Si pudiésemos reunirlos tendríamos un gran libro constitucional, pues definen con claridad los valores fundamentales del Estado constitucional en los que reposa el consentimiento ciudadano.

Por ejemplo, la Constitución de Mali (1992) se remite a las «tradiciones de la lucha heroica» y habla de la «democracia pluralista», de la «pluralidad lingüística y cultural» y de la promoción de la paz. El preámbulo de Malawi (1994) reconoce la unidad de la humanidad y la paz de las relaciones internacionales. El preámbulo de Nigeria (199) se abre con la expresión «*we, the people*», atiende a la «solidaridad interafricana» y el bienestar de todas las personas (Nigeria destaca por haber acogido la cultura Nok). La Constitución de Angola (2010), especialmente rica en todos los sentidos, habla de la resistencia frente «al dominio colonial», se refiere a la «sabiduría de la historia y cultura comunes» y se deja inspirar por la «mejor doctrina de la tradición africana – el sustrato fundacional de la cultura y de la identidad de Angola»;

y también marca una «cultura de la tolerancia». Se garantiza la dignidad del ser humano, así como la división y limitación de los poderes o el sistema del mercado; finalmente se vincula a la tradición de la futuras generaciones». El preámbulo de la Constitución del Sudán del Sur (2011) se abre con un «*we, the people*», señala «la larga y heroica lucha en pos de la justicia, la libertad, la igualdad y la dignidad» y reclama sostenibilidad para los recursos naturales a la luz de las generaciones presentes y futuras «en el espíritu del Islam y el amor a nuestros bienes y nuestra tierra». ¡Cuánto idealismo!

Una breves palabras respecto al catálogo de derechos fundamentales: junto a los temas clásicos (límites, reglas de interpretación o contenido esencial), encontramos nuevos asuntos, por ejemplo, la protección de la juventud, los mayores o las personas con discapacidad. A menudo se hace mención a la cultura y a la educación –recuérdese mi vieja idea sobre la «Constitución como objetivo educativo»–. Encontramos nuevos órganos e instituciones, entre ellas diversas comisiones referidas a los derechos fundamentales, los medios o la lucha contra la corrupción. Se regulan derechos de prestación. Y no menos importantes son las menciones al cambio pacífico de poder entre los presidentes, que pese a los textos constitucionales a menudo padecen la presión de la realidad constitucional, como refleja recientemente Sudáfrica o Zimbabue.

África debe reclamar su lugar como laboratorio de nuevos temas, figuras y textos del constitucionalismo. Sin embargo, puesto que la diferencia entre el Derecho Constitucional y la realidad constitucional es tan amplia, resulta difícil hablar de un «Derecho Constitucional Común Africano». Las condiciones socio-económicas del constitucionalismo todavía no están plenamente satisfechas en África (trabajo, educación y formación, salud, paz y el aseguramiento de un mínimo de bienestar e infraestructuras). Sin embargo, África debería tener un futuro constitucional, pese a la amenaza de estructuras autoritarias (así, A. Kemmerer se pregunta en un editorial de *Verfassungsblog*: ¿hay un constitucionalismo global para el sur? – <https://verfassungsblog.delquergelesen-gibt-es-einen-konstitutionalismus-globalen-suedens/>).

V. CONCLUSIÓN

Nosotros, como servidores del Derecho, debemos darle nombre a las dolorosas fronteras de nuestra ciencia. El optimismo científico lo tiene difícil, incluso si el servicio a la humanidad que el constitucionalismo conlleva, debería ser una motivación (el Derecho Internacional como «Derecho Constitucional de la humanidad» contiene en sí el «Derecho de los derechos» en el sentido de Hannah Arendt). Debemos

hacer todo lo posible para que el constitucionalismo siga siendo atractivo. Si actualizamos la idea de que la ciencia es una búsqueda eterna de la verdad, en el sentido de W. von Humboldt, encontraremos un paralelismo con la búsqueda de la verdad por parte del poder judicial. En términos de la Ley Fundamental: la libertad científica y la jurisprudencia están vinculadas (art. 5.3 y 92 de la Ley Fundamental) –la búsqueda de la verdad determina el constitucionalismo–. La vitalidad del constitucionalismo se confirma a la luz de las comisiones de la verdad como la surafricana o la tunecina –la búsqueda de la verdad también debe ser la máxima de todo político–. El constitucionalismo no tiene por qué acabar siendo un término para todo; tiene sus límites y sus crisis: límites derivados de los cambios, de las dinámicas políticas. El constitucionalismo es en sus tres espacios una ciencia de la paz, es una palabra de esperanza y debe estar lista para la reforma y ser responsable, así como proyecto y cambio de la realidad.

Resumen

Este ensayo comienza analizando tres formas constitucionales que se manifiestan en el espacio: el Estado cooperativo, las comunidades políticas supranacionales y los momentos constitucionales que se manifiestan en el Derecho Internacional. A esta primera reflexión se le une una segunda sobre los actores que operan en esos tres espacios. Estas premisas han de llevar a afinar la metodología del Derecho Constitucional. Termina el ensayo con una aplicación de estas directrices al ámbito del constitucionalismo africano.

Palabras clave

Espacios constitucionales, actores constitucionales, metodología del Derecho Constitucional, constitucionalismo africano

Abstract

This essay begins analyzing three constitutional forms that shapes the space: the cooperative state, the supranational political communities and the constitutional moments manifested in international law. This reflection is joined by a second one about the actors that operate in these three spaces. These premises must lead to refine the methodology of constitutional law. The essay ends with an application of these guidelines to the field of African constitutionalism.

Keywords

Constitutional space, constitutional actors, constitutional methodology, African constitutionalism

Recibido: 8 de febrero de 2018
Aceptado: 15 de febrero de 2018



¿PERVIVE ALGO PARECIDO A UNA JUSTICIA DE CLASE?*

JÖRG LUTHER

*Profesor de Instituciones de Derecho Público en la Universidad del
Piamonte oriental*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El concepto legal y constitucional de la clase social en contextos cambiantes.
- III. La justicia de clase como narrativa alemana.
- IV. Desde la justicia de clase a una justicia basada en la igualdad de oportunidades.

I. INTRODUCCIÓN

El apelativo «justicia de clase» es un término controvertido, que en una primera aproximación podría definirse como aquel concepto que analiza críticamente las instituciones, las prácticas o las decisiones del Poder Judicial que se perciben como injustas y que deben corregirse y prevenirse a través de la justicia social.

La controversia comienza cuando uno analiza el concepto de clase; un concepto que, en el mundo occidental desarrollado, al menos después de la derrota del socialismo constitucional en 1989, suena anacrónico y patético, ideológica y políticamente incorrecto. Sin embargo, todo orden legal crea clasificaciones legales, todos los órdenes políticos se caracterizan por la presencia de élites en su clase política y todos los órdenes sociales afrontan conflictos de intereses y divisiones que pueden ser atribuidos a las clases sociales (2). Si los conflictos de clase han sido elaborados a través de los instrumentos de la política en tiempos y lugares diferentes, el concepto de justicia de clase de partida debe ser reconsiderado y situado en el contexto geográfico e histórico alemán de finales del siglo XIX (3). Aunque la actual cultura procesal puede ser repasada como un intento por erradicar la justicia de clase, esta última aún podría persistir en algunos procedimientos judiciales; e incluso, podría existir como un déficit estructural, si se considera que el lenguaje de los juristas pudiera no estar siendo sensible a las clases que se han quedado atrás educacional y formativamente (4).

* Traducido del inglés por Miguel José Arjona Sánchez.

II. EL CONCEPTO LEGAL Y CONSTITUCIONAL DE LA CLASE SOCIAL EN CONTEXTOS CAMBIANTES

Siempre que un legislador o un juez producen una norma, la descripción de los hechos se hace a través de un lenguaje que genera por sí mismo distintas clasificaciones. La misma ley usa operadores deónticos para hechos descritos de manera general y abstracta que pueden estar, de acuerdo con el principio de igualdad, vinculados a determinadas clases de sujetos y objetos dentro de un ordenamiento jurídico. Si el lenguaje jurídico está basado en reglas, su aplicación puede incluir o excluir aquellos sujetos u objetos que conforman las categorías o clases que han sido, a su vez, generadas por dichas reglas. Si un jurista no conoce la totalidad de las normas o ni tan siquiera su número, sería imposible que conociera el número de clases establecidas por la ley, pero si examina las clases establecidas por el Derecho constitucional, el número de clases o grupos de clases podría reducirse a unas pocas, consideradas particiones de un todo que se puede identificar con la sociedad, el Estado y el ordenamiento jurídico. Uno siempre puede imaginarse un antagonismo entre dos clases sociales, pero también puede imaginarse un orden equilibrado, compuesto a su vez por tres órdenes mutuamente organizados.

Las ideas occidentales sobre las clases sociales parecen haberse construido sobre la base del sistema hindú de castas. Por su parte, la etimología del concepto se remonta a las clases del Derecho Público Romano: La republicana *comitatus maximus* (la asamblea popular) estaba basada en el reclutamiento militar de la llamada *comitia centuriata*, dividida, a su vez, en cinco clases sobre la base del censo (patrimonio) y subdividida en *juniores* y *seniores*. Los miembros de la primera clase se llamaban clásicos, y eran distintos de los demás *infra classem*. Cicerón llamó a la clase más baja *proletarii*¹. En el Derecho Público Romano, las clases eran, por tanto, las primeras divisiones de las fuerzas militares, y más tarde, aquellas personas que ostentaban la capacidad de deliberación, y que incluso pagaban impuestos.

Durante mucho tiempo, los votantes y los funcionarios públicos han sido divididos en clases e, incluso hoy, las personas son divididas en diferentes clases según los gravámenes tributarios de sus rentas. El concepto occidental de clase deriva de un lenguaje de organización jurídica todavía en uso, pero en los tiempos modernos el término ha sido usado con un propósito de organización científica de los objetos (las clases del *Systema Naturae Secundum Classes* de Linné) y de acción cultural (clase escolar). Durante la Ilustración, las clases fueron objeto del pensamiento fisiocrático

1 CICERO, *De Republica*, p. 2, p. 22, p. 40. Cf. G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1965, p. 208 ss.

francés sobre la sociedad², ocupando el lugar dejado por los conceptos jurídicos de estamentos y órdenes del Antiguo Régimen, que habían sido abolidos por las revoluciones constitucionales de Francia y los Estados Unidos³.

El Preámbulo de la Constitución de Pensilvania de 1776 promete una felicidad general y un gobierno que «proporcionara para el futuro mejoras, sin parcialidad ni prejuicios contra ninguna clase, secta o cualquiera que sea la denominación de los hombres»⁴. La Constitución de Massachusetts de 1780 añadía: «El Gobierno se instituye para el bien común, para la protección, seguridad, prosperidad y felicidad del pueblo, y no para el beneficio, honor o interés privado de cualquier hombre, familia o clase de hombres». Los ideales de la nueva sociedad se fundamentaron en la igualdad formal y en la diferenciación social, con una interdependencia natural y un equilibrio artificial para el mejor aprovechamiento del territorio y del trabajo de todos. James Madison consideró que la distribución desigual de la propiedad era «la más común y duradera fuente de facciones» y el origen de los diferentes intereses que dividían a las naciones civilizadas «en diferentes clases, impulsadas por diferentes sentimientos y visiones»; y prefirió la representación republicana de una democracia pura, si de lo que se trataba era de encontrar un moderador equilibrio constitucional⁵. Por su parte, Hamilton advirtió que no todas las profesiones podían ser representadas bajo la forma de clase (siendo el mercader el representante natural de la sociedad comercial) y era consciente de la «quimérica suposición de que el interés de todos puede ser gestionado de tal manera que no promueva la elección de una clase privilegiada que sea excluyente con las otras»⁶.

La Declaración de derechos francesa de 1789 aceptó las distinciones sociales solo si estaban fundamentadas en el beneficio común (*utilité commune*). La Consti-

2 La teoría de F. QUESNAY (F. QUESNAY, *Tableau économique*, 1758), que distinguió las clases productivas (campesinos), los propietarios (*property holders*) y estériles (bienes no georregenerativos, sino servicios) fue desarrollada por J. NECKER, *De l'administration des Finances de la France*, 1784 y A. TURGOT, *Réflexion sur la distribution des richesses*, 1788, citado por F. HEGNER, «Soziale Klasse», en J. RITTER y K. GRÜNDER, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Klett, IV, Stuttgart, 1976.

3 N. LUHMANN, «Zum Begriff der sozialen Klasse», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 13, 1984, p. 40.

4 La Constitución de Carolina del Norte de 1776 (artículo VI, párrafo 2) permitió que «el impuesto sobre los esclavos debiera establecerse según promedio de su valor general en el Estado o en sus valores en clases con respecto a la edad, el sexo y otras propiedades específicas».

5 *Federalist Papers*, 1788, núm. 10.

6 «chimerical supposition, that the interest of all could be handled in such a manner as to promote the election of some favourite class in exclusion of others». *Federalist Papers*, 1788, núm. 35, p. 60.

tución de 1791 creó una clase de ciudadanos iguales por nacimiento, con la única excepción del Rey (Título III, Cap. I, Art. 8) hasta 1792, y abolió la nobleza y la distinción hereditaria, pero usó la propiedad como una condición de elegibilidad. La abolición de los privilegios de clase fue para el Abad Sièyes el propósito del constitucionalismo francés, pero en 1798 creó en su propio favor el privilegio consular, dado que estos conformaron el corazón del mecanismo de cooptación para el nuevo Senado conservador, el más alto representante de la clase política⁷.

Por otra parte, la restauración de la monarquía constitucional en Europa⁸ implicó la vuelta de las segundas cámaras a su antigua función de representación aristocrática. La Constitución de Baviera de 1818, por ejemplo, introdujo para ambas cámaras las clases de electores, que eran «una representación basada en el patrimonio (*Standtschaft*), derivada de todas las clases de ciudadanos residentes en el Estado, con los derechos de asesoramiento, aprobación, consentimiento, petición y apelación por violación de derechos constitucionales, para fortalecer en asambleas públicas la sabiduría de la consulta, sin debilitar la fuerza del Gobierno»⁹.

La lucha de clases del siglo XIX pasó del pobre/rico al capital/trabajo, favorecida tanto por el primer socialismo (Saint-Simon, Cartistas, Marx)¹⁰ como por las ideas liberales de un crecimiento natural de la clase media (Stuart Mill). La Constitución de la II República francesa de 1848, fundada en el trabajo y la propiedad, enfatizó: «Abolidos para siempre todos los títulos de nobleza, todos los privilegios por nacimiento, clase o casta». Algunas constituciones de los Estados de los EE.UU. se hicieron eco de ello, con la prohibición de conceder privilegios e inmunidades «a ningún ciudadano o clase de ciudadanos» (art. 1 párrafo 18 de la Constitución de

7 E. SIÈYES, *Que "est-ce que le tiers état?*, Paris 1789, p. 3: «*A-t-on remarqué que dès que le gouvernement devient le patrimoine d'une classe particulière, il s'enfle entôt hors de toute mesure, les places s'y créent, non pour le besoin des gouvernés, mais pour celui des gouvernants, etc.?*»

8 Para Latinoamérica, cf. Constitución de Cundinamarca de 1811: «llevar las armas, sin distinción de clase, estado o condición» (Tít. IX, art. 2); Constitución Federal de Venezuela de 1811: «Todos los ciudadanos tienen derecho sin distinción alguna a los empleos públicos, del modo, en las formas y con las condiciones prescriptas por la ley, no siendo aquéllos la propiedad exclusiva de alguna clase de hombres en particular» (art. 147); Constitución de Bolivia de 1824: «bolivianos de cualquier clase y dignidad».

9 Preámbulo de la Const. de 1818: «*Eine Standtschaft hervorgehend aus allen Klassen der im Staate ansässigen Staatsbürger, mit den Rechten des Beyrathes, der Zustimmung, der Willigung, der Wünsche und der Beschwerdeführung wegen verletzter verfassungsmäßiger Rechte, berufen, um in öffentlichen Versammlungen die Weisheit der Berathung zu verstärken ohne die Kraft der Regierung zu schwächen*».

10 Cf. P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, Seuil, Paris, 2011, p. 116 y ss.

Arkansas de 1868, art. 1 párrafo 21 de la Constitución de California de 1879), pero permitieron distintas clases en el transporte por ferrocarril (art. 17 párrafo 1 de la Constitución de Arkansas de 1874)¹¹.

La lucha de clases y las revoluciones sociales favorecieron el énfasis neo-marxista de la conciencia de clase y dejaron huella en varias constituciones del último siglo. La Constitución de México de 1917 prometió el crecimiento económico y la justicia en la distribución de las rentas y la riqueza para «permitir el pleno ejercicio de la libertad y dignidad de los individuos, grupos y clases sociales» (art. 25)¹². El Preámbulo de la Constitución rusa de 1918 prometió la eliminación de cualquier división de clases y elaboró diferentes reglas según se tratase de las clases trabajadoras o de las clases poseedoras; la Constitución alemana de Weimar de 1919 estableció los principios y derechos de una constitución económica y abogó por «una regulación internacional de los derechos de los trabajadores, con un esfuerzo para salvaguardar un mínimo de derechos sociales para la clase trabajadora de la raza humana (universal)» (art. 162); y la Constitución austríaca de 1920 excluyó los privilegios en el terreno de las propiedades y las clases (art. 7).

Otros textos constitucionales también aludieron a la cuestión, y así el rumano prohibió la discriminación por clase (1923)¹³; el turco «ningún privilegio de casta, clase, familia» (1924)¹⁴; el portugués estableció el «libre acceso a la cultura» y «mejorar las condiciones existenciales de las clases sociales menos favorecidas» (1933)¹⁵; e Irlanda instituyó la garantía sobre la distribución equitativa de la propiedad y el

11 Véase también, el Art. 1 párrafo 33 de la Constitución de Texas de 1868: «La legislatura que se reunió en la ciudad de Austin el 6 de agosto de 1866 fue únicamente provisional, y sus actos deben ser respetados sólo en la medida en que no violen la Constitución y las leyes de los Estados Unidos, o no estaban destinados a recompensar a los que participaron en la última rebelión; o discriminar entre los ciudadanos por raza o color; o para operar de forma perjudicial para cualquier clase de ciudadanos».

12 Cf. art. 25: *duty to punish practices of monopolies* «con perjuicio del público en general o de alguna clase social».

13 Art. 8: «No existe en el Estado ninguna distinción por razón de Nacimiento o de clase social».

14 Art. 69: «Todos los privilegios de casta, de clase, de familia o de persona son suprimidos y prohibidos».

15 Art. 5: «El Estado portugués es una República unitaria y corporativa, basada en la igualdad de los ciudadanos ante la ley, en el libre acceso de todas las clases a los beneficios de la civilización y en el concurso de todos los elementos fundamentales de la nación a la vida, el desarrollo administrativo y de elaboración de las leyes.» Art. 6 párrafo 3: «Procurar mejorar las condiciones de existencia de las clases sociales menos favorecidas evitando que estas condiciones no decaigan por debajo de un mínimo humanamente suficiente».

control de los recursos materiales entre las clases (1937)¹⁶, que fueron precursores de la cláusula de las clases atrasadas introducida en la Constitución india en 1951 (art. 15 párrafo 4)¹⁷. Otras cláusulas similares caracterizaron durante el siglo pasado el tránsito hacia un constitucionalismo más social y a estrategias de pacificación social muy diferentes, que incluyen al liberalismo social, al corporativismo fascista y a la comunista dictadura de partido.

Si únicamente nos centramos en la historia representada a través de los textos constitucionales resuena un eco del pensamiento fascista en la prohibición de cualquier actividad y partido político basado en la clase de la Constitución siria de 2012¹⁸. Por su parte, la Constitución posfascista italiana de 1947 prefirió una directriz general del Estado en favor de la igualdad sustancial de los trabajadores (art. 3.2); la Ley Fundamental de Alemania de 1949, unas cláusulas generales como las del *sozialer Bundesstaat* (federalismo social) y el *sozialer Rechtsstaat* (Imperio de la ley). Portugal (en 1976) pasó primero de un orgulloso objetivo socialista de una «sociedad sin clases», a cambiarlo, en 1989, por una «sociedad en libertad, justicia y solidaridad».

Después de 1989, el ideal comunista de una sociedad sin clases sociales sólo ha sobrevivido en los países más o menos postcomunistas como China: «La explotación de clases ha disminuido bastante en nuestro país. Sin embargo, la lucha de clases continuará existiendo dentro de ciertos límites por un largo periodo de tiempo» (Preámbulo de 1982)¹⁹. La Constitución de la revolución iraní de 1979 declara: «Según el islam, el gobierno no deriva de los intereses de una clase, ni sirve al dominio de ningún individuo o grupo». Incluso la Constitución egipcia de la primavera árabe de 2012 llamó a las «masas que trascendieron clase e ideología a alcanzar unos horizontes patrióticos y humanos más amplios».

«No existen distinciones de clase en el Estado»; si Bélgica decidió en 2014 enmendar su Constitución (art. 10) con esta cláusula, esta debería ser considerada un acervo del constitucionalismo social, pero también un rechazo implícito a la po-

16 Art. 44 párrafo 2: «Que la propiedad y el control de los recursos materiales de la comunidad se puedan distribuir entre los individuos privados y las diversas clases sociales, de la mejor manera posible para que sirvan al bien común».

17 Para las diferencias entre la sección más débil y la clase atrasada, véase Indra Sawhney vs. University of India (1992) citado por M.P. SUSPIRO, *Vn. N. Shukla's Constitution of India*, 12.ª ed., Eastern Book Company, Nueva Delhi, 2016, p. 94 y ss.

18 «No puede emprenderse (...) ni llevar a cabo ninguna actividad política o formar cualquier agrupación o partido político (...) basado en la clase (...)» (Tít. I, Cap. I, Art. 8.4).

19 Véase también Vietnam y Corea del Norte (1972/1998).

pular tesis del «declive» o la «muerte de las clases»²⁰. Algunos sociólogos consideran la teoría de clases como una teoría retrospectiva o utópica, simplista e inadecuada a un mundo industrializado caracterizado por el pluralismo y la fragmentación, y una creciente diferenciación funcional. Incluso algunos de los pioneros en la sociología jurídica han preferido el concepto de «estratificación» social (concepto analítico descubierto en EE.UU., que refleja la multidimensionalidad e incluye diferentes fenómenos como las castas indias, las clases económicas modernas y los estados medievales)²¹.

Sin embargo, el concepto de clase aún sobrevive en los estudios jurídicos críticos, la sociología jurídica y la filosofía del Derecho realista. Desde luego, las clases sociales ya no son percibidas como las principales fuerzas en la contemporánea historia de las sociedades complejas y han sido parcialmente sustituidas por las élites políticas, económicas y culturales de la sociedad, pero al menos siguen siendo una herramienta ideológica para la autodescripción de la sociedad. Las clases sociales no constituyen el centro, pero pueden asociarse a las discriminaciones de raza y género o a los conflictos intergeneracionales. Las desigualdades aún pueden ser apropiadamente entendidas como un factor de división y conflicto social de clase que ni desaparecen ni son eternos, sino que se someten a las transformaciones y modelación de carácter jurídico-político.

Las clases sociales pueden redefinirse mediante el uso de indicadores fiables de poder económico y cultural (propiedad, prestigio, etc.); se pueden cuantificar a través de estadísticas y verificarse a través de la sociología empírica. Las clases sociales aún pueden representarse políticamente, condicionar el comportamiento electoral y convertirse en objeto de aquellas políticas redistributivas y del bienestar con objetivos como la reducción de la pobreza o el acceso a los bienes y servicios comunes. Incluso bajo las condiciones del aumento de la movilidad social, el concepto clases sociales ayuda a explicar la dinámica de los conflictos y las interacciones de masas, para construir una cohesión social y un equilibrio entre órdenes jurídicos.

El concepto tiene que ser redefinido en los nuevos contextos. Por un lado, bajo las condiciones de la globalización, las divisiones de clase son más relevantes no sólo para el diseño constitucional de los países en desarrollo, sino para el orden interna-

20 J. HOLMWOOD, «Citizenship and Social Class Revisited», en M. DEL MAR, C. MICHELON, *The anxiety of the jurist*, Ashgate, Edinburgh, 2013; L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Laterza, Roma, 2012.

21 T. GEIGER, «Schichtung», en W. BERNSDORFF y F. BÜLOW, *Wörterbuch der Soziologie*, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1955, p. 432-466.

cional²². Por otro lado, bajo las condiciones de democratización, las clases bajas y medias a menudo se agregan a través de visiones populistas sobre el pueblo, que se contraponen a las de su clase política; un resentimiento populista que incluso corre el riesgo de incluir a los jueces en dicha clase política.

III. LA JUSTICIA DE CLASE COMO NARRATIVA ALEMANA

La expresión «justicia de clase» se corresponde con la traducción de la palabra alemana *Klassenjustiz*, utilizada por primera vez en los periodos socialdemócratas después de 1870²³. Inicialmente se refería a los casos de justicia política o uso del Poder Judicial para fines políticos contra los trabajadores y sus representantes, como en la implementación en 1878 de las leyes de Bismarck contra los socialistas²⁴, y en los casos internacionales como el de Emma Goldman en 1893 en los EE.UU.²⁵ o Dreyfus en 1894 en Francia²⁶.

Ya en 1853, Karl Marx —ex estudiante de Derecho— interpretó un proceso en Colonia contra los comunistas como un verdadero veredicto de la nobleza y la burguesía renana: «En la acusación, las clases dominantes sentadas en el tribunal se enfrentaron al desarmado proletariado revolucionario (...)»²⁷. Los programas del partido desarrollaron más y más objetivos para la reforma del Poder Judicial, desde los tribunales industriales especiales y la justicia gratuita (en 1869) a la justicia a tra-

22 Cf. B. S. CHIMNI, «Prolegomena to a Class Approach to International Law», *The European Journal of International Law, EJIL*, 2010, Vol. 21 núm. 1, p. 57-82.

23 Para el Reino Unido: (Anónimo), *Justice to the poor; and justice to every other class of the people, as respects the situation of the poor, and the state of agriculture and commerce*, T. E. Dicey and R. Smithson, Northampton, 1820.

24 D. JOSEPH (ed.), *Rechtsstaat und Klassenjustiz – Texte aus der sozialdemokratischen «Neuen Zeit»*, Alber, Freiburg, 1996; G. LINNEMANN, *Klassenjustiz und Weltfremdheit: deutsche Justizkritik 1890–1914*, Kiel, Dissertation, 1989. Primeros folletos monográficos: H. STERNBERG, *Klassenjustiz und Entmündigungs-Unfug*, en: *Mahnschreiben an Reichs- und Landtag*, Brand, Berlin, 1898; A. BRAND, *Ist ein Fall Dreyfus in Deutschland unmöglich?*, Brand, Berlin, 1899. Para Austria: K. STADLER (ed.), *Sozialistenprozesse. Politische Justiz in Österreich 1870-1936*, Europaverlag, Wien, 1986.

25 E. GOLDMAN, *Amerikanische Justiz (1893)*, en *A Documentary History of the American Years*, Los Angeles, University of California Press, 2008, p. 186 y ss.

26 B. PERTHUIS, «Images de la justice au temps de l'affaire Dreyfus», *Sociétés & Représentations*, 2/2004 (núm. 18), p. 135-145.

27 K. MARX, *Enthüllungen über den Kommunistenprozess zu Köln*, Boston, 1853, p. 76. Como justicia política incluso se puede calificar el proceso contra August Bebel y Wilhelm Liebknecht en 1872, véase: <http://dlib.rsl.ru/viewer/01004454279#?page=1>

vés del pueblo (en 1875), los jueces elegidos por el pueblo, los daños y perjuicios por arrestos y sentencias a inocentes, la abolición de la pena de muerte (en 1891), etc.²⁸

La idea original, según la cual, en un Estado dominado por la lucha de clases, la judicatura sólo puede producir una justicia de clase fue transformada en una más elaborada teoría por el abogado Karl Liebknecht que, en su propio juicio por alta traición en 1907, dijo:

«Yo entiendo la justicia de clase como un fenómeno social específico, dado que las funciones de los jueces son ejercidas por los miembros de la clase o clases dominantes. Cuando tienen que decidir sobre los miembros de otras clases, naturalmente no pueden emitir un juicio objetivo»²⁹.

En un discurso público sobre el Estado de Derecho y la justicia de clase en Stuttgart, Liebknecht especificó cuatro fuentes de arbitrariedad y manifestación de la justicia de clase: 1) los vicios en la conducción del juicio, cuando el juez, por ejemplo, evalúa la vestimenta, la lengua y la cultura; 2) los vicios relacionados con la selección y la consideración de los hechos, especialmente en la comprensión de los contextos sociales (el entorno) y la criminología; 3) los vicios relativos a la interpretación de la legislación, especialmente cuando está basada en la apreciación de los intereses generales; 4) los vicios relativos a la medición discrecional de los castigos y los daños (justicia dura para los pobres y blanda para las clases altas)³⁰; y en 1910 añadió la prisión como un espacio adicional de justicia de clase.

Ironías de la historia, finalmente la sentencia de 1907 fue menos dura de lo esperado; por el contrario, los procesos contra los militares que asesinaron a Karl Liebknecht y a Rosa Luxemburgo, así como el comportamiento de la fiscalía en 1919 fueron formas de (in)justicia conducida por intereses políticos³¹.

28 Cf. K. MARX, *Kritik des Gothaer Programms*, Verlag Neuer Weg, Berlin, 1946, appendix.

29 Citado de B. HAAß, «Justizkritik bei Karl Liebknecht. Der Begriff "Klassenjustiz"», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 11, 1990, p. 120-136; cf. O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, Princeton University Press, New Jersey, 1961; Ídem, *Politische Justiz*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt, 1981, 324 y ss.

30 K. LIEBKNECHT, *Rechtsstaat und Klassenjustiz, Vortrag, gehalten zu Stuttgart am 23. August 1907*, Singer, Stuttgart, 1907, en: *Gesammelte Reden und Schriften*, II, Berlin 1958, p. 17-42. Cf. C. KADE, *Klassenjustiz*, Rauck, Berlin, 1908; E. KUTTNER, *Klassenjustiz!*, Buchhandlung Vorwärts Paul Singer GmbH, Berlin, 1913; y una carta del sociólogo F. Toennies al periódico «Ethische Kultur» (en 1912), en *Gesamtausgabe*, Band 9: 1911-1915, Berlin/New York: Walter de Gruyter 2000, 221 y ss.

31 E. HANNOVER-DRÜCK, H. HANNOVER, *Der Mord an Rosa Luxemburg und Karl Liebknecht*, Suhrkamp, Frankfurt, 1972.

La teoría de la justicia de clase influyó en el experimento de los tribunales populares en la revolución rusa de 1917 y dividió a la República de Weimar³². Por un lado, la nueva democracia mantuvo la inamovilidad de los magistrados incluso durante la transición –en contra de la solución adoptada al comienzo de la III República francesa– y estableció nuevas normas constitucionales para el Poder Judicial. Por otro lado, la mayoría de los jueces no aceptaron el fin de la monarquía y fracasaron en las sanciones a la mayoría de los golpes de Estado, incluyendo el de Hitler³³. En 1921, la Revista de la Asociación de los Jueces alemanes acusaba al nuevo gobierno de producir un «Derecho de mentiras», un «Derecho bastardo, de clase y de partido». «Si el partido hace política de clase, el Derecho elaborado por el partido es un Derecho de clase, una justicia de clase»³⁴; desde este punto de vista, el Derecho perdía su neutralidad y la justicia de clase era sólo el producto de una nueva legislación más favorable a los trabajadores. La sección disciplinaria del Tribunal de la Abogacía decidió en 1923 que ni siquiera un abogado podía invocar en público la justicia de clase³⁵.

Por su parte, los abogados discordantes cercanos al antiguo ministro Gustav Radbruch fundaron en 1925 una asociación concurrente, la Federación Republicana de Jueces (*Republikanischer Richterbund*), mientras que un joven abogado laboralista y asesor de los sindicatos, Ernst Fraenkel, rebatió estas ideas en 1927 con un famoso folleto «*For a sociology of class justice*», en el que ofreció una redefinición: «Justicia de clase significa que la jurisprudencia de un país está influida por los intereses unilaterales y la ideología de la clase dominante, de modo que pese a una formal aplicación de la legislación afectada, la clase oprimida se ve perjudicada por el modo en que se practica la justicia»³⁶.

Ello implica que la justicia de clase no constituye una actividad delictiva del juez, ni una simple violación de la legalidad, en favor de los miembros de

32 Cf. las ideas comunistas de P. STUČKA, *Das Problem des Klassenrechts und der Klassenjustiz*, C. Hoym Nachf., Hamburg, 1922; F. SCHNEIDER, *Klassenjustiz. Chronologische Gegenüberstellung von Gerichtsurteilen gegen Revolutionäre und Reaktionäre*, Verlagsgenossenschaft 'Freiheit', Berlin, 1920; *Dokumente der Klassenjustiz*, Verein Internationale Verlagsanstalt, Berlin, 1924; *Klassenjustiz: Mitteilungsblatt des Bezirkes Berlin-Brandenburg der Roten Hilfe Deutschlands* (1925) 1.1925,1 (8. Aug.) – 3.1927.

33 E. KUTTNER, *Warum versagt die Justiz?*, Verlag für Sozialwissenschaft, Berlin, 1921; Ídem, *Bilanz der Rechtsprechung*, Verlag für Sozialwissenschaft, Berlin, 1922.

34 Deutsche Richterzeitung, 1921, cl. 129.

35 H. HANNOVER, *Politische Justiz 1918-1933*, Fischer, Frankfurt, 1966, p. 27.

36 E. FRAENKEL, *Zur Soziologie der Klassenjustiz* (1927), reimpresso: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, p. 37.

la clase más alta –una definición preferida incluso por Hans Kelsen³⁷–. El argumento del marxista Fraenkel –haciendo uso de diferentes aspectos culturales, institucionales y de comportamiento– intentó explicar el contexto histórico: en primer lugar, subrayó el estado de la conciencia corporativa, la crisis del alma de los jueces que mayoritariamente habían jurado lealtad al Emperador Guillermo II y a un Estado radicalmente transformado por una Constitución revolucionaria; en segundo lugar, reconoció que la cultura jurídica se había abierto a una interpretación más sustancial de los inputs del Derecho Natural; en tercer lugar, la cultura jurídica de la clase trabajadora tendía a ser más formalista que sustancialista, porque su influencia sobre la legislación era más fuerte que la que podía ejercer sobre los jueces y sus sentimientos iusnaturalistas, no compartidos por la clase alta a la que pertenecía la judicatura. En este contexto cultural, la justicia de clase se verificaba cuando el juez introducía su visión sobre unos valores basados en la clase, en aquellas sentencias que involucraban a los intereses de las clases bajas. Esto era posible gracias a que el reclutamiento y la capacitación profesional de los juristas, los separaban de los trabajadores y de los conflictos de clase. Para finalizar o mitigar el problema, no se necesitaba ninguna revolución, bastaban reformas institucionales. Así, se solicitó un sistema de reclutamiento que garantizase la legitimidad democrática del Poder Judicial y el patriotismo constitucional de los jueces, la participación popular en la jurisdicción y una cultura de justicia crítica.

El moderado optimismo de Fraenkel en 1927 se basaba en las primeras experiencias de los tribunales laborales, donde los sindicatos podían sentarse, defender a los trabajadores y participar en el reclutamiento de los jueces populares. Con el advenimiento de la Alemania nazi, la historia de Fraenkel terminó con su emigración forzada, la prohibición de su libro judío y la revocación de su título académico. La Alemania nazi perdió la segunda guerra mundial y la nueva Constitución alemana de 1949 prometió un nuevo Estado Social de Derecho y garantizó los derechos procesales, pero Fraenkel retrasó su repatriación y prefirió la Ciencia Política a la práctica legal. Ya en 1968, cuando consintió la reedición de la «La justicia de clase», en un contexto de consolidación de la democracia pluralista y de la economía social de mercado, los estudios del Poder Judicial estaban ya cada vez más centrados en la sociología, como, por ejemplo, en la nueva y americana Asociación de Derecho y Sociedad (1966).

37 H. KELSEN, *Demokratie und Sozialismus*, Verlag der Wiener Volksbuchhandlung, Wien, 1967, p. 100.

El sociólogo liberal Ralf Dahrendorf concluyó una investigación sobre las carreras de los jueces superiores, observando que «la mitad de la sociedad está autorizada a enjuiciar a otra mitad que ignora»³⁸. En 1968, un fuerte choque intergeneracional en Europa llamó de nuevo la atención sobre la cuestión de la justicia de clase³⁹. Las reformas de las Facultades de Derecho intentaron promover más las ciencias sociales, incluyendo la Criminología y la Sociología del Derecho. La investigación empírica de estas carreras no generó evidencias claras y no se identificaron casos típicos, de modo que el debate de los sociólogos del Derecho concluyó, paradójicamente, que la justicia de clase era tanto más eficiente cuanto menos visible deviniera⁴⁰.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán confirmó una sanción disciplinaria para un abogado que criticó duramente a un fiscal por haber ignorado deliberadamente el Derecho en un «caso típico de justicia de clase»⁴¹.

IV. DESDE LA JUSTICIA DE CLASE A UNA JUSTICIA BASADA EN LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Hoy, una justicia de clase podría presumirse contraria al espíritu de la mayor parte de las constituciones, tanto de los países en desarrollo como de los que no. Esta sería lo contrario a la justicia social y a la justicia basada en la igualdad de oportunidades (art. 39 A de la Constitución india); pero ¿significa eso que la justicia ya no puede estar condicionada por las asimetrías sociales y los conflictos que suponen la existencia de las clases sociales? Siendo las divisiones de clase menos visibles y menos relevantes, la justicia de clase podría ser incluso percibida como un anacronismo. Pero si miramos al nivel internacional y a la crisis de las clases políticas, el argumento aún podría ser parcialmente relevante para los sistemas de bienestar menos desarrollados.

38 R. DAHRENDORF, «Bemerkungen zur sozialen Stellung und Herkunft der Richter an Oberlandesgerichten», *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, 5, 1960, p. 260 y ss.

39 H. ROTTLEUTHNER, «Klassenjustiz?», *Kritische Justiz*, Vol. 2, n.º 1, 1969, p. 1-26; W. KAUPEN, *Die Hüter von Recht und Ordnung*, Luchterhand, Neuwied, 1969; R. LAUTMANN, *Justiz – die stille Gewalt*, Fischer Athenäum, Frankfurt, 1972; T. RASEHORN, *Recht und Klassen. Zur Klassenjustiz in der Bundesrepublik*, Luchterhand, Neuwied, 1974; T. WULFHORST, «"Klassenjustiz" kein Anfang und kein Ende», *Juristenzeitung*, n.º 17, 5, 1975, p. 539-540; W. BÖHM, «Klassenjustiz», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1974, p. 172-174.

40 W. BÖHM, *op. cit.*, p. 172-174.

41 Bundesverfassungsgericht, 12. 11. 1987, 1 BvR 911/86.

Por supuesto, todavía existen diferentes culturas sobre los litigios tanto en las sociedades de mercado capitalista que idealizan la «lucha por el Derecho» (Jhering), como en las sociedades tradicionales de Oriente que idealizan la armonía y que podrían incluso castigar a las dos partes de un litigio. El final de los países con el Derecho de los soviets y la globalización neoliberal, por un lado; y las tendencias a favor de la *juristocracy* alrededor del mundo, por otro, permitirían una revisión crítica de las teorías de justicia de clase en el extranjero.

La relación entre los jueces y el pueblo se ha transformado profundamente, y no sólo en Europa. Las jerarquías sociales se han disminuido, pero los jueces podrían estar corriendo el riesgo de ser considerados parte de la clase política gobernante.

En primer lugar, todas las personas que buscan justicia tienen, hasta cierta extensión, derechos procesales vinculantes: 1) de acceso⁴², 2) de audiencia, 3) a ser asistido por un intérprete, 4) a obtener un juicio justo 5) a obtener una decisión en un tiempo razonable, etc.; y los más pobres tienen derecho a ser asistidos para su acceso a la justicia (p. ej. art. 24 de la Constitución italiana). Estos derechos relacionados con el proceso pueden ser aplicados mediante soluciones generales, y a veces, incluso mediante soluciones especiales ya sean éstas constitucionales o internacionales.

En segundo lugar, la justicia se ejerce cada vez más en nombre del pueblo, con la participación en los tribunales de jurados populares y miembros legos. Los fiscales pueden ser más sensibles a los delitos contra las personas socialmente débiles y, en la India, las causas de interés público han sido usadas en favor de las clases más pobres. Por otra parte, el activismo judicial sirve algunas veces de conductor social.

En tercer lugar, los derechos sociales ya no son necesariamente derechos de segunda clase, sino que están cada vez más protegidos y garantizados por la acción de los tribunales generales o especiales; por ejemplo: los tribunales laborales o de la Seguridad Social en Alemania. Es más, en la mayoría de los países, los jueces son ahora competentes para la revisión judicial o constitucional de la legislación social, incluyendo temas como los de las exclusiones arbitrarias de las ayudas sociales.

Sin embargo, hay que recordar que el ideal de justicia social en los tribunales penales, civiles o administrativos todavía se percibe como algo que no se realiza del todo; así, toda justicia humana no es más que una justicia social imperfecta. Por ejemplo, la asistencia jurídica en cierta medida puede eliminar incluso las barreras

42 M. CAPPELLETTI (gen. ed.), *Access to justice, 4 vols.*, Sijthoff & Noordhoff, 1978-79; R. SUDARSHAN, «Avatars of Rule of Law and Access to Justice: Some Asian Aspects», en A. KADWANI DIAS, G. HONWANA WELCH, *Justice for the Poor: perspectives on Accelerating Access*, N. Delhi, Oxford University Press, 2009, p. 588-630.

socioeconómicas al acceso a los tribunales, pero las clases más altas son siempre más activas en la justicia civil. Las exclusiones sociales siguen teniendo lugar *de facto* entre las personas discapacitadas, las víctimas de crímenes, los intereses medioambientales, las oportunidades de acceso electrónico, etc. Se percibe que los sujetos corporativos con reclamaciones de alto valor aún obtienen un mejor acceso y una justicia más rápida, que las personas privadas con pequeñas reclamaciones de valor; los pobres y los carentes de poder están desproporcionalmente representados como «delinquentes comunes» o «clase peligrosa»⁴³; incluso las barreras psicológicas parecen ser mayores entre las clases bajas. La resolución alternativa de las disputas es a veces percibida como una justicia civil de segunda clase, mientras que los criminales de cuello blanco son vistos como un caso para la justicia penal de primera clase.

El art. 103 de la Constitución brasileña promete algunos progresos: «La acción directa de inconstitucionalidad y la acción declarativa de constitucionalidad puede ser presentada por: (...) IX. una confederación sindical o una entidad de clase nacional». En contraste, una norma de los EE. UU. prohíbe explícitamente a los abogados y a las organizaciones de asistencia legal financiadas por la Corporación de Servicios Legales de los EE. UU. iniciar o participar en los litigios colectivos en favor de la gente pobre⁴⁴.

La duración de los procedimientos produce limitaciones adicionales en el acceso, que pueden tener efectos más graves en los casos de las personas en condiciones de debilidad social⁴⁵. Todos los derechos fundamentales tienen un coste, pero frecuentemente los derechos sociales son denegados a los no ciudadanos y sólo pueden aplicarse dentro de ciertos límites presupuestarios; así, especialmente en tiempos de crisis financiera o en lugares de economías en desarrollo, a menudo se consideran derechos débiles; e incluso la observación de los derechos sociales se mantiene menos desarrollada que la de los derechos civiles. Por último, pero no menos importante,

43 G. BARAK, P. LEIGHTON y A. COTTON, *Class, Race, Gender, and Crime*, 4.ª ed., Rowman and Littlefield, New York, 2015, p. 81 y ss.; R. SHELDON, *Controlling the Dangerous Classes*, Allyn & Bacon, Needham Heids (MA), 2007, p. 201.

44 H. ROSE, «Class actions and the poor», *Loyola University Chicago School of Law Public Law & Theory Research Paper*, Núm. 16, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1910194>.

45 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Handbook on European Law related to access to justice*, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-ecthr-2016-handbook-on-access-to-justice_en.pdf. La relevancia del acceso a la protección de los derechos es analizada por S. BAUMGARTNER, «Does Access to Justice Improve Countries' Compliance with Human Rights Norms? – An Empirical Study (August 15, 2011)», *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, 2011, <https://ssrn.com/abstract=1910194>

la investigación empírica sobre la economía y los hechos sociales de los procesos judiciales necesita más desarrollo.

Como escribió Benjamin Cardozo en 1921, los jueces se ven determinados por factores subconscientes y los tribunales deciden cuestiones sociales y económicas sobre la base de sus propias filosofías económicas y sociales⁴⁶. Este giro filosófico se hizo eco de los estudios jurídicos críticos que incluso prepararon el próximo giro lingüístico en los así llamados estudios de cultura legal. Ahora, debemos centrarnos en la cuestión de hasta qué punto una justicia de clase todavía puede existir con formas indirectas, a través de los efectos de exclusión perpetrados por el lenguaje de los tribunales.

A estos efectos, el derecho a disfrutar de una traducción e intérpretes es sólo un aspecto más de las barreras lingüísticas que existen para el acceso a la justicia; mientras que otros pueden derivarse de las discapacidades lingüísticas y verse influidos por los hechos sociolingüísticos. Si las clases bajas tienen un código más restringido que el elaborado código de las clases altas y medias de jueces y fiscales, esto podría crear una estructural desventaja para ellos, lo que necesitaría de alguna corrección legal, especialmente si el código restringido es considerado una subcultura o un déficit cultural (menor cultura) y no sólo una diferente. Las personas de clase baja que acuden a los tribunales a menudo no entienden el lenguaje del juez, pero esto pasa no sólo entre las clases sociales bajas, sino que puede pasarle a cualquier persona sujeta a la autoridad de un juez. Dos aspectos que deben distinguirse bien para que podamos encontrar soluciones adecuadas a estos problemas.

Por un lado, tenemos una distancia entre los elaborados códigos de las clases altas y los más restringidos de las clases bajas, que podrían incluso incrementarse en virtud de las nuevas tecnologías de la comunicación. La clase trabajadora prefiere medios locales y está más orientada a una posición como oyente, mientras que tiene menos experiencia a la hora de expresar información⁴⁷. Por otro lado, tenemos una brecha creciente entre el elaborado lenguaje técnico de la burocracia legal y el lenguaje común de los no juristas, que normalmente no han recibido en la escuela una enseñanza general del lenguaje jurídico; en general, los beneficios del lenguaje técnico aún se perciben como más altos que los costes de la incomprensión social de la retórica del Poder Judicial.

46 B. CARDOZO, *The nature of judicial process*, Yale University Press, New Haven, 1921, p. 171.

47 Cf. P. KERSWILL, «Social class», en C. LLAMA, L. MULLANY, P. STOCKWELL, *The Routledge Companion to Sociolinguistics*, New York, 2007, p. 51-51.

La lingüística forense puede ayudar a un juez a comprender a los testigos y su interacción con los abogados⁴⁸, pero ¿quién ayuda al ciudadano a comprender al juez? En primer lugar, los propios jueces siempre deberían poder traducir su propia jerga técnica al lenguaje común; y no deberían delegar su traducción a los abogados o a una oficina especializada en emitir comunicados de prensa. La publicidad de los procedimientos y el deber de motivar las decisiones judiciales implican un deber general de hablar y escribir de una manera comprensible para todos los ciudadanos. Ser capaz de traducir el lenguaje legal a un lenguaje universalmente comprensible debería convertirse en una habilidad entrenada y evaluada incluso en la carrera judicial. Si el juez pronuncia un fallo en el nombre del pueblo, el pueblo no sólo tiene el derecho a una copia, sino también a entender el discurso en el que está basado, en un lenguaje suficientemente comprensible.

¿Cómo podría entenderse suficientemente este lenguaje? Uno podría confiar en el movimiento del lenguaje sencillo –un movimiento cultural mundial de consumidores– y elaborar un estándar lingüístico específico, como una suerte de Derecho blando. Estándares similares podrían usarse para una consulta obligatoria sobre el lenguaje a expertos lingüísticos en la redacción de explicaciones públicas, formularios y páginas web de la administración de justicia. Algún Ministro de Justicia alemán ha promovido incluso un proyecto de lenguaje ligero para la simplificación del lenguaje de la administración judicial en beneficio de las personas con dificultades cognitivas⁴⁹, inclusive para aquellas decisiones judiciales que a menudo usan elementos estándares de argumentación utilizados en decisiones anteriores (llamadas *Textbausteine*); se podría desarrollar un nuevo software específico que pudiera ayudar a los jueces a encontrar un mejor lenguaje. Las asociaciones de jueces, la abogacía, las Facultades de Derecho, los científicos y los expertos en humanidades y las organizaciones de protección a los consumidores podrían participar en el establecimiento de estándares y en la búsqueda de muestras para buenos o malos lenguajes judiciales. Las normas deontológicas o legales garantizarían que este tipo de censura cultural no comprometiera la independencia judicial.

Pero ¿podría el derecho a obtener fallos comprensibles ser una obligación con una cierta extensión? Antes de nada, las normas deontológicas o legales establecerían

48 F. ROCK, «Forensic linguistics», en *The Routledge Handbook of Applied Linguistics*, New York, 2011, p. 138 y ss.

49 http://www.mj.niedersachsen.de/startseite/leichte_sprachepilotprojekt_leichte_sprache_niedersaechsischen_justiz/pilotprojekt-leichte-sprache-in-der-niedersaechsischen-justiz-123609.html. Véase incluso: L. BREGGIA, «La semplificazione del linguaggio giuridico negli atti processuali», *Cultura e Diritti*, 2012, p. 2, y p. 29

el deber judicial de corregir aquellos pasajes incomprensibles del texto del fallo. En segundo lugar, las partes utilizarían los recursos ya existentes si se detectase que se han violado los mínimos requisitos lingüísticos para la realización del deber legal de la motivación. La abstracta posibilidad de anular una decisión judicial (o administrativa) totalmente incomprensible podría ser un impulso suficiente para obtener una mejor cultura en el lenguaje judicial.

Aun así, el juez y la administración no pueden ser los únicos maestros del Derecho para la gente. Deberían reforzarse las responsabilidades culturales de la abogacía, la Academia, y la opinión pública, incluyendo a los periodistas. El abogado necesita tener una competencia específica en mediación lingüística, que ya es objeto de una atención particular en los exámenes colegiales de algunos países, por ejemplo, en Italia. La misión de justicia social del movimiento de clínica legales y los programas pro-bono de algunas facultades de Derecho avanzan en esta dirección.

Por último, pero no menos importante, el analfabetismo legal necesita ser afrontado mejor. Upendra Baxi ya hizo en 2008 una llamada de atención sobre los proyectos de alfabetización legal⁵⁰. Por ejemplo, el acceso a la justicia para las personas marginadas no puede realizarse sin acciones para la alfabetización legal de las clases más pobres, incluidos los migrantes.

En conclusión, sin necesidad de una revolución cultural, un mero programa integral de ajuste cultural podría resultar de gran ayuda, lo que necesitaría de una mayor atención investigadora.

Resumen

¿Pervive algo de la justicia de clase en el siglo XXI? Contestar esta cuestión es el principal objetivo de este artículo que considera el concepto de justicia de clase como un fenómeno que procede del concepto de clase social. El artículo revisa la presencia de las clases sociales en diferentes textos constitucionales, desde la Revolución Americana hasta las Constituciones del siglo XX; analiza el concepto como parte de una narrativa jurídica alemana y el contemporáneo declive del concepto como consecuencia de la evolución de las clases sociales. Finalmente, el autor defiende la pervivencia de una justicia de clase como un déficit estructural y propone un cambio en el lenguaje judicial para promover el acceso igualitario a la Justicia y a la tutela judicial.

Palabras Clave

Justicia de clase; clases sociales; Poder Judicial; lenguaje judicial; lenguaje jurídico.

50 U. BAXI, «Why Legal Literacy», en K. SANKARAN, U. K. SINGH, *Towards Legal Literacy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 1-9.

Abstract

Is there still something like class justice at XXI century? Answering this question is the principal aim of this article which considers the concept of class justice as a phenomenon which derives from the concept of social class. The article revises the presence of social classes on different constitutional texts, from the American Revolution until the Constitutions of the XX century. It analyses the concept as a part of a XIX century German legal narrative and the contemporary decline of the concept as the consequence of the decline of social classes. Finally, the Author defends the persistence of a certain kind of class justice as a judiciary structural deficit and proposes a change of the judiciary language to promote the equality access to the Justice and judicial protection.

Keywords

Class justice; Social classes; Judiciary; Judicial language; Legal language

Recibido: 12 de febrero de 2018

Aceptado: 12 de abril de 2018

TIPOLOGÍA EUROPEA ESENCIAL DE TEORÍAS DEMOCRÁTICAS DE LA CONSTITUCIÓN

ANTONIO VILLACORTA CAÑO-VEGA

Doctor en Derecho

SUMARIO:

- I. Para situar el tema.
- II. La teoría de la constitución-marco.
- III. La teoría de la constitución fundamento.
- IV. Una variante notoria difícil de encuadrar propuesta por Peter Häberle: *verfassungslehre als kulturwissenschaft*.
- V. Apunte conclusivo.

I. PARA SITUAR EL TEMA

La función encomendada a la Constitución en el sistema jurídico del Estado Democrático y Social dice bastante respecto de su relación con la totalidad de las ramas del Derecho, y, trascendiendo, sobre la adecuada concepción de los Derechos Fundamentales que proclama, así como por lo referido al cometido a desarrollar por estos en el orden jurídico y social de la comunidad política.

A partir de lo anterior, se ha generado una discusión importante entre los defensores y detractores de cada uno de los dos tipos fundamentales de Constitución forjados ambos a partir de la premisa de conferir al Legislador ordinario una mayor o menor capacidad de conformación del orden jurídico infraconstitucional. De esta suerte, los mentados tipos esenciales, han recibido respectivamente el nombre de Constitución-marco (*Verfassung als Rahmenordnung*) y Constitución-fundamento (*Verfassung als Grundordnung*)¹, recibiendo asimismo esta última el nombre de Constitución total.

1 Para la denominación y distinción, por todos, E. W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, p. 198.

II. LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN-MARCO

1. Idea acerca de la Constitución-marco

La expresión Constitución-marco es empleada de modo ordinario por la teoría constitucional del presente para hacer referencia a un modelo de Constitución cuyos preceptos únicamente vendrían a establecer las reglas por las que ha de regirse una determinada sociedad democrática, así como el esbozo de los límites para el desarrollo de la actividad legislativa. Visión de las cosas que, en el estadio actual de desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho, tenemos por excesivamente genérica, y si se nos apura, insustancial. Términos estos compartidos por Virgilio Alfonso Da Silva, para quien la teoría de la Constitución que concibe a esta como marco jurídico, se revela «en muchos aspectos inconsistente, y en otros, trivial». Porque, en realidad, el modo de actuación del Legislador democráticamente legitimado con inmediatez en el interior de esos límites, queda reducido justamente a una cuestión de sensatez política y de oportunidad, mientras que a la jurisdicción constitucional sólo le va a corresponder la comprobación acerca de si el poder legislativo ha actuado de una manera legítima dentro de esos aludidos «lindes» constitucionales².

Consiguientemente, la definición de las dimensiones y el desarrollo del «marco constitucional» en su función de mero límite del poder estatal, cuya intensidad normativa puede quedar circunscrita al mínimo en muchos de sus ámbitos, es la tarea reservada a la interpretación constitucional. Expresado de otro modo, el concepto de Constitución-marco, implica sostener que no todo está predefinido normativamente por el texto constitucional, lo que comporta que incluso numerosas cuestiones substanciales se hallen sujetas a la decisión de simples mayorías parlamentarias, siendo así adoptadas a través del procedimiento legislativo ordinario³. En un sentido más matizado, Josef Isensee considera la Constitución como un genuino marco jurídico, cuyo interior debe ser configurado por el Legislador, resultando, a su juicio, el único camino seguro a seguir entre «la *Scila* de la judicialización y la *Caribdis* de la politización» constitucio-

2 V. A. DA SILVA, «Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes», en Jan-R. Sieckmann (editor), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 246.

3 C. STARCK, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte», *JZ*, 51. Jahrgang, Heft 21, 1996, p. 1039; del mismo autor, «Constitución, Jurisdicción constitucional e Interpretación constitucional», en Francisco Fernández Segado (editor), *La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 1162 y 1165.

nal⁴. Quiere con ello expresar el maestro de Bonn, la necesidad de trazar una senda intermedia entre la aludida politización constitucional, a la que conducen los planteamientos más extremos de la idea de Constitución-marco, y la vieja concepción de la Constitución-ley propia del positivismo liberal, con arreglo a la cual, al modo de una ley más, la Constitución se encontraría a disposición plena del poder legislativo.

2. ¿Incompatibilidad con la teoría de los principios?

De cualquier manera, la concepción de la Constitución-marco viene siendo empleada frecuentemente con una finalidad específica, esto es, con la intención de ofrecer una alternativa a la denominada teoría de los principios por algunos de sus detractores, quienes terminan por igualarla, en buena parte de los supuestos, a la Constitución fundamento o total, al objeto de satisfacer el señalado objetivo de rechazo. Conforme exponen tales críticos, si los Derechos Fundamentales asumen en su mayor parte (el mismo Robert Alexy admite alguna excepción) la categoría de principios o normas ordenadoras «para que algo sea realizado en la mayor medida posible», y en definitiva, si deben concebirse cual mandatos de optimización, necesariamente han de terminar por ser considerados como aquellos elementos normativos que exigen esa realización en la mayor medida que resulte factible dentro del elenco de posibilidades reales y jurídicas existentes⁵. Precisamente por esta razón, al

4 J. ISENSEE, «Verfassungsrecht als politisches Recht», en Josef Isensee / Paul Kirchhof (editores), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. VII, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 131. E igualmente adscrito a la concepción de la Constitución-marco encontramos a P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung der Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1961, p. 61 y ss, entre otros momentos; autor que construye su tesis específica de la Constitución dirigente (*materieler, dirigierenden und limitierenden Verfassung*) sobre la alteración de las teorías procedimental y material. A través de esta tesis, pretendía mostrar la fuerza directiva y la naturaleza política del desarrollo constitucional, con fundamento en imposiciones permanentes al Legislador, al reflexionar acerca de sus propios límites de vinculación a todas aquellas imposiciones constitucionales que establecían deberes legislativos, sobremanera los dimanantes del art. 3.1 de la Ley Fundamental y demás derechos de igualdad. P. LERCHE analizó el carácter normativo y limitado de estos preceptos, pero sin llegar a desarrollar su argumentación –como aporte teórico– con relación a las denominadas normas programáticas tal y como inicialmente pareciera pretender; y, a su vez, mostró especial preocupación por la concreción de las normas infraconstitucionales en cuanto expresión de una directriz situada en el nivel constitucional.

5 R. ALEXY, «Zum Begriff des Rechtsprinzips», en *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, p. 204; del mismo autor, *Teoría de los Derechos*

Legislador y a todas las ramas del derecho infraconstitucional, les correspondería tan solo una tarea, la consecución de la optimización de los Derechos Fundamentales y de la Constitución en su conjunto; eso sí, teniendo en cuenta, como también ha sido esgrimido, que la aplicación de los principios realizada mediante la técnica de la ponderación, en modo alguno «se plantea en términos de sí o no, sino de más o menos. Se trata de optimizar el valor o el bien jurídico y, por ello, de darle la máxima efectividad posible, habida cuenta de las circunstancias del caso»⁶. Así las cosas, parece admitirse y fundamentarse la posibilidad de que las garantías jurídico-constitucionales de los Derechos Fundamentales puedan ceder en favor de otras posiciones iusfundamentales, e igualmente, ante diferentes bienes o intereses dignos de protección constitucional, cuya realización va a corresponder a los poderes públicos; bienes, en último extremo, garantizados a cargo de la jurisdicción constitucional. Lo normal será, para estos supuestos, el silencio de la Constitución y la consiguiente ausencia de cualquier tipo de previsión al efecto, aun cuando el propio texto constitucional pueda establecer en ocasiones qué bien ha de ceder, desde el respeto que luego ha acreditado la praxis tocante al asentamiento y a la evolución en la teoría constitucional del principio de proporcionalidad empleado para la resolución de conflictos constitucionales⁷. Referente al resto de los supuestos, existe una especie

Fundamentales, trad. Ernesto Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993, p. 86. Clásica es su distinción entre principios y reglas, categorías mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas. Los primeros, como vimos, son mandatos de optimización (*Optimierungsgebote*) y, cuando son aplicados, pueden dar lugar a supuestos de colisión, momento en el cual un principio ha de ceder ante otro una vez efectuada la previa operación ponderativa de los intereses en juego para cada caso concreto. Consiguientemente, no contienen mandatos definitivos *prima facie*, de modo que la validez de los dos principios que entran en colisión permanece intacta, en tanto solo «bajo ciertas circunstancias un principio precede al otro». En cambio, «bajo otras cambiadas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa», porque la preeminencia del principio puede variar. Las reglas, por su parte, son normas categorialmente y cualitativamente distintas, cuyo cumplimiento, de proceder, ha de ser siempre pleno, de suerte que «si una regla es válida, entonces debe de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos». En consecuencia, al estallar un choque entre reglas, este únicamente es susceptible de «ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas», *ibidem*, p. 86 y ss.

6 L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4.ª ed., Cívitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 38.

7 La valoración que se tiene del principio de proporcionalidad es genéricamente positiva, si bien, siempre han surgido críticas, cautelas y propuestas de nuevos perfilados y refinamientos. En este contexto, nos ha llamado la atención la toma de postura de M. AZPITARTE SÁNCHEZ respecto de la «marcha triunfal» (M. BOROWSKI) del principio de proporcionalidad, a la que, por diversas razo-

de reserva inmanente de ponderación, que adopta en el autor precitado la tesis de la denominada teoría externa, seguida a propósito de determinar si la restricción operada respecto de la posición iusfundamental cedente es constitucionalmente legítima, o, por el contrario, ilegítima⁸.

Una de las posiciones críticas más llamativas sustentadora de estos planteamientos, es la representada por Ernst-Wolfgang Böckenförde, quien admite la idoneidad de atribuir el carácter de principios a determinadas regulaciones constitucionales, expuestas así con una finalidad definidora del «concepto dogmático fundamental de los Derechos Fundamentales», y que pueden «comprender todas las funciones de estos Derechos y, viceversa, porque permite que dichas funciones

nes, no podemos en estas líneas ni siquiera intentar dar respuesta, aunque sí nos parezca que supone un importante toque de atención como para hacerse acreedora de una reflexión sosegada. Por ello, vamos a reproducir un amplio párrafo, enmarcado en la problemática de la interpretación y aplicación de los Derechos Fundamentales, expresándose el autor como sigue: «El uso dominante del principio de proporcionalidad para determinar el contraste del contenido constitucional de los derechos fundamentales frente a la normativa que los regula o frente a su aplicación, facilita una tarea jurisprudencial contenida, sensible a los matices y de evolución paulatina. Sin embargo, esta técnica oscurece la narrativa de la interpretación, que se formula de modo fragmentado, con un lenguaje casi burocrático y destinado a un auditorio especializado. Las dificultades de los intérpretes supremos para ofrecer un discurso amplio e ilustrativo sobre el contenido de los derechos fundamentales, pese a garantizar una aplicación sostenida, empobrece significativamente el discurso político. La conversación sobre los derechos fundamentales no es hoy una charla evocadora, sino un intrincado conjunto de decisiones jurisprudenciales que solo tomadas en su totalidad ofrecen algunos matices. Esta sublimación técnica de los derechos fundamentales, curiosamente mina la normatividad de la Constitución en la medida que su contenido más político, destinado a definir los límites y la esencia de la comunidad, transcurre a través de un discurso que apenas ofrece guías tangibles para la organización de la sociedad», «La función de la Constitución en el contexto contemporáneo», *ReDCE*, año 6, núm. 12, julio-diciembre de 2009; disponible en <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE/articulos/06mazpitar.htm#12>.

Con todo, a modo de leve apunte, entendemos que el planteamiento defendido es superiormente válido para los Derechos de igualdad, pues la dogmática del principio de proporcionalidad está, en ese ámbito, efectivamente menos desarrollada.

8 La labor de la jurisdicción constitucional, en última instancia, se restringirá a determinar si se trata, en el caso, de un límite constitucional inmanente, o bien si se está ante la presencia de una restricción indebida del contenido del Derecho Fundamental analizado, que será por ello inconstitucional. Distinta es la posición sostenida desde la Teoría Estructurante del Derecho de F. MÜLLER, dado que, para esta, no hay un contenido fijado de antemano del Derecho Fundamental, vale decir, de su ámbito de protección, puesto que dicho ámbito se determina indeclinablemente unido y vinculado al caso a decidir, *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1990.

se desarrollen a partir de los mismos». Ahora bien, para el autor, semejante reconocimiento conduciría a resultados inaceptables: los Derechos Fundamentales desplegarían sus efectos «a lo largo de todo el ordenamiento jurídico», y, de ese modo, serían susceptibles de generar «una eficacia expansiva a todos los ámbitos jurídicos, que conduciría necesariamente a una eficacia horizontal o eficacia frente a terceros de los Derechos Fundamentales, así como al reconocimiento de que existen contenidos iusfundamentales dignos de protección, de aseguramiento social y de organización y procedimiento, que exigen una actuación positiva del Estado y que no se limitan –como lo hacen los clásicos derechos de libertad– a exigir únicamente omisiones estatales. Los derechos fundamentales se convertirían por esta vía en los principios de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico en su conjunto»⁹. Adicionalmente, para el mismo Ernst-Wolfgang Böckenförde, la concepción de los Derechos Fundamentales en cuanto mandatos de optimización, conduce a un modelo constitucional «de fatales consecuencias», pues el Legislador «perdería toda autonomía», agotando su actividad «con la mera definición de aquello que ya está definido por la Constitución. El proceso político democrático perdería considerablemente su significado, y el tránsito del Estado de legislación parlamentaria al Estado jurisdiccional –de la Jurisdicción Constitucional– sería imparable»¹⁰. Según mantiene, la expansión exorbitada de los Derechos Fundamentales, conlleva un cambio radical y dramático del carácter de la Constitución, que habría pasado de ser un orden marco para el proceso democrático de formación de la voluntad política, a convertirse en el orden fundamental total de la Comunidad¹¹. En un sentido más propio, dado su carácter de orden fundamental, la Constitución contendría, por lo menos *in nuce*, la totalidad el sistema jurídico, situación ante la cual, la tarea a desempeñar por el proceso democrático quedaría reducida solamente a la simple ejecución de aquello ya resuelto en el escalón constitucional. Frente a estos postulados, propone un concepto de Constitución-marco que no es tal, sino en cierto modo una vuelta al concepto de Constitución propio del Estado Liberal: el orden marco ha de conformarse por medio de «la eliminación de las nuevas funciones de los Derechos Fundamentales, como la eficacia horizontal o frente a terceros, o la de ser fuente de deberes de protección a cargo del Estado, y

9 E. W. BÖCKENFÖRDE, citado por R. Alexy, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2004, p. 17-18.

10 E. W. BÖCKENFÖRDE, citado por R. Alexy, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, *cit.*, p. 19.

11 Para cuanto sigue, E. W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 197-190.

mediante el regreso al entendimiento de estos Derechos como clásicos Derechos de defensa frente al poder estatal»¹²; un regreso en una importante medida hacia atrás, dirigiendo la mirada a la época decimonónica del legicentrismo.

De esta manera, la teoría crítica mayoritaria acerca del valor normativo de los principios constitucionales, los considera incompatibles con la concepción de la Constitución-marco, argumentando que el concepto de mandatos de optimización presupuesto por la teoría principialista, elimina cualquier tipo de libertad a favor del Legislador para definir el modo de compatibilizar y realizar los Derechos Fundamentales, incluida, como es natural, la candente cuestión relativa a su proyección en las relaciones jurídicas establecidas *inter privados*. Según estima, si siempre hay una solución óptima en orden a la realización y a la armonización de los Derechos Fundamentales, al Legislador y al aplicador del Derecho no les resta ninguna alternativa distinta a la elección de esa única solución óptima, si no quieren ver su juicio sustituido por el dictado de los tribunales justicia. Así, la teoría de los principios llevaría a la justiciabilidad de prácticamente todo el grueso de las cuestiones político-legislativas, lo que resulta incompatible con cualquier libertad configurativa del Legislador en aquellos ámbitos del Derecho relacionados con los Derechos Fundamentales¹³.

Si la elección de los medios para concretizar la Constitución fuera una elección que cupiera exclusivamente al Legislador, como añade Christian Starck, tal tarea no podría basarse en consideraciones de optimización, porque la Constitución-marco deja de establecer criterios jurídicos concretos para medir si ha sido alcanzada una realización constitucional mínima, óptima, o de cualquier otro grado¹⁴. A su vez, el propio Robert Alexy reproduce la tesis del «punto máximo» formulada por Peter Lerche, y que sigue, por ejemplo, Arno Scherzberg. De acuerdo con el primero, los principios, como mandatos de optimización, vendrían a ligarse al «punto más alto posible, de acuerdo con las circunstancias (jurídicas y fácticas)», y, de esta forma, estarían unidos «in nuce a un punto ideal», ante lo cual, atendiendo a sus contenidos, que «se mueven en un amplio horizonte y que irremediamente están llamados a entrar en colisión», tal circunstancia va a ser traducida en una «sujeción intensa y fundamental del Legislador al punto de lo máximo que se pueda alcanzar», ca-

12 E. W. BÖCKENFÖRDE, citado por R. Alexy, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 23.

13 K. E. HAIN, *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 132.

14 C. STARCK, «Die Verfassungsauslegung», en Josef Isensee / Paul Kirchhof (editores), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 195.

reciendo este último de «legitimación interna»¹⁵. Por lo concerniente al precitado Arno Scherzberg, los Derechos Fundamentales, entendidos cual mandatos de optimización, admiten exclusivamente soluciones «para las colisiones que representen la máxima realización posible de todos los bienes iusfundamentales implicados», una circunstancia excluyente, abstracción hecha de raras excepciones, de «la existencia de márgenes de decisión»¹⁶.

Cierto es que, para el mismo Robert Alexy, la tesis del punto máximo no desemboca en un postulado a partir del cual llegue a inferirse la existencia de una única respuesta correcta en el ámbito de los principios. Sin embargo, la teoría crítica, parece paradójicamente efectuar una identificación de la Constitución-marco con la Constitución total, porque el concepto de principios, en su condición de mandatos de optimización, exigirá siempre, del Legislador y de todos los operadores jurídicos, el hallazgo de aquella respuesta adecuada o respuesta óptima que resulte necesaria para solventar cualquier problemática relacionada con los Derechos Fundamentales, de tal suerte que la autonomía y la libertad de conformación características del órgano legislativo dejarían de existir incluso en el más mínimo reducto. Por otra parte, en el constitucionalismo actual, conformado a partir de la convivencia dentro del texto constitucional de valores y principios, semejante situación va a resultar inevitable, máxime si partimos de la base plural y heterogénea sobre la que toma asiento, y siempre y cuando la Constitución pretenda seguir cumpliendo con su cometido de dotar de unidad e integración a la Comunidad política desde el respeto e inclusión de las diversidades¹⁷.

Ahora bien, tal como sigue valorando Robert Alexy, el ámbito dejado abierto por la Constitución, es lo hallado, precisamente, dentro del interior del marco jurídico, y aquello impuesto o prohibido, es lo que, en propiedad, viene a constituir «la moldura»¹⁸. Por lo alusivo a la pérdida de autonomía y libertad de conformación del Legislador democráticamente legitimado, cuya actividad les parece a algunos confinada a una mera tarea de ejecución de la Constitución, tal pérdida puede ser, efectivamente, una conclusión a llegar, si se parte de la confusión entre mandato de optimización y existencia de una única respuesta correcta al problema jurídico planteado, solución que, sostienen algunos, pretende alcanzarse mediante la aplicación

15 R. ALEXY, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 36-37.

16 *Ibidem*, p. 37.

17 D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, p. 15-16.

18 R. ALEXY, «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, p. 286.

de la ley de la ponderación. Sin embargo, la tesis de la única respuesta correcta, no es tan claramente aceptada desde la teoría de los principios desarrollada por Robert Alexy como interesadamente se pretende. El autor nos hablará de «respuestas» hermenéuticamente correctas, lo cual terminaría siendo, a lo sumo, una versión débil de la tesis de la única respuesta correcta. A su juicio, el concepto de mandato de optimización adquiere el significado de idea regulativa; un postulado útil para guiar la argumentación en un determinado sentido. Desde luego, llegan a ser varias las respuestas a través de las cuales las exigencias de optimización pueden verse satisfechas; con lo que, cuanto más elevado sea el número de variables expuestas para un caso concreto, mayor tenderá a ser la cantidad de respuestas satisfactorias del criterio de optimización. Los principios son, por consiguiente, «gradualmente realizables», aunque al representar un «objetivo de optimización», nada excluye la posibilidad de su realización en su grado máximo, según las circunstancias jurídicas y fácticas concurrentes¹⁹.

Como bien se comprende, la teoría de los principios rechaza, dentro de los márgenes semánticos de los Derechos Fundamentales, la existencia de una Constitución «plena, coherente y determinada», o que la misma prescriba de manera exclusiva una única «respuesta correcta para cada caso» concreto²⁰. Esta concepción de la teoría de los principios, siempre se ha considerado más o menos próxima, admitiendo diferencias sensibles, a la expuesta por Ronald Dworkin. Por ello, y aunque sea en términos muy someros, procede recordar las dos diferencias esenciales que han sido señaladas entre ambas concepciones principialistas. La primera hace referencia a la problemática de las relaciones entre el Derecho y la Moral, o de modo más particularizado, a la determinación de si existe para cada caso jurídico una única respuesta correcta. Un interrogante que por Dworkin se responde afirmativamente y aboca a la llamada teoría fuerte de los principios, según la cual, la Constitución contiene todos los principios del sistema jurídico en cuestión, pero también la totalidad de las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre principios, resultando capaz de establecer, de un modo unívoco, la decisión correspondiente para cada uno de

19 M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos*, trad. C. Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 49. La teoría de los principios, conforme es entendida por Robert ALEXY, siempre ha enfatizado que la ponderación «no es un procedimiento que en cada caso conduzca necesariamente a un único resultado», *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 50.

20 C. BERNAL PULIDO, «¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la Teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España», en Jan-R. Sieckmann (editor), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 238.

los casos a resolver, lo cual, desde nuestro modo de ver las cosas, resulta bien difícil de aceptar. De otro lado, al considerar Robert Alexy a la totalidad de los principios verdaderos mandatos de optimización, este se aleja claramente de la tesis del autor norteamericano, quien viniera a diferenciar los principios auténticos, en cuanto constitutivos de normas encargadas de establecer exigencias de justicia, equidad y moral positivas, de los apelados *policies*, que son los encargados de fijar los objetivos, las metas, amén de los propósitos sociales, económicos o políticos.

Consecuentemente, si la teoría más divulgada de los principios dista de defender de modo categórico la existencia de una única solución correcta para todos los problemas jurídicos donde entran en juego los Derechos Fundamentales, e incluso un paso más, si no resulta factible encontrar alguna suerte de respuesta para todos esos problemas dentro del propio texto constitucional, al dejar este siempre espacios abiertos a su concretización por el Legislador ordinario²¹, es posible sostener la compatibilidad de la teoría de los Derechos Fundamentales como principios (mandatos de optimización, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y epistémicas existentes), con la tesis de la Constitución-marco²². Y ello, entre otras cuestiones, porque reglas y principios tienen admitida una distinta estructura formal: las pri-

21 J. R. SIECKMANN, «Los Derechos fundamentales como principios», en Jan-R. Sieckmann (editor), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, trad. A. Daniel Oliver-Lalana, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 43 y ss.

22 Acerca del paso del Derecho por reglas al Derecho por principios, con carácter general, podemos remitir también a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, *passim*; muy pronto traducido a nuestro idioma. No obstante, aunque el pensador y jurista italiano, a nuestro modo de ver, apoya más su precomprensión en R. Smend, tal acontecer había sido asimismo aventurado, o al menos intuido con bastante claridad, por H. HELLER, en «Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung», *VVDStRL*, Heft 4, De Gruyter, Berlin, 1928 (El concepto de Ley en la Constitución del Reich), ponencia que presentó en la jornada de la asociación de profesores alemanes de derecho político celebrada en Múnich en el año 1927. De otra parte, aun cuando con apoyo en el citado libro de G. ZAGREBELSKY, y en otras obras del autor, este parece encuadrarse entre los defensores de la Constitución-marco, debemos reconocer que sus análisis constitucionales incorporan la pretensión de un nuevo enfoque, encaminado a la construcción de una concepción jurídica renovadora. Su concepción del *diritto mite* se articula, desde la «maleabilidad jurídica», al cumplimiento de un doble objetivo: lograr, de una parte, que la Constitución actúe como centro de unidad e integración, con fundamento en los principios y valores expresados por la misma, y, de otra, conseguir esa integración a partir del respeto y la realización del conglomerado material-pluralista que resulta connatural a la existencia y pervivencia de toda Sociedad democrática, a saber, que impulse su realización práctica. Y, tal tarea, ciertamente, es encomendada por el autor de modo fundamental a la autonomía del Legislador democrático actuante en el «marco» de la Constitución.

meras establecerían «una consecuencia jurídica definitivamente, mientras que los principios preverían sus consecuencias jurídicas tan solo *prima facie*». Diferencia estructural «de ambos tipos de normas que se haría patente sobre todo en situaciones de colisión», pues si en orden a la resolución de un conflicto entre dos reglas, «se tendrían que introducir excepciones en una de ellas o bien declarar la nulidad de una de las dos, la validez de los principios permanece intacta en caso de colisión, ya que estos únicamente pretenderían una eficacia *prima facie* y, al entrar en colisión, solo se concretarían en una regla definitiva mediante una ponderación en el caso concreto. Reglas y principios constituyen, según esto, tipos de normas categorialmente distintos»²³.

III. LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN FUNDAMENTO

El punto central referente a la teoría de la Constitución-fundamento o Constitución-total²⁴, estriba en su consideración como auténtica ley fundamental no sólo de toda la organización y de las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público, sino también de la completa vida social; es, justamente, Constitución del Estado y de la Sociedad, y expresa la idea de estar abierta por completo a esta última, por indeclinable exigencia del principio democrático. Viene a coincidir esta denominación con la acuñada en nuestra doctrina por Luis María Díez-Picazo, quien concibe a la Constitución cual «código genético del ordenamiento» jurídico, y a la que atribuye, a su vez, el significado de recoger «un programa de configuración de la sociedad, por lo que las principales decisiones colectivas quedan de alguna manera predeterminadas por ella»²⁵. Con todo, esta afirmación no es indiscutible, si bien, tampoco estamos en condiciones de calificarla como un planteamiento completamente inexacto. La Constitución hace emerger, es cierto, un compromiso plural histórico-concreto, pero de ninguna manera fija en términos exclusivos límites válidos para siempre, en tanto se produzca una nueva actuación del poder originario soberano. Al quedar objetivado este poder de modo permanente y expresivo a través del texto dotado de positividad, el proceso continúa desarrollándose por medio

23 R. POSCHER, «Aciertos, errores, y falso autoconcepto de la teoría de los principios», en Jan-R. Sieckmann (editor), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, trad. A. Daniel Oliver-Lalana, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 77

24 La denominación puede verse en J. ISENSEE, «Verfassung als Vaterland», en Armin Mohler (editor), *Wirklichkeit als Tabu: Anmerkungen zur Lage*, R. Oldenburb, München, 1986, p. 21.

25 L.M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 143.

de cada norma de decisión, constitutiva siempre, y reclamamos la autoridad de la Teoría Estructurante del Derecho, de una decisión democrática de constitucionalidad, con arreglo a la cual, todos los trabajadores prácticos del Derecho son, a su vez, órganos mayéuticos²⁶. Por todo lo expresado, quedará entonces arrumbado el silogismo incluso para las reglas, relativo a las cuales, cabrá acaso el semi-silogismo, y no siempre²⁷.

También entre nosotros ha venido a cobrar consciencia la necesidad de llevar a cabo una superación de la Constitución-marco, por exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho establecido en el artículo 1.1 de la Constitución. Ello llevó incluso a autores marcadamente positivistas, al entendimiento del cambio funcional de la norma constitucional con arreglo a los siguientes términos:

«el orden de la sociedad en su conjunto no es fruto espontáneo de la abstención estatal, sino algo de cuya creación o conservación es responsable el Estado, se quiere ver en la Constitución en su conjunto una prefiguración del propio orden social que esa acción debe perseguir. La Constitución pasa a adquirir la naturaleza de norma jurídica fundamental no en el sentido de que sea el fundamento de la validez de todo el ordenamiento, en cuanto regula las condiciones de la creación jurídica, sino en el de que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política, de modo que prefigura, de modo similar a como lo hacen los programas de partido, un modelo de sociedad (...), toda la Constitución en su conjunto deja de considerarse como el marco jurídico en el que se ha de desenvolver la realidad política, en este caso la de la democracia efectivamente actuante y viva. En (...) la Constitución española, significaría que la voluntad del pueblo español de establecer una sociedad democrática avanzada, como se dice en el Preámbulo, se interpreta en el sentido de que la Constitución no solo hace posible esa sociedad estableciendo los cauces por los que cabe llegar a ella e impidiendo que el poder los obstruya limitando las libertades, sino que además la impone como un orden que el poder público tiene el deber jurídico de alcanzar»²⁸.

26 Vendría así a coincidir, al menos parcialmente (pero se trata solo de un artículo), con lo expresado por A. SPADARO, «Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità», *Quaderni costituzionali*, núm. 3, 1998, p. 343 y ss.

27 Restaría así, aclarar, qué es eso de los principios jurídicos, con lo cual, resulta hasta inútil decir que para nada son objeto de cuestionamiento por nosotros, pues buena parte de ellos están luego recogidos por los textos normativos.

28 I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 44-45.

En defensa de la tesis ahora analizada y su consideración como la más apropiada para las constituciones del Estado Social y Democrático de Derecho, se postula que la Norma Suprema no reduce su tarea al establecimiento de la organización estatal, pues contiene igualmente objetivos definidos, y cumple la nueva función de mantener la vinculación jurídica de las decisiones políticas y administrativas dentro del marco de los sistemas de dirección, de distribución y de prestaciones. Porque, se quiera o no admitir, esta ha de preservar muy fundamentalmente la libertad material en virtud de la realización efectiva los Derechos Fundamentales, por lo que los textos constitucionales del presente deben adentrarse mucho más en la realidad social que sus predecesores liberales²⁹. No obstante, para la realidad de los Estados integrados en la Unión Europea, y conforme a su Derecho constitucional cosmopolita, matiza adecuadamente Francisco Balaguer, en el sentido de apostillar cómo, en el plano simbólico, «el conflicto social se diluye, se niega o se esconde mediante la transformación de las opciones internas en intereses nacionales que se defienden teóricamente ante el resto de los Estados europeos»³⁰, aunque el autor todavía encuentra resquicios suficientes para desarrollar un constitucionalismo en el orden nacional interno, al menos parcialmente proyectivo-material, planteamiento con el cual coincidiríamos.

Adecuada nos parece, asimismo, la explicación ofrecida también entre nosotros debida a Clemente Auger y adscrita a la concepción constitucional que estamos examinando. En efecto, sintéticamente nos dirá:

«la Constitución establece principios fundamentales del ordenamiento jurídico, y no solo de la vida estatal en sentido estricto. Positiviza principios y criterios para establecer y aplicar las normas del ordenamiento. Ordena todas las esferas de vida esenciales para la convivencia, porque dichas esferas son consustanciales a la vida del conjunto y se encuentran indisolublemente conexas con el orden político (...), también son ordenados en la Constitución los fundamentos de esferas vitales que nada tienen que ver de forma directa con la formación política de unidad y la

29 Por todos, D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, p. 340; autor evidentemente alineado, con sólidos argumentos, a favor de la tesis de la Constitución-fundamento. Según D. GRIMM, la Constitución marca objetivos y establece directrices (carece de fundamento, remarca, la afirmación de E. Forsthoff de que la Constitución no resulta idónea para cumplir este tipo de funciones), que para su desarrollo dependerán, efectivamente, de mediación política, p. 336 y ss, entre otros momentos.

30 F. BALAGUER CALLEJÓN, «La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional europeo», *ReDCE*, año 7, núm. 13, enero-junio de 2010; disponible en <http://www.ugr.es/~redc/ReDCE/articulos/07fbalaguer.htm#13bis>.

acción estatal, como es el caso de los fundamentos del ordenamiento jurídico-civil: matrimonio, familia, propiedad, herencia, fundamentos del Derecho penal, principios de la enseñanza, de la libertad religiosa o de las relaciones laborales o sociales (...), es el plan estructural básico, orientado para determinados principios dotados de sentido, para la forma jurídica de la comunidad»³¹.

Desde esta perspectiva, viene afirmándose que la Constitución articula un cauce encaminado a la realización del presente, al tiempo que también viene a establecer una vía de «algo» deseado hacia el futuro, y no sólo un estatuto de mera confirmación o garantía de lo socialmente existente. Es más, no limita su afán a la regulación de las relaciones intraestatales, antes bien, incorpora adicionalmente la normación de los ámbitos sociales, económicos y culturales, dentro de los cuales son estatuidas las relaciones intersubjetivas. En definitiva, pretende ser la estructura normativa fundamental no solo del Estado sino también de la colectividad social; una auténtica ley fundamental de la totalidad sociopolítica³². De cuanto hemos dicho, se desprende que el sentido político de «una Constitución en la historia, es ser un orden fundamental determinante de una concreta comunidad, comprendidas en ella sus fuerzas divergentes»³³.

Habida cuenta de todo lo apuntado, las normas constitucionales ocupadas de garantizar los Derechos Fundamentales, atendiendo a su supremacía normativa, muestran ser aptas también para incidir sobre las relaciones jurídicas establecidas entre los particulares, y ello con independencia de la vigencia o no de regulaciones legislativas mediadoras. Pues no le ofrece duda alguna a determinada doctrina, caso del citado Luis María Díez-Picazo, el hecho de que, a medida que nos alejemos de la idea de la Constitución-marco (según el autor Constitución-abierta) para irnos acercando a la concepción de la Constitución-fundamento (para él, Constitución-código genético del ordenamiento), resulte «más fácil justificar mayores niveles de eficacia horizontal de los derechos fundamentales»³⁴. Por su parte, Riccardo Guastini

31 C. AUGER LIÑAN, «El principio de tutela judicial efectiva en las relaciones privadas», en AA.VV., *Constitución y relaciones privadas, Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 58.

32 J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 150-153, y *passim*.

33 F. MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, trad. S. Gómez de Arce y Catalina, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 257.

34 L.M. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 143. En similares términos, las consideraciones de V. A. DA SILVA, *A Constitucionalização do Direito*, Malheiros Editores, São Paulo, 2005,

atribuye a la Constitución no sólo la función de límite y ordenación del poder político sino, adicionalmente, la de modelación de las relaciones económicas y sociales existentes, de ahí la necesidad de su aplicación de manera directa incluso en las relaciones intersubjetivas, siempre y cuando la controversia objeto de resolución no pueda ser zanjada sobre la base de una Ley de desarrollo constitucional, sea por su inexistencia, sea porque la misma ofrezca lagunas; e, inclusive, en los supuestos en los cuales la norma revele una solución aparentemente injusta³⁵.

De particular interés nos ha resultado la concepción de la Constitución-fundamento defendida por Richard Bäumlín. Según entiende, la Norma Suprema es el conjunto de preceptos constitutivos de un proyecto estabilizador, apto para la identidad del orden político-social y de su proceso de realización, pero necesitado siempre de una actualización constante³⁶. La Constitución, sostiene, es concebida actualmente al servicio de la «democratización» del Estado y de la Sociedad, debiendo ser comprendida como un «orden fundamental» y un «programa abierto de acción», a través del cual, la Sociedad adquiere el carácter constitutivo de una «unidad socio-económica y política» bajo la idea de lo recto³⁷. La Constitución fija límites y establece tareas concretas para el Estado y la Sociedad, ahora bien, es asimismo una tarea o proyecto abierto al futuro³⁸. Más concretamente, la Constitución: 1.º) formula los fines sociales globales más significativos; 2.º) fija determinados límites a las tareas de la Comunidad; y 3.º) ordena los principios fundamentales determinantes para el «proceso» de la vida política. De cualquier modo, la Ley constitu-

especialmente p. 107 y ss. El reconocimiento de que la *Drittwirkung* presupone una opción política, es acentuado por P. DE VEGA GARCÍA, quien insiste en la idea, sin negar el constitucionalismo de la libertad, de abrir una vía razonable con la finalidad de asentar el constitucionalismo de la igualdad, «En torno al problema de la eficacia de los derechos fundamentales», en AA.VV., *Estudios de derecho público en homenaje al profesor Juan José Ruiz Rico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, p. 333 y ss. Y si del mismo modo que la libertad, la igualdad jurídica constituye un «valor en sí misma», ello hace parecer, a S. HUSTER, que todo el ordenamiento jurídico, a pesar de sus diferenciaciones, sea una paradoja de la igualdad, *Recht und Ziele – Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 418 y ss.

35 R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, Giuseppe Giappichelli, Torino, 2001, p. 210.

36 R. BÄUMLIN, *Lebendige oder gebändigte Demokratie? – Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision*, Z-Verlag, Basel, 1978, p. 80 y ss,

37 R. BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an der Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, EVZ-Verlag, Zürich, 1961, p. 17 y ss.

38 R. BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte, cit.*, p. 17 y ss.

cional no es un simple instituto de protección de las relaciones existentes, pues se ha de comprender como Constitución de una Sociedad en devenir, indicativa de las mudanzas y conformaciones del sistema político, de las relaciones sociales y del orden jurídico³⁹. Al incorporar el Estado democrático la dimensión socio-estatal, la Constitución pasa a convertirse con ello «en un orden fundamental material»⁴⁰. La Norma Suprema regitativa del Estado Democrático de Derecho, es incapaz de cumplir su tarea «sin incluir los principios materiales del ordenamiento», resultando ser los mismos el punto de arranque «para el orden material fundamental (...), ante todo de los Derechos Fundamentales y su comprensión en el sentido de un sistema cultural y de valores, que debe representar el sentido de la vida estatal organizada por la Constitución –R. Smend»⁴¹. Estamos, pues, ante la Constitución como ordenamiento jurídico de las funciones del Estado y como determinación fundamental de los valores de la vida social.

Situados en esta tesitura, el Tribunal Constitucional español, tirando un tanto por la calle del medio (aun cuando valoramos su jurisprudencia más próxima a la teoría de la Constitución-fundamento), ha optado por referirse a la Constitución como «un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo»⁴², y, en tal sentido, la interpretación llevada a cabo por el Legislador, «no tiene por qué ser la más lógica, la más coherente de las posibles con la voluntad del constituyente tal como se desprende de la redacción de la Constitución y del propio iter constituyente, sino que basta con que encaje o, mejor dicho, con que no esté manifiestamente en contra de la Constitución»⁴³. Por consiguiente, lo habitual es dejar al poder legislativo «márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad»⁴⁴, en virtud de la libertad de conformación que le corresponde⁴⁵. De otra parte, también ha insistido en la consideración acerca de que, sobre la base de una doctrina prolongada y tradicional sentada en su misma jurisprudencia, la Constitución «no es solo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico

39 R. BÄUMLIN, *Lebendige oder gebändigte Demokratie?*, cit., p. 80 y ss, y *passim*.

40 U. SCHEUNER, citado por K. Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1987, p. 238.

41 K. STERN, *Derecho del Estado de la República*, op. cit., p. 240.

42 STC 11/1981, de 8 de abril.

43 J. PÉREZ ROYO, *Tribunal constitucional y División de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 82.

44 STC 174/1989, de 30 de octubre.

45 STC 37/1988, de 3 de marzo.

entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos (...) indiscutible respecto de los preceptos contenidos en los arts. 14 a 30»⁴⁶.

IV. UNA VARIANTE NOTORIA DIFÍCIL DE ENCUADRAR PRO- PUESTA POR PETER HÄBERLE: *VERFASSUNGSLEHRE ALS KUL- TURWISSENSCHAFT*

Una variante específica y difícil de encuadrar es la concepción debida a Peter Häberle, quien describe a la Constitución como un «proceso público pluralista», vale decir, «como proceso abierto», «obra abierta», «abertura material» o «abertura al tiempo», en ese marco de conceptos de compleja formalización jurídica, aunque de indudable atractivo que nos presenta; esto es, en cuanto tarea que debe irse paulatinamente realizando⁴⁷. Estamos ante la *Verfassung des Pluralismus* comprendida als *öffentlicher Prozeß*, a la que se llega por el camino metódico de la *offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, inicialmente desarrollada al servicio de la comprensión jurídica correcta de unos Derechos Fundamentales de «estructura» completamente transformada, y a los que ve, de modo acertado, como el elemento fundamental de integración comunitaria al constituir su orden objetivo de valores supremo.

Desde tal punto de arranque, cobrará su teoría nuevos ámbitos de extensión en orden a la protección jurídico-constitucional. Y es que aquel que vive bajo la Constitución o resulta regulado por la misma, en términos del autor, termina por erigirse también en su intérprete. En efecto, «todo el que tiene relación con el objeto de regulación de las normas es indirectamente y, llegado el caso, también directamente, intérprete de las normas. El destinatario de las normas participa de una manera más intensa en el proceso de interpretación de lo que generalmente suele entenderse. Puesto que no solo los juristas viven las normas, tampoco ellos son sus únicos intérpretes. Su concepto de interpretación en sentido amplio y estricto no solo tiene lugar allí donde funciona de manera institucionalizada (como en la jurisdicción). Las personas «informadas» e «interesadas» en la sociedad pluralista se convierten en intérpretes del derecho estatal moderno. Esto se manifiesta en sentido propio no solo en su proceso genético sino también en su desarrollo pluralista: la ciencia, la democracia y la teoría (constitucional) de la interpretación, hacen posible

46 STC 22/1984, de 17 de febrero.

47 P. HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución – Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, trad. E. Mirkunda, Tecnos, Madrid, 2002, *passim*; «Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept» (1978), ahora en *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein/Ts., 1980, p. 166 y ss.

una mediación específica entre el Estado y la Sociedad»⁴⁸. Con lo cual, desde estos planteamientos, estaríamos ante el mayor grado de abertura posible, tratando con ello de lograr una mejor adaptación normativa a los cambios sociales⁴⁹.

Nos hallamos situados frente a su perspectiva constitucional de carácter científico-cultural, inspirada en el pensamiento de posibilidades propio del racionalismo crítico, comprensiva, a su vez, de la Constitución no solo como un entramado de normas jurídicas, sino también a modo de condición cultural de un Pueblo que aspira pública e inclusivamente a lo justo. Punto que viene a enlazar asimismo con la influencia ejercida sobre él de ideas smendianas, en el sentido de que la eficacia de la Constitución guarda estrecha dependencia con las condiciones temporales y espaciales, vale decir, se halla notablemente influida por variables de tipo sociocultural. A tal efecto, propugna una *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, donde teleología y cultura constitucional (*Verfassungskultur*) se interpolan y retroalimentan, permitiendo la innovación requerida por el dinamismo social, a enmarcar dentro de una complejidad en la que será preciso espigar para hallar aquellas orientaciones que permitan encauzar el acontecer y sirvan para trazar los caminos de desarrollo (*Entwicklungswege*) de la teoría constitucional. Una teoría abierta metajurídicamente a la totalidad de la Sociedad y de la cultura; camino que bien pudiera ser correcto para hender la sustancia de la Constitución material hasta donde no haya encontrado

48 P. HÄBERLE, «Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas», *ReDCE*, año 7, núm. 13, enero-junio de 2010; disponible en <http://www.ugr.es/~redc/ReEDC/articulos/07phaeberle.htm#13bis>.

49 La «Constitución del pluralismo» de P. Häberle, caracterizada como «orden-marco» (*Rahmennordnung*), reducida a un mínimo, en cuanto al contenido, y elevada a un máximo, por lo referido a las reglas de juego procesales, puede verse en J. J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 93-94. Y el mismo P. HÄBERLE dice expresamente que las sociedades «constituyen una res publica con la Constitución como ordenamiento marco, que vive de que todos los ciudadanos y grupos intenten cada vez y siempre de nuevo comportarse de modo adecuado y soportarse mutuamente», *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. I. Gutiérrez Gutiérrez, Trotta, Madrid, 1998, p. 45. No obstante, P. HÄBERLE distingue, hemos dicho, entre interpretación en sentido amplio e interpretación en sentido estricto. En la primera participan todos: ciudadanos, órganos estatales, potencias públicas y poderes sociales, y comprende cualquier actividad de actualización de la Constitución, lo que proporciona a los intérpretes en sentido estricto materiales y fuerzas productivas de interpretación. En cambio, la segunda es llevada a cabo mediante actividades conscientes, encaminadas a la compresión y actualización de una norma constitucional, y es la desvuelta genuinamente por los juristas, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten» (1975), ahora en *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, p. 157 y ss.

expresión en el contexto de los preceptos jurídicos: «la ida y vuelta de la mirada» se establece entre la «realidad de la vida ciudadana» y la Constitución como dimensiones coordinadas.

Decir que la Constitución es cultura, para el autor, viene a significar que no está construida únicamente por materiales jurídicos, a los que en modo alguno renuncia, es evidente. Por esta razón, deberá evitarse la caída en la tentación de considerarla una ordenación dirigida a juristas, «para que solo estos puedan interpretar las reglas antiguas y las nuevas, en cuanto también sirve de modo esencial como guía para los no juristas, para los ciudadanos». De hecho, «la Constitución no es exclusivamente un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas»⁵⁰. Peter Häberle va incluso un paso más allá, pues su idea de Sociedad abierta de origen popperiano, necesita, para sobrevivir, un consenso cultural fundamental de la mayor amplitud posible (y ello es muy importante), lo que requiere de una Constitución encargada de dar cumplimiento al siguiente doble objetivo: garantizar la cohesión social y encauzar la apertura al futuro, en la medida en que ha de señalar también un horizonte de expectativas y esperanzas para la Comunidad política⁵¹, guiadas ambas por el principio de responsabilidad (*Verantwortung Prinzip*). Ahora bien, el concepto de cultura constitucional es deliberadamente amplio en el autor, y se entiende comprensivo de la adición de actitudes, ideas, experiencias subjetivas, valores y expectativas, así como de las pertinentes acciones objetivas, tanto en la esfera personal del ciudadano como en la de sus asociaciones, órganos estatales, y cualesquiera otros sujetos relacionados con la Constitución: la mesa redonda de los ciudadanos propuesta a modo de símbolo de una Comunidad política de múltiples coexistentes, situados en pie de igualdad unos con otros y constitutiva de una base social estable⁵².

El concepto de cultura utilizado, cual fundamento del acercamiento metódico a su *Verfassungslehre*, representa también un denodado esfuerzo llevado a cabo por el autor con la finalidad de conjugar dialécticamente tradición e innovación a favor de la ciuda-

50 P. HÄBERLE, «El Estado Constitucional europeo», Miguel Carbonell / Pedro Salazar (editores), *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004, p. 25.

51 D. VALADÉS RÍOS, «Estudio introductorio», *El Estado constitucional* (de Peter Häberle), trad. H. Fix-Fierro, UNAM – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 23.

52 P. HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como Ciencia de la cultura*, trad. E. Mirkunda, Tecnos, Madrid, 2000, especialmente p. 36 ss.

danía, en la libertad y la igualdad. El acercamiento científico-cultural, por lo tanto, no va a situarse sobre una línea de continuidad con la elaboración clásica del *Kulturstaat* alemán, pues tiene ahora una vocación esencialmente inclusiva, orientada tanto a los fenómenos identitarios radicados en la pequeña comunidad territorial, como abierta a la interdependencia en el escenario de la comunicación global intercultural. A partir de ahí, cimenta toda su teoría constitucional del pluralismo, colocando la función de integración a desarrollar por la Constitución en un horizonte que trasciende las barreras culturales de los estados nacionales. Destaca así su peculiar y constante atención de cara a reflexionar sobre las condiciones del emplazamiento de la teoría constitucional en una cosmopolita *Kulturwissenschaft*, y, por lo tanto, declina proponer la más fácil sugerencia, también pluralista, limitada al Estado nacional constitucional.

El pluralismo como principio inmanente de la democracia⁵³, a lo largo de la obra del maestro alemán, se ha movido siempre de modo muy esencial en el terreno de la interpretación de los Derechos Fundamentales, para luego alargar gradualmente la perspectiva y alcanzar a la elaboración de una Teoría pluralista científico-social de la Constitución desarrollada dentro de los amplios horizontes de la comparación jurídica, entendida asimismo en un sentido lato como comparación entre culturas, en la que no sólo se van a emplear métodos jurídicos y cultura jurídica, sino también el instrumental de todas las ciencias y artes conformadoras de la gran antropología en cuanto ciencia y arte de la cultura humana⁵⁴. A tal objeto, ha aprovechado el movimiento de transformación de los Derechos Fundamentales surgido con las constituciones del pluralismo social, hasta llegar a la elaboración de la antedicha *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, y de ahí es donde toma fuerza el itinerario seguido tocante a la construcción de una integral teoría pluralista de la Constitución. Porque, considera, la teoría constitucional ha descuidado de ordinario la complejidad de los equilibrios que la Constitución del pluralismo debe asegurar, al fundamentar la dogmática de los Derechos Fundamentales casi prevalentemente en su significado de oposición, a través de la relación clásica entre individuo y Estado.

Conforme piensa Peter Häberle, los Derechos Fundamentales, considerados desde la doble perspectiva de su entendimiento como elementos determinantes de integración según el significado smendiano (*Kulturordnung*)⁵⁵, y factores de

53 P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit., p. 146.

54 P. HÄBERLE, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. J. Saligmann – C. Landa, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 304 y ss.

55 Bien es sabido que, en su Teoría de la integración, R. SMEND coloca el acento sobre los Derechos Fundamentales, que son eficaces desde el punto de vista de su citada teoría en cuanto me-

organización de la vida sociocultural, en atención a un sentido de marcada procedencia helleriana (*Kulturwissenschaft*)⁵⁶, permiten transitar hasta la correlación entre el aspecto individual y el institucional de lo iusfundamental. Además, dentro de esta correlación, adquiere también una relevancia peculiar la dimensión organizativa de los Derechos, percibida cual marco de la dinámica conjunta entre el aparato público y la Sociedad y como elemento característico del Estado prestacional, requerido este último de comprensión a través de esa renovada teoría de la Constitución pluralista y abierta que propugna. En último extremo, dada la función directiva desempeñada por los Derechos Fundamentales, su tesis de fondo afirma que, en el Estado constitucional pluralista, es denominador común la inescindible unión entre la *Geltung* y la *Interpretation* de los Derechos. Y, según considera, tocante la comprensión del efecto irradiación, la dogmática tradicional sigue ofreciendo asimismo instrumentos inadecuados. De un lado, descuida el aspecto referido a la inclusión necesaria de los Derechos Fundamentales en la cultura comunitaria (fundamento real de su efectividad), porque el autor hace de los ciudadanos y los grupos no sólo sujetos públicos, sino también elementos participantes de las posibilidades iusfundamentales. Atendiendo a otro aspecto, los contenidos, las funciones y las dimensiones propias de los Derechos Fundamentales, están lejos de constituir un fenómeno jurídico estático, por cuanto son desarrollados procesalmente a través de la interpretación, entendida en sentido lato y pluralista, enfrentándose a la vieja hermenéutica de carácter estático e instrumental, caracterizadora por excelencia de las ideologías del *statu quo*⁵⁷; siendo así que la Constitución conserva, nos dice, las notas de transformación y de progreso.

Sus aportaciones metodológicas, por lo demás, son adecuada «manifestación de una concepción dinámica del Derecho que conecta claramente con su teoría de la

dios de integración material, convirtiéndose en la base de la función política y erigiéndose como valor legitimador del Derecho Constitucional. Adquieren así el doble carácter o sentido de sistema cultural y de integración del Pueblo, *Constitución y Derecho constitucional* (1928), trad. J.M. Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985.

56 Los Derechos Fundamentales en cuanto «formas de la vida social que han penetrado la realidad cultural, política y económica», es tesis defendida por H. HELLER, «Grundrechte und Grundpflichten», *Gesammelte Schriften*, Bd. II, *Recht, Staat, Macht*, edición de Martin Drath / Gerhart Niemeyer / Otto Stammer / Fritz Borinski, (redacción de Christoph Müller), A. W. Sijthoff, Leiden, 1971, p. 281; idea que reproduce, con posterioridad, en su *Teoría del Estado*, trad. L. Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

57 P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, *cit.*, p. 161-162.

sociedad abierta de los intérpretes constitucionales»⁵⁸. Según expresa Peter Häberle, existe un halo cultural, dinámico y colectivo tangente con lo jurídico-constitucional, y es preciso la comprensión conjunta de los tres: la exégesis de los textos y de los contextos llevada a cabo por los intérpretes, conforme reclama el autor. La Constitución desborda de esta manera el marco de lo jurídico, y, trascendiendo, pasa a convertirse en un producto cultural semejante a una brújula ciudadana, a una guía para los no juristas, a favor de todo el Pueblo activo, espejo público de la realidad que actúa como fuente luminosa de lo sociopolítico⁵⁹. En todo caso, como quiera que los trabajadores jurídicos contribuyen a la generación espontánea de valores colectivos, que ha de entenderse que no emergen exclusivamente por medio de los limitados cauces institucionalizados de participación de los órganos estatales al sobrepasarse la oficialidad de los juristas por el conjunto de los sometidos a la norma, con ello va a garantizarse, en mayor medida, la generalidad y perdurabilidad de la adhesión a la Constitución, en virtud de lo que denomina categóricamente como *ethos* ciudadano de participación cooperativa de «todas fuerzas de la Comunidad política». Si estamos con el autor ante una Sociedad abierta, y, por consiguiente, todos somos intérpretes constitucionales (fuerzas productivas interpretadoras: órganos estatales, grupos sociales, ciudadanos, porque no hay un *numerus clausus* de intérpretes constitucionales⁶⁰), a la postre, todos somos Constitución, y esta únicamente es tal con todos nosotros. En consecuencia, no vamos a quitar gramo alguno de razón al profesor Jorge Miranda, cuando señala que Cultura «significa humanidad», y, de esta forma, «cada hombre y cada mujer es conformado por la cultura en que nace y se desarrolla»⁶¹. Sin duda alguna, resulta cierto este último aserto, y estamos seguros de que también es compartido por Peter Häberle; ahora bien, para este, la cultura representa un auténtico valor por el que se ha de combatir, y, entonces, también es «lucha» como manifestara nuestro Miguel de Unamuno, de ahí que las constituciones sean buen instrumento a tal finalidad⁶².

58 F. BALAGUER CALLEJÓN, «La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional europeo», *loc. cit.* en *op. cit.*, disponible en <http://www.ugr.es/~redc/ReEDC/articulos/07fbalaguer.htm#13> bis.

59 P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, *cit.*, p. 168.

60 P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, *cit.*, p. 152 y ss.

61 J. MIRANDA, «Notas sobre Cultura, Constitución y Derechos culturales», *ReDCE*, año 7, núm. 13, enero-junio de 2010, disponible en <http://www.ugr.es/~redc/REDC/articulos/07jmiranda.htm#13>.

62 Entendemos que la lucha en favor de la cultura del constitucionalismo social debe proseguir. A este respecto, hemos de tomar buena nota de lo advertido por C. DE CABO MARTÍN como

Se tratará del hecho, en fin, de postular la apertura a posibilidades de la disponibilidad de la Constitución en cuanto algo no externo a nosotros mismos, pues realmente estamos en la Constitución y con ella misma, lo que evitará fluctuaciones impredecibles o arbitrarias, ya que el proceso siempre va a desenvolverse de modo superiormente controlable. Aunque tal desarrollo, de carácter dinámico y pluridimensional, es permisivo de disenso, e incluso de oposición, pero tales cuestionamientos, para el propio Peter Häberle, más bien serán medios de enriquecimiento o elusivos de empobrecimiento, porque al final cierra y se impone el principio democrático. Semejante objetivo comporta, al mismo tiempo, que prácticamente la gran mayoría de las acciones humanas vengán reguladas por la Constitución, al ser genuina manifestación de una interpretación constitucional realizada a la luz de la publicidad y la pluralidad, postulado que trae como consecuencia el que ningún área de la vida se desenvuelva con independencia de las normas constitucionales. Algo paradigmáticamente contrario, entiende y defiende el autor, a las opiniones críticas que lo caracterizan a modo de proceso difuso y desformalizado. Así, para las ramas del Derecho infraconstitucional quedaría, simplemente, un espacio mínimo libre, con lo cual, a través de esta vía propugnada en orden a la comprensión y realización de lo constitucional, en sentido propio, su teoría se inscribiría dentro de la concepción de la Constitución-total⁶³; si bien, venimos reiterando, sobre bases acentuadamente democrático-republicanas y pluralistas.

No olvidemos que desde la concepción de Constitución material sostenida por el jurista alemán, el propio texto constitucional termina siendo la Sociedad misma constituida, o la «ordenación fundamental del Estado y de la Sociedad», que se va a llevar a cabo por medio de una serie de procesos institucionales y sociales. Mientras

contradicción sangrante: «buena parte del proceso de integración y consolidación de Europa se hace a partir de la contradicción no integrable entre Estado social y modelo socioeconómico europeo», «Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador», ReDCE, año 6, núm. 11, enero-junio de 2009, disponible en <http://www.ugr.es/~redc/ReEDC/articulos/06cdecabo.htm#11>.

63 Por ahí parece apuntar J. ISENSEE, quien, sin embargo, un tanto irónicamente comenta: «en la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución, el constitucionalista profesional se encuentra arrinconado», «Der Grundrechtliche Status des Embryos – Menschenwürde und Recht auf Leben als Determinanten der Gentechnik», en Otfried Höffe / Ludger Honnefelder / Josef Isensee / Paul Kirchhof (editores), *Gentechnik und Menschenwürde. An den Grenzen von Ethik und Recht*, Du Mont, Köln, 2002, p. 41; afirmación que nos parece matizable, habida cuenta de que, precisamente, es el jurista profesional quien «aplica» en sentido jurídico estricto el Derecho, el encargado-obligado de decidir, en último término, para los casos de integración de conflictos como bien expresara K. HESSE.

que los Derechos Fundamentales son magnitudes cuyo contenido es determinable caso por caso, y su extensión debe ser establecida con relación al resto de bienes jurídico-constitucionales. Esto es, el propio Peter Häberle admite explícitamente la comprensión de la Constitución en cuanto «ordenamiento jurídico básico del Estado y de la Sociedad», eso sí, como un «proceso público, como marco permanente de coexistencia ciudadana, y como legitimación»⁶⁴. Todo ello, partiendo de la «Dignidad de la persona humana» a modo de presupuesto antropológico-cultural de contenido «abierto al tiempo y al espacio». El Derecho a la cultura, entendido en sentido lato, se irá de este modo enriqueciendo con las sucesivas generaciones de Derechos y con la multiplicidad de sus niveles de protección (internacional, europeo, nacional y local), lo que constituye una «característica genética» de su objeto: la Cultura en cuanto insusceptible de ser enclaustrada en definiciones acabadas⁶⁵.

V. APUNTE CONCLUSIVO

En el Estado Democrático y Social de Derecho, las constituciones no permanecen limitadas a establecer barreras y a regular procedimientos, sino que contienen asimismo objetivos sociales definidos y, en consecuencia, los correspondientes parámetros sustanciales de actuación. Tocante, pues, a la realización de determinadas funciones sociales concretas, la Norma Suprema no queda reducida a establecer los límites, muy al contrario, constituye asimismo «un mandato de actuación» en aras a la realización y desarrollo del Estado constitucional. En función del orden jurídico material-pluralista que contiene, determina un plan que regula funciones mediante normas; un intento proyectivo y vinculante de configurar el futuro político de un Pueblo mediante la incorporación de las ideas-guía y las directrices que marquen el proceso político y la eficacia del poder público, al servicio de la restauración e integración de los conflictos sociales en términos de justicia material.

La jurisprudencia constitucional española, supera con creces la teoría de la Constitución-marco (u orden-marco del Estado), mediante la cual, más que definir, a lo sumo se insinúan, y no todos, los límites de la concretización constitucional. En cualquier caso, siempre se ha mostrado cautelosa para dar el paso, y decantarse a fon-

64 P. HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como Ciencia de la cultura*, cit., p. 98.

65 P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, obra que recoge doce aportaciones del autor donde incorpora sus planteamientos esenciales acerca de la unidad jurídica europea sobre la base de la cultura; asimismo, véase «Die europäische Verfassungsstaatlichkeit», en Agnese Baruzzi / Andro Takeichi (editores), *Ethos des Interkulturellen*, Ergon, Würzburg, 1998, p. 230 y ss.

do por la tesis de la Constitución-fundamento. De esta segunda concepción, parece haberse desentendido aún en superior medida una vez entroncadas las corrientes regulativas de lo socioeconómico, y unido a este último aspecto aparece una observable, incluso más retraída toma de postura de nuestra jurisprudencia constitucional durante los años de la crisis económica.

La teoría de la Constitución del pluralismo de autoría häberliana, impulsada por los parámetros metódicos de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, que recibirá el condensado plenamente compatible de la *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, resulta susceptible de estimarse como una teoría refinada de la Constitución-fundamento, o quizá más propiamente haya de ser conceptuada como constitutiva de una Ciencia normativo-constitucional de carácter actualizante para un constitucionalismo estatal-supraestatal (federativo) de corte cosmopolita, abierto y cooperativo: *kooperativer Verfassungsstaat*⁶⁶. Modelo de estatalidad de futuro, integrado en la transnacionalización europea y adecuado a una necesaria democracia cosmopolita, que puede eficazmente constituirse político-sociológicamente a través de la propuesta de Peter Häberle compendiada en su *gemeineuropäisches Verfassungsrecht*. Y, esta última, es susceptible de esgrimirse, de igual modo, a favor del encuentro necesario, en la realidad, con la tesis de «más Europa» defendida por Ulrich Beck, frente a la apriorística y vieja ortodoxia nacionalista del Estado nacional introvertido e instrumento al servicio del *statu quo*⁶⁷. Ahora bien, la Ciencia constitucional de la cultura que ha construido Peter Häberle, integra no sólo una Teoría de la Constitución que ve a ésta como mero instrumento de gobierno, definidor y regulador de procedimientos políticos y administrativos abiertos al tiempo, pues asimismo considera, en todo momento, la materialidad: el procedimiento y el *law in action*, que han de ser forzosamente integrados por el contenido material de los derechos y valores constitucionales realmente vividos por el pluralismo social.

Resumen

La teoría de la Constitución-marco no responde a las exigencias del Estado social-democrático, que exige y se apoya en la Teoría de la Constitución-fundamento. Esta segunda Teoría, nunca ha sido abrazada y desenvuelta sin reparos por la jurisdicción constitucional española, sobre manera, en el último decenio. No se ha adentrado ni decidido nuestro Tribunal Cons-

66 P. HÄBERLE, «Der kooperative Verfassungsstaat», en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit., p. 407 y ss. Estimamos que de la aportación científica de P. HÄBERLE resulta, en sentido propio, una Teoría de la Constitución concebida como Ciencia cultural.

67 U. BECK, *Das deutsche Europa – Neue Machtlandschaften im Zeichen der Krise*, Suhrkamp, Berlin, 2012, p. 48 y ss, entre otros momentos.

titucional a explorar y explotar la totalidad de posibilidades de la Constitución-fundamento en su auténtico sentido emancipador. Cercana, incluso parcialmente solapada, hallamos a la Teoría de la Constitución del pluralismo. Tal teoría constitucional, propia del dinamismo abierto al futuro y cargada de material de esperanza, encomienda a la Norma Suprema el cumplimiento de un doble objetivo: garantizar la cohesión social y encauzar la apertura al futuro, pues ha de señalar también un horizonte de expectativas materiales, y resulta así válida para un pretérito (presente) de constitucionalismo transnacional, cooperativo y cosmopolita.

Palabras Clave

Teoría de la Constitución, Constitución-marco, Constitución-fundamento, Derechos Fundamentales, Constitución del pluralismo, Cultura constitucional, Comunidad política cosmopolita y cooperativa.

Abstract

The theory of the Constitution-framework does not respond to the demands of the social-democratic State, which demands and is supported by the Theory of the Constitution-foundation. This second theory, has never been embraced and unwrapped without qualms by the Spanish constitutional jurisdiction, in a way, in the last decade. Our Constitutional Court has not entered or decided to explore and exploit the totality of possibilities of the Constitution-foundation in its authentic emancipatory sense. Close, even partially overlapping, we find the Theory of the Constitution pluralism. Such a constitutional theory, characteristic of the dynamism open to the future and loaded with material of hope, entrusts the Supreme Norm with the fulfillment of a double objective: to guarantee social cohesion and to channel the opening to the future, since it must also point out a horizon of material expectations, and is thus preterit (present) of transnational constitutionalism, cooperative and cosmopolitan constitutionalism.

Keywords

Theory of the Constitution; Constitution-framework; Constitution-foundation; Fundamental rights; Constitution of pluralism; Constitutional culture; Cosmopolitan and cooperative Political community.

Recibido: 28 de abril de 2018
Aceptado: 30 de mayo de 2018



Perfiles/Noticias





SEMBLANZA DE JUAN JOSÉ RUIZ-RICO LÓPEZ-LENDÍNEZ¹

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Catedrático de Derecho Constitucional. Catedrático Jean Monnet ad personam. Universidad de Granada

Hace ahora veinticinco años de la temprana desaparición de Juan José Ruiz-Rico, maestro de muchas de las personas que editamos esta revista. Un cuarto de siglo es un período muy extenso, aunque no tanto para quienes conocimos a Juan José, que recordamos con gran viveza alguna frase suya o una conversación de hace decenas de años, mientras que hemos dejado en el olvido muchas cosas que nos sucedieron las últimas semanas. No era una persona que pasara por la vida de la gente sin dejar huella. Tenía un discurso brillante que impresionaba por la profundidad de los planteamientos y la riqueza de los matices. Pese a ser Catedrático de Derecho Constitucional y Magistrado, procediendo de una familia en la que la condición de jurista venía ya casi dada con el nacimiento (desde su padre, Magistrado, a otros muchos familiares suyos que hoy lo son, como también Registradores de la Propiedad o Catedráticos de Derecho) su auténtica vocación fue siempre la Literatura. Ganó muchos premios literarios y tenía una carrera muy avanzada en ese campo, que se interrumpió, como tantas otras cosas, a comienzos de 1993.

Hay que tener presente que una gran parte de su vida universitaria transcurrió bajo el fatídico régimen franquista, en el que la doctrina española del antiguo «De-

1 Aun cuando este artículo es responsabilidad de su autor, ha sido enriquecido con los comentarios de otras personas, entre las que quisiera mencionar a Gregorio Cámara Villar, Juan Fernando López Aguilar, María Luisa Balaguer Callejón, Baldomero Oliver León y muy especialmente a Andrés Sopena Monsalve.

recho Político» no podía hacer Derecho Constitucional alguno (ante la ausencia de una Constitución democrática) y terminó refugiándose en diversas disciplinas, desde el Derecho Comparado a la sociología, pasando por la Ciencia Política. Del mismo modo, no podemos desconocer que, para Juan José, el compromiso ideológico se manifestaba en una concepción del Derecho Constitucional al servicio de la sociedad y de los derechos de las personas, tanto en el ámbito jurídico cuanto en el literario o en los estudios que en su momento hiciera desde la Ciencia Política (defendiendo una metodología abierta que rompiera el discurso único al que podía conducir la idea de paradigma científico) o la sociología (incorporando de manera muy temprana la perspectiva de género).

Esa orientación es perceptible en las personas que compartimos su magisterio y que partimos de una visión abierta del Derecho Constitucional, proyectada hacia la sociedad y los derechos fundamentales, en la que el control del poder y la promoción de la igualdad han sido sus ejes vertebradores. Comenzó con Juan José, en un campo de estudio que estaba a mitad de camino entre la sociología y la ciencia política y que terminó desembocando de manera natural en el Derecho Constitucional. Desde posiciones institucionales muy diversas, se ha mantenido entre quienes trabajaron con él directamente, en los ámbitos donde han desarrollado o desarrollan su labor como juristas: en el judicial (en la Fiscalía o en la Magistratura del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía), en el Tribunal Constitucional (en la Magistratura del Tribunal), en la política (en el Gobierno de la Nación, el Congreso de los Diputados, el Parlamento Europeo o en el ámbito local y autonómico), en otras instancias jurídicas (como el Consejo Consultivo de Andalucía) o en la Universidad (en diferentes Cátedras de Derecho Constitucional, en Granada, Málaga, Las Palmas, Almería o Jaén).

Con el transcurso de los años, lo que Juan José Ruiz-Rico sembró ha florecido en un impresionante plantel de juristas que han ejercido y ejercen funciones muy relevantes. Podemos tener la seguridad de que estaría muy orgulloso de ver el desarrollo personal de quienes comenzaron a formarse con él en el mundo jurídico. Con la perspectiva del tiempo, adquiere todo su significado el recordatorio que publicamos en el número 37 de la Revista Española de Derecho Constitucional, hace ahora veinticinco años «En memoria de Juan José Ruiz-Rico (1947-1993)» suscrito por «sus discípulos de los Departamentos de Derecho Constitucional de las Universidades de Granada y Málaga», en el que se decía:

«intenso y definitivo ha sido su paso por las vidas de los que disfrutamos el inmenso privilegio de conocerle. Pero el resto no es silencio. Más allá del aplastante echar de menos su estímulo, habrá que enfrentar ahora la responsabilidad

de prolongar los muchos diálogos que él dejó inacabados. Ojalá que algunos de ellos puedan arañar las alturas que imprimió en nuestra ambición, sin decepcionar el sello del recuerdo que hoy comienza».

También estaría muy orgulloso de sus dos hijas, que representan de algún modo las dos facetas que le caracterizaron: desde la creatividad en el ámbito de la comunicación de una de ellas a la brillantez y la solidez como abogada de la otra. Lo estaría igualmente de quienes le siguieron en el campo de la literatura, obteniendo un gran impacto con sus obras, y de las muchas personas que disfrutaron de su amistad y que siguen hoy recordándole como si el tiempo no hubiera pasado, como si en cualquier momento pudiéramos encontrárnoslo tomando una cerveza en Plaza Nueva o un café en la Calle Reyes Católicos de Granada. Una amistad compartida que se extiende a otras personas de fuera de nuestra ciudad con las que, de cuando en cuando, en las ocasiones en que coincidimos, seguimos hablando de él como si hubiera sido ayer la última vez que lo vimos.

Sería difícil, diría que imposible, hacer aquí una relación de nombres que deberían incluirse en una semblanza de Juan José Ruíz-Rico. Me remito a los que figuran, por su autoría o por su mención, en los Estudios de Derecho Público que le dedicamos en 1997. Desde su amplia familia granadina, pasando por los amigos que conservaba desde la infancia, a la multitud de personas que lo conocieron o trabajaron con él en los puestos que ocupó, como el de Vicerrector de Extensión Universitaria de la Universidad de Granada o, previamente, el de Presidente del Ateneo de Málaga, y que lo admiraron por su inteligencia y su carisma. Si pusiéramos la mayor parte de esos nombres en este texto, no quedaría lugar para más palabras. Quizás sería mejor así, porque a través de ellos sería posible tener una visión más amplia del universo vital de Juan José que por medio de una semblanza que siempre será parcial e incompleta. Sin embargo, es evidente que otros muchos quedarían fuera sin poderlo evitar, pese a que debieran figurar, con plena justicia, en esa relación que define mejor que nada su personalidad.

También resulta complicado hacer un elenco de sus contribuciones como constitucionalista y como jurista. Muchas de ellas tenían una vertiente práctica, centrada en el Derecho positivo, en su trabajo como Magistrado. En otros casos, como ya he indicado, comenzaron en otras disciplinas, reflejándose después en el Derecho constitucional. En sus ensayos se partía de un planteamiento metodológico propio que incorporaba referentes axiológicos y sociales para analizar el Derecho también como instrumento de reproducción cultural de pautas y valores discriminatorios. Eso le permitió construir obras extraordinarias en las que se desvelaba el complejo sistema de poder que se vertebra capilarmente en la vida cotidiana a través de la proyección cultural del Derecho.

De esa metodología se pueden encontrar referentes en los trabajos de las personas que integramos su escuela y también en las generaciones sucesivas, que han seguido nuestras orientaciones y han entendido el constitucionalismo como un avance civilizatorio en la lucha por la emancipación de las personas. Controlar el poder requiere entender su naturaleza y descubrir las estrategias a través de las cuales se asienta en las relaciones humanas y se intenta consolidar, haciendo aparecer como naturales formas de discriminación y de dominación que no pueden serlo desde la perspectiva de los derechos constitucionales. De las muchas lecciones que aprendimos de Juan José como maestro, quizás estas sean las que más nos han inspirado en nuestra labor como constitucionalistas.

Como en todo aniversario, este también es un motivo para hacer balance. La relación con un maestro no se limita únicamente a la disciplina concreta en la que se despliega la vertiente académica, sino que tiene también un componente personal. En una Universidad que sufría todavía una fuerte jerarquización entre categorías de profesorado él siempre rechazó esos vestigios anacrónicos de una estructura de poder arbitraria y desfasada. Por el contrario, Juan José representó la figura de un hermano mayor o de un padre, que se preocupaba de las incidencias que podíamos tener y que intentaba ayudar o aconsejar cuando era necesario. Fue también un ejemplo de cómo afrontar la vida y de cómo luchar en las condiciones más difíciles frente a una enfermedad implacable.

Si nos planteamos, veinticinco años después, qué permanece de Juan José Ruiz-Rico en nuestra manera de entender la vida en todas sus complejas dimensiones, que incluyen también la vertiente profesional, quizás haya que partir de algo cada vez más olvidado en el mundo de hoy: el espíritu de solidaridad, que caracteriza las realizaciones personales como eslabones de una cadena que le dan sentido a todo nuestro esfuerzo y sacrificio. En realidad, somos fragmentos de la vida de otras personas que también son fragmentos de nuestras propias vidas. Dejamos huella porque alguien nos dejó también su huella y nos hizo ver más allá del horizonte, allí donde todas las utopías son posibles y donde los sueños son libres. En nuestro caso, compartido con nuestro maestro, el sueño de una sociedad más justa, más igualitaria y más solidaria.

Resumen

En este trabajo se elabora una semblanza de Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez que fue Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Granada y Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Se recuerdan sus principales hitos profesionales y la influencia que tuvo sobre un destacado grupo de académicos.

Palabras Clave

Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez, Derecho Constitucional, Universidad de Granada, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Abstract

This work presents a semblance of Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez, who was Professor of Constitutional Law at the University of Granada and Magistrate of the Superior Court of Justice of Andalusia. It recalls his main professional milestones and the influence he had on an outstanding group of academics.

Keywords

Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez, Constitutional Law, University of Granada, Superior Court of Justice of Andalusia.

Recibido: 28 de mayo de 2018

Aceptado: 5 de junio de 2018





Textos clásicos





BREVES NOTAS SOBRE REPRESENTACIÓN Y RESPONSABILIDAD POLÍTICA*

DAMIANO NOCILLA

Profesor Straordinario de Derecho Constitucional italiano y comparado en la Universidad de T eramo

1 – Han sido muchos los que han discutido que representación y responsabilidad política son instituciones entre las cuales puede existir una relación que permita considerar que aquel que representa políticamente también es responsable bajo el mismo perfil, y que el representado es titular de un poder de control, ejercido de diversas maneras, sobre el representante.

En el plano de la abstracta confrontación de los dos conceptos (representación y responsabilidad) se observa, de hecho:

- a) que representar, de acuerdo con lo sostenido por C. Schmitt, indica, en su significado más general, «hacer presente una cosa que no est  presente en la realidad» de modo que, siguiendo a S. Romano, el ser «representante» implicaría la titularidad de una situación jurídica y no el ser parte de una relación;
- b) que la institución civil de la representación no excluye una brecha entre la existencia del vínculo representativo y la responsabilidad del representante frente al representado o frente a otro sujeto, en el sentido de que pueden darse casos en los que el representado exima *ex ante* al representante de responsabilidad, como en el mandato sin obligación de rendición de cuentas;

* Traducido del italiano por Antonio Pérez Miras. El presente trabajo se corresponde en una gran parte con el texto de la ponencia que el A. impart  en el XXXIV Convegno nazionale di studio dell'U.G.C.I. el 11 de diciembre de 1983. El texto original que hoy se traduce fue publicado en los *Studi in Onore di Vezio Crisafulli*, Vol. II, CEDAM, Padova, 1985. (N. del T.)

- c) que la representación política se refiere al problema del fundamento del poder político mientras que la responsabilidad tiene por objeto el correcto ejercicio de este último;
- d) que sería una característica del Estado moderno, como ha sostenido Guarino, la irresponsabilidad por principio de quienes ostentan el poder político: en nuestro ordenamiento, por ejemplo, sería ciertamente irresponsable el cuerpo electoral; los miembros del Parlamento están eximidos de responsabilidad por los actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones; limitadamente responsable es el Jefe del Estado; la única excepción prevista es la responsabilidad política y jurídica del Gobierno y de sus miembros;
- e) que el órgano generalmente considerado como representante es el órgano electivo, el titular del poder legislativo; en otras palabras, una o, como en el art. 67 CI, ambas Cámaras, mientras que el Gobierno es responsable conjunta e individualmente (arts. 89 y 95 CI), aunque ninguna disposición lo califica expresamente como representativo;
- f) que existen órganos representativos de la Nación, como el Jefe del Estado, explícitamente exento de responsabilidad política (arts. 87 y 89 CI);
- g) que tanto el concepto de representación política como el de responsabilidad son tan ambiguos que no nos permiten establecer una relación entre ellos.

Se trata de argumentos que, a primera vista, dan que pensar y proyectan una sombra de perplejidad sobre la misma corrección científica del tema propuesto. Bien mirado, sin embargo, nos damos cuenta de que parten todos de un presupuesto engañoso.

No hace falta confundir, de hecho, la representación –que indica una relación– con la representatividad –que hace referencia, por el contrario, a la situación de un cierto sujeto–: en el primer caso, *lato sensu*, un sujeto sustituye a otro «adoptando su puesto en la vida jurídica» –como ha dicho Esposito– «y realiza actos que producen los mismos efectos que si fueran realizados por el representado», sobre la base de un encargo que la ley o la voluntad de este último le confieren, de modo que se configura como colaborador del representado y «es por tanto sujeto de una relación jurídica, lo que le origina una vinculación frente al principal»; con la segunda, en cambio, se trata de ver la correspondencia, desde diversos puntos de vista, del sujeto representante respecto del representado. En el caso de la representación, la relación se configura, así, como algo destinado a perdurar y a modificarse en el tiempo, mientras que, en el caso de la representatividad, la situación subjetiva o existe o no existe y se constata en el mismo momento (y en cada momento) en que surja esa necesidad de correspondencia. La existencia de la relación de representación implica una presunción de representatividad del representante, mientras que no sucede al contrario, en el sentido de que, si un

sujeto es representativo de otro, no está necesariamente unido a ello por una relación de representación. La representación implica, como se ha dicho, una subordinación del representante al representado y, por tanto, el sometimiento de este último a una sanción, que puede ser la revocabilidad del encargo –como ha sostenido Kelsen, el cual tendía a excluir de la representación la llamada legal–. Toda atribución a un sujeto de carácter representativo se resuelve, en cambio, necesariamente, con una valoración de la idoneidad del mismo, como sucede cuando se atribuye ese carácter en su conjunto a los sindicatos o a la Administración.

De aquí se deriva que no tiene mucho sentido el problema de qué se representa –si los intereses, la voluntad, la opinión o las direcciones–, no siendo estas últimas otra cosa sino parámetros, a través de los cuales valorar la representatividad de un sujeto; por lo que, en el ejercicio de la representación, el juicio sobre la concreta conformidad a esos parámetros de la actuación de quien representa y la elección de qué parámetro asumir en función de la valoración de la representatividad corresponde al representado o a otro sujeto específicamente indicado por el ordenamiento, mientras que la calificación de un sujeto como representativo indica cómo la elección del parámetro y la valoración de la conformidad al mismo se ha cumplido por quien atribuye esa calificación.

Parece por tanto correcto sostener que tanto la representación política como la responsabilidad presuponen la existencia de dos sujetos, esto es, de una relación intersubjetiva, en la que los dos términos son siempre los mismos: los gobernantes, de un lado, que representan y responden; y los gobernados, del otro, que son representados y ante los cuales se responde. Poder y responsabilidad van, de hecho, de la mano («allí donde existe la responsabilidad, allí está el poder»¹) por lo que cuando un sujeto atribuye a otro el poder político, del que es titular, surge casi automáticamente el problema de la responsabilidad del beneficiario ante el concedente. Del mismo modo, la respuesta a la pregunta sobre la responsabilidad de su titular, sobre los poderes de control del sujeto ante el que se exige tal responsabilidad, o sobre las modalidades con las que esta se hace concreta no podrá prescindir de la cuestión relativa al origen del poder político. En Inglaterra, la progresiva consolidación de la irresponsabilidad del rey («El Rey no se equivoca»²) trae consigo el debilitamiento del poder real, así como, en Francia, una lúcida página de Barthélemy explica que, a pesar de la intención del constituyente del 1875 de atribuir al Presidente de la República el particular privilegio de la irresponsabilidad para reforzar su poder, tal privilegio haya acabado por reducir su peso político, «sólo puede actuar quien es responsable de sus acciones. Los ministros

1 Traducido del francés.

2 Traducido del inglés.

son responsables; el Presidente es irresponsable: serán los ministros quienes gobernarán, no el Presidente»³.

En verdad, los puntos de referencia de la representación, como de la responsabilidad política, están sustancialmente constituidos por el Pueblo, por el Parlamento y por el Ejecutivo; el Jefe del Estado, que queda generalmente fuera en todas las formas de gobierno parlamentario, incluso cuando los textos constitucionales lo señalan como representante de la nación, se convierte en cambio en una pieza clave en las repúblicas presidenciales. En los gobiernos parlamentarios, el Presidente de la república o el Rey carecen de poderes sustanciales, salvo los de equilibrio: así se explica que el Derecho positivo tienda a legitimar su permanencia entre los órganos del Estado, atribuyéndole la condición de representante de la nación, y a excluir su específica responsabilidad política, admitiendo generalmente sólo una limitada responsabilidad jurídica de carácter penal, que se sustentará ante una jurisdicción especial. Diferente es, sin embargo, la situación de los regímenes en los que el Jefe del Estado desempeña una dirección política propia, en cuanto órgano que recibe su propia investidura directamente del pueblo, como ocurre en las repúblicas presidenciales o en las formas de gobierno que acogen algunos de estos elementos (República de Weimar, Constitución francesa de 1958): en estos regímenes, más allá de las afirmaciones de los textos constitucionales, se lleva a cabo en varias formas —como se tendrá ocasión de ver— una responsabilidad política del Jefe del Estado.

En línea general, en los diversos ordenamientos, sea cual sea el sistema de gobierno, el problema de la representación y el de la responsabilidad surgen para aquellos órganos que están llamados a ejercitar poderes concretos, mientras que para los otros órganos el problema es por lo general diferente, en tanto que se trata, por una parte, de concretar (o definir) el grado de representatividad, y en consecuencia, de modelar sobre este último tanto los poderes, aunque sean limitados, como las responsabilidades, igualmente limitadas.

Volviendo a los Estados parlamentarios, y por tanto a la forma de gobierno vigente en Italia, se puede observar cómo Pueblo, Parlamento y Gobierno son ordenados en modo, por así decirlo, consecutivo, en el sentido de que se va del pueblo al cuerpo electoral, y de éste al Parlamento, y del Parlamento al Gobierno, según una escala de representatividad decreciente según la cual: el pueblo, como titular de la soberanía es el representado; el cuerpo electoral, que en un Estado democrático comprende a la mayor parte del pueblo, es el cauce principal con el que este último ejerce en vía directa la soberanía, y, por tanto, parece realizar una auténtica y propia identificación orgánica con el sujeto pueblo, representando, con bastante cercanía, sus tendencias, intereses,

3 Traducido del francés.

sentimientos, opiniones, voluntades; el Parlamento, en tanto que elegido por el cuerpo electoral, constituye por definición el órgano que representa al pueblo; el Gobierno, en fin, es expresión de la mayoría parlamentaria que le concede la confianza.

En la misma dirección, en cambio, la escala de la responsabilidad política es creciente: a) el pueblo como titular de la soberanía no es, en principio, responsable de sus propias decisiones; b) el cuerpo electoral, en cuanto que se identifica con el pueblo, no es responsable sino dentro de los límites que le marca la opinión pública popular; c) el Parlamento es responsable ante el cuerpo electoral cada vez que se produce la renovación de sus miembros, en tanto que las elecciones se convierten en una especie de juicio sobre la actuación de las fuerzas políticas presentes en las Cámaras durante la legislatura precedente; d) el Gobierno es responsable institucionalmente ante las Cámaras elegidas, que son titulares de un poder de control del Ejecutivo y del poder de determinar la remoción de sus cargos, retirando su confianza y obligándoles a la dimisión.

Como se ve, la precisa correspondencia entre el debilitamiento del vínculo de representación y el incremento de la responsabilidad es indicio de que existe un tipo de relación entre las dos instituciones. Crisafulli ha apuntado muy eficazmente que «representatividad y responsabilidad se complementan, la segunda reforzándose y haciéndose más rigurosa y precisa donde la primera se arriesgaría, por lo demás, a perder concreción, diluyéndose en una presunción cada vez más abstracta». A lo que deberíamos añadir que el nexo se conserva íntegro, a pesar de la mencionada tendencia de progresión inversa, en la medida en que, cuando desaparece del todo la responsabilidad –como en la monarquía absoluta o en los regímenes totalitarios–, permanece definitivamente oculta la representatividad de todo el sistema, así como, cuando faltan instrumentos idóneos para asegurar que entre el pueblo y algunos órganos se instaure un vínculo de representación, el problema de la responsabilidad siquiera surge o, si surge, se hace en modo radicalmente diverso a como lo solemos concebir.

Es cierto que a menudo se olvida concretar con suficiente precisión el sentido que se debe atribuir al concepto de responsabilidad política y nos conformamos con referencias del todo genéricas. Esta última, de hecho, se caracteriza, de una parte, por una suficiente precisión de la sanción, que es siempre la separación del cargo de los servidores públicos, y por otro lado, por la absoluta indeterminación del parámetro de valoración de los comportamientos de los responsables, así como por la variabilidad de los sujetos, sean pasivos (esto es, responsables) o activos (que hacen valer la responsabilidad), de las modalidades y de los procedimientos de aplicación. Sobre este aspecto, los ordenamientos jurídicos divergen el uno del otro y, en el ámbito del mismo ordenamiento, a menudo se observan diversos tipos de responsabilidad política y diferentes procedimientos.

En el ámbito de la categoría más general de la responsabilidad política se pueden distinguir, según la clasificación de G. U. Rescigno, una responsabilidad institucional y otra difusa: la primera produce –cuando concurren las circunstancias previstas por el Derecho positivo– una obligación jurídica para el titular de un cargo público de abandonarlo; la segunda, en cambio, concebida como aquella situación en la que este último podría considerar más o menos oportuno dejar el cargo. En cuanto a las modalidades con las que el Derecho positivo regula la responsabilidad política institucional, se debe distinguir la hipótesis de la responsabilidad, que deriva del hecho de que determinados titulares de cargos públicos deben someterse periódicamente a una nueva elección por parte del cuerpo político (en cuyo caso este último está inevitablemente llamado a expresar un juicio de naturaleza política sobre la actuación llevada a cabo por esos sujetos), de la responsabilidad que nace del sometimiento permanente de esos mismos sujetos al poder de control de un cuerpo político y de la posibilidad de que este último determine en cada momento, mediante el voto, la obligación de dimitir de esos sujetos.

Incluso la responsabilidad política difusa, que nace, en buena sustancia, de un poder genérico de crítica que unos sujetos, más o menos determinados, tienen en relación con otros, reúne bajo un único concepto situaciones diversas, en función de la posición institucional de los sujetos que realizan la crítica y de los que a ella se someten.

Es evidente que las observaciones que seguirán, guardarán una especial atención a la responsabilidad política institucional considerada en su primera forma, y sólo episódicamente se referirán a otros tipos de responsabilidad política. Ello sobre todo porque las consideraciones precedentes han demostrado que la confrontación entre representación y responsabilidad política no puede darse en abstracto, sino que debe basarse en el fundamento ideológico y en la evolución histórica de las dos instituciones, de modo que se evite actuar fragmentariamente, perdiendo, de esa manera, la visión del conjunto del problema.

2 – El concepto de representación política se viene desarrollando de acuerdo con dos líneas culturales, que ya Guizot concretó con suficiente claridad. Para una primera teoría, la función de la representación es, según la incisiva expresión de Heller, la de «asegurar la soberanía del pueblo como unidad sobre el pueblo como pluralidad» (lo que se expresaba correctamente, en otras áreas culturales, en la teoría de la soberanía nacional), mientras que para la otra, se determina, como decía Duguit, una relación –que Salandra, después, calificaría, de hecho, como «personal»– entre electores y electo, por el cual el representado (esto es, el pueblo) ya no se concibe como unidad sino como pueblo real, multitud de individuos, sí, pero articulado en grupos menores, que se unen ya sea según criterios de pertenencia territorial, ya sea en torno a intereses, sentimientos, opiniones de diversa naturaleza.

Dos hilos culturales, por tanto, que parten de dos diversas ideas del «pueblo» y de la soberanía popular: una, según la cual el pueblo es el soberano en tanto que comuni-

dad ordenada de gobernantes y gobernados, la otra, por la que el pueblo es idealmente el conjunto de gobernados que se contraponen a los gobernantes. Culturas diversas que, presentes en 1947 en el seno de la Asamblea Constituyente, se han visto luego reflejadas en el mismo texto de la vigente Constitución italiana.

El art. 1 atribuye al pueblo la soberanía tanto *quoad titulum* como *quoad exercitium* y le reconoce incluso la subjetividad necesaria para que, en nuestro ordenamiento, se pueda decir: a) que la soberanía popular no significa sólo que el poder deriva en abstracto del pueblo, sino que este último lo ejercita de manera concreta; b) que la República italiana es democrática, no porque sea una democracia gobernada sino porque es una democracia gobernante.

Una atenta observación del Derecho positivo demuestra que el sujeto jurídico «pueblo» tiene dos instrumentos para poder realizar actos, para manifestar, por tanto, su propia voluntad: por un lado, el cuerpo electoral que interviene en diversas ocasiones y que expresa directamente las decisiones populares; por otro, el Estado-sujeto que actúa a través de sus órganos, haciendo recaer los efectos de tales actos sobre el conjunto de la comunidad estatal. Es el mismo texto constitucional el que opera el intercambio entre los conceptos de república, de nación y de pueblo, con los cuales designa nada más que la comunidad organizada en Estado, en una palabra, el Estado-comunidad. Es por ello que a la luz del art. 1 el pueblo se presenta como sujeto idealmente unitario, dotado de una organización que lo hace capaz de querer y de expresar una propia voluntad.

Mas en nuestra Constitución está presente también otro concepto de pueblo, entendido esta vez como pueblo real, como pueblo vigente, compuesto no sólo de individuos, esto es, de ciudadanos particulares considerados todos desde el mismo plano de la abstracta igualdad, sino también articulado en grupos, asociaciones, categorías, comunidades territoriales; es, en otras palabras, el pueblo en el que se suscitan intereses diversos, sentimientos a veces contradictorios, pasiones y opiniones abigarradas. Y nuestra Constitución considera y reconoce que «pueblo» también es esto. Para una constatación ciertamente incompleta, basta con ojear el título de las relaciones civiles (en las cuales se reconoce la libertad religiosa, de asociación y de reunión), el de las relaciones ético-sociales (donde encuentran regulación la familia y las instituciones culturales), el de las relaciones políticas (donde el art. 49 regula los partidos políticos); a lo que se puede añadir el reconocimiento de las autonomías locales (art. 5) por el que la República se organiza en regiones, provincias y municipios (art. 114)⁴ así como de las minorías lingüísticas (art. 6).

4 Téngase en cuenta que el art. 114 fue modificado en la reforma constitucional de 2001, alterando su orden y añadiendo las Ciudades Metropolitanas entre los Municipios y las Provincias, e incluyendo al final de la fórmula al Estado. (N. del T.)

El primer grupo de teorías parte del presupuesto de que existen intereses comunes del pueblo, objetivamente determinables, de que tales intereses trascienden de los particulares, de los ciudadanos o de los grupos sociales, de que existe (o debe existir) una voluntad popular hipotética para la consecución de esos intereses que se diferencia de la empírica y esporádica voluntad del cuerpo electoral. Desde la necesidad de que cada diputado persiga efectivamente el interés común se deduce que ellos no son «el representante de concretos y definidos grupos de electores o de un cierto colegio electoral, sino el representante del pueblo entero y de los intereses de éste».

En este caso ha sido fácil contraponer esta tesis a la idea medieval de representación, entendida como mandato explícito y vinculante que ayuntamientos, condados, comunidades, corporaciones, etc. habrían conferido a ciertas personas para tratar con el soberano y para darle a conocer sus quejas y exigencias. Solo que esta contraposición no puede ser vista de modo esquemático, propio de cierta doctrina iuspublicista, sino que debe tener en cuenta también que en los parlamentos medievales la voluntad de los representantes podía apartarse —como han demostrado Perassi y Marongiu— de la de los representados: basta con remitir a este propósito a la institución de la *plena potestas*, a la que Gaines Post le ha dedicado estudios esclarecedores.

Ahora, en el ámbito de esta reconstrucción, la idea moderna de representación se desarrolla de acuerdo con tres líneas ideológicas. Una primera es aquella que podríamos definir como línea liberal, que tiende a salvar la selección electiva de los representantes y que, en las diversas áreas culturales, está encabezada, entre otros, por personajes como Burke y Blackstone, en Inglaterra (pensemos en la afirmación de este último por la que «cada miembro, aunque elegido por un distrito concreto, una vez elegido... sirve para el reino entero»); por los constituyentes de 1789, en Francia, como Sièyes, Barrère, Barnave, Talleyrand (este último presentó, el 7 de julio de 1789, una moción ante la Asamblea Nacional en cuya motivación se afirmaba que «la Asamblea... considera que una bailía... tiene el derecho sólo de conformar la voluntad general... y no puede suspender mediante mandatos imperativos que contengan solamente su voluntad particular, la actividad de los Estados Generales»); por Bluntschli, para los países de lengua germana, quien claramente configura una «representación del país y del pueblo, no individual».

El pueblo —o, mejor, la nación, si se permite por un momento la identificación, es una entidad abstracta, incapaz de tener voluntad propia y que ejercita la soberanía exclusivamente por delegación (art. 2, Tít. III de la Constitución de 1791)— son los delegados que expresan, por tanto, su voluntad con absoluta independencia del delegante: se explican de este modo las reglas convencionales afirmadas en Inglaterra y las explícitas disposiciones de las cartas constitucionales de la Europa continental (como,

por ejemplo, el art. 32 de la Constitución belga de 1831; el art. 48 del Estatuto Albertino; el art. 29 de la *Reichsverfassung*; el art. 21 de la Constitución de Weimar) que tienen su origen en el art. 7, sec. III, Tít. III de la Constitución francesa de 1791, que afirmaba el doble principio de la representación de toda la nación y de la prohibición del mandato imperativo: «los representantes nominados en los departamentos no serán representantes de un departamento particular, sino de toda la nación, y no se les podrá vincular con mandato alguno». El representante, de hecho, en tanto que portador de una autoridad propia, debe ser completamente libre en su capacidad decisional de condicionamientos, instrucciones o vínculos externos, porque, si se le sometiera a la voluntad del mandante, vería degradada su posición a la de un nuncio. Es precisamente sobre esta constatación sobre la que se basa la conocida reconstrucción kelseniana de la representación política como una «ficción»; aunque ya antes Riecker había hablado de *fictio iuris*.

Las elecciones son, en definitiva, un medio para escoger del mejor modo aquellos que serán los delegados de la nación, los más idóneos para ocupar el cargo de miembro del parlamento (es por ello que el art. 39 del Estatuto Albertino hablaba de «diputados seleccionados por los colegios electorales, conforme a la ley»). La nación administra así como define su interés⁵: el electorado activo es concebido como ejercicio de una función pública para la selección de quien será llamado a actuar, con palabras de Condorcet, de acuerdo con la razón y la justicia⁶ para toda la Nación, que atribuye la función electoral a un cuerpo muy reducido de ciudadanos activos.

El segundo hilo ideológico es el que podría definirse como monárquico-conservador, que, en el intento de legitimar la posición del Monarca y de la Cámara Alta, frente a la Cámara Electiva, tiende a atribuir carácter representativo al Jefe del Estado y a la Cámara de los Lores. Ello lo podemos ilustrar con un comunicado referido a Napoleón de 15 de diciembre de 1808: «muchos diarios imprimieron que su Majestad la Emperatriz... había dicho... que el primer sentir del Emperador había sido para el cuerpo legislativo, que representa a la Nación. Su Majestad en ningún caso dijo tal cosa... el primer representante de la Nación es el Emperador, y después del Emperador, está el Senado...»⁷. Y esta idea, que encuentra su precedente histórico más cercano en la preocupación de Mirabeau de asegurar también al monarca una propia legitimación, es, a su vez, la fuente más segura de la famosa expresión bismarckiana: «Nación es también Su Majestad el Emperador». Todos los órganos del Estado, por eso, estarán

5 Traducido del francés.

6 Traducido del francés.

7 Traducido del francés.

configurados como representativos, o sea, según la famosa equiparación de Santi Romano, «constitucionales»: la cámara electiva y la hereditaria, el Monarca y el Gobierno representan la Nación (o el pueblo) en su conjunto, son titulares de un poder autónomo. Si en muchas constituciones encontramos aún escrito de manera clara que el Jefe del Estado, aunque no sea elegido, representa la Nación, es este desarrollo ideológico de la representación política el que habrá que reconstruir.

De aquí, solo hay un paso a la tercera vía, y para teorizar la absoluta y total independencia de la representación política de las elecciones y para calificar como representativo todo Estado, incluso aunque se organice como un Estado totalitario. Con su ingenio habitual, Carlo Esposito, llevando a las últimas consecuencias su razonamiento, afirmará en 1937 que, a la luz del Estatuto Albertino, la Cámara de Diputados podía calificarse como representativa «aunque fuese elegida», esto es, a pesar de ser elegida por el pueblo. En el plano jurídico, todo ello se traducía en escuchar al Estado-sujeto, aunque después fuese organizado como representativo del Estado-comunidad, esto es, del Estado en sentido amplio.

Para todas estas teorías, la representación es, en el fondo, una situación, y no una relación, y el problema relativo pasa a ser el de la representatividad, por lo que, cuando el discurso se lleva al tema de la responsabilidad, están todas las premisas por afirmar: a) que no puede subsistir una responsabilidad del representante ante el pueblo; b) que el representante responde de su obra solo ante su conciencia; c) que no es concebible un derecho del pueblo (o de cada colegio electoral) de establecer la caducidad de sus representantes; d) que ni los electores ni los partidos pueden pedir cuentas a los representantes de todo lo que éstos hubieran decidido; e) que tampoco se puede configurar una responsabilidad del representante individual ante todo el órgano representativo (esto es, del diputado ante la cámara), sin tener que construir, inadmisiblemente, una diferencia sustancial entre el colegio y el individuo (en esta línea se movía, sin embargo, el pronunciamiento sobre la caducidad de los diputados del Aventino).

A la luz de estas consideraciones, la libertad de expresión y de acción parlamentaria, con la consiguiente inmunidad por sus opiniones y por sus votos, así como con el principio de su irresponsabilidad política, se hacen incompatibles con instituciones como la del *recall*, esto es, de la «anticipada sustitución de un titular de un cargo electivo por parte del cuerpo electoral, cuando se haya encontrado uno más idóneo para lograr sus funciones»; la posibilidad de que se alcance un acuerdo programático entre el candidato y el grupo de electores, que, como habría querido un proyecto francés de 1894, se pueda hacer valer ante los tribunales para que se pronuncien sobre la caducidad del elegido; partidos políticos y grupos parlamentarios organizados y disciplinados (en algunos parlamentos los puestos venían asignados a suertes o conforme a

la ancianidad, para evitar, como decía Von Mohl, la separación externa de los partidos políticos⁸); las cartas de dimisión en blanco confiadas a comités electorales o a dirigentes de partido.

Ha puesto en evidencia René Capitant que un régimen representativo puro debería ser desfavorable a la publicidad de las sesiones y de los votos de las asambleas, porque esto pondría a los electores en posición de controlar a los electos; hostil a que se vuelvan a presentar los elegidos ante el electorado y, por tanto, a la posibilidad de que quien ha sido parlamentario, volviéndose a presentar en las siguientes elecciones, se someta al juicio del mismo electorado; contrario, al final, a la institución de la disolución anticipada de las cámaras electivas, sobre todo si esa institución tuviera que ser interpretada de manera general como una apelación al pueblo.

Es fácil notar, en cambio, que el régimen representativo no se ha producido en la historia de acuerdo con su configuración ideológica y, por tanto, que en los distintos derechos positivos están presentes sólo trazas de aquellas implicaciones. En Inglaterra se consideró durante mucho tiempo corolario del principio de libertad de expresión de los parlamentarios la prohibición de publicar cuanto hubiese ocurrido en las discusiones y, sólo mediante modificaciones posteriores, se llegó, en 1909, a la publicación oficial del *Hansard*. Hoy, ciertamente, el principio de publicidad de las sesiones, que se había establecido en la misma Constitución de 1791, constituye un patrimonio del parlamentarismo que –según la conocida tesis de C. Schmitt– se caracterizaría por introducir, en las fases que preceden a la decisión, una discusión libre y por consentir la publicidad y el conocimiento, por parte de los ciudadanos, de la dialéctica entre los diversos y contrapuestos argumentos.

La Constitución de 1791, que se puede considerar la más cercana al esquema representativo puro, tendía a limitar la posibilidad de que los parlamentarios se volviesen a presentar en las siguientes elecciones. Al final, de la disposición del art. 5 (capítulo I, título III), que prohibía la disolución de la cámara electiva, se ha derivado una especie de desconfianza de la vida política francesa hacia aquella institución, que en los textos constitucionales hasta 1958 siempre se ha diseñado con cautelas y límites, porque se consideraba que un régimen representativo implicaba que a la representación popular se le aseguraba un adecuado periodo de permanencia en el cargo, y que ese periodo no podía ser acortado por llamamientos al pueblo que legitimaran un control de este último sobre los electos y su labor.

La responsabilidad política no deriva, por tanto, del modo en que se forma un órgano, esto es, de la elegibilidad de sus componentes, sino que constituye un mero

8 Traducido del alemán.

corolario de la autonomía decisional que las normas jurídicas pueden atribuir al mismo órgano: se es responsable en cuanto se es titular de un poder que se ejercita de manera autónoma. En el periodo fascista se acostumbraba a citar la frase de Mussolini «no puede haber responsabilidad donde no hay autonomía». La responsabilidad, en principio, no es ni absoluta ni limitada, pero se desarrolla sólo y exclusivamente en razón del modo en el que el derecho positivo haya organizado sus relaciones entre los diversos órganos del Estado. De ello resulta que ésta no puede resolverse unas veces en la mera responsabilidad política difusa, y otras veces en la sola responsabilidad jurídica.

En los países que conservan la forma de gobierno parlamentario, la responsabilidad política institucional del gobierno ante el parlamento no puede ser explicada reduciendo el primero, esto es, el gobierno, a una mera comisión que el segundo hubiera creado en su seno para el ejercicio del poder ejecutivo, confiriéndole la confianza. La verdadera razón del sometimiento del gobierno al control del parlamento está en el hecho de que a los representantes del pueblo se les debe reconocer, como dice Leibholz, «las cualidades de un caballero, no la de un sirviente»⁹, lo cual explica que el principio de la soberanía del parlamento, que tanto gusta a los juristas ingleses, permanezca como uno de los puntos estables de la teoría liberal de la representación política. De lo que se deduce que el gobierno responde institucional y permanentemente frente al órgano que ejercita en realidad la soberanía, y no al sujeto (el pueblo) que está investido sólo *quoad titulum*. Es responsable, no porque sea órgano representativo, como habría querido sostener parte de la doctrina, sino porque derivan sus propios poderes del parlamento y porque está unido organizativamente a este último por una relación de confianza; en otros términos, la responsabilidad política ante las cámaras y su poder de control constituyen simplemente un modo de organizar la supremacía del parlamento en un régimen que puede decirse «parlamentario» más que «representativo».

Incluso en el ordenamiento italiano no faltan principios y disposiciones constitucionales, previsiones legislativas y reglamentarias, que remiten, más o menos directamente, al orden de las ideas apenas expuesto. A lo que se debe añadir todas aquellas interpretaciones de los textos normativos que, de una manera u otra, se dirigen a la idea de la representación como investidura fiduciaria y la independencia de ésta respecto de la responsabilidad política. Se trata, en una palabra, de esa alma liberal de nuestra Constitución que emerge, unas veces, de manera evidente, otras, más desdibujada por las normas, por la praxis y por la doctrina.

Conviene recordar que el art. 48.2 CI califica como deber el ejercicio del voto, legitimando la interpretación del electorado político activo como función pública, y

9 Traducido del alemán.

que persiste la idea de que partidos y sindicatos son instituciones de la sociedad civil, cuya influencia en la vida del Estado-sujeto, proviniendo del exterior, es sólo indirecta y, por ello, análoga a la de otras asociaciones privadas o grupos de presión. El sistema electoral, introducido por la legislación vigente¹⁰, que se remite al adoptado para la creación de la Asamblea Constituyente, responde a la idea: a) de que la decisión sobre la formación del gobierno y su programa debe corresponder a las fuerzas políticas presentes en el parlamento y no directamente al cuerpo electoral; b) de que la representación política es representación de opiniones y no de voluntades, en un mapa a escala reducida –según la expresión de Mirabeau– del conjunto del país; c) de que el cuerpo electoral confiere a los partidos, directamente, y a los parlamentarios, indirectamente, un mandato fiduciario en blanco para querer, para escoger y para decidir por él; d) de que el cuerpo electoral no debe entrometerse en las decisiones delegadas a la representación política, de donde se deriva una desconfianza respecto de la institución del referéndum.

Que después ese sistema haya producido los efectos negativos para la gobernabilidad del país –ya evidenciados por F. Hermens en sus trabajos– nadie lo puede rebatir; ello ha favorecido la fragmentación de partidos y, dentro de los partidos mismos, el fenómeno de las corrientes; ha puesto en crisis la capacidad decisional del sistema; ha determinado una de las causas de la crisis de los mismos partidos políticos; ha impedido que las fuerzas políticas llegaran a acuerdos estables para la persecución de una política coherente; ha favorecido la inestabilidad de los gobiernos; ha reducido los poderes de la mayoría; pero también ha permitido a esta última atenuar sus responsabilidades, generando una cierta confusión en el electorado.

De esta situación y de la consideración de que la única forma de responsabilidad política expresamente disciplinada sea la del gobierno ante las cámaras, ha surgido la idea de que nuestro ordenamiento prevé la centralidad del parlamento, en su posición predominante, a expensas de las competencias del ejecutivo. Y sobre esa considerada centralidad han insistido durante un largo periodo de nuestra historia precisamente aquellos constitucionalistas que hoy, como San Pablo tras la caída del caballo, tienden a rechazarla, forzados a ello, quizá, por la insostenibilidad de sus teorías y de los daños causados por las mismas en la funcionalidad de las instituciones.

El hecho de que el parlamento tienda a ser, por tanto, el órgano central del sistema, explica por qué se han interpretado en modo extensivo todas las disposiciones dirigidas a asegurar la libertad de cada parlamentario: así, la inmunidad por las opiniones y por los votos expresados en el ejercicio de sus funciones ha sido

10 El sistema electoral italiano ha sido objeto de varias reformas electorales posteriores. (N. del T)

ampliada a toda la actividad desarrollada incluso fuera de las sedes institucionales de las cámaras; los reglamentos parlamentarios han permitido un amplio margen al uso del voto secreto, que por su naturaleza desengancha a cada representante de todo vínculo para con sus electores, a fin de que los elegidos puedan esconderse para servir al interés general¹¹; la prohibición del mandato imperativo ha hecho considerar la irrevocabilidad de los mandatos y la nulidad de las dimisiones firmadas en blanco por el elegido, o de los vínculos de éste asumidos para con el partido, el grupo o los electores; el cambio de partido, respecto a aquél en cuyas listas el diputado o el senador fue elegido, se considera que no obsta para que pueda permanecer en el cargo; y así otros ejemplos.

3 – Mas en la Constitución italiana existe también una diversa inspiración ideológica, el alma democrática, esto es, que parte de la idea contraria y, si se quiere, más realista, de que la soberanía corresponde al pueblo y se ejercita por el pueblo, como en efecto es: un grupo compuesto del que forman parte tanto los individuos como las comunidades menores (art. 2), y dentro del cual se entrecruzan intereses, opiniones, sentimientos, voluntades, aspiraciones; partiendo, decía, de esta premisa diferente, la representación política se convierte idealmente en un sucedáneo de la democracia directa y los concretos representantes en un trámite para la expresión de las aspiraciones, los deseos y las decisiones asumidas por el pueblo mismo. La *Repräsentation* se va así asimilando a la *Vertretung* (a la representación, esto es, derivada de un mandato específico).

Como a la representación medieval no le era del todo extraña una cierta autonomía de los representantes con respecto a los representados, así a través de estas formulaciones se demuestra la permanencia, incluso en la representación moderna, de la idea de que los vínculos puedan recaer en la esfera de acción de los representantes y de que debe existir un enlace entre electores y electos. Idea que se afirma de manera incisiva cuando se sostiene que los diputados representan a una parte del pueblo, o de forma más difuminada, cuando se habla de un «mandato dado por el conjunto de los electores al conjunto de los elegidos¹²»

En ese contexto, las elecciones alcanzan un significado del todo diferente: ya no son la elección de una aristocracia destinada a gobernar conforme a la verdad, la razón y la justicia, sino una manifestación de la voluntad, de los intereses, de las opiniones, de las aspiraciones del pueblo y el mecanismo más idóneo para configurar una verdadera y propia responsabilidad de aquellos que anteriormente habían gobernado, los

11 Traducido del francés.

12 Traducido del francés.

cuales se presentan así al juicio popular sobre el correcto ejercicio del poder que se les había conferido.

Esta corriente de pensamiento se desarrolla, a su vez, de acuerdo con tres líneas ideológico – culturales, que a menudo interactúan las unas con las otras, condicionándose entre ellas, recibiendo (y ejerciendo) influencia desde (y hacia) la idea liberal, que está en la base de la corriente de pensamiento examinada anteriormente.

Una primera línea política, que podría definirse como jacobina, encuentra su expresión en las disposiciones de la Constitución francesa de 1793, en la cual se afirmaba que «la soberanía reside en el pueblo» (art. 25); que «cada fracción del Soberano reunida en asamblea debe disfrutar del derecho a expresar su voluntad con entera libertad» (art. 26); que «el pueblo soberano es la universalidad de los ciudadanos franceses» (art. 7); que la Asamblea «tiene el derecho de censura por la conducta de sus miembros en su seno» (art. 51). Basta recordar que Robespierre –siguiendo su proyecto, donde había escrito que «la ley es la expresión libre y solemne de la voluntad del pueblo» y que el voto expresado por una parte de este último tenía que ser respetado como voto de una parte del Soberano, que ayuda a conformar la voluntad general– había hablado explícitamente de los parlamentarios como mandatarios del pueblo. «Todos los ciudadanos, fueran los que fuesen, tenían derecho a aspirar a todos los grados de la representación... La Constitución establece que la soberanía reside en el pueblo, en todos los individuos del pueblo. Cada individuo tiene, por tanto, el derecho a participar en la ley que le obligará y en la administración de la cosa pública, que es la suya». Saint-Just, en su discurso ante la Convención del 24 de abril de 1793, se había expresado en términos análogos: «Si quieren la república, quedan unidos al pueblo, y no hagan nada sino por él». En la doctrina jurídica esas ideas se traducen en las teorías del mandato representativo conferido por el cuerpo de electores a sus representantes, que no se podrían resumir mejor sino con las palabras de uno de sus adversarios, Carré de Malberg: «Por el hecho de la elección, cada elector confiere al elegido una fracción individual de la soberanía de la que es titular»¹³.

La segunda línea está constituida por la llamada escuela pluralista, según la cual, las elecciones servirían para garantizar la necesaria correspondencia entre el pueblo, en sus diversas articulaciones, y sus representantes, debido a la necesidad de que los elegidos se ajusten a los intereses de los electores, se comporten en armonía a las tendencias espirituales de los mismos, ejerciten su voluntad empírica y episódica. No existe una voluntad popular mística, que trascienda las concretas y empíricas voluntades de los individuos y de los grupos, que los representantes deben tener necesariamente en

13 Traducido del francés.

cuenta si quieren permanecer en el poder. El más conocido de los pluralistas, Laski, escribe «la opinión parlamentaria y la ley parlamentaria son los resultados de un vasto complejo de fuerzas a los cuales, individuos y grupos, dentro y fuera del Estado, hacen a menudo una contribución suficientemente valiosa»¹⁴.

Está, finalmente, la teoría que llamaría electoralista, aquella por la que la representación política y la elección popular se unen inescindiblemente: un órgano es representativo porque es electivo, y como tal, debe interpretar, expresar y ejecutar las tendencias espirituales y la voluntad real del pueblo. Emblemática en este sentido es la posición de Maurice Hauriou, que definía el gobierno representativo como aquel en el que «una o dos Asambleas elegidas por el pueblo que lo representan como poder central y que participan del gobierno»¹⁵, o la de Sobolewsky, por la que en la teoría de la representación se trata de construir una relación entre electores y electos.

Esta última teoría resume un poco todas las restantes, por la conexión entre elección y representación, así como evidenció el mismo Robespierre cuando dijo que «la idea de representante supone necesariamente una elección para el pueblo»¹⁶. El derribo del absolutismo monárquico ocurrió en nombre de la representación política, en nombre por tanto de la atribución del poder legislativo a los elegidos por el pueblo. El Estado representativo nace como esa forma de Estado en la que, al menos uno de los órganos titulares del poder legislativo, tenía que ser elegido por todos los ciudadanos que, conforme al ordenamiento jurídico, se encontrasen en ciertas condiciones abstractamente predeterminadas a la luz de un principio de igualdad formal, abandonándose de este modo la idea medieval de una representación por estamentos o por privilegios. Como ha sido afirmado con exactitud por Sartori: «amputemos el edificio de su órgano electivo y la ecuación (Estado moderno = Estado representativo) resulta gratuita y arbitraria». ¿Quién calificaría hoy, a pesar de la doctrina de la época, al Estado fascista o al nazi como un Estado representativo? ¿Quién consideraría representativa una dictadura de tipo sudamericano o de las que aún existen en África? La tendencia actual es, de hecho, la de extender la calificación de representativo a los Jefes de Estado elegidos por sufragio universal y directo del pueblo, y en especial, a los Jefes de Estado de las repúblicas presidenciales, superándose de este modo la vieja doctrina que limitaba la ecuación representatividad – elección a los órganos del poder legislativo.

El verdadero punto débil de esta construcción consiste, sin embargo, en el hecho de que el enlace entre pueblo y representantes, traducido en aquel de electores y elec-

14 Traducido del inglés.

15 Traducido del francés.

16 Traducido del francés.

tos, se interrumpe desde el punto de vista puramente lógico en el momento inmediatamente posterior a las elecciones. En cuanto éstas constituyen (o pueden constituir) una elección programática, ésta última nunca podrá ser tan detallada como para comprender cada medida posible y jamás podrá incluir la decisión sobre el caso imprevisto. Es en este punto cuando se precisa acudir al argumento de Mac Iver: «Cuando la voluntad popular ha escogido a los gobernantes, se deben aceptar las necesidades que implican su elección. Al principio es la representación, el resto es responsabilidad, el mecanismo de representación aplicado con inteligencia puede asegurar mejor la responsabilidad».

Se precisa así, tanto en el plano histórico como en el lógico, la relación entre representación y responsabilidad, en el sentido de que la una existe sólo si existe también la otra.

El representante puede ser considerado tal si es, como se diría hoy con una fea palabra anglosajona, *responsivo*¹⁷, sensible, en tanto que responde a las pasiones, a las opiniones, a los deseos, a los intereses, a la voluntad del pueblo (o de los electores), si está dotado de representatividad; y ello se puede obtener sólo cuando se está periódicamente llamado a responder ante los electores. Ha escrito S. Romano que «los cargos representativos son siempre temporales, precisamente para que sea posible que en ellos no vengan confirmados aquellos que, ejerciéndolos, no se hayan ajustado a los principios y a los criterios que deberían haber seguido».

Si ciertamente la elección periódica no es el único mecanismo apto para asegurar la homogeneidad entre el cuerpo representativo y el pueblo (pudiendo ayudar igualmente bien otros criterios de elección), da, sin embargo, la seguridad de que los gobernantes sean responsables ante los gobernados, en tanto que «el cuerpo electoral es el juez del modo con el que los electos han correspondido a su confianza», y en definitiva, de que se refuerce la misma representación virtual, por la que los diputados se sienten en comunión espiritual con aquellos que los han elegido. De manera que se invierte la imagen de Leibholz, antes recordada, y se puede afirmar, en cambio, que los gobernantes deben ser «los servidores de lo público, no sus amos»¹⁸.

La responsabilidad política acaba influyendo en todo el sistema constitucional: a) las instituciones dirigidas a la revocación de los representantes por parte de los electores son vistas con menor sospecha; b) los vínculos y compromisos asumidos por los diputados ante los grupos o los comités electorales con el fin de sostener determinadas

17 Palabra proveniente del inglés, *responsive*, sensible. El autor quiere hacer un juego de palabras con el verbo que usa a continuación, responder. (N. del T.)

18 Traducido del inglés.

líneas políticas no son considerados escandalosamente incompatibles con el sistema representativo porque «si la representación nacional no significase otra cosa que la representación del pueblo –ha escrito Virga, aun siendo contrario a la teoría del mandato– los diputados no perderían su cualidad de representantes nacionales por el hecho de estar ligados por el mandato para la defensa de los intereses de grupos particulares»; c) los partidos políticos y los grupos parlamentarios encuentran reconocimiento y pueden desarrollar plenamente sus funciones; d) volverse a presentar ante el cuerpo electoral supone un fenómeno natural; e) se atenúa la inmunidad de cada parlamentario; f) la publicidad de las discusiones dentro de las cámaras es el medio a través del cual el pueblo se coloca en situación de conocer lo realizado por los propios representantes; g) la responsabilidad política institucional del Gobierno ante las cámaras se configura como un sucedáneo de la responsabilidad directa ante el pueblo; h) las instituciones de democracia directa permiten al pueblo un control sobre lo realizado por los órganos representativos; i) la disolución de las asambleas hace posible un juicio popular sobre contrapuestas líneas políticas, constituyendo, de hecho, un llamamiento al pueblo para que juzgue y elija. Este último aspecto puede resumirse con las palabras de B. Constant: «la disolución de las asambleas no es en absoluto... un ultraje a los derechos del pueblo; al contrario, cuando las elecciones son libres, ello supone un llamamiento a sus derechos en beneficio de sus intereses. Lo digo cuando las elecciones son libres, porque cuando no son libres en absoluto se trata de un sistema representativo».

Así como la representatividad de un sistema de gobierno está asegurada por la representatividad de los gobernantes (entendida como adhesión de los que mantienen el poder a la demanda pública y a los movimientos de opinión pública; y como la correspondencia de su acción con el interés público) se hace efectiva sólo si las elecciones libres permiten al pueblo juzgar la obra de sus electos. Sobre este aspecto acaban por converger incluso algunos teóricos liberales como Constant y Guizot, para quien «la responsabilidad del poder es un efecto inherente al sistema representativo»¹⁹.

El círculo argumentativo se cierra de esta manera en sí mismo, revelando una relación biunívoca entre los dos términos: representación y responsabilidad. Sucede así que, precisamente porque es representativo, y por tanto titular de un poder exclusivo, incluso el Presidente de una república presidencial no puede ser considerado, empero, verdaderamente irresponsable en el plano político: la ausencia de disposiciones que sancionen una completa irresponsabilidad política del Jefe del Estado en la Constitución francesa de 1958 y el hecho de que este último ponga en juego su propia permanencia en el cargo con cada nueva elección o, como ocurrió en 1971, con la con-

19 Traducido del francés.

vocatoria de un referéndum que valorara su dirección política, demuestran –así como la dimisión de Nixon ante la sola amenaza de *impeachment*– que una responsabilidad política del Presidente existe, porque efectivamente éste ejercita unos poderes que le han sido conferidos por los electores.

La presencia en la Constitución italiana de esta alma democrática no puede ser puesta en duda. Ya se ha visto que el art. 1, al atribuir la soberanía al pueblo y calificando la república como democrática, identifica el pueblo mismo con la universalidad de los ciudadanos, y como tal, capaz de querer y de expresar de manera concreta su propia voluntad. Principio este que se especifica después en el art. 48, inspirado en la amplia atribución del electorado activo como derecho individual, por el que sería inconstitucional cualquier ley ordinaria que, distinguiendo entre ciudadanos activos y no, tendiera a restringir el cuerpo electoral.

El amplio margen que la Constitución da a las instituciones de democracia directa, como la iniciativa popular de las leyes o el referéndum, viene a significar que no se considera que se deba mantener al pueblo alejado de la vida del organismo estatal, limitando su participación al solo momento electoral. Con la iniciativa legislativa y con esos referenda, que se incluyen en los procedimientos para la aprobación de algunos tipos de leyes, el pueblo se coloca en posición de hacer sentir su propia voz, con resultados eventualmente diversos, en el momento de la adopción de determinados actos, mientras que con el referéndum abrogativo es llamado a controlar lo realizado por sus representantes.

El art. 67 CI establece, pues, que las Cámaras son representativas en tanto que electivas; y ello no sólo porque, en el contexto de la Constitución y a la luz del art. 1, «nación» equivale a «pueblo» y porque los parlamentarios representan el pueblo concreto con sus pasiones y sus intereses, sus aspiraciones y sus voluntades, sus divisiones y sus articulaciones (y la institución de la petición tiende de hecho a reforzar este aspecto), sino porque ello debe leerse en conexión con los arts. 56 y 57 donde se establece la necesidad de una renovación periódica de las dos ramas del Parlamento, consiguiéndose así un sometimiento institucional de las dos cámaras, de los partidos allí representados y de sus integrantes individualmente considerados a la responsabilidad política frente al cuerpo electoral. Si el art. 67 se refiere a la representación de la Nación, ello se hace, no tanto para introducir la idea de que al ser representada sea una entidad abstracta –unión de las generaciones pasadas, presentes y futuras– sino para evitar las consecuencias extremas de la representación popular, para realizar, por tanto, una justificación de las instituciones dirigidas a salvaguardar la libertad del concreto parlamentario, y en fin, por subrayar –como contrapeso al principio por el que el Jefe del Estado representa la unidad nacional (art. 87)– que el Parlamento refleje no sólo

una empírica voluntad popular (aquella en relación con los intereses reales y concretos del pueblo y de sus articulaciones), sino también aquella que podría decirse «voluntad popular hipotética», dirigida a la protección de los intereses objetivos y permanentes de la comunidad. Se puede, en resumen, sostener que la Constitución italiana no atribuye al Jefe del Estado la función de ser símbolo exclusivo de la unidad del pueblo italiano ni tutor único de los intereses permanentes de la Nación.

En esta dirección debe ser interpretada la introducción en el sistema de la disolución anticipada, que se configura, por ello correctamente, como apelación al pueblo para que se exprese y contraste entre mayoría y oposición, y no, según la praxis desde 1972 hasta la fecha, como una sustancial autodisolución en manos de las fuerzas políticas, que se sirven de ella con el fin de favorecer en el futuro el alcanzar un acuerdo sobre la base de los diferentes equilibrios resultantes de la consulta popular. Ello, en otros términos, no es sólo verificación de la representatividad de las Cámaras, sino un medio para hacer decidir al pueblo aquello que las Cámaras no consiguen decidir.

4 – Pero la disposición que mejor une el sistema constitucional italiano a la democracia de masas, es el art. 49, en el que se reconocen y regulan la existencia y las funciones de los partidos políticos como asociaciones constituidas «para concurrir con método democrático a la determinación de la política nacional». Se asoma también en el texto de nuestra carta fundamental el «moderno príncipe», o siguiendo a Frosini, «el nuevo sujeto político», cuya presencia ha permitido calificar nuestro Estado como «Estado de partidos», en cuyo factor esencial de integración para la formación de la voluntad estatal está el partido político, aunque, con Smend, la representación política mantiene aún el valor objetivo de integrar la comunidad en una unidad estatal. En otros términos, la calificación que Sartori refería a la cámara electiva, de constituir una relación entre Sociedad y Estado, estando aún a medio camino entre los dos términos, puede, en el Estado de partidos atribuirse tranquilamente, como sostiene Leibholz, al partido político, al que corresponde la función de organizar el pueblo y de hacerlo capaz de actuar.

Ni representación ni responsabilidad política, por tanto, podrían ser abordadas desde el punto de vista jurídico sin una precisa referencia a la acción de partido. En el plano de la representación política esto se caracteriza por el hecho de acoger en sus filas tanto a electores como a electos, tanto a representantes como a representados, quienes se encuentran, así, unidos por la fidelidad a una única ideología política, por la convicción de la utilidad de perseguir el mismo y concreto programa, por la disciplina bajo el control del mismo grupo dirigente. Es el partido el principal actor de la lucha política que genera críticas y juicios, propuestas y programas, y trabaja (o promete trabajar) en consecuencia, para que se traduzcan positiva o negativamente en actos del Estado.

El partido, tras haber realizado su labor de convencer a la opinión pública, pide a los electores que se conviertan en su verdadero representante: no es un misterio para nadie el hecho de que hoy en Italia los parlamentarios son elegidos, no porque sean personalidades que recaban individualmente la confianza de los electores, sino porque son exponentes de un partido, o cuanto menos, candidatos sostenidos por un determinado partido; al contrario, el elector, cuando vota, no da su confianza a los candidatos individualmente (cuya personalidad puede considerarse sólo en modo secundario), sino que confía –por razones que escapan de la pura racionalidad– en determinadas ideologías, en determinados programas, en propuestas concretas, de los que son portadores los partidos políticos.

Aun sin querer seguir la afirmación de Triepel por la que los parlamentarios son representantes de los partidos, no se puede desconocer que con las elecciones el pueblo, mediante el cuerpo electoral, escoge entre los diversos partidos y los diferentes programas, y no confía en los solos individuos el deber de representarlo; sin embargo, votando por el partido y por su grupo dirigente, manifiesta su confianza en este último para que ejecute el programa propuesto.

Los partidos políticos, por tanto, introducen en el sistema un elemento plebiscitario en el sentido expuesto por Leibholz, en tanto que transforman la función de las elecciones en una decisión relativa a la fuerza y al poder del partido en los próximos años y en un mandato al mismo para que lleve a cabo su programa. Que esta transformación sea completa, sin embargo, está aún por ver. Conviene verificar si se ha producido un definitivo «traspaso de la soberanía del Parlamento al cuerpo electoral», que, como ha sostenido Capograssi, estaría llamado a aprobar «todas las soluciones más importantes de los problemas legislativos», y por tanto, comprobar si la posición del parlamentario individual ha perdido todo significado. Respecto a lo primero, conviene no olvidar aquello que Fraenkel subrayó en referencia al sistema constitucional inglés, esto es, que existe la constante necesidad de una función de mediación entre la voluntad popular empírica y la del Estado, y que esa función corresponde hoy a los partidos políticos. En lo atinente a esta segunda idea, se han de recordar las observaciones de Scheuner, para quien los parlamentarios individuales no han perdido del todo las funciones representativas del electorado, puesto que: a) son ellos mismos los llamados, como expertos, a influir dentro de la línea política del propio partido; b) deben adaptarla a las exigencias de la discusión parlamentaria; c) están constreñidos a afrontar todas las cuestiones imprevistas o las de detalle, que como tales, no forman parte de los programas políticos previamente definidos.

Se refuerza, así, la conexión del parlamentario individual con el partido, que en otros ordenamientos ha sido todavía más estrecha, por ejemplo, con la abolición del

voto segregado, por la legislación que prevé el cese del parlamentario cuando salga voluntariamente del partido por el que ha sido elegido (ley checoslovaca de 1920), o por el cese de los parlamentarios elegidos en un partido declarado antisistema. En nuestro ordenamiento, la conexión partido – representante está asegurada por el funcionamiento de los grupos parlamentarios, cuya actividad encuentra un amplio reconocimiento en los Reglamentos de 1971; por la legislación electoral, que privilegia en cada caso la elección política sobre la selección del candidato; por la escasa posibilidad de que, de hecho, el parlamentario individual persiga una línea política diferente de la del propio partido. Siquiera la presencia del art. 67 impediría –aun en el respeto de la libertad de conciencia del parlamentario individual– hacer más estrecha esa conexión, aboliendo eventualmente el voto secreto o evitando que la financiación pública de los partidos siga, como hoy ocurre, al diputado o al senador incluso cuando este último cambie de grupo. Nuestro ordenamiento, en el fondo, conoce ya hipótesis de representación (piénsese en los consejeros de CNEL o en los representantes de categorías o administraciones públicas en comisiones o en consejos de administración) en las que deben conciliarse las dos exigencias: la tutela de los intereses del ente que designa, y la objetiva necesidad de perseguir el interés del que es institucionalmente responsable el órgano en el que se integran.

En nuestro sistema, como en el resto de sistemas con partidos organizados y regulados, las elecciones deberían acoger el significado de una directa manifestación de la voluntad popular en la dirección a seguir en el futuro, en la ejecución del programa político, en las personas en las que confiar la cosa pública. Nuestra Constitución expresa con claridad, incluso a través de la previsión de los mecanismos de racionalización del sistema parlamentario, que a la mayoría le corresponde el deber de gobernar y a la minoría el de controlar al Gobierno, atribuyendo ese significado a las elecciones, buscando la compatibilidad con la constitución formal de las modalidades de voto y de cómputo de sufragios (y por tanto de las leyes electorales), que tiendan a dar claridad en la elección popular, como el sistema mayoritario a una o dos vueltas o el establecimiento de barreras.

No se trata de reprender, como decía Capograssi, a «la academia que sostiene varios métodos de escrutinio», sino que se trata de nutrir al sistema con una vía compatible con la democracia de masas. Las objeciones formuladas por los constitucionalistas sobre la base del principio de igualdad de voto, o incluso, del art. 139 (comprendiendo en la forma republicana también el sistema electoral que llevó a la creación de la Asamblea constituyente) parecen todas superables, cuando se reconstruyen las elecciones como expresión directa de la voluntad del pueblo.

Sistema electoral (como han demostrado, entre otros, Hermens y Maranini) y tipo de organización partidista (de acuerdo con las intuiciones de Duverger y de Elia)

son elementos determinantes de la forma de gobierno de los diversos países; de hecho, en alguno de los europeos, la correspondencia entre la existencia de los partidos organizados y un sistema electoral mayoritario tiende (a diferencia de los países donde rige la proporcionalidad): a) a favorecer el bipartidismo que, aun reduciendo la conformación de las cámaras de las variadas articulaciones de la sociedad civil, asegura, a su vez, la elección del ejecutivo y de su programa directamente del resultado de las urnas; b) a atribuir incisivos poderes al partido (o a la coalición) de gobierno y a su líder, permaneciendo, sin embargo, un constante deber de los partidos y de los grupos parlamentarios de realizar una continua mediación entre la voluntad del pueblo y del parlamento; c) a hacer al gobierno, de manera neta y segura, responsable de sus acciones en el momento de las nuevas elecciones (es por ello que los politólogos americanos llaman al sistema inglés «modelo del partido responsable»).

Se manifiesta así la función del partido político bajo la línea de la responsabilidad política, en cuanto que se convierte a un tiempo en sujeto pasivo y en sujeto activo, no sólo por lo que respecta a la llamada responsabilidad difusa, sino también por la institucional.

Sea cual sea la forma de gobierno de un determinado país (y por tanto, también, en nuestro multipartidismo exasperante), a la responsabilidad política, en el Estado de partidos, le interesan tres sujetos: el parlamentario, el partido y el cuerpo electoral. El primero es sujeto pasivo de responsabilidad ante el partido al que pertenece (no sólo porque está sometido a las sanciones previstas por el estatuto interno sino también porque puede sufrir la sanción máxima de la falta de reelección) y ante el cuerpo electoral que, juzgando su personalidad, puede negarle los votos necesarios para la elección. El segundo es sujeto activo de responsabilidad ante los propios parlamentarios, pero es sujeto pasivo frente al cuerpo electoral, que en el momento de las elecciones juzga su acción precedente, los programas futuros, su adecuación a la ideología y la credibilidad de los dirigentes.

En aquellos ordenamientos, pues, en los que, como el italiano, se prevén instituciones de democracia directa, y en particular el referéndum abrogativo, se añade una última circunstancia, en la que el conjunto de los electores puede hacer valer la responsabilidad del partido político, dado que el referéndum determina un momento de dificultad en la vida misma de aquel; de hecho, se requiere una disciplina de partido aún más estrecha, visto que, como ha advertido Fraenkel, un «partido se desmorona si no sigue una línea unitaria en un plebiscito».

Pero en los sistemas de partidos que tienden a privilegiar sólo aquella forma de responsabilidad política e institucional, que se determina en el momento de las diferentes consultas electorales, se debilita, en cierto modo, la responsabilidad ins-

titucional permanente del Gobierno ante el Parlamento, dado que: a) la disciplina de partido pone a éste a resguardo de eventuales sorpresas que le puedan ocurrir por tomas de posición imprevistas de los parlamentarios individuales; b) el gabinete y sus componentes son responsables frente al partido al que pertenecen; c) se reducen los márgenes de una responsabilidad política individual de cada ministro. «Es difícil construir» –ha escrito Elia– «un sistema en el que al papel más incisivo posible de los electores se responda con un rol crítico mucho más eficaz ejercido por los parlamentarios».

Las crisis de gobierno se determinan fuera del Parlamento a resultas de una ruptura de la coalición de varios partidos, o a hechos de responsabilidad política que se dilucidan dentro de uno de los partidos de gobierno. Hay, por tanto, que tener en cuenta que el debilitamiento de la responsabilidad institucional del Gobierno ante el Parlamento se compensa con las formas de responsabilidad política dentro de cada partido a las que se someten las élites dirigentes de los mismos y que permiten al sistema democrático evitar que éstas últimas se transformen en centros irresponsables de poder. La introducción, en su momento, de las primarias en los Estados Unidos de América respondió precisamente a la exigencia de evitar que el poder se concentrase en las manos de los jefes locales de los partidos.

5 – Concluyo brevemente. El Estado representativo contemporáneo se encuentra hoy frente a una crisis de identidad, minado como está, en su interior, por tres factores concurrentes, que ahora se detallarán. Estos tres factores atacan también, y sobre todo, aquellas instituciones que apoyan su funcionamiento, a saber: la representación política (esto es, los órganos parlamentarios) como centro de decisión; la responsabilidad ante el pueblo, como juicio claro sobre la bondad de las decisiones; el partido político, como elemento de mediación y como sujeto de la una y de la otra. Este último, de hecho, ha podido aparecer –a pesar de que haya introducido elementos plebiscitarios en el funcionamiento de las instituciones– como el sujeto al que se le confía, en especial en los Estados regidos por un bipartidismo, como el inglés, con partidos sólidamente organizados, un papel particular de mediación e integración, que permite conservar algunos elementos representativos de todo el sistema institucional.

En cualquier caso, la amenaza invierte la capacidad de decisión de los gobernantes, el criterio para su selección, la necesidad misma de una intermediación entre gobernantes y decisiones políticas.

El primer peligro nace de la degeneración progresiva del pluralismo en la policracia, en la que diversos centros de poder vienen contraponiéndose al Estado soberano. Los actos de este último asumen mejor la naturaleza pacticia, por lo que la ley y el acto administrativo tienden a configurarse como simple hecho formal, detrás del cual hay

una decisión ya tomada en otra sede: en pocas palabras, como ha escrito Scheuner, «las decisiones se desplazan desde la Cámara a la Antecámara». Antecámara que está siempre más presente en los partidos, en los medios de comunicación de masas, en los aparatos administrativos, lo que pone en crisis: a) la institución de la representación política, que se basa en la unidad del Estado, en la igualdad de todos los ciudadanos electores y en la prevalencia de los intereses generales respecto a los sectoriales; b) los partidos, paralizados en su correcto funcionamiento por la presencia en su seno de estas fuerzas contrapuestas, y por la necesidad de evitar el resquemor entre las diversas corrientes; c) la responsabilidad de quien detenta el poder ante la colectividad por la aglomeración de centros decisionales, por la inacción del Estado como consecuencia de la defensa pasional de los diferentes intereses particulares, por la contractualización de los actos estatales, mediante la que se protegen sólo las partes interesadas, a menudo en detrimento de los diversos intereses que pertenecen a la generalidad de los ciudadanos.

Hoy, la crisis se hace más acuciante dado que en la sociedad plural el Estado debe estar en disposición, como ha dicho W. Weber, de atender los diferentes intereses particulares, mientras que la interrupción del crecimiento progresivo del producto social ha determinado un estado de excepción, con Forsthoff, que ha puesto en una radical contraposición al Estado y a los centros de poder social.

La segunda amenaza nace del hecho de que la sociedad, en prospectiva, estará siempre más dominada por la técnica: el progreso del conocimiento científico, la apertura al ser humano de campos de investigación hasta el momento del todo inexplorados, la conquista de un bienestar siempre mayor, la progresiva afirmación de la planificación delinear un futuro, y en cierta medida ya un presente, en el que la competencia podría definitivamente eliminar la selección política y las muchas especialidades encontrar su síntesis en el saber científico por su naturaleza neutral; el poder pasaría, según la concepción de Spirito, de la concreción de los individuos, al carácter abstracto del plan en el que todos estarían llamados a colaborar.

Se dibuja, así, el peligro de «confiar –según palabras de S. Costa– el poder decisonal a los científicos y a los directivos, reduciendo, por tanto, de manera drástica, la posibilidad de participación y de control del ser humano común, el cual se arriesga a ser reducido a un simple sujeto de dominación». La atribución del poder a los llamados técnicos no podrá sino llegar sobre la base de su mayor o menor capacidad técnica (y no de acuerdo con su adscripción ideológica), y los técnicos, como ha escrito Maynaud, «no tienen cuentas que rendir a los ciudadanos». Si una responsabilidad es configurable, ésta no podrá más que ser una responsabilidad jurídica que se debe medir de acuerdo con los criterios de la responsabilidad de los profesionales.

En fin, la difusión de nuevos medios de comunicación de masas y el advenimiento de la era de los ordenadores reabre, en una perspectiva más o menos amplia, el debate sobre la alternativa entre democracia directa y democracia representativa. Aparecen nuevas metodologías para preguntar directamente al pueblo, que podrían suplantar de raíz la necesidad misma de una representación política, sustituyéndola por una especie de plebiscito continuo e inmediato, destinado a dividir en dos al electorado, que afectaría tanto al interior de los partidos como a la definición de las ideologías.

Esta dinámica lograría, es cierto, la máxima involucración del pueblo (y por tanto, su máxima participación), pero tendería a eliminar del todo el momento de la ponderación, que debe preceder a la decisión; la pregunta que se dirige a los ciudadanos no podrá más que ser simplificada (si no, incluso, simple) y, por tanto, será imposible ofrecer a los que deciden los medios para articular una deliberación compleja; la discusión previa sobre la cuestión, o no existirá, o será sólo y exclusivamente una maniobra de los medios de comunicación; quien decide no podrá efectuar una investigación adecuada y previa; en cualquier caso, no será posible ofrecer a todos los ciudadanos conocimientos idóneos para una deliberación suficientemente ponderada.

Cuanto más directamente se lleven las tomas de decisiones al pueblo, tanto más se disminuirá el concepto de representación política. De este modo, se vuelve evanescente incluso el concepto de responsabilidad, pues una lenta evolución, bien descrita en el volumen de B. de Jouvenel, ha transformado el concepto de soberanía hasta hacerlo un poder sin vínculos, por el que el soberano (esto es, el pueblo, y por ello, el cuerpo electoral) se encontrará en la idéntica situación de un monarca absoluto (Constant).

Frente a esta triple amenaza pueden adoptarse varias actitudes e invocarse varias vías:

a) un primer camino puede ser el de plantear una reforma de los partidos políticos que restituya su función objetiva de realizar una mediación entre Sociedad y Estado, que impida que caigan en las leyes férreas de la oligarquía y que evite que las élites de partido se transformen en centros irresponsables de poder. Es el camino que se probó en su momento en Estados Unidos para combatir el fenómeno de los jefes locales y, recientemente, en Alemania con la ley que contiene un estatuto-tipo. También el art. 49, cuando prevé que los partidos concurren «con método democrático» a determinar la política nacional, no parece realmente incompatible con una ley ordinaria de desarrollo que asegure una organización interna de tipo democrático, una posición de igualdad de los inscritos, la libertad de acceso y de salida, una adecuada tutela frente a los actos de expulsión, la democratización de la selección de las candidaturas.

Se trata, sin embargo, de una intervención del todo inadecuada para la amplitud y la gravedad de la crisis actual (ha llamado mi atención sobre este punto el amigo F.

Mercadante): es un poco como un remiendo nuevo sobre un hábito irremediamente raído.

b) la segunda vía es la de una incisiva y radical reforma institucional en el sentido de la personalización del poder²⁰ y de su responsabilidad directa ante el pueblo. Es, en otros términos, la creación, mediante uno de los tantos mecanismos institucionales posibles (bipartidismo rígido de tipo inglés, república presidencial de tipo americano, república semipresidencial de tipo francés) de la llamada «monarquía republicana». Pero sobre esta siempre pende el peligro de una dictadura de tipo cesarístico, especialmente cuando se instituye un sistema de participación directa del pueblo que puede transformarse en una ratificación de lo realizado por el líder. Los variados sistemas constitucionales, a los que nos referimos como modelo, son más bien una reconciliación de elementos plebiscitarios y de elementos representativos, en tanto que en el momento de la decisión tienden a contraponer al líder electo la componente parlamentaria del partido (como en el sistema inglés), o poderes particularmente incisivos de la Cámara representativa (como en el sistema americano). Esto indica la necesidad de que a la reforma institucional relativa a la elección popular del Jefe del Ejecutivo se le una el refuerzo del papel de las cámaras o de los partidos. Por lo demás, se puede verificar aquello que Marx –que no fue precisamente suave respecto de las instituciones de democracia representativa– ha descrito: «la Asamblea electiva se encuentra en una relación metafísica con la Nación, pero el presidente electo instauro con ella una relación personal. La Asamblea muestra en cada uno de sus representantes los lados multiformes del espíritu nacional, pero este último se encarna en el Presidente. Él posee frente a aquella una suerte de derecho divino: él es *von Volkes Gnaden*»²¹.

c) una tercera vía sería la de la contemplación indolente de los eventos, esperando que el proceso de crisis se detenga o alcance su maduración final. Pero esto sería una renuncia definitiva a nuestro mismo ser, a nuestra naturaleza de seres hacendosos que viven en la historia, que hacen historia y que están destinados a responder de sus obras.

d) finalmente, se podría observar atentamente cuál, de entre los varios elementos que concurren a determinarlo, será el factor prevalente en el proceso de crisis que estamos viviendo; prefigurar en qué dirección evoluciona la situación; preguntarnos, en una palabra, cómo será el futuro. Ello permitiría imaginar los nuevos modelos organizativos que se han de proponer a la sociedad, los remedios a adoptar para evitar las

20 Traducido del francés.

21 En el original, el A. mantiene esa expresión literal de Marx en alemán. Podemos traducirlo, jugando con las ideas, como que el Presidente lo es «por la gracia del pueblo». (N. del T.)

degeneraciones, que pueden suceder, y las garantías que se han de introducir para la defensa de la persona y de sus derechos.

Sería este un deber emocionante para el jurista, que espera aún de otros (filósofos, políticos, politólogos, futurólogos, sociólogos, etc.) una respuesta exhaustiva a la pregunta de base sobre el destino futuro de la sociedad.

Resumen

El trabajo examina los conceptos de representación política y de responsabilidad política y su interconexión. Realiza un análisis de las diversas formas de gobierno, de sus órganos, instituciones y de sus mecanismos, tanto en perspectiva histórica como tomando los modelos de Reino Unido, Francia, Estados Unidos y, especialmente Italia, cuyo estudio vertebró el trabajo. Todo ello conduce a un análisis de la actualidad y del futuro de estas figuras, con un especial énfasis en el papel de los partidos políticos.

Palabras Clave

Representación política; responsabilidad política; rendición de cuentas; elecciones; representantes; mandato; soberano; partidos políticos.

Abstract

The paper examines the concepts of political representation and political responsibility and their interconnection. It analyzes the various forms of government, its organs, institutions and their mechanisms, both in historical perspective and taking models from the United Kingdom, France, the United States and, especially Italy, whose study structures the paper. All this leads to an analysis of the present and future of these figures, with a special emphasis on the role of political parties.

Keywords

Political representation; political responsibility; accountability; elections; representatives; mandate; sovereign; political parties.



Jurisprudencia







LAS FACULTADES EMPRESARIALES DE VIGILANCIA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES: SU DIFÍCIL EQUILIBRIO EN LA ERA TECNOLÓGICA

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

*Profesora Ayudante Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

SUMARIO:

- I. Breves apuntes introductorios: la noción de vida privada y su aplicación en las relaciones de trabajo.
- II. El control empresarial a través del acceso a contenidos digitales: las comunicaciones electrónicas y el almacenamiento en el sistema de archivos
- III. Sistema de videovigilancia y expectativa de privacidad: una pareja no siempre bien avenida.
- IV. Conclusiones: el necesario reajuste de la jurisprudencia ordinaria y constitucional a la luz de los criterios interpretativos del TEDH.

*«Workers do not abandon their right to privacy and data protection every
morning at the doors of the workplace.»*

GT29, Documento de Trabajo sobre la vigilancia de las comunicaciones
electrónicas en el trabajo, 2002.

I. BREVES APUNTES INTRODUCTORIOS: LA NOCIÓN DE VIDA PRIVADA Y SU APLICACIÓN EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

Desde que las tecnologías vienen formando parte de prácticamente todos los ámbitos de nuestra vida cotidiana, muchas han sido las discusiones sobre los pros y los contras de su utilización en las relaciones de trabajo. De un lado, no cabe duda de que la digitalización laboral supone un aumento de la productividad y de la eficacia organizativa así como una disminución de costes, pero también es verdad que puede entrañar problemas en términos de seguridad o capacidad de los servicios informáticos. El debate más acalorado ha rodeado, me atrevo a afirmar, a la tecnificación de los métodos de vigilancia de los que se vale el empresario en el ejercicio de su poder de control. Ciertamente, no son escasos los conflictos que se presentan al respecto,

conflictos que ponen en evidencia las fricciones entre el sistema constitucional de derechos y las relaciones de trabajo. En este sentido, se ha señalado que

«la afirmación de la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano-trabajador constituye más un punto de partida que de llegada. Más una fuente de dudas e interrogantes que de afirmaciones claras y concluyentes, en la medida en que deja sin resolver el decisivo problema de la relación entre estos derechos y las obligaciones que dimanen del contrato de trabajo»¹.

Y es que el equilibrio entre los derechos y los intereses contrapuestos del empleador y los empleados no es en nada fácil de lograr, y en este terreno bien puede constatarse. A ello se suma el carácter eminentemente casuístico que presenta, pues, como el Tribunal Constitucional ha mantenido², los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin.

La jurisprudencia es un buen barómetro del grado de conflictividad que se apunta. En los últimos años se asiste a un constante crecimiento del número de pronunciamientos judiciales dedicados a la valoración de la legalidad de los mecanismos tecnológicos de vigilancia empresarial. Es cierto que la normativa laboral no ayuda mucho a dirimir la controversia —el art. 20.3 ET³, lejos de sentar pautas claras, y mucho menos actualizadas a la nueva realidad laboral, alude escuetamente a la dignidad como límite en el ejercicio del control empresarial—, pero no es menos cierto que los órganos judiciales han mostrado una línea del todo titubeante a la hora de conocer de las injerencias que colisionan con el derecho a la intimidad del trabajador, cuando no con el derecho al secreto de las comunicaciones o, más recientemente, el derecho a la protección de datos personales.

1 W. SANGUINETI RAYMOND, «Poderes empresariales y derechos de la persona del trabajador: el difícil equilibrio», *Trabajo y Derecho*, n.º 7, 2018.

2 STC 241/2012, de 17 de diciembre.

3 El precepto dispone que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad». Por su parte, el art. 4.2.e) ET reconoce como uno de los derechos de los trabajadores el respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad.

No se le escapa a nadie que el empresario cuenta con un interés legítimo en asegurar el buen funcionamiento de la empresa, lo que incluye la posibilidad de articular mecanismos de vigilancia destinados a verificar que los empleados lleven a cabo la prestación de servicios en la forma pactada. Ahora bien, este poder empresarial no es –no debe ser– ilimitado. Sin perjuicio del –amplio– margen con que cuentan los Estados en el ámbito del art. 8 CEDH⁴, como en general cuando se trata de lograr el equilibrio entre varios intereses privados concurrentes, dicho margen de actuación no puede entenderse carente de límites, ya que las medidas de vigilancia deben respetar una serie de garantías. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional al afirmar que

«los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos»⁵.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido en que el contexto laboral y la vida privada no son antagónicos, sino que, por el contrario, la noción de vida privada puede incluir las actividades profesionales. De hecho, es precisamente en el desarrollo de la vida laboral cuando la mayoría de las personas tienen una significativa, a veces no mayoritaria, oportunidad de desarrollar relaciones con el mundo exterior. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional asevera que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que tiene lugar en un ámbito doméstico o privado, ya que existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada⁶. Luego junto al uso laboral se produce un uso personal de los medios informáticos, lo que confirma la dificultad de distinguir clara-

4 STEDH de 6 de abril de 2017, asunto *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*. El art. 8 CEDH dispone en su primer apartado que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». En el segundo, preceptúa que «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». Al respecto véase la STEDH de 18 de octubre de 2016, asunto *Vukota-Bojić c. Suiza*.

5 STC 186/2000, de 10 de julio.

6 STC 12/2012, de 30 de enero.

mente cuándo las actividades del trabajador forman parte de su vida laboral o no. De ahí que tanto las llamadas telefónicas como los correos electrónicos puedan incluirse en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» a efectos del artículo 8.1 CEDH, de modo que los emails enviados desde el lugar de trabajo están protegidos en virtud de dicho precepto, al igual que la información derivada del seguimiento del uso personal de internet, pues puede implicar datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto de la vida privada del trabajador⁷. Así pues, la protección del derecho fundamental a la intimidad se extiende al contenido de los mensajes electrónicos, en la medida en que estos correos, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado⁸.

Precisamente para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado como criterio a tener en cuenta el de «las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno»⁹.

Por tanto, el ámbito de cobertura del derecho a la intimidad viene determinado por la existencia de esa expectativa razonable de privacidad o confidencialidad, si bien, y como matiza el Tribunal de Estrasburgo, la expectativa razonable de la privacidad de una persona, siendo un factor significativo, no puede entenderse concluyente¹⁰.

II. EL CONTROL EMPRESARIAL A TRAVÉS DEL ACCESO A CONTENIDOS DIGITALES: LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y EL ALMACENAMIENTO EN EL SISTEMA DE ARCHIVOS

1. La rectificación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La Sentencia *Bărbulescu II*

1.1. Supuesto de hecho y controversia jurídica

La STEDH de 5 de septiembre de 2017, asunto *Bărbulescu c. Rumanía*, tiene su origen en la remisión del asunto resuelto en la Sentencia de 12 de enero de 2016 a la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La importancia de

7 SSTEDH de 16 de diciembre de 1992, asunto *Niemietz c. Alemania*, y de 3 de abril de 2007, asunto *Copland c. Reino Unido*.

8 STC 173/2011, de 7 de noviembre.

9 STC 12/2012, de 30 de enero.

10 DTEDH de 5 de octubre de 2010, asunto *Köpke c. Alemania*.

este pronunciamiento no es menor, en tanto en cuanto, y mostrando lo volátil de la materia, plantea una reformulación de los límites que el empresario debe tener en cuenta a la hora de ejercer su poder de control. Y este cambio de planteamiento es precisamente el que hace que la solución sea la contraria a la alcanzada en la ya conocida como Sentencia Bărbulescu I.

El origen del conflicto se sitúa en el despido de un trabajador tras constatar la empresa en la que estaba empleado que había utilizado el servicio de mensajería instantánea *Yahoo Messenger* para fines extralaborales, algo expresamente prohibido por el reglamento interno de la entidad. Este reglamento no contenía, sin embargo, mención alguna a la posible vigilancia empresarial de las comunicaciones de sus empleados para constatar el cumplimiento de dicha obligación.

La sorpresa para el empleado vino cuando, convocado a una reunión con el empleador, se le informó de que sus comunicaciones a través de *Yahoo Messenger* habían sido vigiladas y se había constatado que buena parte del uso de dicha herramienta informática tuvo fines personales. Tras alegar el trabajador un uso exclusivamente profesional, la empresa le muestra hasta cuarenta y cinco páginas con la transcripción de las comunicaciones mantenidas con su madre y su pareja. Las conversaciones incluían cuestiones privadas y algunas incluso de carácter íntimo.

La cuestión controvertida parece clara. Siendo incontestable que el acceso a internet desde el lugar de trabajo constituye ante todo una herramienta puesta a disposición del trabajador para fines laborales, ¿cabría entender la vigilancia de su uso como prerrogativa del poder de control empresarial, aun cuando no ha existido una advertencia de dicho seguimiento? Se trata de dilucidar, en definitiva, si la mera prohibición de la utilización de las herramientas informáticas para fines personales llevaría o no implícita la vigilancia de las conversaciones para constatar el cumplimiento contractual del trabajador. En el caso concreto, el asunto se complica más pues, si bien la empresa comunicó mediante una nota informativa a cada trabajador el recurso a métodos de vigilancia y el despido de una empleada por transgredir la prohibición empresarial, no pudo determinarse con exactitud si el trabajador fue informado de que sus comunicaciones eran controladas antes de que la misma actividad de vigilancia fuese puesta en marcha.

Aunque el tema de las normas de uso empresariales daría para otro artículo, valga siquiera lanzar desde este apartado una breve reflexión. Pensar que en nuestro mundo de hoy en día, en el que todos estamos intercomunicados digitalmente, es posible exigir por el contrato de trabajo una dedicación exclusiva al mismo y una prohibición absoluta de cualquier tipo de conectividad resulta un mito. Confieso que siempre me ha llamado la atención la visión realista, pragmática, alejada de ese cielo de los conceptos jurídicos al que se refería Ihering –y del que

tan a menudo a los universitarios nos cuesta descender—, del libro *Rework*¹¹, y en este tema no es una excepción. En una de sus páginas, J. Fried y D. Heinemeier plantean lo siguiente:

«what do you gain if you ban employees from, say, visiting a social-networking site or watching YouTube while at work? You gain nothing. That time doesn't magically convert to work. They'll just find some other diversion. And look, you're not going to get a full eight hours a day out of people anyway. That's a myth. They might be at the office for eight hours, but they're not actually working eight hours».

Ciertamente, el contrato no puede privar al trabajador de la conectividad digital, dejándole incomunicado pues, como bien se ha expresado, la soledad debe ser un derecho, con sus límites, no un deber¹². No le falta razón al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cuando, en Sentencia de 16 de diciembre de 2016, destaca la especial situación que se produce respecto al uso de ordenadores y teléfonos móviles frente a otros útiles que la empresa pone a disposición de los trabajadores para desarrollar su trabajo, como por ejemplo, automóviles, martillos o taladradoras, y respecto de ninguna de los cuales se llega a afirmar la existencia de un «hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados», máxime en el caso sobre el que se pronuncia, en el que el ordenador no está en la empresa, sino que es portátil y por lo tanto el trabajador lo lleva siempre consigo para el desarrollo de su trabajo, algo que por cierto se da siempre con el teléfono móvil. Y siendo así, concluye que la prohibición que se deriva de la calificación como falta grave del empleo para usos propios de los útiles, herramientas, maquinaria o vehículos de la empresa, no puede considerarse como una prohibición absoluta de utilización del ordenador y teléfono móvil entregado al actor por la empresa y consiguientemente no está amparado el ejercicio del control empresarial.

1.2. La información previa del recurso a mecanismos de vigilancia: ¿información explícita o implícita?

Como puede advertirse, en la información previa al trabajador reside buena parte de la cuestión central debatida en la Sentencia Bărbulescu II. No es para

11 J. FRIED Y D. HEINEMEIER HANSSON, *Rework*, Crown Publishing Group, 2010, p. 255.

12 C. MOLINA NAVARRETE, «El derecho al secreto de las comunicaciones en la relación de trabajo: la dilución en "tópica" y "retórica" de su tutela constitucional», *Trabajo y Derecho*, n.º 7, 2018.

menos, la información constituye uno de los requisitos fundamentales en la determinación de la legalidad del control empresarial. En este sentido, el Repertorio de cuestiones prácticas emitidas por la Oficina Internacional del Trabajo en el ámbito de la protección de datos personales de los trabajadores establece en su apartado 6.14 que

«cuando los trabajadores sean objeto de medidas de vigilancia, estos deberían ser informados de antemano de las razones que las motivan, de las horas en que se aplican, de los métodos y técnicas utilizados y de los datos que serán copiados, y el empleador debería reducir al mínimo su injerencia en la vida privada de aquellos».

Además, se puntualiza que el secreto en materia de vigilancia sólo debería permitirse cuando se realice de conformidad con la legislación nacional o existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves. Por su parte, la Recomendación de 1 de abril de 2015 del Comité de Ministros del Consejo de Europa resulta de particular interés en el punto 14, referido íntegramente a la utilización de internet y de comunicaciones electrónicas en el trabajo. En concreto, señala que los trabajadores deberían ser conveniente y periódicamente informados, en aplicación de una política clara de respeto de la vida privada.

Como garantía de un ejercicio ponderado del control empresarial viene exigiéndose, pues, que la vigilancia de las comunicaciones cuente con la debida política explícita sobre la utilización de las herramientas informáticas y el modo de articulación de su control, debiendo ser notificada a todos los trabajadores a fin de que asuman las directrices al respecto¹³. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH ha sostenido que cuando el trabajador no es advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones puedan ser objeto de seguimiento por la empresa, se entiende que dicho trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por internet¹⁴. Luego la expectativa de intimidad en el uso de una herramienta informática sólo desaparece con la previa información que la empresa facilita al trabajador sobre la vigilancia que puede ejercer al respecto. En este sentido,

13 F. M. FERRANDO GARCÍA, «Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías», *RTSS. CEF*, n.º 399, 2016, pp. 43 y 44.

14 SSTEDH de 25 de junio de 1997, asunto *Halford c. Reino Unido*, y de 3 de abril de 2007, caso *Copland c. Reino Unido*.

las SSTS de 26 de septiembre de 2007¹⁵ y de 8 de marzo de 2011¹⁶ defienden que el trabajador no tiene derecho al uso personal de los medios que la empresa pone a su disposición, si bien en todo caso el control debe hacerse con garantías que parten de la previa información a los trabajadores al respecto y unas reglas de uso que han de ser conocidas por los empleados.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de octubre de 2011¹⁷ procedió a una criticable flexibilización de este deber de informar. En este pronunciamiento se dejan de exigir estrictos protocolos de uso y de información al entender que bastaría una prohibición absoluta del uso de las herramientas informáticas para fines extralaborales para entender inoperativa la expectativa de confidencialidad. Esto es, el Alto Tribunal considera que la prohibición del uso personal de las herramientas informáticas puede interpretarse como una suerte de advertencia «implícita» sobre la instalación de sistemas de control, sin que quepa invocar lesión alguna del derecho a la intimidad del trabajador cuya actividad es fiscalizada.

Reforzando esta admisión de la información implícita, la STC 170/2013, de 7 de octubre, también estima suficiente la prohibición de una determinada conducta para que el empresario pueda controlar la actuación de los trabajadores sin necesidad de tener que facilitarles ninguna información adicional a los mismos acerca de los posibles medios de control a utilizar para comprobar el uso exclusivamente laboral del correo. En concreto, la información previa al trabajador se entiende salvada en dicha sentencia cuando el convenio colectivo cataloga como falta leve el empleo de los instrumentos para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral. El Tribunal Constitucional estimó implícita en dicha cláusula la posibilidad de implantar sistemas de control, desapareciendo para el trabajador cualquier expectativa de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa. En palabras del máximo intérprete de la Constitución,

«la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe».

15 ECLI: ES:TS:2007:6128

16 ECLI: ES:TS:2011:1323

17 ECLI: ES:TS:2011:8876

Según se colige, la información aparece comúnmente adjetivada como implícita, en una clara voluntad de relativizar la obligación del empleador al respecto. Esto hace recaer en el trabajador una suerte de responsabilidad o diligencia para determinar cuándo cabe esperar que el empresario puede proceder a fiscalizar el uso de los dispositivos informáticos, aun cuando no haya sido informado expresamente de este extremo sino sólo de la prohibición de un uso extralaboral. De esta manera, la información sobre el alcance y naturaleza de la vigilancia empresarial deja de ser exigida de forma expresa, escondiéndose la flexibilización del deber de información en la admisión de un conocimiento del control por deducción o implícitamente de cláusulas convencionales y directrices internas. No resulta extraño, así, que se haya denunciado que

«el Tribunal Constitucional y el Supremo hacen perdurar una concepción liberal-propietaria y contractual netamente favorable a la razón de la empresa, blindándole un principio de autoridad digital, por lo tanto de sujeción tecnológica del trabajador, que contrasta vivamente con un modelo más democrático de relaciones laborales que, sin embargo, solemnemente dice promover»¹⁸.

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha vuelto a mantener esta doctrina. En el asunto que resuelve la STS de 8 de febrero de 2018¹⁹, el conflicto surge cuando una empresa acuerda el examen del ordenador utilizado por el trabajador demandante una vez que otro trabajador encontrara casualmente en la fotocopidora situada en un lugar de acceso libre a todos los trabajadores fotocopias de las transferencias bancarias efectuadas por un proveedor de la empresa en favor del trabajador demandante, que fue despedido. A criterio del Alto Tribunal, el juicio de proporcionalidad queda superado en la medida en que la empresa examinó el contenido de ciertos emails de la cuenta de correo corporativo del trabajador, pero no de modo genérico e indiscriminado, sino tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar qué correos examinar, utilizando para ello palabras clave y atendiendo a la proximidad con la fecha de las transferencias bancarias.

Ahora bien, el aspecto más controvertido del pronunciamiento judicial tiene lugar, a mi parecer, en la valoración de la información debida al trabajador. El Tribunal Supremo tiene en cuenta, en primer lugar, que en la empresa existía una concreta normativa empresarial de los sistemas de información y de política de seguridad de la información del Grupo Inditex, que limitaba el uso de los ordenadores a fines

18 C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*

19 ECLI: ES:TS:2018:594

exclusivamente laborales, prohibiendo su utilización para cuestiones personales. En segundo lugar, toma en consideración que los empleados, cada vez que accedían con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a dicho acceso, debían aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información del Grupo Inditex. A partir de la existencia de la normativa empresarial prohibiendo el uso de los ordenadores de la empresa para fines personales, la sentencia determina la ausencia de expectativa razonable de intimidad. En concreto, argumenta que

«si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo».

De nuevo, la jurisprudencia ratifica –a mi entender, erróneamente– la validez de la prohibición del uso extralaboral de los dispositivos informáticos como equivalente a la información sobre el recurso a métodos de vigilancia empresarial. Desde estas líneas, quien escribe no está negando la validez que las disposiciones prohibitivas tienen en el plano disciplinario, al permitir imponer sanciones al trabajador que las vulnera, sino que lo que pone en cuestión es la tesis de nuestra jurisprudencia por la que dichas prohibiciones pueden entenderse sustitutivas de la información previa del control empresarial.

El que esta última STS de 8 de febrero de 2018 decida valerse de la misma interpretación contenida en las ya citadas STS de 6 de octubre de 2011 y STC de 7 de octubre de 2013, no tendría nada de particular si no fuera porque entre aquella y éstas el TEDH dicta la Sentencia *Bărbulescu II* que tiene, como se verá seguidamente, un significativo impacto en la tensión latente entre el derecho a la intimidad del trabajador y el poder de control empresarial. El Tribunal Supremo en dicho pronunciamiento parece no darle toda la relevancia que tiene el dictado por la Gran Sala del TEDH apenas cinco meses antes y, con ello, hace oídos sordos al imperativo del canon hermenéutico que articula el art. 10.2 CE. La Sentencia *Bărbulescu II*, en el terreno de la información previa al trabajador, no puede ser más clara. Señala que aun cuando las instrucciones empresariales relativas al respeto a la vida social privada en el trabajo sean restrictivas, no pueden reducirlo a cero. Luego las instrucciones de una empresa sobre el uso de los dispositivos informáticos no deben anular el ejercicio de la privacidad social en el puesto de trabajo, de forma que el trabajador ha de recibir información con antelación al

control empresarial del alcance y la naturaleza de la supervisión o de la posibilidad de acceder al contenido de sus comunicaciones.

De ahí que censure el proceder de los tribunales rumanos cuando entendieron que, dado que el trabajador conocía el contenido y firmó un ejemplar del reglamento interno, quedaba reducida de manera significativa la probabilidad de que pudiese esperar que el carácter privado de sus comunicaciones fuese respetado, al entenderse implícita la posible implantación de mecanismos de vigilancia. La Sentencia del TEDH termina por concluir que la empresa no había cumplido con la debida información previa acerca de la extensión y naturaleza de la vigilancia operada y, con ello, de la posibilidad de acceder al contenido mismo de las conversaciones. En concreto, se insiste en que, para poder ser considerada como previa, la información debe ser proporcionada antes del comienzo de la actividad de vigilancia, máxime cuando las medidas de control implican el acceso al contenido de las comunicaciones de los trabajadores.

A la vista de la jurisprudencia Bărbulescu, tanto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional deberían reajustar sus posicionamientos al respecto y exigir, como hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la explicitud de la información sobre el control empresarial y no dar por implícito o deducible el cumplimiento de este deber en prohibiciones genéricas del uso de los dispositivos tecnológicos para fines ajenos a los propiamente laborales.

En lo que puede considerarse un despropósito, la anteriormente citada STS de 8 de febrero de 2018, tras exponer muy someramente las consideraciones del Tribunal de Estrasburgo en la Sentencia Bărbulescu II, sostiene que «nada sustancial añaden a la doctrina tradicional de esta propia Sala». Y es entonces cuando el propio Tribunal Supremo hace una autovaloración –en positivo, claro– del grado de coincidencia entre los criterios dados en Bărbulescu II y la jurisprudencia española más arriba indicada. Pero lo cierto es que, como se acaba de evidenciar, el contraste entre la jurisprudencia ordinaria y constitucional española y la jurisprudencia Bărbulescu no puede ser más notorio. El TEDH exige una información clara, expresa, sobre la naturaleza y alcance del control empresarial, llegando a incardinar este deber de información en los parámetros de valoración de la legalidad de los medios de vigilancia que utilice el empleador, como se analizará en el siguiente epígrafe.

1.3. El test Bărbulescu: parámetros en la valoración de las técnicas de control

El TEDH en la Sentencia Bărbulescu II asienta una serie de principios básicos a la luz de los cuales valora el caso. Recientemente, la STS de 8 de febrero de 2018

ha mantenido que tales principios son reconducibles a las tres sucesivas máximas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que componen el juicio de proporcionalidad. No obstante, y como podrá advertirse seguidamente, parece que el Tribunal de Estrasburgo aporta algo más que un desglose pormenorizado del triple test de proporcionalidad²⁰. El denominado ya por muchos test Bărbulescu incluye los siguientes criterios:

- Claridad y antelación de la información: aunque en la práctica la información puede ser comunicada al personal de diversas maneras, según las especificidades fácticas de cada caso, el Tribunal considera que, para que las medidas puedan ser consideradas conformes a los requisitos del art. 8 CEDH, la advertencia debe ser clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y previa al establecimiento de la misma. Los trabajadores deben saber qué datos recoge el empresario sobre ellos y cuáles son los fines de las operaciones de tratamiento previstas o realizadas con estos datos en la actualidad o en el futuro.
- Límites temporales y espaciales de la vigilancia: no supone la misma injerencia el control del flujo de comunicaciones, que el del contenido; al igual que se debería tener en cuenta el número de personas que han tenido acceso a los resultados de la actividad de vigilancia, si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitada en el tiempo. Por razones obvias, la duración del control empresarial no puede alargarse innecesariamente ni resultar indefinida.
- Justificación de la vigilancia: en esta justificación, el empleador debe presentar argumentos legítimos. Ahora bien, dado que el control del contenido de las comunicaciones es por su propia naturaleza un método más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas.
- Elección del método de control menos intrusivo: es necesario evaluar, en función de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que este tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado. Los datos personales recabados deben ser pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente. Así,

20 También es ésta la opinión de J. L. GOÑI SEIN, «La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional», *Trabajo y Derecho*, n.º 40, 2018.

a título ilustrativo, conviene emplear medios que rehúyan del contenido del correo prefiriéndose el control de elementos circunstanciales como el destinatario del mensaje o su asunto, así como el número y frecuencia de mensajes enviados²¹. La vigilancia en relación con la mensajería electrónica sigue los mismos parámetros que los generalmente aceptados en cuanto a la navegación por internet y su control con el objeto de verificar posibles consultas de páginas para fines particulares. Así, los sistemas de control existentes hoy día en relación con las visitas a páginas web suelen concretarse en programas de monitorización que permiten saber en tiempo real las páginas visitadas, la duración de la conexión y la frecuencia de las visitas; cortafuegos que impiden el acceso a determinadas páginas; así como *sniffers* que, instalados en el servidor, alertan sobre lo que el trabajador realiza en la jornada laboral²².

También en este ámbito, la máxima de la proporcionalidad exige que se opte por un control indirecto atinente a la frecuencia y tiempo de conexión a sitios web no autorizados por ajenos a los intereses profesionales, si es que resulta suficiente para el fin pretendido, antes que el control del contenido de las páginas visitadas²³. Asimismo, es aconsejable la adopción de medidas precautorias como son la instalación de advertencias automáticas o de filtros que impidan visitar las páginas no autorizadas.

- Las consecuencias del control: conviene atender al modo en que el empresario utiliza los resultados de las medidas de vigilancia, especialmente si dichos resultados han sido empleados para lograr el objetivo declarado del control empresarial.
- Garantías: debe ofrecerse al trabajador garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de control empresarial tienen carácter intrusivo. En concreto, estas garantías deben impedir que el empleador acceda al contenido de las comunicaciones sin que el empleado hubiera sido previamente notificado al respecto.

En la aplicación de tales prerrogativas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constata una serie de omisiones coincidentes tanto en los pronunciamientos

21 J. THIBAUT ARANDA, *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

22 S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 86.

23 A. ROIG, *Derechos Fundamentales y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones*, Bosch, 2011, pp. 22-24.

dictados por los tribunales rumanos como en la Sentencia Bărbulescu I. Así, según criterio de la Gran Sala, los órganos judiciales nacionales no concretaron el fin perseguido por el empleador capaz de justificar una vigilancia tan estricta consistente en acceder al contenido de las comunicaciones, al igual que tampoco se pronunciaron sobre la posibilidad de que el fin perseguido hubiese podido alcanzarse con medidas menos intrusivas. Se detecta igualmente la falta de valoración de la gravedad de las consecuencias del control, en tanto en cuanto la sanción disciplinaria recaída sobre el trabajador era la más severa, el despido, al tiempo que se echa en falta la determinación del momento exacto del procedimiento disciplinario en el que el empresario accedió al contenido de las comunicaciones, lo que resulta incompatible con el principio de transparencia. La Sentencia analizada estima, en definitiva, que se había llevado a cabo una evaluación más formal o más teórica que práctica. En resumen, no se había logrado determinar las razones concretas que habrían justificado las medidas de vigilancia, si el empresario habría podido recurrir a medidas menos intrusivas y si el acceso al contenido de las comunicaciones habría sido posible sin su conocimiento. De lo que se concluye que las autoridades internas no protegieron adecuadamente el derecho a la vida privada y correspondencia, sin atender al justo equilibrio de los intereses en juego y conculcando así el art. 8 CEDH.

1.4. La perversión del lenguaje: la STEDH de 22 de febrero de 2018, asunto Libert c. Francia

Más recientemente, y también en el ámbito de las herramientas informáticas, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un asunto en el que un trabajador de la empresa SNCF resultó despedido tras descubrirse, en su ausencia²⁴, en el disco duro de su ordenador certificados de cambios de residencia redactados con el encabezamiento de la brigada SUGE de Lille y en beneficio de terceros, así como numerosos archivos con imágenes y películas de carácter pornográfico. En concreto,

24 Téngase en cuenta que el control en ausencia del trabajador afectado no determina la ilegalidad del mismo. Como recientemente ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en la Sentencia 119/2018, de 8 de febrero (ECLI: ES:TS:2018:594), la utilización del ordenador en la empresa –aunque está personalizada– queda dentro del ámbito de poder de vigilancia del empresario y por ello el ejercicio de las correspondientes facultades de control se ampara en el art. 20 ET y no tiene las limitaciones que corresponden a la función de «policía privada» que consiente el art. 18 ET, que es un régimen excepcional referido a la esfera privada del trabajador [taquilla y efectos personales], de forma que «aunque pueda resultar conveniente la presencia garantista de terceros –Notario, RLT, otro trabajador y el propio interesado–, sin embargo su ausencia en absoluto condiciona la validez del acto de control».

estas fotos y videos pornográficos fueron encontrados en un fichero denominado «risas», almacenado en un disco duro bajo el nombre «D:/datos personales». Fue la persona que sustituyó a aquel trabajador durante la suspensión de sus funciones quien encontró en el ordenador tales archivos, poniéndolo en conocimiento de sus superiores.

El trabajador entiende vulnerado su derecho a la intimidad alegando que completó el nombre que por defecto incorporaba la unidad D, «D:/datos», con el adjetivo «personales» y que el propio título del fichero «risas» no dejaba lugar a dudas en cuanto al carácter extralaboral del mismo.

Tras admitir que se asiste a una injerencia en el derecho a la intimidad, el Tribunal considera sin embargo que responde a un fin legítimo, en concreto, garantizar la protección de los «derechos de otros». De manera que el empleador puede legítimamente querer asegurarse de que sus empleados utilizan los equipos informáticos puestos a su disposición para el desempeño de sus funciones, conforme a sus obligaciones contractuales y a la normativa aplicable. Se trata, pues, de un legítimo interés en asegurar el buen funcionamiento de su empresa, aplicando medidas que le permitan verificar que los empleados cumplen con sus deberes profesionales de manera adecuada y con la celeridad requerida. Sin embargo, y teniendo en cuenta que el trabajador llevaba más de un año fuera de la empresa –recuérdese que el control de los archivos informáticos se practicó en su ausencia–, es difícilmente sostenible la tesis mantenida por la Sentencia de que el empresario trataba de controlar la ejecución del trabajo. Si no había ejecución del trabajo, difícilmente el fin de la vigilancia empresarial residía en aquélla, sino más bien en un insano cuando no morboso interés en indagar en la esfera privada del trabajador.

Coincidiendo con la posición mantenida por los jueces nacionales franceses, el TEDH censura que el trabajador dedicase íntegramente el disco duro, que servía tradicionalmente al almacenamiento de datos profesionales, para un uso estrictamente personal. Asimismo coincide con que el término genérico de «datos personales» podía referirse a los expedientes profesionales gestionados personalmente por el trabajador sin designar de manera explícita los elementos relativos a su vida privada, al tiempo que sostiene que el término «risas» no dotaría al fichero así denominado de un carácter necesariamente personal, en tanto en cuanto, argumenta el Tribunal como lo hace la jurisdicción francesa, tal denominación podía referirse a intercambios entre compañeros de trabajo o documentos de trabajo conservados a modo de «tonterías» por el empleado.

Por otra parte, y aquí radica a mi parecer la cuestión más controvertida del pronunciamiento, al utilizar el trabajador el término «personales» en vez de «privados»,

se valió del mismo término que se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal de casación francés, según la cual, el empleador, en principio no puede abrir los archivos identificados por el empleado como «personales». Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo toma en consideración que el manual del usuario para la utilización de los sistemas informáticos de la SNCF indica específicamente que las informaciones de carácter privado deben estar claramente identificadas como tales –opción «privado» en los criterios de Outlook–, lo que resulta extensible a los receptores de estas informaciones –repertorio «privado»–.

En definitiva, la consulta de los archivos del trabajador no supuso, a criterio del TEDH, violación del derecho al respeto de su vida privada, dado que no habían sido debidamente identificados como de carácter privado. Así de simple, o más bien, así de simplista. Imagino que a lo largo de todo el procedimiento el trabajador no estaría seguro de la solución que finalmente alcanzaría el Tribunal, pero con lo que sin duda no contaba es con que el uso del lenguaje le iba a jugar una mala pasada. Ni él ni apuesto que muchos otros entre los que yo misma me incluyo. A partir del caso *Libert c. Francia*, los trabajadores habrán de ser cautelosos a la hora de elegir el término con el que se designan los archivos almacenados en el ordenador, sabiendo que se llega a condicionar a aquél la legalidad misma del control empresarial. Valiéndome del principio de irrelevancia del *nomen iuris* y su expresión ya clásica por la que «los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son», me atrevería a señalar que esta sentencia del TEDH avalaría la extensión de dicho postulado al terreno en el que ahora nos encontramos, en el sentido de que los ficheros informáticos son lo que [las directrices internas de la empresa dicen que] son y no lo que su titular dice que son.

Como medio que el empresario pone a disposición del trabajador, la utilización de los dispositivos informáticos debe someterse a las instrucciones recibidas al respecto, lo que no puede llevar a pensar que el silencio empresarial implique un permiso para toda suerte de uso desviado, pues ello supondría una transgresión de la buena fe contractual –art. 5.a. ET–. Y ya se sabe la importancia de la buena fe en el ámbito laboral. Como el propio TEDH ha remarcado, «para prosperar, las relaciones laborales deben basarse en la confianza entre las personas»²⁵. Ahora bien, cosa distinta es mantener una concepción excesivamente rigorista de estas instrucciones empresariales capaz de conducir a un –interesado– uso perverso del lenguaje.

25 Sentencia de 12 de septiembre de 2011, asunto *Palomo Sánchez y otros c. España*.

III. SISTEMA DE VIDEOVIGILANCIA Y EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD: UNA PAREJA NO SIEMPRE BIEN AVENIDA

1. La instalación de cámaras visibles y cámaras ocultas: la STEDH de 9 de enero de 2018, asunto López Ribalda y otros c. España

1.1. Supuesto de hecho y controversia jurídica

Este asunto parte de la implantación de un sistema de videovigilancia en un supermercado debido a las sospechas del empleador tras detectar ciertas irregularidades entre los niveles de stock y lo que realmente se vendía a diario. El sistema que decidió instalar incluyó cámaras visibles y ocultas. Mientras que el objetivo de las cámaras visibles era el de registrar posibles robos por parte de clientes, y apuntaban hacia las entradas y salidas del supermercado, el fin de las cámaras ocultas era el de controlar posibles robos por parte de empleados, apuntando mediante un zoom a los mostradores de salida, que cubrían la zona de detrás de las cajas registradoras. La empresa avisó a sus empleados sobre la instalación de las cámaras visibles, si bien ni ellos ni el comité de empresa fueron informados de la existencia de cámaras ocultas.

Convocadas a reuniones individuales, las trabajadoras demandantes admitieron estar involucradas en los robos, tras lo cual resultaron despedidas. De conformidad con sus cartas de despido, las cámaras les habían sorprendido escaneando artículos de las cestas de compra de clientes y compañeros, y después, cancelando las compras. Igualmente, habían sido grabadas permitiendo a clientes y compañeros salir de la tienda con productos que no habían sido abonados. Las trabajadoras argumentaron que la videovigilancia encubierta ordenada por su empleador sin haberles informado previamente violaba su derecho a la intimidad. Los tribunales nacionales españoles concluyeron, sin embargo, la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empleador con el objetivo legítimo de proteger sus propios intereses en la protección de sus derechos de propiedad.

El TEDH, en la sentencia ahora analizada, asevera que la videovigilancia encubierta de un empleado en su puesto de trabajo debe ser interpretada como una considerable intrusión en su vida privada. Y ello porque implica la documentación grabada y reproducible de la conducta de una persona en su lugar de trabajo, que al estar obligado por contrato a realizar el trabajo en ese lugar, no puede evadir. Asimismo, se advierte que los datos visuales obtenidos implicaban el almacenaje y tratamiento de datos personales, lo cual está estrechamente vinculado al ámbito personal privado. Esto significa que el material fue procesado y examinado por varias personas que trabajaban para el empleador con anterioridad a que las propias demandantes fueran informadas sobre la existencia de las grabaciones. De

nuevo nos encontramos ante la problemática de la debida información previa al trabajador.

1.2. La problemática de la información previa de la instalación de videocámaras y su uso como medios de control laboral

El previo conocimiento de la instalación de cámaras de videovigilancia y su finalidad de control empresarial constituye un requisito imprescindible en la determinación de la validez de dicho control. Y al igual que se ha advertido líneas arriba en relación con el control de dispositivos informáticos, tampoco en el ámbito de las cámaras de videovigilancia el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han mantenido una línea de continuidad en sus posicionamientos. Así, la STC 29/2013, de 11 de febrero, aseveró que los anuncios o carteles indicadores de los dispositivos de vigilancia no resultaban suficientes a efectos de entender cumplido el requisito de la información previa al trabajador del fin del control empresarial. En concreto, la sentencia concluyó que sólo cabe el uso empresarial de la información obtenida por estos medios para los fines que se hubieran comunicado al trabajador de forma expresa, de modo que la instalación de cámaras con el fin de prevenir delitos así comunicada al trabajador no podría servir para invocar la justificación de un despido disciplinario a raíz de las imágenes obtenidas. Este pronunciamiento es de gran relevancia puesto que supuso el primero en valorar la controversia a la luz de los principios de la protección de datos, atendiendo al denominado derecho a la autotutela informativa y dejando al margen el de intimidad, a pesar de que era este último el que había sido invocado por el propio recurrente²⁶. En concreto, en el marco del art. 18.4 CE²⁷, y no en el del art. 18.1 CE, el Tribunal Constitucional determinó la ilegalidad de unas grabaciones empleadas para fines distintos a los previstos con su implantación, incumpléndose así el deber de información del art. 5.1 LOPD.

La falta de información previa sobre la finalidad del control de la actividad laboral también fundamentó la nulidad de la prueba pretendida en el caso que dio lugar

26 Se trata de un derecho que concede a su titular la facultad de decidir sobre la revelación y el uso de los datos personales, en todas las fases de elaboración y utilización de los mismos, es decir, su acumulación, su transmisión, su modificación y cancelación. F. DE VICENTE PACHÉS, «Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo», *Tribuna Social*, n.º 57, 2004, p. 30.

27 El precepto dispone que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, siendo después del portugués uno de los primeros textos constitucionales en reconocer dicha premisa.

a la STS de 13 de mayo de 2014²⁸, relativa a la utilización de cámaras de videovigilancia para sancionar a una trabajadora por el incumplimiento de sus obligaciones laborales. Se trataba, en concreto, de la utilización no consentida ni previamente informada de las grabaciones de imagen para un fin desconocido por la trabajadora afectada y distinto del expresamente señalado por la empresa –prevención de hurtos por clientes y no para el control de la actividad laboral–. En esta sentencia se insiste en la información previa como necesario requisito de la legitimidad del control y se sostiene que el trabajador debe conocer no sólo que está siendo grabado, sino también que dicha grabación puede ser utilizada a efectos disciplinarios.

La STC 39/2016, de 3 de marzo, supuso un punto de inflexión al dar una vuelta de tuerca a la problemática de la información previa. El asunto sobre el que se pronuncia se refería a una empresa del grupo Inditex en la que, al haberse advertido sustanciales descuadres en su contabilidad, se decide instalar un dispositivo de grabación en el espacio en el que se ubicaba la caja registradora. Lo controvertido de la cuestión radicaba en que la cámara se instaló sin previa comunicación a los trabajadores, si bien en el escaparate del establecimiento se colocó un distintivo informativo. Las cámaras de videovigilancia instaladas en la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo captaron su imagen apropiándose de dinero y realizando, para ocultar dicha apropiación, operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas. Ante estos hechos la trabajadora fue despedida. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional abandona la argumentación jurídica de la ya referida Sentencia 29/2013, de 11 de febrero, y entiende que el distintivo informativo situado en el escaparate del comercio es suficiente para que se entienda que los trabajadores tienen conocimiento de las técnicas de control, sin que se haya de informar sobre la finalidad exacta asignada a dicho control. En concreto, argumenta que

«la empresa colocó el correspondiente distintivo en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo, por lo que ésta podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas. Se ha cumplido en este caso con la obligación de información previa pues basta a estos efectos con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la instrucción 1/2006».

También en la STS de 7 de julio de 2016²⁹ se mantiene esta flexibilización del deber de informar que, no se olvide, forma parte del contenido esencial del derecho

28 ECLI: ES:TS:2014:2618

29 ECLI: ES:TS:2016:4070

a la protección de datos. En concreto, se valora el supuesto en el que una trabajadora introduce alimentos en la zona de almacén para consumirlos en el mismo lugar sin abonar su importe. Y lo hace a sabiendas de que las cámaras de vigilancia existen en ése y en otros lugares del establecimiento salvo en aseos, vestuario y oficina. Las cámaras estaban situadas también en una zona restringida al público, llamada de «reserva», a la que exclusivamente podían acudir trabajadores del establecimiento. No solamente lo sabe por ser de común conocimiento para los empleados sino también por existir carteles indicadores. Es concedora de que en el lugar en que se encuentra, zona de almacén dedicada a la compactación, no es un área de privacidad como lo son vestuarios y aseos. Según argumenta el Alto Tribunal, la presencia de las cámaras en la mayor parte del centro de trabajo sugiere una finalidad protectora del patrimonio empresarial y la grabación de conductas que atenten contra esa finalidad, al tiempo que las múltiples pérdidas últimamente sufridas convertía a todas las personas del recinto en sujetos de sospecha y esa era la razón de ser de las cámaras. Así, en un momento dado, permiten localizar la conducta irregular de dos trabajadoras, la demandante y la cajera principal. Semejante entorno específico, según criterio del Alto Tribunal, excluye el factor sorpresa y muestra claramente la situación de riesgo asumido por la demandante y por cualquier otro responsable de conductas análogas, llegando a afirmar que «el empleo de las cámaras cuando ya se había creado una situación de desconfianza generalizada mostraba a las claras una voluntad de solventar el estado de cosas creado».

En el mismo sentido, la STS de 31 de enero de 2017³⁰ determina la legalidad de la videovigilancia por razones de seguridad de la que se vale la empresa en la justificación del despido disciplinario de un trabajador al que se descubre merced a las imágenes obtenidas manipulando los tickets de venta y hurtando diferentes cantidades. Aunque dicho trabajador conocía la existencia de esas cámaras por notoriedad, no había sido informado del destino que pudiese darse a las imágenes o que pudieran ser utilizadas en su contra. Sin embargo, el Tribunal Supremo concluyó que la obligación de informar previamente del dispositivo instalado quedaba cumplida con la colocación del correspondiente distintivo avisando de su existencia.

Por citar otro controvertido ejemplo, inserto en la misma línea jurisprudencial de las sentencias referidas líneas arriba, la STS de 2 de febrero de 2017³¹ avaló la legalidad del control de un gimnasio aun cuando la autorización de la instalación de las cámaras no contemplaba ni su uso como medio de control del cumplimiento

30 ECLI: ES:TS:2017:654

31 ECLI: ES:TS:2017:817

laboral ni su utilización disciplinaria respecto de los trabajadores. Y es que para el Tribunal Supremo el que los trabajadores y los representantes no hubiesen sido informados al respecto no parece suponer óbice alguno. Es más, en esta sentencia se llega a sostener que «el público conocimiento de la colocación de cámaras aleja la idea de adopción sorpresiva de la conducta y del mantenimiento de una actitud tolerante de la empresa», precisando que

«en cuanto al caso concreto del demandante, las quejas emitidas por sus compañeros acerca de otras conductas y el incumplimiento de otras obligaciones laborales le hacían acreedor a una mayor atención respecto del conjunto de sus deberes como trabajador de suerte que en lo que a su actitud personal concierne la proyección disciplinaria del medio empleado para la averiguación de sus infracciones no puede considerarse un exceso de las facultades que a su empleador confiere el artículo 5.c) del Estatuto de los Trabajadores».

En definitiva, según el Alto Tribunal, la ausencia de información expresa sobre el control empresarial a través de los mecanismos de videovigilancia implantados no tiene por qué suponer la afectación sorpresiva del trabajador y la indefensión que de ella pudiera derivar. En concreto, argumenta que el hecho de que a la instalación de las cámaras hubiese precedido un despido disciplinario de un entrenador personal por idéntica causa a la que se le imputaba en su carta de despido y siendo conocida dicha instalación por todo el personal, incluido el interesado, permite afirmar que la presencia de las cámaras, situadas no solo en la entrada sino en todos los espacios públicos del local, salvo en vestuarios y aseos, estaban destinadas al control de toda irregularidad y concretamente en la entrada, lo que termina por excluir, según la sentencia, la desprevención del trabajador. Y ello –y de ahí lo cuestionable del razonamiento esgrimido– a pesar de que el trabajador en ningún momento tuvo acceso, mediante la debida información, del fin de la colocación de las cámaras. Esta corriente jurisprudencial parece exigir al trabajador una actividad de deducción a partir de determinados parámetros que son tan variables como su empleo en las distintas sentencias: número de cámaras, ubicación de las mismas, medidas disciplinarias previas contra otros trabajadores, etc. Frente a la seguridad de la información previa, expresa y clara, se impone la inseguridad de la actividad deductiva del trabajador.

Esta corriente jurisprudencial, que nace en la ya aludida STC 29/2013, de 11 de febrero, confirma el tránsito –involutivo– de una tesis más garantista con los derechos de los trabajadores a otra destinada a asegurar el interés empresarial³². El

32 F. M. FERRANDO GARCÍA, *op. cit.*, p. 45.

punto de partida es, a mi parecer, equívoco, pues se coloca al mismo nivel el derecho fundamental a la protección de datos y el poder de control empresarial del art. 20.3 ET, cuando no se hace primar éste sobre aquél, junto al reforzamiento de los planteamientos de defensa de la propiedad empresarial, algo que estamos viendo en los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en España y que, sin embargo, choca con la doctrina contenida en los más recientes del Tribunal de Estrasburgo, que viene exigiendo la información previa, clara y expresa del control empresarial al trabajador como ya hizo en la Sentencia *Bărbulescu II* y ahora insiste en el asunto *López Ribalda*.

Al analizar la normativa española, la STEDH en este asunto destaca que la ley en vigor en el momento de los hechos contenía disposiciones específicas sobre la protección de datos personales. En concreto, de conformidad con el art. 5 LOPD, las demandantes tenían derecho a ser previamente informadas «de modo expreso, preciso e inequívoco» de la «existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de estos y de los destinatarios de la información; del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante». En este sentido, el art. 3 de la Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos también especifica que esta obligación se aplicaba además a cualquiera que utilizase sistemas de videovigilancia, en cuyo caso, estos estarían obligados a colocar en las zonas vigiladas un distintivo informativo y a tener a disposición de los interesados impresos detallando la información prevista en el art. 5 LOPD.

Tomando en consideración esta regulación, el Tribunal de Estrasburgo afirma que la legislación en vigor en el momento en que se produjeron los hechos del caso establecía claramente que aquellos que recabaran datos debían informar a los interesados de la existencia de medios para la recolección y tratamiento de sus datos personales. De ahí que termine apreciando que las demandantes tenían unas expectativas razonables de privacidad.

Entre los motivos de censura jurídica, el Tribunal declara que, al amparo de la normativa de protección de datos personales española³³, las demandantes deberían

33 El ordenamiento jurídico español no contiene disposición alguna sobre la utilización de cámaras ocultas en el lugar de trabajo sin que los trabajadores sean informados al respecto. Ahora bien, en el art. 22.5 del Proyecto de LOPD se ha incluido una controvertida previsión. Tras declarar

haber sido informadas de que eran vigiladas, es decir, el empleador no había cumplido con la obligación *ex art. 5 LOPD*, en concreto, la obligación de informar a los interesados previamente y de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia de un sistema de recolección de datos personales, así como de las características especiales del mismo, de modo que los empleados no fueron informados acerca de la instalación de videovigilancia encubierta que apuntaba hacia las cajas, o de sus derechos al amparo de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

La información respecto del sistema de videovigilancia visible no puede suplir la falta de información en relación con el oculto y ello porque los fines, al menos aparentemente, eran distintos. No puede ser considerado casual el hecho de que las cámaras visibles apuntaban hacia los clientes, mientras que las cámaras ocultas enfocaban a los empleados, seguramente para que éstos pensaran que no estaban siendo vigilados específicamente, más allá del registro general que llevaban a cabo las cámaras visibles.

En fin, como se advierte, el control empresarial mediante técnicas de videovigilancia resulta especialmente problemático, y la valoración de su validez se complica aún más cuando, como en el presente caso, algunas de las cámaras instaladas por el empleador son encubiertas. El debate que genera la vigilancia de los trabajadores sin que ellos sepan que están siendo grabados es un debate muy vivo y parece que sigue abierto, en tanto en cuanto la sentencia en el asunto *López Ribalda* ha sido recurrida por el Abogado del Estado para que sea conocido por la Gran Sala, como ya sucedió en el caso *Bărbulescu*.

Quizá el pronunciamiento peca de ser corto en miras, en el sentido de que no entra a valorar, como sí hizo en el asunto *Köpke c. Alemania*³⁴, las perspectivas de éxito en descubrir el robo o la necesidad de identificar qué cajeras participaban en los robos y cuáles no. El TEDH se limita nada más –pero nada menos– a valorar el incumplimiento de la normativa de protección de datos personales en base a la ausencia de información.

la obligación de informar a los trabajadores de la instalación de cámaras, cuya instalación debe realizarse dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo, dispone que «en el supuesto de que las imágenes hayan captado la comisión flagrante de un acto delictivo, la ausencia de la información a la que se refiere el apartado anterior no privará de valor probatorio a las imágenes, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de dicha ausencia». Esto vendría a avalar la posibilidad de instalar cámaras ocultas sin previa información cuando se sospeche de la comisión de actos delictivos, por lo que iría en contra de la jurisprudencia de Estrasburgo analizada en estas páginas.

34 DTEDH de 5 de octubre de 2010.

1.3. Parámetros en la valoración de la legalidad de la captación y almacenamiento de datos: especial referencia a la ubicación de las videocámaras

Dado que la decisión empresarial de adoptar medidas de vigilancia se basó en una sospecha generalizada contra todo el personal, con base a las irregularidades informadas por el encargado del negocio, la sentencia analizada argumenta que la videovigilancia encubierta en el caso concreto no estaba dirigida a las demandantes específicamente, sino a la totalidad del personal que trabajaba en las cajas, con una duración de semanas, sin límite de tiempo y durante todo el horario laboral. Conviene recordar que los requisitos de adecuación, pertinencia y prohibición de exceso operan como límites a la captación y almacenamiento de los datos³⁵. En concreto, las cámaras han de ser el único medio al que el empresario puede acudir para lograr la vigilancia de su empresa por no disponer de otro instrumento menos restrictivo de los derechos fundamentales en la búsqueda de este objetivo. A este respecto, la simple grabación de imágenes, sin sonido, resulta menos gravosa para el derecho a la intimidad que la captación simultánea de imágenes y sonido, pues puede afectar al contenido de conversaciones ajenas al trabajo que los empleados pueden tener lícitamente y que el empresario no tiene por qué conocer. De este modo, dichas técnicas sólo son admisibles cuando resulten indispensables para el buen funcionamiento de la empresa y no exista otro mecanismo menos invasivo³⁶. Además, es conveniente descartar la ubicación de cámaras por toda la empresa, debiéndose limitar la grabación exclusivamente a aquellos lugares en que sea estrictamente necesario, a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales y por el tiempo mínimo indispensable para satisfacer el interés legítimo del empresario.

Según se colige, la problemática que incorpora el control empresarial a través de cámaras de videovigilancia debe abordarse, en egregio paradigma de la circunstancialidad propia de esta materia, a través de la valoración de muy diversos parámetros, tales como la duración, la finalidad o la misma ubicación de las cámaras. Precisamente este último aspecto no es acreedor de controversia jurídica en el caso *López Ribalda* como sí lo ha sido en muchos otros pronunciamientos. A título ilustrativo, nuestra jurisprudencia constitucional³⁷ sostiene que la vigilancia en zonas de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta lesiva en

35 Véase A. GUDE FERNÁNDEZ, «La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter persona», *Revista de Derecho Político*, n.º 91, 2014, pp. 62 y 63.

36 R. POQUET CATALÁ, *El actual poder de dirección y control del empresario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 255.

37 STC 98/2000, de 10 de abril.

todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores –no así si se graba el acceso a dichos espacios–, sin más consideraciones, por resultar ajenas a la prestación laboral de servicios, sin perjuicio de que pueda lesionar otros derechos fundamentales como la libertad sindical si la instalación se produce en los locales de los delegados de personal o de las secciones sindicales. Pero ello no significa que dicha lesión no pueda producirse igualmente en aquellos espacios donde tiene lugar la actividad laboral, si la instalación de tales medios vulnera los derechos del trabajador por faltar a alguna de las garantías que asienta la jurisprudencia.

En este contexto de ubicación de las cámaras, resulta relevante la STEDH de 28 de noviembre de 2017, asunto *Antović y Mirković c. Montenegro*. En este caso, los dos recurrentes, profesores en la Facultad de Matemáticas de la Universidad de Montenegro, alegaron la vulneración de su derecho a la intimidad cuando se decidió instalar un sistema de videovigilancia en un auditorio en el que impartían clase. Los tribunales internos rechazaron su pretensión al considerar que el auditorio en cuestión constituía un lugar público y que, por tanto, la privacidad de los recurrentes nunca estuvo en entredicho. El TEDH da, sin embargo, la razón a éstos. Tras recordar que la noción de vida privada puede incluir actividades profesionales y afirmar, por tanto, la aplicabilidad del art. 8 CEDH, concluyó que la videovigilancia suponía una injerencia en el derecho a la intimidad cuya justificación no llegó a ser considerada en ningún momento por la jurisdicción nacional al desestimar desde el primer momento que la videovigilancia impugnada supusiera una intromisión en la vida privada de los profesores. A criterio del TEDH, los auditorios universitarios son lugares de trabajo donde los profesores no sólo enseñan sino también se relacionan con los estudiantes forjando su identidad social. Asimismo, tiene en cuenta que entre los fines alegados para la instalación de la videovigilancia, además de la seguridad de la propiedad y las personas, incluyendo los estudiantes, se aludía a la vigilancia de la enseñanza. Este último objetivo, el control de la enseñanza, no está contemplado legalmente como un motivo de videovigilancia.

Con carácter general, en nuestra jurisprudencia constitucional no existe una prohibición radical del uso de videocámaras en el trabajo, sino llamadas a la debida ponderación en su articulación³⁸. Así, en la STC 186/2000, de 10 de julio, se concluyó que la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que con-

38 J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS Y V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, «Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral en España», *Labour & Law Issues*, vol. 2, n.º 1, 2016, pp. 55-65.

trolaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada –ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo–, idónea para la finalidad pretendida por la empresa –verificar la comisión de las irregularidades sospechadas–, necesaria –ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades– y equilibrada –pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada–.

IV. CONCLUSIONES: EL NECESARIO REAJUSTE DE LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA Y CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL TEDH

Por más que el Tribunal Supremo trate de convencerse de lo contrario –ya se ha visto el alegato autocomplaciente de la STS de 8 de febrero de 2018– son evidentes las disconformidades entre nuestra jurisprudencia y la más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentalmente tras los criterios interpretativos que proporciona en la Sentencia *Bărbulescu II* y de los que se vuelve a valer para resolver el asunto *López Ribalda y otras c. España*.

Si hubiese que destacar una de las disonancias más notorias, no estaría de más referirse al requisito de la información previa al trabajador sobre el control empresarial. Y es que a este respecto se asiste a un fuerte contraste entre, de una parte, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que exige una información clara, expresa, sobre la naturaleza y alcance del control empresarial, llegando a incardinar este deber de información en los parámetros de valoración de la legalidad de los medios de vigilancia que utilice el empleador; y de otra parte, la jurisprudencia española, que desde hace años se reafirma en una línea argumentativa que coloca en igual posición los derechos fundamentales del trabajador y el poder de control empresarial del art. 20.3 ET, cuando no hace primar éste sobre aquéllos.

Así, a la luz de la doctrina asentada en las más recientes sentencias del TEDH en la materia, la simple prohibición del uso de los dispositivos informáticos para fines extralaborales no puede suponer una eliminación de la expectativa de privacidad del trabajador, como en cambio viene sosteniendo desde hace años el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, al igual que tampoco cabría entender inexistente dicha expectativa en los casos en que se coloca sin más un distintivo informativo de la instalación de un sistema de videovigilancia, sin que los trabajadores sean expresamente informados de la finalidad exacta asignada a dicho control como sin embargo defienden los pronunciamientos de nuestros tribunales.

El Tribunal de Estrasburgo está construyendo, pues, una línea más garantista para los derechos fundamentales del trabajador y, por tanto, opuesta a la que viene manteniendo la jurisprudencia española. De ahí la necesaria revisión a la que conviene someter ésta con el fin de adaptarla a los parámetros de valoración proporcionados por el TEDH. De esta manera, no solo se articula el canon hermenéutico del art. 10.2 CE sino que, además, consigue suplirse la falta de adaptación a las nuevas tecnologías de la que adolece la normativa laboral. Al respecto, puede ser de interés la puerta que abre el art. 88.1 del Reglamento General de Protección de Datos, al permitir que los Estados miembros puedan, «a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, Gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral». Es ésta, desde luego, una opción interesante. Pero, hasta que se materialice, nos quedan los criterios jurisprudenciales que, insisto, deben ajustarse a los parámetros dados por el TEDH para que la valoración de los mecanismos de control empresarial sea verdaderamente útil, exhaustivo y práctico, superando el carácter meramente formal y teórico que denunció en la Sentencia Bărbulescu II respecto de la evaluación acometida por los tribunales rumanos.

Resumen

Las tecnologías se van sucediendo a tal –frenético– ritmo que el propio adjetivo de nuevas que suele acompañar su denominación comienza a ser discutible. Lo que no se esperaba es que los pronunciamientos judiciales iban a contagiarse de ese mismo ritmo con la consecuencia de reunir en muy poco espacio de tiempo sentencias contradictorias, carentes de una línea común de argumentación y que terminan por hacer más difícil la consecución de unos criterios uniformes en la solución de los crecientes conflictos que se plantean al respecto en el ámbito laboral. Este artículo analizará precisamente el control tecnológico de la actividad laboral a la luz de los criterios interpretativos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras Clave

Vida privada, datos personales, vigilancia, tecnología, trabajo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

The pace of technological development is so frenetic that the adjective new conventionally associated with «technologies» is beginning to be questionable. Surprisingly, judgements have also followed such technological trend but unexpectedly in a negative way, collecting in a very brief timeframe inconsistent and contradictory judgements which lack a common argumentation line. As a result, reaching uniform criteria to solve conflicts in the field of labour law is becoming increasingly more difficult. This paper aims to assess technological methods of surveillance at work in the light of the interpretative criteria laid down by the European Court of Human Rights.

Keywords

Private life, personal data, surveillance, technology, work, European Court of Human Rights.

Recibido: 2 de junio de 2018

Aceptado: 12 de junio de 2018



Legislación





CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN EL PRIMER SEMESTRE DE 2018

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

SUMARIO:

- I. Reglamento de Ejecución (UE) 2018/456, de 19 de marzo, sobre las fases del proceso de consulta para determinar la condición de nuevo alimento de conformidad con el Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los nuevos alimentos.
- II. Reglamento (UE) 2018/213 de la Comisión de 12 de febrero, sobre el uso de bisfenol A en barnices y revestimientos destinados a entrar en contacto con los alimentos y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 10/2011 por lo que respecta al uso de dicha sustancia en materiales plásticos, en contacto con los alimentos.
- III. Decisión (UE) 2018/402 de la comisión de 13 de marzo de 2018 por la que se crea el grupo asesor europeo para la autoridad laboral europea.
- IV. Directiva (UE) 2018/645 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de abril de 2018, por el que se modifica la Directiva 2003/59/CE, relativa a la cualificación inicial y la formación continuada de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte de mercancías de viajeros por carretera y la Directiva 2006/126/CE sobre el permiso de la conducción.
- V. Directiva (UE) 2018/350 de la Comisión de 8 de marzo, por la que se modifica la Directiva 2001/18/CE del Parlamento y del Consejo en lo que respecta a la evaluación del riesgo para el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.
- VI. Reglamento de Ejecución (UE) 2018/151 de la Comisión de 30 de enero de 2018 por el que se establecen normas para la aplicación de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la especificación de los elementos que han de tener en cuenta los proveedores de servicios digitales para gestionar los riesgos existentes para la seguridad de las redes y sistemas de información así como de los parámetros para determinar si un incidente tiene un impacto significativo.
- VII. Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y estándares de comunicación abiertos y seguros.
- VIII. Reglamento (UE) 2018/231 del Banco Central Europeo de 26 de enero de 2018, sobre las obligaciones de información estadística de los fondos de pensiones.

El primer semestre de 2018 se caracteriza por el interés de la Unión Europea en el seguimiento de la cadena alimentaria, que ya viene de hace algunos años, pero que desarrolla en los últimos dos, mediante una normativa fundamentalmente prohibitiva de muchas sustancias químicas en los alimentos y relativa a la preocupación por los aditivos de conservación. Junto a esta preocupación, las garantías en materia de transacciones comerciales por internet, la seguridad en el tráfico por carretera, y el control de los fondos de pensiones por parte del Banco Central Europeo, constituyen la legislación más relevante de este semestre.

I. REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2018/456, DE 19 DE MARZO, SOBRE LAS FASES DEL PROCESO DE CONSULTA PARA DETERMINAR LA CONDICIÓN DE NUEVO ALIMENTO DE CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO (UE) 2015/2283 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, RELATIVO A LOS NUEVOS ALIMENTOS

La utilización y comercialización de un nuevo alimento en el seno de los países de la Unión, debe ir precedida de una solicitud. La solicitud consistirá en una consulta al Estado respectivo, para la comprobación de que ese alimento reúna las condiciones de comercialización. Tanto dicho proceso como su resultado deberán estar a disposición del público para su general conocimiento.

Correrá a cargo de la empresa alimentaria la obligación de presentar la solicitud al Estado en el que se pretenda la comercialización del producto alimenticio, siendo suficiente su presentación en un solo Estado miembro para su comercialización en varios países de la Unión.

El procedimiento de verificación de las condiciones alimentarias se iniciará con una carta de solicitud, seguida de un expediente técnico, la documentación que apoye la verosimilitud de los elementos señalados, y una nota explicativa sobre la finalidad y pertinencia de los documentos presentados.

El Estado receptor de la solicitud podrá solicitar cuanta información y documentos precise, pudiendo archivar el expediente si no se subsanan sus deficiencias. El plazo de tramitación es de cuatro meses, con posibilidad de ampliación a otros cuatro.

El art. 9 prevé la confidencialidad de la información a los efectos de no dañar la competitividad empresarial.

Finalmente, los anexos establecen los modelos de solicitud y de documentación a adjuntar por parte de la empresa solicitante.

II. REGLAMENTO (UE) 2018/213 DE LA COMISIÓN DE 12 DE FEBRERO, SOBRE EL USO DE BISFENOL A EN BARNICES Y REVESTIMIENTOS DESTINADOS A ENTRAR EN CONTACTO CON LOS ALIMENTOS Y POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO (UE) N.º 10/2011 POR LO QUE RESPECTA AL USO DE DICHA SUSTANCIA EN MATERIALES PLÁSTICOS, EN CONTACTO CON LOS ALIMENTOS

El uso de esta sustancia en los plásticos que pudieran entrar en contacto con alimentos, y su posible riesgo para la salud pública, originó la necesidad de examinar los datos científicos disponibles de cara a su prohibición en los biberones de policarbonato, circunstancia que ahora se pretende extender a otros productos.

Así, la Unión trata de establecer un estándar para la medida de afectación de esa sustancia, que denomina «factor de incertidumbre», cuya numeración permite la gradación de diferentes niveles. Para el caso concreto (el contacto con los alimentos) el factor se establece en 2,5. Junto a este criterio, el del «principio de precaución» cumplirá igualmente la función de establecer aquellas medidas provisionales que se considerarán en función de la información disponible.

En el texto del Reglamento, se definen igualmente otros términos:

El límite de migración específica (LME) o cantidad máxima permitida de una sustancia dada, liberada desde un material u objeto en alimentos o estimulantes alimentarios.

Los materiales u objetos referidos a todos aquellos considerados materia objeto del Reglamento.

Los barnices o revestimientos o aquellos materiales expuestos aplicados a un material u objeto a fin de conferirle propiedades especiales, o mejorar su rendimiento técnico.

El Reglamento exige en su art. 3 tres requisitos: una declaración de conformidad con la información exigida para la comercialización del producto, la identificación que permita saber cuáles son los barnices y revestidos que se aplican al producto, y la puesta a disposición de la información que exige la autoridad competente.

III. DECISIÓN (UE) 2018/402 DE LA COMISIÓN DE 13 DE MARZO DE 2018 POR LA QUE SE CREA EL GRUPO ASESOR EUROPEO PARA LA AUTORIDAD LABORAL EUROPEA

El presidente Juncker, en su comparecencia de 2017 sobre el estado de la Unión, anunció la creación de una Autoridad Laboral Europea, con el fin de apoyar a los

Estados miembros en el acceso a la información de los derechos y obligaciones de los agentes sociales en materia de movilidad laboral transfronteriza, así como ejercer la mediación en conflictos surgidos en materia de mercado de trabajo.

Mediante esta decisión se crea el Grupo Asesor Europeo para la Autoridad Laboral Europea, cuya finalidad es la de crear buenas prácticas y experiencias respecto de la movilidad laboral transfronteriza, y el examen de las cuestiones generales y los problemas prácticos que surjan como consecuencia de la aplicación de la legislación de los Estados.

El Grupo estará presidido por la Comisión y estará formado por representantes de alto nivel de las autoridades de los Estados miembros e interlocutores sociales a nivel de la Unión, como la Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, Centro europeo para el desarrollo de la Formación Profesional, Fundación Europea de Formación, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, en el bien entendido de que han de representar a sindicatos y empresas.

El Grupo tendrá como función la orientación y asistencia a la Comisión, en la Dirección General de Empleo, y ejercerá en particular las siguientes funciones:

- Facilitar la cooperación entre las autoridades nacionales y las partes interesadas y orientar a la Comisión acerca del rápido establecimiento y el futuro funcionamiento operativo de la Autoridad Laboral Europea.
- Examinar cuestiones generales, de principio y problemas prácticos que surjan como consecuencia de la aplicación de la legislación de la Unión Europea sobre la movilidad.
- Intercambiar e identificar puntos de vista sobre las mejores prácticas y los ejemplos de buena cooperación en los ámbitos de la movilidad laboral transfronteriza.
- Identificar los medios de cooperación y la contribución de los organismos existentes entre los que se encuentran las agencias descentralizadas de la UE para el establecimiento y el buen funcionamiento de la Autoridad Laboral Europea.

El Grupo estará formado por un representante de cada uno de los Estados miembros, seis representantes de los interlocutores sociales a nivel de la Unión que representen a sindicatos y organizaciones empresariales; y un representante de cada agencia de la UE en el ámbito del empleo y de los asuntos sociales.

El Grupo estará presidido por un representante de la Comisión, se reunirá tres veces al año, en las dependencias de la Comisión, que prestará los servicios de secretaría, sus deliberaciones serán públicas, sus decisiones se tomarán por mayoría sim-

ple y se tomara acta de cada punto del orden del día. Sus dictámenes se aprobarán por consenso, y se podrán invitar a las personas expertas que se consideren idóneas para cada trabajo. También se adoptará un reglamento interno para el funcionamiento de la institución, que en todo caso estará sujeto al secreto profesional y a la información clasificada.

La actividad de los representantes no se remunerará, sino únicamente los gastos de desplazamiento y estancia.

IV. DIRECTIVA (UE) 2018/645 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 18 DE ABRIL DE 2018, POR EL QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2003/59/CE, RELATIVA A LA CUALIFICACIÓN INICIAL Y LA FORMACIÓN CONTINUADA DE LOS CONDUCTORES DE DETERMINADOS VEHÍCULOS DESTINADOS AL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS DE VIAJEROS POR CARRETERA Y LA DIRECTIVA 2006/126/CE SOBRE EL PERMISO DE LA CONDUCCIÓN

Las modificaciones de la Directiva 2003 obedecen a la necesidad de las exigencias del Libro Blanco de 28 de marzo de 2011, denominado "Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible".

La Comisión Europea se plantea como objetivo para 2050, la total supresión de víctimas mortales en transporte por carretera. La reducción que se había planteado entre 2010 y 2020 era de un 50 por ciento. Para ello se fijaron como objetivos estratégicos los de la mejora de la educación y la formación de los usuarios de las vías públicas, y la protección de los usuarios vulnerables.

Otra finalidad era de la de reducir al menos en un 40 por ciento las emisiones de gases de efecto invernadero para 2030, tomando como base los valores de 1990.

Igualmente, se intentan corregir algunos aspectos de la Directiva 2003/59/CE como el que se refiere a la profesión de conductor, en la que se establece la de su calificación como actividad principal solo en el caso de que ocupe más del 30 por ciento de su actividad laboral.

En cuanto a la formación, se distinguen aquellas actividades de transporte que se consideran peligrosas, y en las que es necesario incrementarla, como en aquellos temas relacionados con la seguridad vial, la percepción del peligro, la protección de usuarios vulnerables, las condiciones meteorológicas extremas, las operaciones especialmente problemáticas, la instalación de cadenas de nieve, los transportes de

animales, y algunas otras, que requieran de aprendizajes especiales o cursos de formación específicos.

Por otra parte, también era exigible una clarificación de la Directiva 2006/126/CE en cuanto a las exigencias de una edad mínima para el certificado de conducir, y en relación a las cuantías de las cargas autorizadas en los vehículos pesados.

V. DIRECTIVA (UE) 2018/350 DE LA COMISIÓN DE 8 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2001/18/CE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO EN LO QUE RESPECTA A LA EVALUACIÓN DEL RIESGO PARA EL MEDIO AMBIENTE DE ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE

La Unión Europea ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que las plantas modificadas genéticamente, pudieran tener efectos nocivos en la alimentación y en el medio ambiente, y de ahí la necesidad de reactualizar la Directiva de 2001, por las aportaciones científicas que hayan podido tener lugar desde entonces hasta ahora.

La Evaluación del Riesgo Medioambiental (ERMA) sigue una metodología ajustada a unas directrices publicadas por la Autoridad Europea de Seguridad, debe detectar los posibles efectos adversos de este tipo de organismos modificados genéticamente. Identificar los peligros como cualquier cambio de características del organismo que estén relacionadas con la modificación genética, los posibles efectos adversos en la salud humana o en el ambiente.

Estos efectos adversos pueden incluir:

- Efectos en las poblaciones de especies en el entorno receptor y la diversidad genética de cada una de esas poblaciones que conducen a un posible descenso de la biodiversidad.
- Susceptibilidad alterada respecto a patógenos que faciliten la difusión de enfermedades infecciosas o que creen nuevos reservorios o vectores.
- Disminución de la eficacia de los tratamientos médicos, veterinarios o de protección fitosanitaria, profilácticos o terapéuticos, por ejemplo, mediante la transferencia de genes que confieren resistencia a los antibióticos utilizados en medicina humana o veterinaria.
- Efectos en biogeoquímica, incluido el reciclado del carbón y el nitrógeno mediante cambios en la descomposición del material orgánico del suelo.
- Enfermedades que afecten a los seres humanos, incluidas las alérgicas o tóxicas.

- Enfermedades que afectan a los animales y a las plantas, incluidos los efectos tóxicos y, en el caso de los animales, las reacciones alérgicas.

Si se identifican efectos adversos a largo plazo, deberán evaluarse documentalmente teniendo en cuenta las pruebas previas de las experiencias con los datos disponibles, y la modelización matemática. Todos estos posibles efectos adversos se tendrán en cuenta para las próximas etapas de estudio.

Igualmente deben tenerse en cuenta los efectos derivados de la exposición al medio ambiente, las interacciones con otros organismos, las prácticas agrícolas relacionadas y el control de las variables en la experimentación, así como las lagunas de conocimiento y las limitaciones metodológicas.

Si fuera posible, la evaluación del riesgo se expresará en términos cuantitativos. La estrategia de gestión de los riesgos se describirá en términos de gestión, reducción o no del peligro en su utilización y los niveles de incertidumbre.

VI. REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2018/151 DE LA COMISIÓN DE 30 DE ENERO DE 2018 POR EL QUE SE ESTABLECEN NORMAS PARA LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/1148 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO EN LO QUE RESPECTA A LA ESPECIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE HAN DE TENER EN CUENTA LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DIGITALES PARA GESTIONAR LOS RIESGOS EXISTENTES PARA LA SEGURIDAD DE LAS REDES Y SISTEMAS DE INFORMACIÓN ASÍ COMO DE LOS PARÁMETROS PARA DETERMINAR SI UN INCIDENTE TIENE UN IMPACTO SIGNIFICATIVO

El Reglamento tiene como finalidad la determinación de unas garantías en la gestión de las redes, que aseguren el abastecimiento y el control de acceso. Los proveedores de servicios digitales deben identificar las amenazas de ataques a la seguridad de la información, y seguir unas directrices ante las situaciones de crisis que puedan provocar las incidencias en el proceso informativo.

El art. 1 de este reglamento tiene como objeto la precisión de los elementos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar las medidas para garantizar el nivel de seguridad de las redes y sistemas de información que estos utilizan en el marco de la oferta de servicios que comprende la Directiva que aquí se desarrolla, así como determinar los parámetros que han de seguirse en el caso de incidentes en la prestación de sus servicios.

El art. 2 enumera los elementos de la seguridad de los sistemas e instalaciones:
a. una cartografía de los sistemas de información, y un conjunto de políticas ade-

cuadas en materia de gestión de la seguridad de la información, incluidos el análisis de riesgos, los recursos humanos, la seguridad de las operaciones, la arquitectura de la seguridad, la gestión segura del ciclo de vida de datos y sistemas, y si procede, el cifrado y su gestión. b. La seguridad física y del entorno entendidos como el conjunto de medidas de protección de la seguridad de las redes, frente a los daños que se puedan provocar, los fallos del sistema, los errores humanos, las acciones malintencionadas o los fenómenos naturales. c. La seguridad en el abastecimiento, mediante las políticas adecuadas que garanticen la accesibilidad, y la trazabilidad de los suministros utilizados en la prestación de servicios. d. El control de acceso a las redes y sistemas de información, entendidos como la disponibilidad de un conjunto de medidas para garantizar que el acceso incluya una seguridad administrativa en términos de negocio y seguridad.

Para la gestión de los incidentes que pueda provocar el servicio, deben adoptarse procedimientos de detección previamente ensayados que detecten estas irregularidades, con respuestas ensayadas y evaluaciones de la gravedad de esos incidentes.

La gestión de la continuidad de los servicios debe igualmente estar prevista, mediante la programación de planes de contingencia basados en el análisis de impacto, evaluados y ensayados con carácter periódico, y las inspecciones administrativas de las autoridades que han de basarse en la supervisión, auditorías y pruebas que garanticen la prestación del servicio.

El art. 3 regula los parámetros que han de ser tenidos en cuenta en estas incidencias: número de personas físicas afectadas, usuarios, duración del incidente, grado de perturbación del funcionamiento, alcance de los efectos, y otros elementos.

El art. 4 analiza los impactos significativos, como los producidos en situaciones de más de cinco millones de horas de uso, los efectos por pérdida de datos, confidencialidad o autenticidad, el riesgo de pérdida de vidas humanas o para la seguridad pública, y los daños materiales de importancia.

VII. REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2018/389 DE LA COMISIÓN DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2017, POR EL QUE SE COMPLEMENTA LA DIRECTIVA (UE) 2015/2366 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, EN LO RELATIVO A LAS NORMAS TÉCNICAS DE REGULACIÓN PARA LA AUTENTIFICACIÓN REFORZADA DE CLIENTES Y ESTÁNDARES DE COMUNICACIÓN ABIERTOS Y SEGUROS

Con esta normativa se trata de reforzar la protección de los pagos electrónicos, mediante la autenticación segura del usuario, y minimizar el riesgo de fraude.

El art. 1 de este Reglamento, establece como objeto, la regulación de los principales requisitos que deben cumplir los proveedores de servicios de pago para permitir estas operaciones. Así, el procedimiento de autenticación reforzada, la aplicación de ciertos requisitos de seguridad, bajo determinadas condiciones que valoren ciertos riesgos, la protección de la confidencialidad, y el establecimiento de ciertos estándares de comunicación.

Como requisitos generales de autenticación, se prevén en el art. 2 los siguientes:

- La supervisión de las operaciones que permitan detectar operaciones de pago no autorizadas o fraudulentas.
- Los mecanismos de supervisión de las operaciones que han de tener necesariamente en cuenta todos estos factores: a. Listado de elementos de autenticación contraídos; b. importe de cada operación de pago; c. supuestos de fraude conocidos en la prestación de servicios de pago; d. señales de infecciones de programas informáticos; y e. un registro de utilización del dispositivo de acceso facilitado al usuario de los servicios de pago.

El art. 3 regula la aplicación de estas medidas y los procesos de revisión de las garantías. Se prevé la evaluación, auditoría y prueba de conformidad con las exigencias legales de cada ordenamiento. Esta revisión ha de ser periódica, y ajustarse a las exigencias de este reglamento; mientras que el informe de las auditorías habrá de estar igualmente a disposición de las autoridades competentes de cada Estado.

El art. 4 concreta las medidas de seguridad objeto de la regulación. La exigencia es el código de autenticación, que deberá ser aceptado una sola vez al objeto de evitar posibles fraudes; su divulgación no permitirá la derivación de ningún tipo de información, ni que pueda permitir crear otro código a partir de ese inicial que posibilite el cruce de información alguna, ni podrá ser falsificado.

El art. 5 regula la vinculación dinámica que exige que el ordenante sea informado del importe de la operación y del beneficiario de esta, que el código sea específico para esa operación, que el importe de la operación esté presente en todas las fases de la operación, y en los pagos con tarjeta, que se haya ordenado el pago, y se especifique el importe con claridad.

Los arts. 6, 7 y 8 adoptan precauciones respecto de la operación en relación con medidas de seguridad en el proceso de la conformidad con esta, y el art. 9 detalla algunos de los pasos en relación a la independencia de sus elementos, para que no se interfieran los procesos de información y se garantice la confidencialidad.

Se permite la relajación de estos requisitos cuando se den determinadas condiciones ya preestablecidas con el cliente, y no se trate de la primera operación con el cliente o no hayan transcurrido más de 90 días de esta. Igualmente, en el caso de que la operación no exceda de 50 euros o de un importe acumulado de 150 euros. En todo caso, no podrá exceder de cinco operaciones.

También se permiten excepciones en casos como el abono de aparcamientos y otras situaciones de escasa importancia cuantitativa.

Para la inaplicación de la autenticación reforzada se tendrán en cuenta los análisis de riesgo en relación con el índice de fraude, las cuantías de la operación y otros factores que deberán reflejarse en una auditoría que deberá tener como consecuencia el cambio en esos factores de riesgo, a los efectos de cambiar los criterios de autenticación reforzada.

Los arts. 22 y siguientes tratan de la obligada confidencialidad de las credenciales de seguridad, como una exigencia del Reglamento. Las credenciales han de garantizarse por lo que deben mostrarse enmascaradas y no puedan ser leídas en su totalidad al ser introducidas, deben ser almacenadas en material criptográfico, protegido de su divulgación en su totalidad, y en un entorno seguro con protección frente al robo, extravío o posibilidad de reproducción.

Los proveedores de servicios de pago deberán también garantizar la reversibilidad de estas operaciones en cuanto a la destrucción, la desactivación o la revocación en condiciones de seguridad.

La comunicación entre estos proveedores y el usuario deberá igualmente quedar garantizada en su confidencialidad, sin posibilidad de desviación a terceros de datos sensibles de identidad, siguiendo la trazabilidad segura en todas las operaciones de pago o interacciones en el servicio, y con mecanismos contrastados de seguridad en el proceso.

Para ello, se obliga a los proveedores a que mantengan una cuenta de pago accesible con una interfaz que permita servir de instrumento de autenticación, y cumpla determinados requisitos como la comprobación del consentimiento del cliente, la posibilidad de comunicación con él a los efectos de posibles problemas, o la resolución de problemas de emergencia.

Igualmente se señalan las medidas a tomar en situaciones de contingencia, para mientras duren estas solventar las operaciones mediante otros sistemas alternativos.

Finalmente, el Reglamento contiene dos disposiciones finales a los efectos de poner en práctica este funcionamiento, sobre todo en lo que se refiere a los índices de fraude, y al desarrollo de estas medidas por parte de los Estados miembros, en un plazo que no exceda del 14 de marzo de 2021.

VIII. REGLAMENTO (UE) 2018/231 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO DE 26 DE ENERO DE 2018, SOBRE LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA DE LOS FONDOS DE PENSIONES

Este Reglamento pretende recopilar información acerca de los comportamientos bancarios de los Estados en relación con los fondos de pensiones. Limita su objeto a los fondos particulares de pensiones, sin abarcar los fondos de inversión, las sociedades instrumentales que actúan en titulación, las instituciones financieras monetarias, las compañías de seguros, los fondos de pensiones que no son de autónomos, y a los fondos de seguridad social, que figuran excluidos en el art. 1.

El BCE en colaboración con los bancos nacionales, elaborará una estadística de publicación periódica, que tendrá como finalidad la difusión y el conocimiento generalizado de estos fondos por medios adecuados incluyendo internet, facilitando, en su caso, un listado impreso a los agentes informadores interesados.

Contiene tres Anexos con las formalidades precisas para presentar la información que deben ser respetadas por los bancos nacionales al objeto de uniformar las exigencias a los Estados miembros de un contenido básico compartido en relación con el estado de la situación de estos fondos de pensiones.

Resumen

El primer semestre de 2018 se caracteriza por el interés de la Unión Europea en el seguimiento de la cadena alimentaria; como viene siendo habitual desde hace algunos años, aunque su desarrollo haya tenido lugar durante los últimos dos, mediante una normativa fundamentalmente prohibitiva de un gran número de sustancias químicas en los alimentos y preocupada por los aditivos de conservación. Junto a esta preocupación, las garantías en materia de transacciones comerciales por internet, en seguridad en el tráfico por carretera, y en el control de los fondos de pensiones por parte del Banco Central Europeo, constituyen la legislación más relevante de este semestre.

Palabras Clave

Cadena alimentaria, aditivos de conservación, transacciones comerciales por internet, tráfico en carretera.

Abstract

The first semester of 2018 is characterized by the interest of the European Union in the monitoring of the food chain, which has been around for a few years, but which has been developing in the last two years, through a fundamentally prohibitive regulation of many chemical substances in food and in relation to the concern in front of preservation additives.

Along with this concern, the guarantees in terms of commercial transactions over the Internet, in road traffic safety, and in the control of pension funds by the European Central Bank, constitute the most relevant legislation of this semester.

Keywords

Food chain, preservation additives, commercial transactions over Internet, road safety



Foro





A LA BÚSQUEDA DE LA ACEPTACIÓN. EL DÉFICIT Y LAS FUENTES DE LEGITIMIDAD DE LA UNIÓN*

DIETER GRIMM

*Profesor de Derecho Público (Universidad von Humboldt zu Berlin).
Juez emérito del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Rector
emérito del Wissenschaftskollegs zu Berlin*

Está fuera de discusión que la Unión Europea sufre una falta de aceptación por parte de sus ciudadanos. Aun menos se discute que esta debilidad amenaza al conjunto del proyecto de integración. Lo que no está claro, sin embargo, es dónde radica la razón de la debilidad y cómo ha de remediarse, sobre todo si consideramos que existen buenas razones en favor de la integración. Sin olvidar que en sus comienzos no había dudas y la aprobación era alta. Razón de más para preguntarnos por qué era así entonces y qué ha provocado la pérdida de esa aprobación.

La respuesta a la primera pregunta obliga a recordar la Segunda Guerra Mundial. El dolor que causó, afectando por igual a vencedores y vencidos, generó, con más fuerza que tras la Primera Guerra, la voluntad para afrontar de manera efectiva el riesgo de otro enfrentamiento. Las generaciones que todavía tenían vivo el recuerdo, entendieron que el gran logro de la integración europea radicó en su protección frente a un nuevo conflicto bélico.

Sin embargo, parece que este éxito ha ido desvaneciéndose con el tiempo. La paz ya no se vincula simbólicamente con la Unión. La distancia entre el final

* Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez. Este texto se corresponde con el capítulo segundo del libro del autor *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, C.H. Beck, 3.^a ed., 2016. El libro ha sido publicado también en inglés: *The Constitution of European Democracy* (trad. Justin Collings), Oxford, 2017.

de la Guerra y la fundación de la Comunidad Económica Europea es demasiado grande, y a la vez sus comienzos como unión aduanera son excesivamente prosaicos. La experiencia de las generaciones actuales es la de una Europa en paz y si imaginariamente hacemos desaparecer a la Unión, no se percibe la amenaza de guerra entre los Estados miembros. La paz ha pasado de ser un logro, a ser un hecho.

Además, en Alemania existía una razón adicional para apoyar la integración, pues con ella regresó al círculo de los pueblos civilizados, tras la profunda caída que supuso el dominio nacionalsocialista. Por otro lado, en Francia la integración constituía un medio que le permitía tener bajo control el renacer de una Alemania fuerte. Económicamente mediante la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, cuya industria tanta relevancia bélica tuvo; militarmente mediante la Comunidad Europea de Defensa; y, políticamente, a través de la Comunidad Política Europea. De estos proyectos sólo salió adelante el económico, mientras que el militar y el político se quedaron en el camino al perder el apoyo mayoritario que originalmente suscitó en Francia.

También estas razones, entretanto, se han ido desvaneciendo, agotados los motivos fundacionales tanto para Alemania como para sus enemigos durante la Guerra. Alemania vuelve a ser un miembro notable de la comunidad internacional, a la que se ha incorporado con fuerza y ya no se la considera una amenaza para la paz. Además, la Unión se ha ido ampliando y para gran parte de los Estados el conflicto bélico no fue un motivo para la adhesión.

El letargo actual nos obliga a recordar la euforia europea de los comienzos. La magia de los inicios en gran medida fue el resultado de una situación concreta que ya no se da. Lo que queda de los grandes planes, esencialmente el mercado común, no se rechaza, pero tampoco recibe admiración. En gran medida, la integración económica fue siempre apolítica y se legitimó por el bienestar que trajo consigo.

Esto explica el distanciamiento entre la Comunidad europea y los ciudadanos. Distanciamiento que además se agranda a través de otra veta abierta por la propia Comunidad. En efecto, bajo el manto de la integración económica se han llevado a cabo cambios que superan la finalidad de asegurar un mercado común, pese a que no han sido objeto de un debate político claro.

Fue el Tratado de Maastricht de 1992 el que retiró el velo, haciendo que los ciudadanos se enfrentasen a un grado de integración sobre el que nadie les preguntó su opinión. La Europa que el Tratado de Maastricht debía asegurar y desarrollar no era la Europa que había ganado la aceptación ciudadana. La integración y la conciencia europea perdieron el paso.

En lo referido a la integración, el Tratado de Maastricht supuso un significativo avance; en cambio, respecto a la aceptación, implicó un paso atrás y marcó un punto de inflexión en la actitud pública frente al proyecto europeo, dando pie al debilitamiento de la aceptación de la Unión. Si adaptamos una perspectiva más amplia vemos que causó la eclosión de los partidos antieuropeos, que entretanto han penetrado en el Parlamento, hasta el punto de que los grupos proeuropeos sólo logran defenderse mediante la construcción de una gran coalición.

Desde hace mucho tiempo se pretende reaccionar frente a esta situación. La Unión gasta mucho dinero, intentando generar desde arriba una identidad europea, aunque sin un éxito palpable. La creación de una Constitución europea sólo se explica como un esfuerzo por acercar la Unión a los ciudadanos, dado que las modificaciones que incorporó, referidas a la ampliación y al nuevo rol de Europa en el mundo después de 1989, podían haberse logrado con una reforma de los Tratados.

Que en esta ocasión se buscara no un Tratado mejor, sino una Constitución, era una respuesta a la débil legitimidad de la Unión y se esperaba que la Constitución reforzara el vínculo entre los ciudadanos de la Unión. Tampoco funcionó. La Constitución anhelaba más Europa, pero la realidad existente ya iba demasiado lejos. Allí donde dependió de un referéndum, fracasó.

No parece que las ideas constitucionales vayan a revitalizarse en un futuro próximo. Hoy se prefieren reformas institucionales, llamadas a reforzar la representación de los ciudadanos de la Unión. En este sentido, se defiende dotar al Parlamento europeo con las competencias que habitualmente posee una Cámara nacional. Se tiene así la esperanza de que una plena parlamentarización de la Unión supere su débil legitimidad, pues, entonces, en el centro de la Unión se situarán los representantes elegidos por los ciudadanos en vez de los Gobiernos de los Estados nacionales.

Esta esperanza se satisfaría, si la falta de poderes del Parlamento fuese la causa del déficit de legitimidad. Pero esto no es una verdad evidente y la primera impresión va en otro sentido. De hecho, cuanto más se amplían los poderes del Parlamento, menor es la participación electoral. En especial en los nuevos Estados miembros, que hasta hace poco tenían un ardiente deseo de pertenecer a la Unión.

Existen más razones que explican el déficit de legitimidad de la Unión. Una especialmente importante es la débil representatividad del Parlamento europeo, que se comprende por su sistema electoral. Las elecciones europeas no están europeizadas: se vota según el derecho nacional y de acuerdo con las contingencias nacionales; se presentan partidos nacionales, que hacen campañas nacionales; y el resultado electoral se valora principalmente desde el punto de vista nacional.

Por consiguiente, la legitimidad a través de las elecciones es relativamente pequeña, dada la escasa conexión entre el resultado de las elecciones y la política europea. Por un lado, el Consejo es el órgano central de la Unión, pese a estar al margen de las elecciones. Por otro, en cierta medida se aborta la corriente de legitimidad que surge de las elecciones, puesto que los ciudadanos de la Unión sólo pueden elegir partidos nacionales, que, sin embargo, no se estructuran en el Parlamento europeo, sino que se incorporan a los grupos parlamentarios europeos, que a su vez no están enraizados en la sociedad.

Por esto mismo, los partidos no pueden prometer de forma creíble que lograrán realizar en el Parlamento europeo los objetivos presentados durante la contienda electoral. En definitiva, los partidos elegibles no determinan la actividad del Parlamento; y los que determinan la actividad del Parlamento, no son elegibles. Además, la europeización de los programas se produce tras las elecciones. Nada de esto cambiaría con un incremento de poderes a favor del Parlamento.

En el caso de que las elecciones se europeizaran y la Unión fuese transformada en un sistema parlamentario: ¿se remediaría el problema de legitimidad? Lo dudo. Los parlamentos y su función como sala de máquinas entre la sociedad y el sistema político, pese a sus amplios poderes, están por doquier bajo presión. La creciente tecnificación e internacionalización de la política da un lugar preeminente al Gobierno, mientras que las Cámaras pierden simpatía. Es poco probable que el Parlamento europeo no se vea afectado por esta situación.

También existe una razón específicamente europea relativa a la creciente independencia del ejecutivo y el judicial de la Unión frente al proceso democrático, tanto europeo como nacional. A menudo se pasa por alto esta causa, por lo que la expondré con algo de detalle y realizando una comparación entre la estructura originaria de la Comunidad y los cambios que han ido produciéndose.

Inicialmente la Comunidad Europea cobraba su legitimidad democrática exclusivamente de los Estados miembros, que establecieron los fundamentos jurídicos de la Unión en los tratados europeos. Los Estados eran asimismo el legislador europeo a través del Consejo en el que se sentaban sus Gobiernos y en el que sólo se decidía por unanimidad.

Ningún Estado miembro quedaba sometido a un derecho que no hubiese consentido, fuese mediante la ratificación de los Tratados o la creación de derecho derivado, a través de directivas y reglamentos, fuentes todas ellas de las que, en última instancia, se les podía exigir responsabilidad electoral a los Gobiernos. La Comisión y el Tribunal de Justicia eran competentes sólo en la aplicación del derecho aprobado por los Estados miembros y, por tanto, sometidos a la voluntad política de estos.

Había un Parlamento llamado Asamblea, pero no era elegido y tenía sólo funciones consultivas.

Con el tiempo se produjeron dos cambios importantes, uno bien conocido, otro no tanto. El conocido se refiere a la entrada en vigor del Acta Única Europea en 1987, cuya gran novedad fue el levantamiento parcial de la unanimidad para las decisiones del Consejo.

Recibió entonces un apoyo mayoritario al acabar con el freno obstructivo de los Estados. Pero tuvo consecuencias sobre la legitimidad, puesto que a partir de ese momento era posible que algún Estado miembro quedase sometido a un derecho que no había consentido, o que incluso había rechazado expresamente en el proceso democrático nacional. Ahí surgió un vacío de legitimidad, en el que la corriente de legitimidad desde Estrasburgo hacia los parlamentos y los gobiernos nacionales quedaba rota, por lo menos para el Estado que no había consentido.

Ese vacío sólo podía cerrarse en el plano europeo, nunca en el nacional. Por eso entró en juego el Parlamento europeo, que empezó a elegirse de forma directa desde 1976. En tanto que la legitimidad ajena de los Estados miembros ya no era suficiente, apareció una legitimación propia, si bien limitada, a través del Parlamento europeo. Desde entonces sus competencias han ido aumentando con cada reforma de los Tratados, aunque hasta ahora eso no lo ha situado en paridad con el Consejo.

El cambio al que se le ha prestado menos atención ocurrió mucho antes, a la chita callando, sin reformar los Tratados, bastando su interpretación. Me refiero a las dos decisiones revolucionarias del Tribunal de Justicia, en 1963 y 1964. En la primera se declaró que el derecho de la Unión tenía eficacia directa. Su significado no radicó en el hecho de que ya no fuese necesaria ninguna intervención estatal como ocurría con el derecho internacional, pues esta consecuencia en cierta medida estaba prevista en los Tratados. Lo importante fue que, en virtud de tal decisión, el derecho de la Unión pasó a vincular no sólo a los Estados, como era habitual, sino también a los ciudadanos.

Desde entonces los ciudadanos podían reclamar ante los jueces ordinarios las obligaciones comunitarias de sus Estados. Esto benefició sobre todo a las cuatro libertades (circulación de mercancías, servicios, capital y trabajo) y su concreción en los Tratados. La decisión transformó las obligaciones objetivas de los Tratados, a las que debían adaptarse los ordenamientos de los Estados, en derechos subjetivos de los actores económicos.

Después de la primera decisión quedó claro que pasaría en una colisión entre el derecho comunitario y el derecho del Estado. Esta fue la cuestión que resolvió la

segunda decisión, en la que se reclamó la primacía del derecho comunitario frente al derecho nacional, incluso frente al más alto, esto es, la Constitución. El Tribunal de Justicia decidía si existía una colisión a partir de la cuestión prejudicial planteada por un tribunal nacional, que quedaba vinculado al fallo de aquel. Desde ese momento, el Tribunal de Justicia se apoderó del proceso de integración.

Se debe dejar claro que estos principios de primacía y eficacia directa no eran consecuencias necesarias de los Tratados. Como todo derecho, el europeo necesita ser interpretado, esto es, aplicado a casos concretos. La interpretación, a su vez, significa que hay un espacio de juego, no en el sentido de que el resultado sea discrecional, sino en el de que el texto normativo no determina completamente el resultado, puesto que las normas se pueden interpretar en sentido amplio o estricto.

Es secundario analizar si las citadas sentencias fueron correctas o no. Hoy, cincuenta años después, las decisiones se mantienen en pie y sólo se discute si existen fronteras externas a la primacía, sobre todo en la forma de un núcleo de identidad de las Constituciones nacionales, como han aceptado la mayoría de los tribunales constitucionales, y si la determinación de la actuación de la Unión fuera de sus competencias es jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia o también de los tribunales constitucionales nacionales.

Lo relevante es tomar conciencia de las consecuencias de esa jurisprudencia revolucionaria sobre la legitimidad de la Unión, que ha llegado a transformar la naturaleza de los Tratados. Dicho de manera breve, los Tratados fueron constitucionalizados, circunstancia que fue constatada bien pronto por los estudios norteamericanos que analizaban el derecho europeo.

En el derecho nacional hablamos de constitucionalización cuando se trata de la conformación y determinación de la ley a través de la Constitución. En Europa, la constitucionalización significa que los Tratados se elevan al rango de una Constitución y se convierten en el punto de referencia para la validez del derecho infraconstitucional, esto es, el derecho europeo secundario, pero también del derecho nacional, incluido el derecho constitucional. En concreto, el derecho nacional que contradice derecho europeo no se debe aplicar.

Las dos resoluciones fueron el comienzo de un impulso enorme a la integración, justo en una época en la que su dimensión política estaba estancada. Desde entonces se abrieron dos caminos de integración, uno político, a través de la reforma de los Tratados, que sólo podían abordar los Estados, y otro jurídico mediante la interpretación de los Tratados, que sería responsabilidad del Tribunal de Justicia. En el primer caso, los Estados miembros daban competencias a la Unión, en el segundo la Unión se las quitaba.

El Tribunal de Justicia impulsó el segundo camino con gran celo. No extraña así que Rainer Wahl señalara que el Tribunal tenía su propia agenda política. Además, se trató de un camino que escapó de la atención de la política y de la opinión pública, sin que la respuesta a las cuestiones jurídicas que los tribunales nacionales planteaban al Tribunal de Justicia mereciera gran interés en los medios o en la sociedad. De hecho, sus consecuencias se hicieron perceptibles, cuando ya era jurisprudencia consolidada.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal y como se inició con las dos decisiones de 1963 y 1964, en una mirada retrospectiva se explica como una historia de éxito. Y lo es si sólo atendemos a la integración económica. Pero esta es una perspectiva demasiado estrecha, porque esta historia económica de éxito tiene un reverso relativo a la legitimidad que no siempre se reconoce.

En sus efectos, esta jurisprudencia va más allá del objetivo de generar un mercado interior. El Tribunal utilizó el poder que él mismo se creó para reducir cada vez más el espacio nacional normativo, y en la línea de esa interpretación extensiva de los Tratados penetrar en el ámbito competencial que se habían reservado los Estados. Este fenómeno está descrito en detalle por Anna Catharina Mangold en su libro *Gemeinschaftsrecht und deutsches Rechte*, 2011.

De este modo, los Tratados, no sólo han sometido el proteccionismo nacional, como reclamaban expresamente los Estados, sino que, en esa interpretación extensiva, la prohibición de proteccionismo se ha extendido hasta convertirse en una prohibición de regulación. Los Estados miembros ya no están en condiciones de mantener sus estándares de protección, sea en materia de consumidores, trabajo o salud, si con ellos a la vez persiguen fines proteccionistas.

Y menos aún pueden los Estados miembros decidir libremente qué tareas dejan al mercado y cuáles debe asumir el Estado, puesto que la prohibición de ayudas estatales se aplica no sólo a las empresas privadas sino también a las instituciones públicas. Esto ha provocado una numerosa privatización de servicios, a menudo sin plantearse si el mercado podía aportar servicios similares.

La queja no tendría mucho sentido si en el lugar de las regulaciones e instituciones estatales hubieran surgido instituciones y regulaciones europeas adecuadas. Sin embargo, aquí se da la asimetría analizada por Fritz Sharpf entre integración positiva y negativa. La integración negativa significa una pérdida de aplicabilidad del derecho nacional, la integración positiva el llenado de ese vacío regulatorio a través del derecho europeo.

Como consecuencia de la constitucionalización de los Tratados, la integración negativa corresponde a los órganos ejecutivos y judiciales de la Unión; mientras, la

integración positiva necesita de un acto político, esto es, legislación europea, que hasta 1987 requería la unanimidad y aun hoy se topa con condiciones procedimentales significativas. Por ello los huecos abiertos con la integración negativa a veces se cierran, como en el derecho medioambiental, y otras no.

La supuesta asimetría derivada de la constitucionalización de los Tratados también es responsable del carácter fundamentalmente liberalizador de la jurisprudencia europea, no en el sentido de que el Tribunal de Justicia emprendiese una activa política de liberalización, sino en el sentido de que la liberalización se produce como consecuencia de sus decisiones. Lo cual, de forma mediata, también perjudica las obligaciones constitucionales de los Estados miembros para con el Estado social. El contexto liberalizador presiona al Estado social porque de alcanzarse un nivel alto de prestaciones, se pone en cuestión la capacidad competitiva de su propia economía. En Europa, la política económica y la política social se han separado.

El ejemplo más reciente de la interpretación extensiva de los Tratados es el retroceso de los derechos fundamentales nacionales en favor de los derechos fundamentales de la Carta. Para respetar los nacionales, la Carta estipula que los europeos vinculan a las instituciones de la Unión, en cambio a los Estados sólo cuando aplican derecho de la Unión. Pero en ese concepto de aplicación, el Tribunal de Justicia también incluye el derecho nacional si tiene algún tipo de relación con el europeo.

Tampoco aquí habría lugar a queja alguna si los derechos fundamentales de la Unión y los de los Estados, en esencia, fuesen equivalentes. Así es desde el punto de vista del texto. Ciertamente, la Carta contiene más derechos que la mayoría de las Constituciones, pero en cualquier caso evita las contradicciones. Sin embargo, en la interpretación aparecen considerables diferencias. El Tribunal de Justicia se inclina por dar primacía a los derechos fundamentales económicos frente a los de naturaleza personal, relativos a la comunicación o al ámbito social. En cambio, en los Estados miembros sucede al revés.

La pregunta es por qué los Estados miembros no se han defendido frente a esta situación. En definitiva, ellos determinan en el Consejo Europeo las directrices, el alcance y el tempo de la integración, y en el Consejo se sitúan a la cabeza del procedimiento legislativo. Por tanto, estarían en condiciones de corregir mediante la legislación aquella jurisprudencia en la que no reconocen su intención plasmada en los Tratados o cuyas consecuencias perjudiciales temen.

La constitucionalización de los Tratados hace imposible esta corrección. Es bien sabido que las Constituciones retiran determinadas cuestiones del ámbito de la decisión política, de suerte que lo recogido en ellas ya no es un tema de discusión, sino una premisa. Las normas constitucionales no dependen de los resultados electorales

y de las mayorías que se articulan. Además, allí donde existen tribunales constitucionales, estos se imponen frente a la voluntad de las mayorías coyunturales.

Este es el sentido general de una Constitución: debe canalizar y limitar el poder político. Pero no debe hacer innecesaria la política, lo que requiere que la Constitución se reduzca a pocas normas de significado esencial. Cuantos más contenidos propios del legislador asuma, menos espacio queda para la democracia. Por tanto, la diferencia entre Constitución y ley es esencial para el constitucionalismo.

Dicho en otras palabras, las Constituciones regulan la producción de la decisión política, pero no la propia decisión política. Esta queda a disposición de los órganos políticos, que la adopta en virtud de las preferencias de la mayoría conformada tras las elecciones. Sólo mediante la distinción de planos entre derecho constitucional y derecho legislativo conservan las elecciones su sentido como acto democrático original.

Poco se diría contra la constitucionalización de los Tratados si recogiesen sólo las disposiciones habituales en las Constituciones, que fijan los objetivos de la comunidad, los órganos de la unidad política, sus procedimientos y competencias, así como los derechos fundamentales que limitan al poder público.

Pero esto no ocurre con los Tratados, que están llenos de normas que en los Estados encontramos en el derecho infraconstitucional. Muchos ven ahí la propia razón de la extensión de los Tratados. Pero esto es sólo un aspecto superficial. El verdadero problema se aprecia cuando en el análisis se incluyen las consecuencias que la constitucionalización tiene sobre la relación entre derecho y política.

Dada la constitucionalización de los Tratados, su aplicación por el Tribunal de Justicia es casi ejecución constitucional. De este modo se excluye de esa aplicación a las instancias políticas de la Unión —el Consejo, compuesto por los Gobiernos democráticamente legitimados de la Unión; el Parlamento—, que ni siquiera pueden influir sobre la aplicación e interpretación del Tribunal. En Europa se adoptan fuera del proceso político decisiones de alto calado, que afectan profundamente a las estructuras administrativas y judiciales de los Estados miembros formadas a través de un largo camino. El Tribunal de Justicia reduce así la oportunidad de los ciudadanos de generar cambios mediante las elecciones, sean nacionales o europeas.

La única posibilidad de corrección radica en la reforma de los Tratados. Pero son de sobra conocidas las dificultades que conlleva. Los 28 Estados miembros deben estar de acuerdo, y luego ratificarlo en sus parlamentos o mediante un referéndum. Hacer esto para desprogramar las decisiones judiciales es imposible. Por ello, en el ámbito de los Tratados, la constitucionalización inmuniza a la Comisión y al Tribunal de Justicia frente a la política. En efecto, la Unión

Europea está híper constitucionalizada, su Tribunal es más libre que cualquier tribunal nacional.

Se ve así fácilmente que una parlamentarización de la Unión, a menudo considerada la cura frente a la debilidad de la legitimidad europea, deja de lado este problema, pues obviamente el Parlamento europeo está bajo la Constitución y no por encima. Así las cosas, la extensión de sus poderes en nada disminuirían las consecuencias de la híper constitucionalización.

Desde otro punto de vista, la revalorización del Parlamento tendría otras implicaciones. Por ejemplo, no se pueden ampliar las competencias del Parlamento, sin reducir las de otros órganos. En realidad, la reclamación de parlamentarizar la Unión es sólo parte de un proyecto de reforma más amplio, que pretende situar al Parlamento en el centro de la política europea, revalorizar a la Comisión como ejecutivo parlamentario y reducir el Consejo a una segunda cámara del Parlamento.

¿Qué significaría esto para la legitimidad de la Unión? Se secaría la corriente de legitimidad que parte de los Estados miembros y se transmite a través del Consejo. La Unión Europea se sostendría en virtud de su propia legitimidad. Y en este punto hay que preguntarse si posee suficientes recursos para gozar de una legitimidad propia. Algo dudoso si pensamos la situación de las elecciones europeas y la carencia de partidos europeos.

Todavía es más dudoso a la luz del débil desarrollo del espacio público europeo. El contenido democrático de un sistema político no conforma especialmente sus instituciones. Es mucho más decisiva la esfera social que antecede a las instituciones, siendo clave la retroalimentación entre los electores y los poderes públicos, también durante el tiempo que separa las elecciones. Y tal retroalimentación exige que se intercalen algunas instituciones, sobre todo los medios de comunicación de masas.

En los Estados miembros, las condiciones para la existencia de un espacio público son, en general, buenas o, al menos, mejores que en la Unión, donde sólo se dan en forma esquemática. Hay una ausencia total de medios de comunicación europeos capaces de generar un discurso político de dimensión europea y no parece que se vaya a producir un cambio rápido. Es, por tanto, improbable que el Parlamento europeo pueda asumir el peso de la legitimidad por sí solo o incluso de forma principal.

Esto no es una llamada a reducir los poderes del Parlamento europeo. Al contrario, se ha de subrayar el contrapeso que ejerce frente al dominio de los intereses nacionales en el Consejo y las tendencias tecnocráticas de la Comisión. Pero la verdad es que la Unión no puede prescindir del suministro de legitimidad que le dan los Estados. De ahí que en su propio interés debería contar con democracias

estatales de gran vitalidad, en vez de ir debilitándolas con una paulatina retirada de competencias.

¿Qué se puede hacer? La respuesta no es independiente de la idea que se tenga de cuáles son los objetivos de la integración: ¿ir hacia un Estado europeo, quedarse en un mercado interior, o mantener una unidad política federal aunque no estatal? Esta es una discusión clave, al margen de los problemas del momento, urgente pero independiente de las crisis, que sólo encuentra respuesta si se dispone de los principios necesarios. Sin embargo, en el ámbito político siempre se evita esta discusión.

Se avanzan reformas y se gestionan las crisis sin una idea clara de cuál es el fin de la integración, por más que existan muchas preconcepciones al respecto. La crisis financiera ha confirmado esta situación. Desde la ratificación del Tratado de Maastricht estaban sobre la mesa las advertencias de que la unión monetaria no funcionaría sin una política económica común o una transición hacia una comunidad de solidaridad. Se obviaron tales advertencias a sabiendas de que bajo esas circunstancias no habría unión monetaria. Pero, lo que entonces era una opción, ahora se ha convertido en un estado de cosas irremediable.

Considero que entre las tres posibilidades propuestas sólo tiene sentido un camino intermedio. Un Estado arriesgaría la riqueza del pluralismo europeo, pero, sobre todo, no satisfaría las demandas de legitimidad; me temo que el ciudadano europeo se sentiría todavía más alejado que en el sistema actual. Una mera comunidad económica ignoraría el hecho de que toda decisión económica tiene implicaciones políticas; además, muchas tareas antaño realizadas por los Estados, hoy no encuentran la solución adecuada a ese nivel.

Por el contrario, aumenta el abismo entre el radio de acción de los actores privados globales y el de la política. Esta brecha sólo es reducible a través de la internacionalización del poder público. En este sentido, la Unión, pese a su dimensión regional, es un paso efectivo y de futuro. Y ahí reside uno de los puntos esenciales para mantener la integración: tiene fuerza persuasiva y va más allá de las razones fundacionales. La tarea, por tanto, consiste en mejorar la Unión tal como es. Concretamente postulo tres propuestas.

(1) Debe acercarse a la ciudadanía la imprescindible legitimidad autónoma de la Unión, articulada a través del Parlamento europeo. El medio para ello es la europeización de los partidos políticos y de las elecciones al Parlamento europeo. Los partidos europeizados podrían, a diferencia de los nacionales, entrar en contacto con una sociedad europea y modular antes de las elecciones los intereses nacionales a través de los programas electorales europeos, dando así

a los electores la oportunidad de decidir sobre política europea y no sólo sobre política nacional.

(2) Se han de establecer reglas claras sobre la intensidad de la integración. Las estructuras actuales no ofrecen una protección suficiente ante la paulatina pérdida de las competencias de los Estados miembros y el principio de subsidiariedad se ha demostrado inefectivo, además de difícilmente justificable. Actualmente, el mandato de los Tratados de alcanzar y mantener un mercado común es un palanca para socavar las competencias de los Estados miembros, pues en cualquier norma de estos aparece un obstáculo al mercado.

El medio adecuado para contener la fuerza expansiva de Europa es la sustitución de un criterio finalista por otro de reparto de competencias por materias, que a día de hoy sólo existe para las competencias exclusivas de la Unión. Esta técnica, habitual en los Estados federales, conservaría ciertos ámbitos políticos bajo la responsabilidad de los Estados miembros, por más que supusiese un retroceso del mercado común.

(3) La débil legitimidad de la Unión se debe en gran medida a la despolitización y a la independencia de las instancias administrativas y judiciales frente a los procesos democráticos de los Estados miembros y de la propia Unión. Por tanto es necesaria una repolitización de las decisiones que tienen considerables implicaciones. El medio es el regreso de los Tratados constitucionalizados a una dimensión constitucionalmente funcional.

Se habrá comprendido que no se pretende abandonar la constitucionalización, sino evitar algunas de sus consecuencias. Puesto que están constitucionalizados, los Tratados deben tener la forma de una Constitución: han de fijar los objetivos, los órganos, las competencias, los procedimientos y los derechos fundamentales, mientras que todas las disposiciones sobre las políticas han de bajar al escalón del derecho secundario.

Esta medida no quita al Tribunal de Justicia su competencia para aplicar el derecho de la Unión. Sólo perdería el carácter intocable del que se ha dotado a sí mismo a través de esa constitucionalización. Las instituciones políticas de la Unión –Consejo y Parlamento– ganarían, mediante la función legislativa, la posibilidad de desprogramar para el futuro la jurisprudencia del Tribunal cuando considerasen que su interpretación se ha separado de las intenciones de los fundadores o conlleva consecuencias perjudiciales.

No ha de temerse un retroceso en la integración. Surgirán para la Unión nuevas tareas, ya que en el plano nacional no se puede atender con éxito a las consecuencias de la acción política de otros Estados, de modo que tales externalidades de la política

nacional sólo pueden afrontarse a nivel europeo. En definitiva, la Unión será necesaria porque siguen creciendo los problemas que son insolubles a nivel nacional. Esto conlleva a su vez una mayor necesidad de legitimidad. No parece que vaya a tener éxito la idea de que el vínculo del ciudadano con su Estado se dirija directamente a la Unión. Más bien, la ganancia de legitimidad pasa por una autolimitación de la Unión.

¿Cuáles son las posibilidades de éxito de estas propuestas? En términos jurídicos no hay grandes dificultades. Lo más fácil es la europeización de las elecciones porque no requieren una reforma de los Tratados. Simplemente sería necesario una regulación común de las elecciones europeas tal y como fue prevista por el Tratado de Lisboa. Por el contrario, la realización de las propuestas 2 y 3 sí necesitarían una reforma de los Tratados. La reforma para la propuesta 3 sería sencilla porque, a diferencia de la 2, no requiere cambios materiales. Bastaría con un precepto que habilitase la modificación mediante derecho secundario de las disposiciones del Tratado relativas a las políticas de la Unión.

Las dificultades políticas son mayores debido al potencial conflicto y las necesidades de consenso. Aunque los Estados miembros han logrado un acuerdo de principio sobre el derecho electoral europeo, no es un terreno libre de conflictos. La propuesta 2 tendría que luchar contra una oposición política directa, pues limita al menos puntualmente el proceso de integración. Aunque en verdad la necesidad de una contención del trasvase competencial ha sido aceptada en esencia por todos los Estados miembros a través del reconocimiento de la subsidiariedad.

La propuesta 3 no conllevaría ninguna modificación del contenido de los Tratados, pero es la que mayores dificultades políticas tendría. Ni siquiera se mencionó en la convención constitucional. Ni en el espacio público ni en el espacio de la política se ha tomado conciencia de los costes para la legitimidad que implica la constitucionalización de los Tratados. Sin embargo, las pocas posibilidades de éxito no son razón para callar. Existen caminos para superar la crisis de legitimidad; sólo falta voluntad política.

Resumen

Este trabajo aborda la crisis de legitimidad política de la Unión. Para ello recuerda cuáles fueron las bases de legitimidad en los orígenes (básicamente evitar el conflicto bélico) y cómo esas bases han desaparecido con el tiempo. A continuación pone en cuestión el reforzamiento de los poderes parlamentarios como solución a esta crisis y a la vez señala que la razón de la crisis está en la hiper constitucionalización, y es en esos puntos dónde deberían buscarse las soluciones.

Palabras Clave

Crisis de legitimidad, poderes del parlamento, hiper constitucionalización

Abstract

This work addresses the crisis of political legitimacy of the Union. On this vein, he remembers the bases of legitimacy in the origins of the European project (basically avoiding the war conflict) and how those bases have disappeared over time. After that, the paper questions the strengthening of parliamentary powers as a solution to this crisis. At the same time indicates that the reason for the crisis lies in hyper-constitutionalization and it is here where solutions should be sought.

Keywords

Political legitimacy crisis, parliamentary powers, hyper-constitutionalization.

Recibido: 4 de abril 2018

Aceptado: 15 de abril de 2018



Noticias de libros





**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN AMÉRICA Y
EUROPA, MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA Y
GERMÁN M. TERUEL LOZANO, JORUÁ EDITORA,
VILA NOVA DE GAIA/PORTO (PORTUGAL),
2017, ISBN V. IMPRESA: 978853627277-1 E ISBN V.
DIGITAL: 978853627327-3, 2017, 380 PÁGINAS**
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
Prof. Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

Bajo el título «La libertad de expresión en América y Europa», los Profesores Presno Linera y Teruel Lozano nos presentan un impresionante trabajo que va más allá del estricto interés jurídico, tanto a nivel científico como práctico, para desplegarse como auténtica declaración de intenciones; incluso, como manifestación misma de la libertad de expresión (y no sólo en su vertiente de creación científica y de cátedra)¹. Y es que el discurso constitucional y político de la obra supera su relevancia jurídica, asumiendo un carácter combativo al respecto de la realidad jurídica asfixiante en la que malvive la libertad de expresión hoy en España². Se reivindica así la libertad de expresión como elemento identitario e imprescindible de una democracia que se pretende pluralista, y que se reinterpreta y desarrolla dialécticamente desde el contexto cultural compartido que suponen las democracias constitucionales³; y por ello, claro, la articulación del libro des-

1 Apartado a) del art. 20.1 CE, ante los b) y c) del mismo.

2 Sin más, la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2018, en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*.

3 Al respecto de esta perspectiva, *cf.* P. HÄBERLE: *Teoría de la constitución como ciencia de la*

de el método comparado⁴, a fin de enmarcar y contrastar constitucionalmente nuestro sistema democrático en relación con la evolución de la libertad de expresión en América y en Europa (el Consejo de Europa), para luego progresar en su vigente contextualización virtual que supone la sociedad digital⁵.

Gran acierto, de este modo, de David Vallespín Pérez y Argelia Queralt Jiménez, quienes dirigen y coordinan (respectivamente) la «Colección Derecho Constitucional» («Teoría y práctica») en la que la editorial Juruá (Brasil/Portugal) viene a publicar este gran trabajo en calidad y extensión de Miguel Ángel Presno Linera y Germán M. Teruel Lozano; no en vano, se supera con creces las pretensiones de ofrecer un análisis científico-jurídico, a la par que abierto a la práctica del Derecho y al lector interesado. El estilo sencillo, y en gran parte expositivo de pronunciamientos jurisdiccionales, de *leading cases* (Tribunal Supremo norteamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español) con los que reconstruir la libertad de expresión desde la tópica y el Derecho comparado, llevan de la mano al lector a las diversas formas en las que la libertad de expresión ha venido expresándose en América (Estados Unidos, Cap. 1, y la Organización de Estados Americanos, Cap. 2) y Europa (el Consejo de Europa, Cap. 3, y España, Cap. 4), para arribar luego (conforme se ha adelantado) a sus nuevas manifestaciones globales al hilo del progreso informático que supone Internet y las redes sociales (Epílogo)⁶; y al amparo de dicho estudio comparado, jurisprudencial y crítico (en no pocos casos)⁷, la selección y reproducción (parcial) de algunas de las Sentencias más relevantes y comentadas a lo largo del volumen⁸.

cultura, E. Mikunda Franco (trad.), Tecnos, Madrid, 2000; y *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, E. Mikunda Franco (trad.), Tecnos, Madrid, 2002.

4 Nuevamente P. HÄBERLE, pero ahora *El Estado constitucional*, H. Fix-Fierro (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 162 y ss.

5 Sobre los nuevos cambios sociales que se aprecian, *vid.* S. RODOTÀ, *Tecnopolítica (La democracia y las nuevas tecnologías de la comunicación)*, P. Pausterenzi (trad.), Editorial Losada, Buenos Aires, 1999.

6 Sin perjuicio de asumir como conjunto el trabajo final, el Prof. Presno Linera ha redactado los Caps. 1, 2 y 3, salvo los apartados 1.2.I (Cap. 1), y 3.6 y 3.7 (Cap. 3), a cargo de Teruel Lozano (además del Cap. 4 y del Epílogo).

7 Pues los autores no se limitan a sistematizar, sin más, la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el mismo Tribunal Constitucional español, sino que también advierten cuestiones problemáticas y contradicciones en dichos desarrollos jurisprudenciales.

8 Asunto *New York Times Co. v. Sullivan* 376 US 254 (1964), pp. 217-228; Asunto *Texas v. Johnson* (1989) 491 US 397349, pp. 228-233; Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de

En cuanto al detalle de su contenido, el estudio comienza con los orígenes de la libertad de expresión como derecho fundamental en Estados Unidos (Cap. 1), para, una vez presentada ésta como auténtico «símbolo cultural» del sistema político norteamericano, de su misma concepción de democracia, proceder a su reconstrucción desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la compleja Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos⁹. Y a tales efectos, concretando en: el paso de la libertad de palabra a la libertad de expresión, en cuanto a derecho a decir lo que se piensa; su extensión además a la libertad de prensa y la prohibición de censura previa (y sus límites); el *bad tendency test* y el *clear and present danger test*, al respecto de la sanción penal de determinadas manifestaciones por conllevar un riesgo o peligro evidente e inmediato (de un lado, asuntos *Turner v. Williams*, de 16 de mayo de 1904, y *Patterson v. Colorado*, de 15 de abril de 1907; y de otro, ya, *Whitney v. California*, de 16 de mayo de 1927), así como la evolución de éste y la importancia del contexto en el que se emiten las expresiones (asuntos *Watts v. United States*, de 21 de abril de 1969, o *Rankin v. McPherson*, de 24 de junio de 1987); la inclusión de conductas expresivas y al respecto de símbolos nacionales como libertad

1985, La colegiación obligatoria de periodista (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el Gobierno de Costa Rica, pp. 234-247; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso «*La Última Tentación de Cristo*» (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001351, pp. 247-254; Asunto *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, pp. 254-264; Asunto *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986, pp. 265-271; Asunto *Otegui Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, pp. 272-280; Asunto *Ahmet Yildirim contra Turquía*, de 18 de diciembre de 2012; pp. 280-290; Asunto *M^aBala M^aBala c. Francia*, de 10 de noviembre de 2015, pp. 290-296; STC 6/1981, de 16 de marzo, pp. 296-300; STC 159/1986, de 16 de diciembre, pp. 300-305; STC 6/1988, de 21 de enero, pp. 305-317; STC 105/1990, de 6 de junio, pp. 317-326; STC 115/2000, de 5 de mayo, pp. 327-336; y STC 235/2007, de 7 de noviembre, pp. 336-364. Con todo, particular interés nos supone la reproducción de la falsa entrevista que diera lugar al Asunto *Hustler Magazine v. Falwell*, de 24 de febrero de 1988, del Tribunal Supremos norteamericano (pp. 45-47). Y al hilo de esta selección, el reconocimiento paralelo de la labor de diversas instancias jurisdiccionales de distinta naturaleza y alcance, mas con el elemento común no sólo de garantizar derechos (en cuanto que auténticos tribunales), sino de venir a limitar el ejercicio del poder de los Estados al respecto de las personas y sus derechos y libertades (en especial, la libertad de expresión en estas páginas), y por tanto en cuanto que manifestación, en mayor o menor grado, de la jurisdicción constitucional hoy; en esta perspectiva, *cf.* E. GUILLÉN LÓPEZ, «Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho constitucional europeo» (en prensa).

9 «El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios».

de expresión (cómo no, la quema de la bandera norteamericana y los asuntos *Texas v. Johnson*, de 21 de junio de 1989, y *United States v. Eichman*, de 11 de junio de 1990); el análisis específico del asunto *New York Times v. Sullivan* (de 9 de marzo de 1964), y la constitucionalización del régimen jurídico del libelo (al contener expresiones infamantes o denigrantes contra una o varias personas); el alcance de la libertad de expresión en relación con empleados y personajes públicos¹⁰, además del debate abierto durante las campañas electorales (en tono crítico)¹¹; la libertad de expresión y el discurso del odio, como incitación a la violencia (y dando lugar a una amenaza real)¹²; la delimitación de qué sea «foro público» (tradicional, habilitado y limitado) al respecto de la libertad de expresión y, así como el alcance del «discurso gubernamental»; la extensión constitucional del «discurso comercial», y la articulación del *Central Hudson test* (o «*four prong test*»), desde la libertad de información (asunto *Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission*, de 22 de junio de 1980); el desarrollo de la libertad de expresión, y su ejercicio, a través de Internet (ya, asunto *Reno v. ACLU*, de 26 de junio de 1997) y las redes sociales (especialmente, asunto *Packingham v. North Carolina*, de 19 de junio de 2017); los límites a la libertad de expresión en el contexto de la lucha contra el terrorismo, y en especial el asunto *Holder v. Humanitarian Law Project*, de 21 de junio de 2010; y ya a modo de conclusión, la identificación de las corrientes «liberal», «republicana» y «libertaria» en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de libertad de expresión¹³.

Como segunda parte del trabajo (Cap. 2), pero todavía en el ámbito geográfico americano (que no exclusivamente cultural), viene a estudiarse la libertad de expresión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su desarrollo en la

10 E incluyéndose en este apartado el comentario del referido asunto *Hustler Magazine v. Falwell*.

11 En particular, al respecto de la permisividad jurisprudencial sobre la participación de empresas y corporaciones en el debate electoral (asuntos *Buckley v. Valeo*, de 30 de enero de 1976, y *Citizens United v. Federal Election Commission*, de 21 de enero de 2010).

12 Y dejando fuera de tal discurso el meramente degradante de la persona y su dignidad, por odioso que nos resulte (cfr. asunto *Matal, Interim Director, United States Patent and Trademark Office v. Tam*, de 19 de junio de 2017).

13 Concepciones sobre la libertad de expresión que en buena medida (y sobre todo las dos primeras), vienen a su vez a conectar con diversas formas de entender la misma democracia; al respecto, vid. J. HABERMAS, «Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana», J. González Amuchastegui (trad.), *Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas)*, núm. 3, 1994, pp. 215 y ss.

jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁴; y ello, además, desde una perspectiva más compleja, a tenor de cómo la Corte viene en no pocos asuntos a fundamentar una indivisibilidad e interdependencia de los derechos y las libertades en su conjunto, de modo que la vulneración de unos suponga o conlleve la de otros¹⁵. De manera más concreta (y en líneas generales siguiendo los tópicos ya marcados en el Cap. 1), se especifica ahora en el grado de reconocimiento que de la libertad de expresión se da en la Convención, así como de la prohibición de censura previa (art. 13)¹⁶, según

14 Decimos «en el ámbito geográfico americano (que no exclusivamente cultural)», a tenor de la reiterada invocación por la Corte Interamericana de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (según se recoge en la obra), y por más que tales sentencias, a su vez, conecten con previos pronunciamientos del Tribunal Supremo norteamericano (asimismo recogidas). De este modo se viene a mostrar cómo el Derecho hoy, y en especial en materia de derechos humanos, tiende a cierta globalización positiva a tenor del proceso dialéctico y dinámico que de influencias mutuas (y desde el Derecho comparado) se produce, dado el contacto sustantivo y cultural que de dicho proceso se da; al respecto, *cf.* J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización», *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 2, 2014, p. 89.

15 P. e., sobre tales categorías en el constitucionalismo iberoamericano, *vid.* J. CARPIZO, «Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características», *Cuestiones Constitucionales (Boletín Mexicano de Derecho Constitucional)*, núm. 25, 2011, pp. 23-24; y de manera más amplia, L. D. VÁZQUEZ y S. SERRANO, «Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica», en AA.VV. *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pp. 135 y ss.

16 «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio na-

la jurisprudencia de la Corte Interamericana (en especial, extensa y respectivamente, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, y asunto *La última Tentación de Cristo –Olmedo Busto y otros– vs. Chile*, de 5 de febrero de 2001); la extensión de la libertad de expresión al respecto de los empleados y los personajes públicos, además de en ocasión de las campañas electorales (y siguiendo al TEDH, asunto *Ricardo Canese vs. Paraguay*, de 31 de agosto de 2004); la exclusión expresa del discurso del odio en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13.5); de manera muy interesante y original (desde la interdependencia de los derechos, según se ha adelantado), el reconocimiento por la Corte Interamericana de la vulneración de la libertad de expresión de los opositores políticos y de las personas desaparecidas (por todos, el caso *García y familiares vs. Guatemala*, de 29 de noviembre de 2012); cómo no, la libertad de expresión y su ejercicio a través de Internet; y para terminar (y de manera muy interesante e innovadora)¹⁷, las posibles reparaciones que se han previsto con ocasión del reconocimiento de la vulneración de la libertad de expresión en el marco interamericano¹⁸.

Sobre la libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 10)¹⁹ y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al

cional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional».

17 Con carácter general, sobre el alcance del sistema de reparación de derechos y libertades establecido por la Corte Interamericana, *vid.* Z. L. BECERRA BECERRA, «Algunas consideraciones en torno al modelo de reparaciones en el sistema interamericano de derechos humanos», *Dereito (Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela)*, vol. 23, núm. 2, 2014, pp. 57 y ss.

18 P. e.: la garantía de goce del derecho conculcado; la reparación económica de daños materiales e inmateriales; modificación de ordenamientos nacionales; entrega de información; publicación de libro y devolución de materiales; anulación de sentencias; capacitación de autoridades y agentes públicos; publicación de sentencias; y reconocimiento público de responsabilidades por los propios Estados.

19 «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la

respecto (Cap. 3), y desde la particular dimensión constitucional que para el sistema español de los derechos fundamentales y las libertades públicas supone dicho Convenio y la jurisprudencia del Tribunal (a tenor del artículo 10.2 CE)²⁰, es que se insista en la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas (asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976), para concretar luego en: la titularidad del derecho a la libertad de expresión, en cuanto que persona; el alcance material de la libertad de expresión, en tanto que libertad de comunicar y recibir información, otros derechos implícitos (como la libertad artística y el secreto profesional) y la creación de medios audiovisuales; las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, especificando en los fines que justifican la imposición de tales límites, los tipos de injerencias y el principio de proporcionalidad y, claro, la consideración como injerencias en la libertad de expresión «necesarias» en una sociedad democrática (p. e., casos *Hertel c. Suiza*, de 25 de agosto de 1998; *Delfi AS c. Estonia*, de 16 de junio de 2015, o *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index.Hu ZRT c. Hungría*, de 2 de febrero de 2016); cómo no, y específicamente, la libertad de información y la censura previa (aun cuando no tiene reconocimiento expreso en el art. 10); el «discurso del odio» (casos *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006, *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, *Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia*, de 14 de marzo de 2013, y *Perinçek c. Suiza*, de 15 de octubre de 2015) y otros discursos extremos como límites a la libertad de expresión (casos como *Vajnai c. Hungría*, de 8 de julio de 2008, y *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011,); la libertad de expresión y el debate político, así como la crítica a los cargos públicos (especialmente, caso *Eon c. Francia*, de 14 de marzo de 2013); la libertad de expresión al respecto de conductas expresivas y los símbolos nacionales (entre otras, *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c. Moldavia*, de 2 febrero 2010)²¹; el «discurso comercial»; también, la libertad de expresión y su ejercicio a través de Internet y las redes sociales (por supuesto, el muy relevante caso *Ahmet Yildirim c. Turquía*, de 18 de diciembre de 2012); y una breve conclusión sobre la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

20 P. e., A. SAIZ ARNAIZ, «La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)», en AA.VV. *Protección multinivel de derechos humanos (Manual)*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2012, pp. 47 y ss.

21 Y al tiempo, y condenando a España, el referido asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*.

Como cuarta parte del libro se arriba por fin a la libertad de expresión en el sistema constitucional español, de acuerdo siempre a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cap. 4), y comenzando por una aproximación general a la garantía de la comunicación libre en nuestra Constitución (art. 20)²², para precisar luego en: la libertad de expresión *stricto sensu*, u opinión (art. 20.1.a y STC 104/1986, de 13 de agosto); la libertad de información y el derecho a recibir informaciones (art. 20.1.d), con particular referencia a la protección de los profesionales de la información; la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y la libertad de cátedra (arts. 20.1, letras b y c); la publicidad como forma de expresión comercial; la protección de las libertades de expresión y de información en el debate político; otros derechos relacionados con la comunicación libre, como son el derecho a la creación de medios de comunicación y el derecho de rectificación; las garantías constitucionales de las libertades de expresión y de información, de acuerdo al sistema de protección de los derechos fundamentales en la Constitución española, y detallando luego en sus garantías específicas a nivel jurídico (la prohibición de censura previa y la reserva de jurisdicción para el secuestro de publicaciones) y político (la participación de los ciudadanos y el control parlamentario de los medios de comunicación públicos); y la limitación de las libertades de expresión y de información, tanto al respecto del apartado 4.º del artículo 20 de la Constitución

22 «1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial».

(y su desarrollo legislativo), como de otras colisiones típicas y los cánones de enjuiciamiento que se han definido al tiempo por la jurisprudencia constitucional (con específica referencia a la muy polémica STC 177/2015, de 22 de julio)²³.

Y ya como Epílogo de la obra (pues conecta con el análisis previo desarrollado en la misma), un estudio genérico sobre la libertad de expresión en la sociedad digital, para lo que se concreta en: la evolución de la comunicación al hilo de la sociedad digital, el Internet y la revolución tecnológica; el fundamento y la eficacia del derecho a la comunicación en la llamada *Era digital*; cómo no, la «selva» de Internet y los límites a la libertad de expresión, especificando en sus restricciones ante contenidos nocivos e ilícitos; y para terminar, la necesaria salvaguarda del pluralismo en la sociedad digital. Y ello, ahora, desde una construcción dialéctica y comparada de la anterior jurisprudencia presentada en torno a la libertad de expresión al respecto de la redes e Internet (Caps. 1 a 4), en cuanto que manifestación prototípica del Derecho y de los derechos al hilo de la globalización y de una tecnología globalizada y globalizante²⁴; del reto que para la democracia (y el Derecho constitucional) va a suponer la libertad de expresión en una nueva ágora digital tan virtual y artificial, como novedosa, prometedora y peligrosa²⁵.

Con todo, el mayor logro de este trabajo es el mostrarnos un derecho, el de la libertad de expresión, como lucha *viva* por y a través de ella (según se advierte en los casos que originan las Sentencias que se comentan). No en vano, los derechos se alcanzan por conquista prolongada de los ciudadanos ante los poderes, y de esta forma que la edad de los derechos, de la que nos hablara Bobbio²⁶, no sea sino el tiempo de la lucha por los mismos²⁷. Ahora bien, una lucha en la que, al margen de las nuevas

23 Y nuevamente, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, y en el que el TEDH viene a condenar al Estado español en dicho caso.

24 Cf. J. F. SÁNCHEZ BARRILAO: sobre los cambios del Derecho constitucional a la sombra del desarrollo informático, «El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional», *Estudios de Deusto (Revista de la Universidad de Deusto)*, vol. 64, núm. 2, 2016, pp. 225 y ss.; y acerca de la estrecha relación entre globalización y la informática, «Los fundamentos del "progreso informático" en la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 98, 2017, pp. 335 y ss.

25 Y tras el escándalo de Facebook y Cambridge Analytica, así como de la irrupción de la posverdad en el debate público, *vid.* nuevamente J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora «El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad» (en prensa).

26 N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992.

27 Inicialmente, claro, R. VON IHERING, *La lucha por el Derecho*, A. Posada (trad.), Civitas, Madrid, 1985; y al tiempo, cómo no, S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, José Manuel Revuelta (trad.), Trotta, Madrid, 2014.

realidades en las que quepan éstos desarrollarse (como es la sociedad digital)²⁸, no cabe garantizarse nunca su definitiva supervivencia (por más que constitucionalmente ésta se reclame)²⁹, ante la constante contienda con la que el poder somete a la libertad. Y ello no sólo respecto del Estado de Derecho, sino del propio Estado democrático-pluralista, tal como se ha venido identificando en la jurisprudencia comparada analizada por los Profesores Presno Linera y Teruel Lozano. El conflicto, recordemos, es connatural a la misma libertad de expresión, como al juego entre mayoría y minorías, y así a la propia democracia constitucional. Pero es más, pues es tal la proyección del conflicto que genera la libertad de expresión, que parecería haberse perdido por el camino la función garantista que de los derechos fundamentales ha de desarrollar la jurisdicción en los vigentes sistemas constitucionales, por cuanto que nueva y meramente circunscrita hoy en no pocos casos a la mera resolución liberal del conflicto³⁰. Y es que, más importante que garantizar la resolución del conflicto, pacificándolo, es garantizar la posibilidad misma del conflicto entre unos y otros, en cuanto que sustrato democrático; incluso, de ese «mercado de las ideas» del que hablara el Juez Holmes³¹: sin reducirse la democracia pluralista a mero mercado (en esa tendencia tan liberal norteamericana), lo cierto es que la competencia y dialéctica ideológica que genera la libertad de expresión conlleva discusión pública. Y sin ésta no hay democracia³².

Para terminar, volvemos a insistir en la valentía mostrada por Miguel Ángel Presno Linera y Germán M. Teruel Lozano ante la crisis que de la libertad de expresión padecemos hoy en España, con la que, a pesar de la explosión virtual y digital de la comunicación (como de reclamación de participación política)³³, se corre el

28 P. e., J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «Sobre *youtubers* y la neutralidad de Internet», en AA. VV. *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital (Internet, redes sociales y comunicación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 195 y ss.

29 Así, P. HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, I. Gutiérrez Gutiérrez (trad.), Trotta, Madrid, 1998.

30 Sobre las transformaciones de la función jurisdiccional propia del Estado liberal, en tanto que limitada a resolver conflictos privados y aplicar el Derecho penal, al Estado constitucional de Derecho, en cuanto que garantía ahora de los derechos en conflicto, *vid.* J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 41-44 (especialmente), y 65 y ss.

31 Por primera vez, en su voto particular en el asunto *Schenck v. United States*, de 3 de marzo de 1919.

32 Otra cosa es, claro, la calidad y trascendencia de tal debate a tenor de los contenidos que se viertan a través de la libertad de expresión.

33 P. e., y al hilo del 15-M, E. GUILLÉN LÓPEZ, «Las enseñanzas del 15-M (El léxico consti-

serio riesgo de que el miedo acabe por autocensurar mensajes alternativos al sentir de unos y otros. Una valentía (ante ese miedo), eso sí, arropada científicamente con un discurso jurídico sólido, coherente y sencillo (que no simple); y un discurso que es constitucional no sólo por su objeto y forma, sino por su fin, en cuanto que revitalizante de una libertad en constante pugna con los poderes públicos y privados³⁴. Un trabajo, por tanto, magnífico por lo que científicamente demuestra, como por lo que constitucionalmente quiere ser.

Resumen

En esta recensión se da cuenta del libro La libertad de expresión en América y Europa obra de los profesores Miguel Presno y Germán Teruel. En la noticia de libro se exponen las principales conclusiones del libro, repasando críticamente su análisis sobre la protección de la libertad de expresión en los Estados Unidos, la Organización de Estados Americanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español. La recensión atiende además al último capítulo en el que se estudia la libertad de expresión al hilo del progreso informático.

Palabras Clave

Libertad de expresión, EE.UU., OEA, CEDH, Tribunal Constitucional español, progreso científico.

Abstract

This review goes through the book Freedom of Expression in America and Europe, written by professors Miguel Presno and Germán Teruel. The review highlights the main conclusions of the book, reviewing critically his analysis on the protection of freedom of expression in the United States, the Organization of American States, the European Convention on Human Rights and the Spanish Constitutional Court. The recension also attends to the last chapter in which freedom of expression is analyzed under the light of scientific progress.

Keywords

Freedom of expression, USA, OEA, ECHR, Spanish Constitutional Court, scientific progress.

Recibido: 20 de mayo de 2018

Aceptado: 5 de junio de 2018

tucional frente a la crisis de legitimidad)», en AA.VV. *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*, Comares, Granada, 2014, pp. 1 y ss.

34 Sobre el constitucionalismo todavía como comprensión limitativa del poder, *cfr.*, entre otros, A. PACE, «Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI», A. de la Iglesia Chamorro (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004, pp. 161 y ss.



**SOCIEDAD DEMOCRÁTICA Y CONSTITUCIÓN.
(ESTUDIOS Y CABOS SUELTOS), ÓSCAR ALZAGA
VILLAAMIL, MARCIAL PONS, 2018, 512 PÁGINAS**

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO

Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. El lector y la obra.
- II. El pensamiento del autor.

I. EL LECTOR Y LA OBRA

«Mi sueño ha durado ya setenta años. Al fin y al cabo, al recordarse, no hay persona que no se encuentre consigo misma. Es lo que nos está pasando ahora, salvo que somos dos. ¿No querés saber algo de mi pasado, que es el porvenir que te espera?» Con estas palabras Jorge Luis Borges trata de calmar la zozobra de un joven que sorpresivamente encuentra en un banco a la orilla de un río. En el cuento «El otro», (*El Libro de Arena*, 1975) Borges conversa con Borges, no reflexiona, sino que trata de anticipar sentimientos de su joven interlocutor, que no es otro que él mismo, décadas más joven.

A simple vista Óscar Alzaga Villaamil realiza en *Sociedad democrática y Constitución* (2018) una recopilación de su obra. Una cuidadosa selección de artículos, conferencias, informes jurídicos (entre los que se encuentra el inédito estudio-propuesta para una nueva ley electoral en España de 1974 y la célebre *adenda* –bien conocida y aplaudida entre los profesores y profesoras universitarios, pero curiosamente también inédita– al informe sobre «Propuestas para la reforma y mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español» de 2013) cartas, presentaciones, fragmentos de monografías y notas breves que el autor denomina «cabos sueltos» (pp. 507-510). Pero no se trata de un mero inventario cronológico. El Profesor Alzaga recupera en esta obra estudios y escritos en los que hace conversar al pasado y al presente, y al hacerlo también dialoga con varias generaciones de constitucionalistas y politólogos, trazando líneas que nos sitúan en el ahora a través de la memoria de los escritos de juventud, el aná-

lisis de la historia jurídico política española y el proceso constituyente vivido en primera persona.

El profesor Alzaga habla, especialmente, a los jóvenes y las jóvenes constitucionalistas. La obra tiene ese claro objetivo que el propio profesor revela en la Presentación (p. 18). Se trata, esa es la sensación desde la primera página hasta la última, de la constatación del constitucionalismo como diálogo intergeneracional en forma de magisterio y experiencia constituyente. Como el propio profesor indica, «[e]l científico de la política y el Derecho constitucional siempre está presente de alguna forma en el espectáculo que observa, hay que reconocer que el profesor de Derecho político que tiene la rara suerte de ser lo que los clásicos llamaban "padre constituyente", goza de una oportunidad de estudio y de reflexión en directo que es sencillamente impagable (...) los análisis que se formulan desde muy lejos merman mucho en el transporte» (p. 231). Por ello este libro tiene un valor añadido a cualquier obra constitucional. Es una conversación desde la experiencia.

El diálogo intergeneracional se compone así de lo que me gustaría llamar «lecciones», construidas sobre las bases sólidas de un estudio científico doctrinal, jurisprudencial e histórico del constitucionalismo español, pero especialmente de la experiencia personal. Lecciones que tratan los grandes pilares de la materia que, sin ánimo de enumerar el índice, podríamos agrupar en los siguientes bloques:

- A) Historia jurídico política, de la que se extraen valiosas enseñanzas en una mezcla de comparación, autenticidad y continuidad histórica en el constitucionalismo español, la evolución del poder judicial y el primer movimiento de democracia cristiana en las postrimerías de la restauración; continuidad que podríamos resumir con el discurso de Argüelles sobre la Constitución doceañista que recupera el profesor Alzaga: «nada ofrece que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de legislación española» (p. 110). Llama especialmente la atención el análisis minucioso sobre la configuración del poder judicial en la Constitución de 1812, subrayando la autenticidad y saber hacer de aquel constituyente. Un tema inédito a pesar de sus doscientos años de bagaje.
- B) Escritos previos a la transición, como el anteproyecto de ley electoral de 1974, o los escritos de la primera etapa profesoral; estudios científicos que atestiguan su compromiso democrático en la lucha antifranquista desde 1962 hasta 1975 (compromiso que, como él mismo comenta a Gregorio Peces-Barba en la carta incluida en esta obra, le valió a Alzaga ser el único profesor universitario confinado en el Estado de excepción de 1969 –p. 158–).

- C) Teoría del Estado y soberanía, con un esclarecedor prólogo a la obra de Hauriou y crítica al peligroso fundamento de la «razón de Estado». No en vano, el compromiso y pensamiento de Alzaga le hace preferir la construcción de nuestra rama del conocimiento sobre las bases del Derecho Político, en detrimento de la Teoría del Estado.
- D) Proceso constituyente y Constitución, con impresiones en primera persona revalorizando el arte del consenso de la Transición («la mejor construcción política española del siglo XX») equilibradas con unas premonitorias «Últimas reflexiones sobre una constitución madura (2004)» en las que avanza, ante la inminente Constitución europea, la necesidad de actualización del texto constituyente en materias como el equilibrio presupuestario o el lapidario planteamiento inserto en la «memoria histórica» que, como realiza a lo largo de toda la obra, le hace volver la mirada hacia atrás para mirar el porvenir: «¿pudo acometerse la Transición sobre una base distinta a la de un gran olvido que facilitase la reconciliación? (p. 240)».
- E) La interpretación constitucional, basada en el prólogo de los célebres «Comentarios a la Constitución española de 1978» dirigidos por el propio autor, refugio de los jóvenes constitucionalistas ante la inmensidad de cualquier nuevo proyecto; ahondando, en la presentación al número uno de la Revista Teoría y Realidad constitucional, en una visión dinámica y aun dialéctica del constitucionalismo que debe huir de la ciencia especulativa (p. 267).
- F) Libertad de ciencia y enseñanza en la universidad, con críticas entonces (1967) y ahora a los ataques a la autonomía universitaria, la libertad de cátedra y la mercantilización universitaria.
- G) Fuentes del Derecho, donde analiza el principio de legalidad sobre la base de su valor democrático, y desde ahí, revalorizando el criterio formal (sobre el material) en la relación entre ley y ley orgánica, y los «residuos de soberanía» de la época liberal que subyacen en los reglamentos parlamentarios (p. 362).
- H) Constitucionalismo económico (2013), en el que, desde el realismo científico, analiza la reforma constitucional de 2011 y abre multitud de interrogantes a favor de una mayor integración europea planteada, ahora, en términos norte-sur.
- I) Jurisdicción constitucional, abordando la problemática de la elección de los magistrados del TC («la sustitución de la filosofía del consenso por la más pragmática de las cuotas» p. 457) desde una visión realista que reivin-

dica, dentro del texto constitucional, la distinción de funciones entre el legislador constituyente y el juez constitucional, los problemas de la mutación constitucional pretoriana como consecuencia de la falta de concordia política y renovación del consenso constituyente.

La obra finaliza con tres apartados que consideramos oportuno encuadrar en una última lección de presente que inquieta con preguntas de futuro: J) el desregularizado sistema de partidos políticos en España y la radicalización ideológica, la dinámica de no reforma de la Constitución (como toma de tierra jurídica) y los denominados «cabos sueltos» (que juzgamos no tan sueltos) que apuntan a los problemas de corrupción política y el papel de los medios de comunicación social.

El análisis del contenido de la obra desprende una verdadera intención de magisterio basada en la experiencia. De aquí, que su lectura por un joven constitucionalista, encuadre sus escritos como «lecciones».

II. EL PENSAMIENTO DEL AUTOR

La obra distingue un método de aproximación continuado hacia el objeto de análisis que otorga a este libro un sentido unitario. En nuestra opinión merece la pena destacar tres grandes pilares del pensamiento del autor que recorren todos sus capítulos: el legado del realismo científico, su compromiso y activismo político, y la comprensión de la concordia como finalidad de la democracia constitucional.

1. El realismo científico

Desde el primer capítulo la obra defiende la visión realista del Derecho Constitucional. Las primeras páginas se componen de la ratificación del método que llega a los nuevos estudiosos y estudiosas de Derecho Constitucional pues, como repite en varios capítulos, parafraseando a Toynbee «al historiador no se le puede prohibir que tenga ideología, aunque lo debe anunciar en el prólogo de su obra». Su apuesta por el «realismo científico» es plenamente coherente con su histórico empeño «en dar alguna que otra batalla, perdidísima como la de Guadalete, por recuperar el viejo y castizo rótulo de Derecho político» (p. 267, Razón de ser de una Revista académica que cabalgue a lomos de la Teoría y de la Realidad constitucional), una «expresión con solera a cuyo amparo cabe construir un Derecho constitucional» (p. 29) pero criticando a un tiempo el «totum revolutum» que en su momento albergó la materia.

Su ideología es un aviso contra el formalismo y la mera técnica jurídico-positivista que pudo invadir al Derecho político desde 1978 y, especialmente, en los

nuevos planes de estudio. Nos advierte que «se trata de construir nuestra asignatura desde el Derecho (...) pero no de espaldas a la realidad política que ha de normar; estudiar la norma al margen de su origen y fin no es sólo incurrir en el mero formalismo, sino garantizar una errónea, cuando no inútil, interpretación de la ley constitucional». Para el profesor Alzaga, el estudioso del Derecho político constitucional debe «profundizar en los problemas políticos que ejerzan un influjo sustancial en la vigencia de la normatividad que aspira a regir la actividad política» (p. 38). Pero, como es sabido, ello no elimina un ápice de objetividad y rigor científico en su trabajo como investigador y docente, sino que decanta, por un lado, el objeto de estudio en el «funcionamiento en la práctica de las instituciones reguladas in vitro en el texto constitucional» (p. 29); y por otro lado, en una apuesta (más bien necesidad realista) por el método interpretativo «valorativo», superando las tesis kelsenianas (que como Alzaga reconoce fueron superadas por el propio Kelsen) «de que el intérprete debe obviar toda tentación de asumir criterios ideológicos, históricos o valorativos y ha de limitarse a buscar respuesta dentro de las paredes del sistema jurídico (p. 258)».

El realismo científico y el método valorativo parten de la exigencia del buen jurista de compromiso político con los rasgos constitucionales de promoción y garantía de los derechos humanos (la dignidad humana, no es un mero concepto de técnica jurídica, Cfr., p. 67 y ss.). Estos rasgos, positivizados en los valores superiores del ordenamiento, parecen quedar sucintamente descritos en el capítulo II.III «Constitución y democracia»: 1. Consenso como garantía de las minorías y de su integración; 2. Limitación del poder como finalidad esencial de nuestra disciplina (desde este objetivo adquieren especial relevancia los estudios sobre la configuración histórica del poder judicial, la legislación electoral, la configuración de los partidos políticos, la autonomía universitaria, o sobre la jurisdicción constitucional desde un principio clave: la independencia respecto del poder) y la concepción del Estado como liberador y garante de los derechos en relación a las fuerzas privadas.

El realismo científico que nos lega el autor a los y las jóvenes constitucionalistas no es más que la consecuencia jurídica de su compromiso político con la democracia constitucional. Segundo pilar de su obra.

2. El compromiso y activismo político como consecuencia del estudio científico

En «Sociedad democrática y Constitución», Oscar Alzaga nos deja claro que se puede ser a un tiempo «hombre de estudio y hombre de acción» (tal y como predica del senador constituyente Carlos Ollero). Es usual encontrar en sus textos la afirma-

ción de Raymond Aron: «la reciprocidad entre conocimiento y acción es inmanente a la existencia misma del hombre histórico», y es coherente, pues como indica el autor, parafraseando a Rudolf Laun, «a un astrónomo puede perdonársele que no se ocupe de la política y que no tenga adoptada posición respecto a sus incidencias, pero sería ridículo que un profesor de derecho político careciera de convicciones propias en lo político».

Alzaga es plenamente coherente con sus convicciones, en repetidas ocasiones (como Toynbee) «anuncia en el prólogo de su obra» (en su visión del nuevo Derecho político y los escritos de juventud de los primeros capítulos) su compromiso con la democracia constitucional, y más aún, con el rol integrador que podría (y aun debería) jugar en la pretransición y transición la democracia cristiana. Los escritos de la primera etapa profesoral de los años 1968 y 1973, son la mejor muestra del constitucionalista demócrata valiente y comprometido que señala abiertamente la dificultad de entender la eticidad de los pronunciamientos de la dictadura (¡cotejándolos directamente con la encíclica *Populorum progressio* de Pablo VI! –pp. 46 y ss.–). Tal y como señala: «esta difícil y prolongada transformación de hombres y estructuras ¿desde qué plataforma política se puede abordar? ¿Cuál es el Estado más idóneo para promover el humanismo pleno, el desarrollo integral de todo hombre y de todos los hombres? [...] mantener en pie las paredes del Estado de Derecho [...] en que el pueblo participe realmente en los órganos de gobierno» (p. 54 y 55).

Pero su compromiso es esencialmente con la democracia constitucional pues, como se puede aprender de sus escritos, Alzaga es ante todo un activista moderado en pro de la integración y el consenso («el fetichismo de los fines [no] puede hacer olvidar la moral de los medios» –p. 47–, «pero el retardatario es también responsable de los destrozos» p. 50).

Es esta obra ante todo una reivindicación de la compatibilidad entre el activismo democrático (la lucha por la emancipación humana) y la concordia. Los escritos científicos combinados con la experiencia vivida en primera persona en la transición política española son, sin duda, el valor esencial de este libro. No en vano Alzaga rememora en varias ocasiones, como en la co-fundación de la revista Cuadernos para el diálogo, las palabras dedicadas por Joaquín Ruiz Giménez en la Editorial al primer número: «Sólo tres cualidades se exigen para lograr presencia activa en estas páginas: un mutuo respeto personal, una alerta sensibilidad para todos los valores que dan sentido y nobleza a la vida humana y un común afán de construir un mundo más libre, más solidario y más justo» (p. 157).

Es esencialmente la idea de respeto mutuo y el concepto de concordia los que conforman el tercer pilar transversal a todos los escritos de Alzaga presentes en esta

obra y es, sin duda, la clave para comprender desde su metodología realista su comprensión de la historia, la función del juez constitucional, pasando por las fuentes del Derecho.

3. La concordia y la integración política

Entre los escritos de la primera etapa profesoral se muestra un análisis, en los turbulentos años 70, sobre el desapego juvenil de la vida política. La solución, –si se le puede llamar así, pues Alzaga nunca parece taxativo en sus propuestas, sino que plantea cuestiones y abre el debate manteniendo siempre presente «al otro»– pasa por la integración social de la juventud en la vida política, basada en la necesaria educación cívica teórica (educación constitucional) acompañada de una educación política práctica. Como él mismo describe: «en la solidaridad integradora se han logrado muchas ocasiones a lo largo de la historia».

Desde la necesidad de integración y la búsqueda de la concordia se analiza incluso la historia constitucional española y su comprensión de la Constitución como elemento de integración social («los doceañistas se adelantaron a Smend» afirma –p. 79–). Se comprende su especial interés por la historia del Partido Social Popular en las postrimerías de la Restauración española (germen de la democracia cristiana) por su naturaleza interclasista como motor de integración social frente al turnismo. Su defensa del sistema proporcional en el estudio-propuesta para una nueva ley electoral en España de 1974, sus comentarios sobre el necesario reconocimiento legal de los partidos políticos nacionalistas vascos (también su crítica a la carencia de un representante de los nacionalistas vascos en la ponencia constituyente), el papel de las «agrupaciones intermedias» y los sistemas de partidos que deben permitir canalizar el pluralismo junto a los grupos de presión. Incluso desde el valor de la concordia se analiza el principio de legalidad, situando la publicidad y el diálogo como principio calificador de la ley.

La concordia aparece en el análisis de la justicia constitucional en España, e incluso en la justificación de la decisión de la STC 31/2010 de llevar al fallo la inconstitucionalidad del Preámbulo y el concepto «nación»: («es un pronunciamiento que desactiva el detonador de un texto con potencialidades explosivas», p. 459) avanzando, en mi opinión, en la necesidad de buscar soluciones políticas a problemas políticos como el secesionismo. Siempre al frente la necesidad de concordia («la causa principal del problema es, de nuevo, aquel sector de la clase política que irresponsablemente ha puesto al Tribunal Constitucional ante una situación límite», adquiriendo un rol nomotético que debe lidiar con el miedo atávico a la reforma constitucional. p. 460).

Su inherente sentido de la concordia queda patente en esta obra, por ejemplo, en la carta a Gregorio Peces Barba o en el Capítulo II de la parte VI («De la virtud cívica de la concordia y de la práctica del diálogo hacia los frutos jurídico-políticos del consenso»). Para Alzaga, como para los estoicos: «sin la concordia la colectividad no es propiamente sociedad ni se puede articular en Estado» (p. 233).

Realismo científico, compromiso político y concordia, son los tres ejes sobre los que pivota la historia científica del profesor Alzaga. Pero la obra tiene tanto de ciencia y magisterio como de historia y experiencia de consenso. El realismo científico y el compromiso político del autor desembocan en una apología de la concordia y la Constitución como motor de integración social, un avance premonitorio y una retrospectiva de aquella época de consensos fruto de la verdadera experiencia que tan alejada queda para los jóvenes y las jóvenes constitucionalistas y que suponen, no sólo un legado, sino una lección obligatoria de futuro pues, «Al fin y al cabo, al recordarse, no hay persona que no se encuentre consigo misma. Es lo que nos está pasando ahora, salvo que somos dos. ¿No querés saber algo de mi pasado, que es el porvenir que te espera?».

RESUMEN

Noticia y breve reseña a la obra de Oscar Alzaga Villaamil «Sociedad democrática y Constitución. (Estudios y cabos sueltos)» de 2008

Palabras Clave

Reseña, Oscar Alzaga, Sociedad democrática y constitución.

Abstract

Brief review of the Oscar Alzaga Villaamil's book: «Democratic society and Constitution. (Studies)» of 2008

Keywords

Book review, Oscar Alzaga, Democratic Society and Constitution.

Recibido: 20 de mayo de 2018

Aceptado: 5 de junio de 2018





PROCESO DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE MANUSCRITOS

CONTENIDO TEMÁTICO DE LOS MANUSCRITOS

La ReDCE publicará trabajos de investigación relacionados con el Derecho constitucional europeo en sentido amplio, de manera que abarca la teoría general del Derecho constitucional europeo, problemas concretos del Derecho constitucional de la Unión Europea y cuestiones referentes al Derecho constitucional de los distintos países, siempre que aborden temas de dimensión europea.

REQUISITOS FORMALES DE LOS MANUSCRITOS

1. Salvo casos excepcionales, el manuscrito no podrá superar las treinta páginas DIN A-4, con formato Times New Roman 12, espacio 1.5 y separación automática entre párrafos. Se prescindirá del uso de cursivas en el texto principal.
2. Contendrá un título y un sumario con los epígrafes más relevantes. También deberá incorporar un resumen de medio folio como máximo y una relación de palabras clave, en castellano y en inglés.
3. Las notas a pie de página estarán redactadas en formato Times New Roman 10, espacio simple y separación automática entre notas.
 - a) Para citar monografías se procederá del siguiente modo: R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional*, trad. J. M. Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985, p. 58 y ss.
 - b) Para los artículos la cita se hará así: P. HÄBERLE, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, ReDCE, núm. 1, 2004, p. 7 y ss.
 - c) Para obras ya citadas se procederá de la siguiente manera: R. SMEND, op. cit., p. 22 y ss.
 - d) Para obras citadas previamente cuando se hayan citado varias del mismo autor, se mencionará específicamente el título de la obra referida: R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional*, cit. , p. 22 y ss.

CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE LOS MANUSCRITOS

1. Se rechazarán los manuscritos que no versen sobre un tema de Derecho constitucional europeo.
2. Dentro del ámbito temático señalado se puede tratar de un trabajo general, de un comentario jurisprudencial o de un comentario legislativo.

3. Serán criterios generales de evaluación los siguientes:

- a) Oportunidad del tema elegido.
- b) Planteamiento de la investigación.
- c) Claridad en la estructura argumentativa.
- d) Originalidad.
- e) Coherencia de las conclusiones.
- f) Conocimiento de la principal bibliografía.

PROCESO Y PLAN DE SELECCIÓN Y REVISIÓN DE MANUSCRITOS

1. El manuscrito se enviará en versión electrónica a los siguientes correos: balaguer@ugr.es o montilla@ugr.es, indicando el autor y modo de contacto. Los editores darán acuse de recibo y, preservando el anonimato del autor, lo enviarán a dos revisores anónimos.
2. Los revisores anónimos leerán el trabajo y emitirán en el plazo de dos meses un informe con alguna de estas posibilidades: El manuscrito puede publicarse/El manuscrito no puede publicarse si no se realizan las correcciones indicadas/ No se aconseja la publicación del manuscrito.
3. La decisión última para determinar los trabajos que se publican corresponde al equipo de dirección de la Revista, teniendo en cuenta los informes y dentro de la disponibilidad de la ReDCE. Si alguno de estos informes exige correcciones en el original evaluado, se valorará si tales correcciones han sido realizadas y, si se estima conveniente, se podrán pedir informes adicionales. En ningún caso se publicarán manuscritos con dos informes que aconsejen su no publicación.

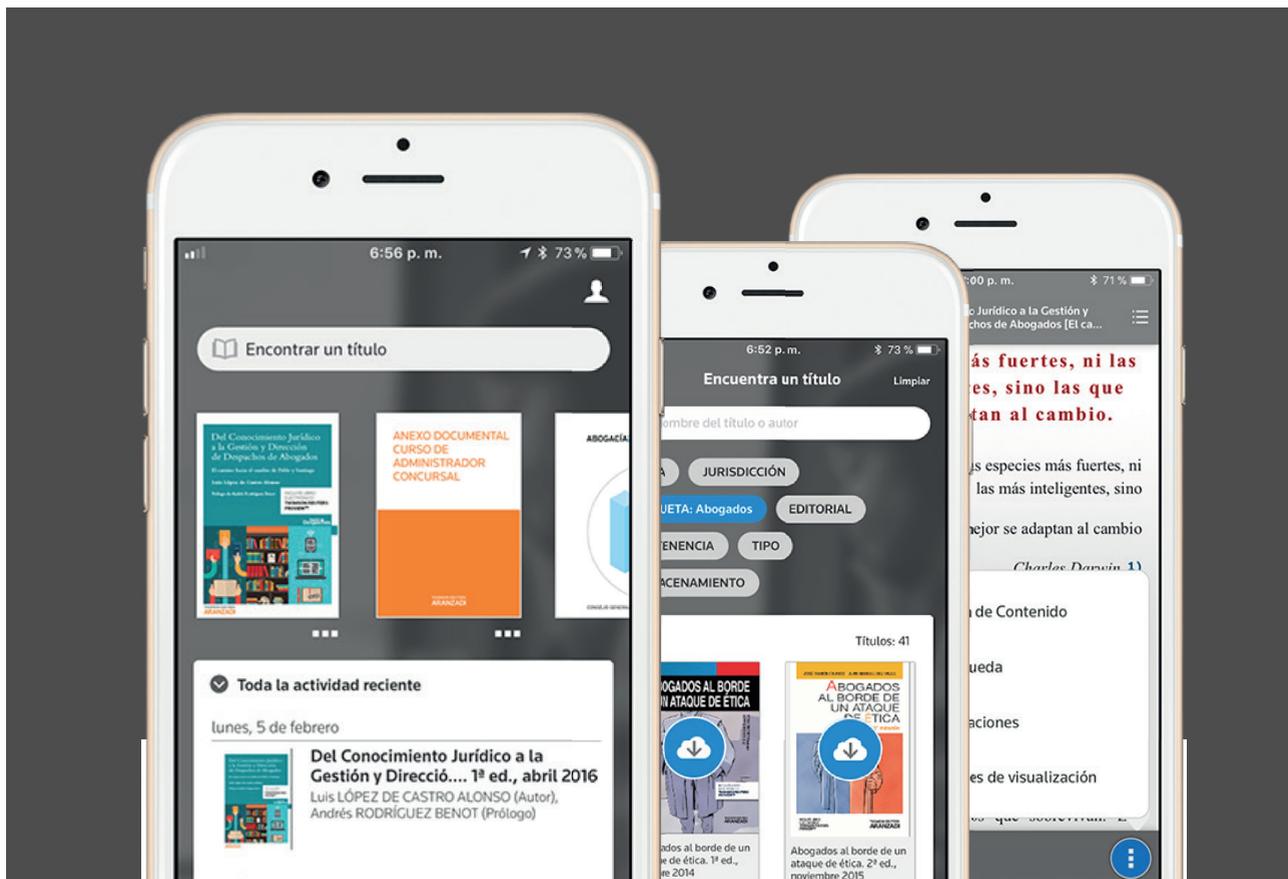
Thomson Reuters Proview

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGATELO Y APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.



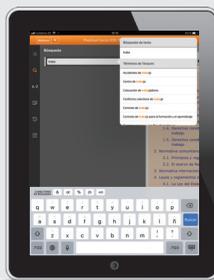
ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET

FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



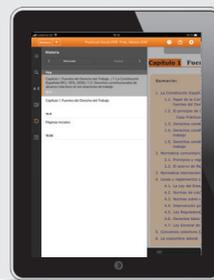
SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS

Haces anotaciones y escojes los colores para organizar tus notas y subrayados.



USAS 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

Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



ORDENAR

Ordena tu 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

Escoge la apariencia de tus 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

Creas un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



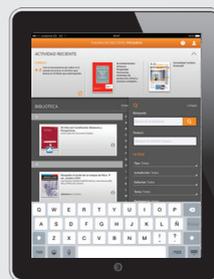
BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA

Busca en todos tus libros y obtén 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

Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



SUMARIO NAVEGABLE

Sumario con accesos directos al contenido

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si has recibido previamente un correo electrónico con el asunto **“Proview – Confirmación de Acceso”**, para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado cliente,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulsa enviar.

Si se ha registrado anteriormente en **“One Pass”** (**), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas la contraseña que usa para acceder a la aplicación **Thomson Reuters ProView™**. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

Si es la primera vez que te registras en **“One Pass”** (**), deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

THOMSON REUTERS
OnePass

DATOS PERSONALES Y DE REGISTRO

N.I.F. *

País * España

He leído y acepto la política de privacidad de datos

Enviar Borrar

Todos los campos son obligatorios
Es importante que compruebes que la dirección de correo electrónico está bien escrita ya que requiere de su confirmación.

Ahora todos los libros de Thomson Reuters España se publican en formato EDO.

Una combinación perfecta entre las ventajas que ofrece el papel de impresión y el formato electrónico a través de la aplicación Thomson Reuters Proview.

- Arazadi
- Civitas
- Lex Nova

Grandes marcas grandes ventajas.

© 2016 Thomson Reuters Aranzadi
Soporte Técnico: (+34) 902 404 047 - (+34) 947 245 070

THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS
OnePass

CORRECTO

Estimado cliente, el proceso de registro se ha llevado a cabo con éxito.

Ya tiene su(s) eBook(s) disponible(s) en su biblioteca digital Thomson Reuters Proview, a la cual podrá acceder desde su Navegador (www.onepass.aranzadi.es/onepass) aplicación para Tableta (iPad y Android) y aplicación de escritorio.

Si tiene dudas de cómo acceder a sus eBook(s), por favor, consulte la página <http://www.onepass.aranzadi.es/onepass> o llame a los teléfonos de Atención al Cliente (902 40 40 47 / 947 24 50 70). Agradecemos la confianza depositada en nuestros servicios.

Volver a página de inicio

© 2016 Thomson Reuters Aranzadi
Soporte Técnico: (+34) 902 404 047 - (+34) 947 245 070

THOMSON REUTERS

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a www.proview.thomsonreuters.com

Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo en la siguiente dirección www.thomsonreuters.es y una vez allí en el apartado del **Centro de Atención al Cliente** selecciona la opción de **Acceso** a Soporte para no Suscriptores (compra de Publicaciones).

(*) Si ya te has registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizaste la primera vez.

(**) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

