
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

31

Año 16, número 31, Enero-Junio de 2019

Jurisdicción, fuentes e interpretación

THOMSON REUTERS
ARANZADI

CONSEJO DE DIRECCIÓN

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

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

Miguel Azpitarte Sánchez

SECRETARIOS ADJUNTOS

Enrique Guillén López
Ricardo Martín Morales
Juan F. Sánchez Barrilao

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

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

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

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

Ricardo Alonso García
José Asensi Sabater
Paola Bilancia
A. Antonio Cervati
Lorenzo Chieffi
Francesc de Carreras Serra
Miguel Ángel García Herrera
Tania Groppi
Fulco Lanchester
Antonio López Castillo
Gonzalo Maestro Buelga
Gilmar Ferreira Mendes
Martin Morlok
Allessandro Pizzorusso (1931/2015)
Gil C. Rodríguez Iglesias
Modesto Saavedra López
Antonio Torres del Moral
Gustavo Zagrebelsky

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

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

Rainer Arnold
Rafael Barranco Vela (1959/2013)
Antonio Cántaro
Pedro Cruz Villalón
Antonio D'Atena
Teresa Freixes Sanjuán
Yolanda Gómez Sánchez
Markus Kotzur
Alberto López Basaguren
Jörg Luther
Didier Maus
Lucía Millán Moro
Ingolf Pernice
Paolo Ridola
Francisco Rubio Llorente (1930/2016)
Angelo Schillaci
Helmuth Schulze-Fielitz
Eduardo Vitgala Foruria



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 16, número 31, Enero-Junio de 2019

Jurisdicción, fuentes e interpretación

SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
ESTUDIOS	
Relaciones entre ordenamientos, reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales y crisis de la jerarquía de las fuentes	17
ANTONIO RUGGERI	
La interacción entre la justicia internacional y la justicia española	47
JAVIER ROLDÁN BARBERO	
Casos difíciles e interpretación constitucional.....	63
MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO	
ARTÍCULOS	
La subsidiariedad en la Unión Europea	89
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
El reduccionismo populista y sus efectos en la representación política y en la jurisdicción.....	113
ALESSANDRO MORELLI	
Democracia más allá del Estado	127
IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ	

PERFILES/NOTICIAS

- Un recuerdo de Alessandro Pizzorusso a los tres años de su desaparición 145
ROBERTO ROMBOLI

TEXTOS CLÁSICOS

- Intervención de su excelencia el Presidente de la República de Portugal. Sesión solemne de apertura del año académico 169
MARCELO REBELO DE SOUSA

JURISPRUDENCIA

- Una posibilidad para evitar el Brexit: a propósito de la STJUE Wightman y otros... 179
ANTONIO PÉREZ MIRAS

LEGISLACIÓN

- Crónica de la legislación europea. Primer semestre de 2019 201
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

FORO

- El principio de legalidad sin fronteras..... 217
VASCO PEREIRA DA SILVA

NOTICIAS DE LIBROS

- «Big data». Desafíos también para el Derecho, Wolfgang Hoffmann-Riem, edición y Prólogo de Antonio López Pina, y traducción de Eduardo Knörr Argote, Cuadernos Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, 179 páginas 239
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
- El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa. José Esteve Pardo, Marcial Pons, 208 páginas, 2019 247
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Presentación

El número 31 de la *ReDCE* se publica justo después de las elecciones al Parlamento Europeo, de crucial importancia, como tuvimos ocasión de manifestar en la Presentación del número 30 de la revista. El resultado ha sido muy positivo si tenemos en cuenta la inquietud que estas elecciones habían generado con el *Brexit* todavía bloqueado y unas previsiones de avance importante de las posiciones euroescépticas que hacían de las elecciones un auténtico referéndum sobre Europa. Ese “referéndum” se ha resuelto de manera favorable, con un avance mínimo de los sectores euroescépticos y en un contexto claramente legitimador gracias al significativo aumento de la participación, que ha alcanzado su porcentaje más elevado en veinte años.

Mientras tanto, el mundo sigue asistiendo a espectáculos denigrantes de gobernantes populistas que están trastocando las reglas de la democracia pluralista que tanto ha costado construir. El desprecio a los derechos fundamentales, la presión sobre los órganos jurisdiccionales y específicamente sobre la jurisdicción constitucional, el incremento del racismo y la xenofobia, los intentos de generar procesos involutivos en materia de igualdad de género, son algunas de las manifestaciones de estas tendencias. Nos hacen pensar en tiempos pasados en los que el ambiente de enfrentamiento terminó con el acceso al poder de los fascismos, lo que supuso una involución desde el punto de vista constitucional y un retroceso civilizatorio sin precedentes en la historia de la Humanidad.

Justamente este año celebramos el centenario de la Constitución de Weimar, un texto constitucional y una época histórica que han marcado profundamente el desarrollo del constitucionalismo y el europeísmo que hoy conocemos. En el período de entreguerras se definieron las líneas teóricas que darían lugar a la transición del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho, que se consolidaría después de la Segunda Guerra Mundial, singularmente con la Ley Fundamental de

Bonn (que también cumple años, 70 en este caso) y con la Constitución italiana de 1948 (cuyo setenta aniversario celebramos el año pasado junto con el cuarenta aniversario de la Constitución española de 1978 y el treinta aniversario de la Constitución brasileña de 1988). Los grandes nombres que construyeron la teoría constitucional del Estado en Alemania, Austria o Italia durante la época de Weimar darían lugar a nuevos paradigmas como la normatividad de la Constitución o el Estado social, que están en la base de los grandes pactos que alumbraron el constitucionalismo en el que se inspira nuestro sistema constitucional y el de tantos otros en Europa y en el mundo. Figuras como Hans Kelsen o Hermann Heller, pero también Rudolf Smend, Santi Romano o Costantino Mortati abrirían espacios de debate y reflexión sobre el sentido profundo de la Constitución y sobre la esencia misma de la democracia.

Fueron tiempos en los que la tensión política se manifestó como lucha por la soberanía, por obtener el poder absoluto del Estado para imponer el dominio ilimitado de la mayoría. Esa peculiaridad de la época es lo que permitiría caracterizarla desde el punto de vista constitucional como un periodo de “constitucionalismo antagónico”. La apertura del proceso político a través de la extensión del sufragio, superando las limitaciones del sufragio censitario propio del primer constitucionalismo, se va a manifestar a través de una confrontación radical entre sectores que perciben la democracia como un modo de acceder al poder para imponer su ideario sobre el conjunto de la sociedad.

Las consecuencias de esa manera de entender la política son conocidas y el retroceso civilizatorio que supuso la llegada del fascismo y el nazismo al poder sigue siendo hoy una advertencia para aquellos grupos que conciben la política como la voluntad incondicional de la mayoría gobernante. Por eso, más allá de la celebración de lo que la Constitución de Weimar supuso de avance en el constitucionalismo (en muchos ámbitos, pero especialmente en materia de derechos sociales), el periodo de Weimar sigue figurando en la memoria como una oportunidad perdida, debido a la incapacidad de la Constitución y de la sociedad en su conjunto para hacer frente a la barbarie.

Las constituciones normativas aprenderían de esta trágica experiencia histórica y refundarían el constitucionalismo sobre nuevas bases. Pero los avances sociales que se han consolidado bajo el régimen constitucional están ahora en peligro en muchos países. En algunos de ellos ya lo estaban antes del Brexit y de las elecciones presidenciales norteamericanas de 2016. En otros se han desarrollado nuevas tendencias iliberales con una presencia variable en el espacio público. Países con una tradición constitucional relevante están gobernados actualmente por movimientos políticos

que no respetan los derechos de las minorías, que promueven actitudes xenófobas o racistas, que quieren revertir los avances en materia de igualdad, en especial de igualdad de género, y que se consideran legitimados por el voto popular para imponer su programa político sin limitaciones jurídicas o constitucionales.

Es justamente la presión sobre el poder judicial o sobre la jurisdicción constitucional lo que resulta más característico de estas tendencias políticas. La apelación directa al “pueblo” o la “nación” y la confrontación permanente con el Estado de Derecho de una pretendida “democracia” que se justifica a través de esos referentes, incluso cuando ni siquiera se tiene la mayoría del voto popular, es una constante en estos movimientos. Por lo demás, como indica Alessandro Morelli en este mismo número de la Revista, se trata de un pueblo del que se predica una superioridad moral respecto de todos aquellos que para los populistas, por diversas razones, no forman parte del pueblo.

La mirada se vuelve inevitablemente a Weimar cuando vemos estas tendencias que se están desarrollando en todo el mundo, con el dopaje intencionado de grandes agentes globales a través de las redes sociales y por medio de la falsificación de noticias y la utilización de perfiles falsos y de procesos automatizados para generar climas de opinión. Sin embargo, el contexto de Weimar y el actual son muy diferentes. La dificultad que estos grupos experimentan para llevar a cabo sus programas políticos tiene que ver justamente con las transformaciones históricas que se han producido en los últimos cien años. Los fascismos de la época de Weimar pugnaban por conquistar el poder del Estado, que seguía siendo en esa época un centro de poder real y ante el cual se postulaban como alternativa global frente a otros movimientos sociales y políticos. Las banderas, los himnos propios, los uniformes incluso, eran la manifestación de una vocación de ordenación total de la vida social que era posible dentro de un Estado nacional que concentraba el poder político, social y económico.

Hay cuando menos tres factores que han transformado esencialmente el contexto sobre el que los nuevos movimientos reaccionarios actúan respecto del de la época de Weimar. El primero de ellos tiene que ver con la globalización y la debilidad creciente que ha generado en el Estado, cada vez más sometido a agentes globales que no puede controlar y que determinan en gran medida sus políticas. El segundo tiene que ver con la integración supranacional (en el caso de los países europeos) que incorpora límites a la actividad estatal, por más que estos no hayan sido lo eficaces que sería deseable hasta el presente. El tercero tiene que ver con la configuración interna del orden constitucional por medio de constituciones normativas que establecen límites jurisdiccionales al poder del Estado que no existían (aunque estaban surgiendo en algunos países) en la época de Weimar.

De todos estos condicionantes quizás el más importante lo representa la globalización por cuanto está más allá de las capacidades del Estado y supone una limitación estructural de su “soberanía” que no es recuperable con su mera voluntad. Que la integración europea es un límite igualmente consistente lo evidencia justamente el Brexit, el único ejemplo que tenemos hasta ahora de intento de recuperación de la “soberanía” estatal frente a la Unión Europea y que hasta el momento sólo ha depurado una suma de calamidades a sus instigadores. Por lo que se refiere a los límites internos derivados del desarrollo civilizatorio que han supuesto las constituciones normativas, su alcance dependerá en gran medida de la propia sociedad y del grado de conciencia que haya conseguido acerca de la importancia de preservar un modelo de convivencia que ha hecho posible el bienestar y la paz en los países europeos.

En última instancia, de la responsabilidad de la ciudadanía depende que estos movimientos pasen a la historia sin afectar a los fundamentos del constitucionalismo o que sigan desarrollándose. De momento, ese desarrollo parece muy condicionado por las limitaciones globales y supranacionales, por lo que está generando básicamente una retórica sin contenido real, que solo produce malestar e inestabilidad. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que se trata de movimientos alimentados por agentes globales, que se sitúan fuera del control del Estado e incluso de las instancias supranacionales europeas, lo que produce una inevitable inquietud desde el punto de vista constitucional.

No es fruto del azar que los movimientos euroescépticos suelen ser al mismo tiempo los que representan más fielmente estas tendencias involutivas desde el punto de vista constitucional. Con todos los reparos que se le puedan poner a la Unión Europea, el proyecto de integración ha sido históricamente un instrumento de limitación de la soberanía estatal que genera un nuevo nivel de la división de poderes y del control del poder. Ese nivel supranacional de control, pese a las deficiencias que ha mostrado en los últimos años en relación con países con mayorías de tendencia iliberal, se inspira en los valores y principios del patrimonio constitucional europeo contra los que esas tendencias han luchado siempre, porque suponen un límite a la voluntad incondicionada de la mayoría parlamentaria que ellos defienden.

Desde esa perspectiva, preservar el proyecto europeo es también preservar nuestro patrimonio constitucional. En las condiciones actuales, el constitucionalismo y la integración europea caminan de la mano porque son objeto de los mismos ataques por los mismos agentes, internos y globales. Esto no quiere decir que el constitucionalismo deba renunciar a su función histórica de control del poder en el nivel europeo ni que la ciencia jurídica deba renunciar a su propia naturaleza de instrumento crítico para promover una Europa más democrática y social.

El número 31 de la *ReDCE* está dedicado en su parte monográfica a *Jurisdicción, fuentes e interpretación*, integrando tres trabajos en los que estas cuestiones se abordan en manera diversa. El primero de ellos, del gran maestro italiano Antonio Ruggeri “Relaciones entre ordenamientos, reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, crisis de la jerarquía de las fuentes”, fue objeto del Seminario que el profesor Ruggeri impartió en la Universidad de Granada el 10 de abril de 2019 y que causó una gran impresión entre el profesorado. Estamos seguros de que su impacto como estudio publicado en nuestra revista será también muy amplio. Le sigue el texto de Javier Roldán Barbero “La interacción entre la justicia internacional y la justicia española”, que se corresponde con la Lección pronunciada por el Profesor Roldán con motivo de la festividad de San Raimundo de Peñafort, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El último estudio está dedicado a la interpretación y nos viene de Brasil. Se trata del trabajo de la Profesora y Fiscal Márcia Haydée Porto de Carvalho sobre “Casos difíciles e interpretación constitucional” que da un magnífico cierre, con un sólido planteamiento teórico, a esta Sección.

En la Sección de Artículos se publica en primer lugar mi trabajo “La subsidiariedad en la Unión Europea”, que tiene su origen en la Ponencia “The Relevance of Subsidiarity to European Integration”, impartida en el Congreso *Integration and Disintegration in Europe*, organizado por la Societas Iuris Publici Europaei (SIPE) en la Universidad de Hamburgo el 20 de julio de 2018 y que será objeto de publicación por la SIPE en su versión en inglés. Le sigue el texto de Alessandro Morelli sobre “El reduccionismo populista y sus efectos en la representación política y en la jurisdicción” que fue la ponencia impartida por el Profesor Morelli en el Congreso *Crisi della rappresentanza e metamorfosi della funzione giurisdizionale*, organizado en la Università degli Studi di Catania por el Dipartimento di Scienze politiche e sociali, el 8 de noviembre de 2018. Por último cierra, también de manera brillante, esta Sección de Artículos, el texto de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez “Democracia más allá del Estado”.

En la Sección *Perfiles* publicamos un recordatorio del admirado y añorado maestro Alessandro Pizzorusso. Nadie mejor para hacerlo que su principal discípulo, Roberto Romboli, que ha tenido la gentileza de preparar esta semblanza del Profesor Pizzorusso para la Revista. Es algo que le agradecemos muy especialmente porque conocemos la proyección que el Profesor Romboli tiene actualmente en Italia, España y en Iberoamérica y la multitud de compromisos que dificultan la elaboración de un texto que necesita tiempo para seleccionar los recuerdos y encontrar las palabras justas, como admirablemente ha hecho él. Entre mis recuerdos de Alessandro Pizzorusso quizás el más entrañable fuera la excursión a la Alpujarra granadina hace

ya bastantes años junto a Francisco Rubio Llorente, Felicia, Valeria y Marisol. Conservo todavía una foto del grupo en Capileira, frente al sol primaveral de la Sierra Nevada, en un día en el que no hablamos de derecho o de cuestiones universitarias sino de literatura, arte y vida.

La presencia de Italia en este número de la ReDCE es excepcional como también lo es la de Portugal. La vinculación de esta revista a esos dos países ha sido siempre muy estrecha y en este número podemos dar fe de esa relación con las buenas noticias que nos llegan de ambos en relación con las carreras académicas y jurídicas de personas que han trabajado y siguen trabajando con nosotros, desde que comenzaron hace años sus estudios de Doctorado en Granada. No ha sido, desde luego, un camino de rosas, y me gustaría pensar que si algo han aprendido de nosotros en Granada es justamente que cada día hay que levantarse y hacer el trabajo que da sentido a nuestras vidas, sean cuales sean las condiciones en las que tengamos que hacerlo. La habilitación como Catedrático de Angelo Schillaci es un gran motivo de satisfacción para las personas que hacemos esta revista, como también lo es la de Fausto Vecchio. En ambos casos en Italia, aunque con una conexión estrecha también con Portugal y muy especialmente con Mariana Rodrigues Canotilho, nombrada recientemente Magistrada del Tribunal Constitucional de Portugal. A Angelo, a Fausto y a Mariana nuestra felicitación por ese reconocimiento que nos llena de alegría. Más allá de Portugal, en Brasil, “tanto mar”, hay que felicitar a Paulo Roberto Barbosa Ramos, que realizó su formación postdoctoral con nosotros en Granada y que ha accedido brillantemente a la Cátedra el 15 de abril pasado. Ha sido también una gran alegría que compartimos con él y con la Universidad Federal de Maranhão.

La Sección dedicada a los Textos Clásicos contiene hoy uno muy especial. Se trata de la última lección de un gran jurista europeo, el Profesor Marcelo Rebelo de Sousa, Presidente de la República de Portugal. Tuve el privilegio de asistir a ese Acto, en la Sesión solemne de Apertura del Año Académico de la Universidad de Lisboa, invitado por el Profesor Vasco Pereira da Silva y por la Profesora Maria João Estorinho, en el Aula Magna de la Universidad de Lisboa el 20 de septiembre de 2018. Fue muy emotivo, ante todo por la personalidad del orador, un constitucionalista que en su práctica política como Presidente de la República ha hecho honor a los valores de tolerancia, diálogo, concordia y respeto de los derechos que inspiran el patrimonio constitucional portugués y europeo.

La memoria de una vida académica muy extensa (52 años desde que la comenzara como alumno) unida a las vivencias apasionantes de las transformaciones de Portugal durante todo ese período, hacen de este Discurso una atalaya única de un espectador y protagonista destacado como es el Profesor Rebelo de Sousa. Unos

años que, como él dice, los vivió “Com paixão. A paixão de não perder um átimo dos sucessivos tempos do Mundo, de Portugal, da Universidade e do Direito”. Se me permitirá que, como muestra de la admiración que le profesó y que comparto con tantos amigos portugueses y españoles, me remita al final de su Discurso, a las palabras de alguien a quien nunca le faltó la capacidad de soñar: “calado o académico, importa que uma palavra final pertença ao Presidente da República, essa é de esperança”.

La Sección de Jurisprudencia incorpora un estudio de Antonio Pérez Miras, sobre la reciente sentencia del Tribunal de Justicia en torno al Brexit. En la Sección de Legislación, dirigida por María Luisa Balaguer, se recogen un gran número de Decisiones relacionadas con el Brexit, entre las que destaca la concesión de la segunda prórroga que había sido solicitada por la Primera Ministra del Reino Unido. Igualmente se da cuenta de una normativa amplia sobre distintas materias, entre las cuales se pueden mencionar las relativas a los derechos de autor, a la protección de datos personales en el contexto de las elecciones al Parlamento Europeo, para garantizar la integridad del proceso electoral, así como a lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y a normas comunes para el mercado interior del gas natural.

El Foro incluye el Discurso de Aceptación del Doctorado “Honoris Causa” que la Universidad alemana de Hannover concediera recientemente al Profesor Vasco Pereira da Silva y del que dimos cuenta en la Presentación del número 30 de la ReDCE. “El principio de legalidad sin fronteras” es ya un clásico en su trabajo doctrinal, fruto de una reflexión sostenida durante muchos años que adquiere nuevas dimensiones en este texto. Para una ocasión tan señalada difícilmente habría habido un trabajo mejor del Profesor Vasco Pereira da Silva, ni una caracterización más adecuada de su persona que la que él mismo hace al final del Discurso: “un ciudadano y jurista portugués, alemán, europeo y cosmopolita, en un mundo sin fronteras”.

En la Sección de noticias de libros publicamos, en primer lugar, la recensión que ha realizado Miguel Azpitarte del libro de José Esteve Pardo *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2019. Además de ser de gran actualidad se trata de una de esas obras de las que no se puede prescindir en una biblioteca de Derecho Público. Igualmente en esta Sección publicamos la recensión de Juan Francisco Sánchez Barrilao del libro *Big data. Desafíos también para el Derecho*, de Wolfgang Hoffmann-Riem, edición y Prólogo de Antonio López Pina, y traducción de Eduardo Knörr Argote, Cuadernos Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018. Se trata de una temática

fundamental de nuestro tiempo, en la que la reflexión desde el Derecho es cada vez más necesaria.

La parte de agradecimientos la iniciamos con Thomson Reuters y con la Fundación Peter Häberle, que contribuyen decisivamente a la publicación de la *ReDCE*. En el ámbito nacional hay que mencionar el 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.
Catedrático Jean Monnet ad personam.

Estudios

**RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS,
RECONOCIMIENTO Y TUTELA DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES Y CRISIS DE LA
JERARQUÍA DE LAS FUENTES¹**
**Inter-order relationships, recognition and protection of
fundamental rights and crisis of the hierarchy of the legal
sources**

ANTONIO RUGGERI

*Profesor Emérito. Università degli Studi di Messina**

SUMARIO:

- I. De la crisis de la jerarquía de las fuentes, desde la óptica de una teoría de la Constitución orientada axiológicamente y de acuerdo con la relación de instrumentalidad necesaria que une ciertas normas a los principios fundamentales, y estos, a los valores que subyacen en el orden republicano.
- II. De los "fragmentos" encontrados en la jurisprudencia constitucional de un conjunto de dinámicas de la normación en una perspectiva axiológica; de su impacto en el modo de operar con los criterios de ordenación y la conversión de la jerarquía formal de las fuentes en jerarquía de las normas según valor.
- III. De las antinomias en el plano de las relaciones entre ordenamientos y la recentralización de la relativa solución por parte de la Corte constitucional, con específica referencia a casos cargados de valor axiológico aun incluso en presencia de normas afectadas por invalidez "en sentido fuerte", como tal detectable por los jueces ordinarios.
- IV. De las relaciones entre Derecho interno y Derecho (antes comunitario y hoy) eurounitario, y la crisis de la jerarquía formal ya en el momento (y en el modo) en que se aplicaron los Tratados.
- V. De la confirmación por la jurisprudencia constitucional de la crisis de la jerarquía de las fuentes con respecto a la tutela de los derechos fundamentales: en especial, del deslizamiento del plano de la teoría formal de las fuentes al plano de la teoría de la interpretación según el valor y las reflexiones que surgen para la doctrina de los "contralímites".

1 Texto elaborado para un seminario celebrado en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada el 10 de abril de 2019, a cuya fecha se encuentra actualizado. En atención a sus concretos destinatarios, se hace mención a conceptos comunes en la comunidad científica italiana, pero necesarios para la reconstrucción de este estudio.

* Traducido del italiano por Antonio Pérez Miras.

- VI. De la recurrente y cansina objeción según la cual en la transición del sistema formal de las fuentes al sistema de las normas según valor se perderían la seguridad jurídica y la tipicidad de las funciones de los operadores; de la crítica a la misma que ahora se renueva y se basa en la referencia a la idea de Constitución de las tradiciones liberales que tiene en la seguridad (y por tanto en la eficacia) de la salvaguardia de los derechos constitucionales su epicentro, las causas de los desequilibrios institucionales y la búsqueda de sus posibles remedios.

I. DE LA CRISIS DE LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES, DESDE LA ÓPTICA DE UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN ORIENTADA AXIOLÓGICAMENTE Y DE ACUERDO CON LA RELACIÓN DE INSTRUMENTALIDAD NECESARIA QUE UNE CIERTAS NORMAS A LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES, Y ESTOS, A LOS VALORES QUE SUBYACEN EN EL ORDEN REPUBLICANO

De la crisis de la jerarquía de las fuentes y, en general, del sistema compuesto por las mismas, se habla –como se sabe– desde hace tiempo y de manera diversa², refiriéndose la mayoría de las veces al incesante ritmo de invención de nuevos tipos de instrumentos normativos, así como al uso confuso y desordenado de los existentes, que no pocas veces se han superpuesto y confundido entre sí, lo que ha llevado a un estrés insostenible a expensas de la tipicidad de las funciones institucionales de los órganos de producción jurídica y a un coste considerable para el gobierno de la comunidad política, no determinado hasta la fecha en todo su alcance y tal vez indeterminable en su totalidad³. Por otro lado, la doctrina más atenta ha correlacionado en gran medida el desorden dentro del sistema antes mencionado con el que sucede en el plano institucional⁴; un desorden que ahora ha alcanzado picos tan elevados que induce al pesimismo en torno a la posibilidad de que se consiga, no ya volver

2 ... hasta el punto de ponerse en duda la propia y dilatada existencia del sistema de las fuentes, en su restringido y propio significado (vid., v.gr., M. Siclari (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012). Aquí, sin embargo, por razones de fluidez expositiva se continuará con el uso del sintagma en cuestión, con las precisiones que más adelante se irán realizando.

3 Recientes apuntes en varios sentidos, en los trabajos del fasc. 1/2019 de *Dir. cost.*, dedicado precisamente a las fuentes del derecho, coordinado por R. Bin y O. Chessa.

4 No está claro, en verdad, si son más las torsiones que se encuentran en el plano institucional que dan el impulso para la afirmación de aquellas que están dentro del sistema de fuentes o viceversa; en el círculo en el que todos entran y se retroalimentan unos a otros, es difícil establecer un orden prioritario a este respecto.

atrás, sino tan solo detener y contener, de alguna manera, esta tendencia, que parece verdaderamente imparable.

Sobre todo esto, el estudio que ahora se presenta no pretende resultar novedoso, aunque sólo sea porque un análisis profundo (aun no completo, de todos modos) requeriría de un espacio del que ahora no se dispone. Entre otras cosas, la aparición de nuevos tipos y subtipos de fuentes, tanto por parte de los poderes públicos como de los sujetos revestidos con autonomía (incluso privada), es tal que obliga a un replanteamiento completo de la idea misma de fuente del derecho y de sus connotaciones identificadoras, incluso antes de pasar a analizar las connotaciones propias de los tipos concretos de fuentes; sería preciso articular un esfuerzo colectivo por parte de expertos de otras disciplinas jurídicas y no preconicionados por alguna orientación metódico-teórica, que excedería de las fuerzas de que dispone el investigador de manera individual, al menos de las que a mí creo que me asisten.

Me limito, por tanto, aquí a una reflexión general, simplemente introductoria de un estudio más estructurado que se realizará en otro momento, sin ninguna referencia a los tipos de fuentes concretos, a cómo habrían sido pensados y en qué se han convertido, partiendo sin embargo del que puede considerarse el capital teórico más acreditado y generalizado, que no obstante es objeto de una reelaboración personal. Con este fin, la perspectiva adoptada es la de la teoría de la Constitución (o, más bien, de una determinada teoría de la Constitución), entendida sólo en una de sus acepciones actuales, con específica relación con las experiencias de la normación, dejando de lado, por lo tanto, otras acepciones, como las que se han apreciado, en especial, tras los estudios de Santi Romano, primero, y Constantino Mortati, después.

El punto de partida del estudio que ahora comienza se sitúa en la encrucijada entre la acepción normativista y la axiológico-sustancial de la Constitución, en su integración mutua y en su reducción a unidad: se atenderá en este sentido al significado de la Constitución como conjunto (o mejor, sistema) de normas fundamentales de una comunidad políticamente organizada⁵ y expresiva de valores, igualmente fundamentales, en los que la comunidad misma se reconoce, y en nombre de los cuales, en una cierta coyuntura histórica, se ha librado la batalla victoriosa para la construcción del nuevo orden constitucional.

Una advertencia preliminar.

5 No hablo de comunidad estatal, aunque me referiré en particular a esta última, por la razón, argumentada en otro lugar, que considero válida incluso para las formaciones sociales distintas del Estado y, en su caso, por lo que aquí nos resulta de un interés específico: la Unión Europea.

El *quid proprium* de la Constitución así entendida se cifra –como se acaba de señalar– en un conjunto de normas fundamentales. Hay, sin embargo, según el sentido común, un modo diferente de ser del atributo evocado por el adjetivo en relación con normas igualmente diferentes de la Constitución: dentro de esta última, de hecho, sólo a unas pocas normas se les reconoce selectivamente la propiedad de "fundamentales" *stricto sensu*, ya que son consideradas expresivas de los principios básicos del ordenamiento, en los que se encuentra la esencia de la Constitución o –como se suele decir⁶– su "núcleo duro" capaz de resistir toda innovación pretendida por vía legal, y que, por tanto, sólo y únicamente puede llevarse a cabo por parte de un nuevo poder constituyente.

Ahora no voy a ocuparme de viejas e incómodas cuestiones sobre el supuesto carácter "agotado" de ese poder⁷ –que al menos, en mi opinión, cuando se baja la guardia puede resurgir de sus cenizas y manifestarse con inusual virulencia, aunque en formas hábil y sutilmente disfrazadas–, ni me referiré previamente a la forma con que las normas expresivas de los principios fundamentales pueden ser reconocidas sin vanas incertidumbres⁸; y, por último, nada diré tampoco de los límites a sus innovaciones, en mi opinión admisibles *in melius* y con una finalidad inclusiva, permaneciendo, por tanto, fieles a la originaria intención del Constituyente pero permitiendo, así, su mejora adicional y la actualización impuesta por los tiempos⁹.

6 Referencias, por todos, en S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2006; así como en V. Baldini (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; y en los trabajos del congreso del Grupo de Pisa celebrado en Catanzaro, el 8-9 de junio de 2018, sobre *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, en prensa (algunos de ellos pueden consultarse en www.gruppodipisa.it).

7 Referencias el respecto en M. Luciani, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma, 1991, pp. 8 ss. *et passim*, e, Idem, "L'antisovrano e la crisi delle costituzioni", *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., *spec.* 136 ss.; U. Allegretti, "Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale", en E. Rippepe, R. Romboli (a cura di), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 29; y M. Dogliani, "Potere costituente e revisione costituzionale", *Quad. cost.*, 1/1995, pp. 7 ss.

8 Es lo que, entonces, se refiere naturalmente a los valores a los que los propios principios dan voz y realizan una función de servicio, el fundamento de la Constitución aparece fuera y antes de ella, en el hecho constituyente y en los ideales que la animaron y apoyaron, lo que llevó a la afirmación del nuevo orden positivo construido sobre las cenizas de los viejos.

9 De todo ello se ha discutido, hace relativamente poco, con ocasión del congreso del Grupo de Pisa sobre *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, cit., e *ivi vid.*, mis *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, en www.gruppodipisa.it, 2/2018, 20 de junio de 2018, el cual desarrolla más ampliamente el punto de vista que aquí se está presentando.

La premisa de la que parto es, por lo tanto, que concurren límites a la revisión constitucional, y que sabemos cuáles son. También debe tenerse en cuenta que, aunque sólo pueden aplicarse ciertas normas de entre el privilegiado título de expresiones inmediatas y directas de los valores fundamentales, pueden recibir ese mismo tratamiento otras normas que reciben de las primeras una pronta y necesaria especificación-ejecución, normas que, por lo tanto, viven de la luz reflejada, disfrutando de la "cobertura" de aquellas y, por ello, sólo sujetas a las eventuales innovaciones *in melius* y con una finalidad inclusiva, como se acaba de señalar. En el fondo, si se piensa, aquí se aplica el mecanismo de la fuente interpuesta, que, por lo general, se considera válido en varios ámbitos materiales de experiencias: la diferencia es que este esquema se refiere –como se sabe– a las relaciones entre fuentes diversas, algunas de las cuales se encuentran en la Constitución (y, generalmente, en fuentes de orden superior), consideradas idóneas para condicionar la validez de otras fuentes a las que están estructuralmente conectadas. Aquí, en cambio, la "interposición" se realiza en el plano de la Constitución –algunas de sus normas– en tanto que estas son necesarias para la reafirmación de los principios que se resisten a la innovación que suponga su empobrecimiento o, incluso, su desaparición: normas que, por lo tanto, se defienden aferrándose a los principios y poniéndose a su servicio. Sólo así, de hecho, se puede argumentar la idea de que su fracaso o, en cualquier caso, la contracción de su fuerza prescriptiva redunde en un intolerable menoscabo o deterioro de los principios.

En mi opinión, este esquema es generalizable y, por lo tanto, exportable, –por así decir– incluso más allá del marco constitucional. Y, por lo tanto, las normas de las leyes comunes o de otras fuentes que se demuestren idóneas para dar una primera, directa y necesaria aplicación de los principios no pueden estar sujetas a cambios (incluso por medio de leyes constitucionales u otras fuentes de rango constitucional de origen externo). Como se ha intentado mostrar en otras sedes¹⁰, los límites a la revisión constitucional pueden no con poca frecuencia apreciarse en la práctica al pasar de un rango a otro de la escala jerárquica. El hecho, entonces, de que la nulidad no afecte a las normas de las leyes de revisión constitucional, sino sólo a las de las leyes comunes que le dan un desarrollo directo e inmediato tiene su explicación en la natural resistencia de la Corte constitucional a no salir al descubierto oponiéndose frontalmente al autor de los actos formalmente constitucionales, sobre todo si tienen el respaldo que les brinda cualquier referéndum que les concierne: actos que, sin embargo, están desvirtualizados, ya sea directamente por vía interpretativa, ya

10 Vid. mi último trabajo cit.

sea, precisamente, por la desaparición de las leyes comunes promulgadas con el fin de darles desarrollo¹¹.

Se da por hecho que, cada vez que la desaparición viene motivada en relación con el *vulnus* sufrido por uno u otro principio por las normas que son objeto de nulidad, por ello mismo se viene a proteger otras normas, cambiadas por las primeras, dotadas de "cobertura" por parte de los principios y, al mismo tiempo, adecuadas para actuar como escudo de estas últimas.

El juez de las leyes siempre sopesa, como sabemos, la "situación normativa" —como a mí me gusta llamar al objeto del juicio de constitucionalidad¹²— que se podría dar por efecto de la eventual nulidad con la que se tendría manteniendo en vigor la regulación sometida al juicio de la Corte; es una operación extremadamente exigente y compleja que se refiere a la Constitución como un "sistema" de valores fundamentales positivizados; esto es, se refiere a la búsqueda de la síntesis óptima, debido a las exigencias generales del caso, entre los bienes vitales constitucionalmente protegidos (y, por lo tanto, entre las normas que los satisfacen).

Sólo hay una manera, me parece, de dar el sentido teórico y práctico a la Constitución como "sistema": poner —como se ha estado diciendo— el énfasis correcto en las implicaciones mutuas que se dibujan entre los principios y las normas constitucionales que están en primer lugar, y entre ellos y las normas subyacentes, en segundo lugar.

Como se ve, la interposición aparece en equilibrio al nivel de las normas, no de las fuentes, tratando de establecer cuáles de ellas aseguran un servicio a los principios, de los cuales no pueden de todos modos prescindir so pena de sufrir un perjuicio grave e irreparable.

Para el aspecto que ahora se considera, el fenómeno de la interposición según valor tiene aplicaciones amplias y abstractamente indefinidas. Es evidente, de hecho, que la cuestión principal, y teóricamente más importante a resolver se refiere al reconocimiento de la relación de instrumentalidad entre los principios y las normas

11 Desde hace tiempo resulta claro que algunas de las reformas tácitas de la Constitución, a pesar de que no siempre sean evidentes, han sido sometidas al juicio de la Corte constitucional mediante interpretaciones... derogadoras: así ha ocurrido con gran parte de la Carta —guste o no— (una reflexión sintética al respecto se encuentra en el profundo estudio de M.P. Iadicicco, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, conferencia en el congreso sobre *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, cit., en www.gruppodipisa.it; también *ivi*, si se quiere, puede consultarse mi trabajo *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 2/2018, 20 de junio de 2018).

12 Recientemente en A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 101 ss.

que se contraponen en una función de asistencia mutua; y es igualmente obvio, que ningún criterio de carácter abstracto puede ser útil para poner en claro la relación misma. Esto sería claramente incompatible con el carácter axiológicamente cualificado de la relación. Por lo tanto, corresponde al operador de turno asumir la responsabilidad de la elección, por extenuante y difícil que pueda ser, beneficiándose en cambio de las sugerencias e indicaciones aportadas por toda la comunidad de los intérpretes, especialmente donde se componga y se consolide en "derecho viviente".

II. DE LOS "FRAGMENTOS" ENCONTRADOS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE UN CONJUNTO DE DINÁMICAS DE LA NORMACIÓN EN UNA PERSPECTIVA AXIOLÓGICA; DE SU IMPACTO EN EL MODO DE OPERAR CON LOS CRITERIOS DE ORDENACIÓN Y LA CONVERSIÓN DE LA JERARQUÍA FORMAL DE LAS FUENTES EN JERARQUÍA DE LAS NORMAS SEGÚN VALOR

Hay que reconocer que la jurisprudencia constitucional, por mediación de la cual principalmente (pero no exclusivamente) el derecho constitucional vigente se convierte en viviente¹³, contiene, aunque sea en un marco directivo general de inspiración formal-abstracta, numerosos y marcados rastros de las dinámicas de normación desde una perspectiva axiológica. Se trata –como se ha señalado en otra parte– de "fragmentos" esparcidos aquí y allá, que no pueden reconducirse a una matriz unitaria y que necesitan, mucho más que un desarrollo lineal, pero que no merecen ser subestimados o, peor, ignorados, en tanto que indicativos de un malestar en el que no es raro que el juez constitucional confiese encontrarse con cuellos de botella e insuficiencias manifiestas de los criterios de carácter formal. Y esto, teniendo en

13 Aunque la misma jurisprudencia constitucional caiga en la tentación de acreditarse como único y verdadero intérprete y garante de los principios fundamentales del ordenamiento, no se puede poner en duda la aportación coral ofrecida por toda la comunidad de intérpretes y operadores culturales en el reconocimiento y puesta a punto de los principios mismos, que no pocas veces, por otra parte, se ven afectados de las indicaciones procedentes *ab extra*, y específicamente, en el plano en el que maduran las experiencias relativas a la tutela de los derechos fundamentales, desde los Tribunales europeos, al mismo tiempo en que el tribunal constitucional, junto con los otros operadores jurídicos, ofrece a esos Tribunales indicaciones acerca del modo más adecuado para hacer valer los derechos fundamentales, en especial donde la relativa tutela se realice mediante las tradiciones constitucionales comunes de los ordenamientos nacionales: en un sentido, como se ve, circular de mutua retroalimentación de las Cartas y de influencia mutua de los Tribunales de las que son institucionalmente los garantes.

cuenta el hecho de que estos últimos simplifican la condición de los actos, incluso si son iguales en nombre y forma (en un sentido amplio) y, sin embargo, son sustancialmente diferentes por la diversa capacidad que muestran en la práctica de plegarse a las necesidades percibidas y más apremiantes que surgen del cuerpo social, al mismo tiempo que presta un servicio adecuado a los valores fundamentales del ordenamiento al hacer su "sistema".

La verdad es que, como se ha intentado mostrar en otras sedes, se trata de tomar una decisión a nivel de la teoría de la Constitución; debiendo entenderse esta, en su esencia más expresiva y significativa, como un conjunto de valores fundamentales positivizados, en los cuales se reflejan, y a los que dan voz genuina e inmediatamente los principios, igualmente fundamentales, del ordenamiento. Pues bien, resulta necesario, a partir de esta premisa, no sólo evidenciar la existencia de límites a la revisión constitucional¹⁴, sino también llegar a una reordenación integral del ordenamiento, de cada uno de los rangos en los que se articula y se desarrolla.

De hecho, todos los criterios de ordenación –como hemos tratado de mostrar en otras ocasiones– se han desarrollado a partir del cronológico y del jerárquico. La misma jurisprudencia, como se ha dicho, a veces demuestra esta percepción, aunque no extrae las consecuencias necesarias y generales de carácter reconstructivo. Por ejemplo, lo es en el tema de los límites de la abrogación popular, excluida allí donde la solicitud de referéndum afectaba a las normas que ofrecían una "tutela mínima" a los bienes constitucionalmente protegidos¹⁵: esta afirmación, que –al margen de la cuestión general de cómo reconocer o, por así decir, "pesar" o "graduar" dicha protección, una vez que se ha considerado válida tal tipo de experiencia normativa– no puede, en mi opinión, valer también para cualquier otra en que se cuestione un posible menoscabo en detrimento de los propios bienes, e idónea incluso para resolver su misma desaparición. No sólo es posible que este límite se adopte en el caso de que la propia protección se vea socavada por una ley común que dé lugar a una remoción "abrupta" de la ley anterior, que también hubiera servido para esa tutela,

14 Aunque se incluye no ya en el sentido de la exclusión respecto de cualquier innovación que se realice en los principios mismos sino, como se apuntaba hace poco, únicamente de aquellas destinadas a empobrecer o, incluso, hacer desaparecer su *vis* prescriptiva.

15 Fórmula que, a mi entender, puede considerarse al menos en parte equivalente a la mencionada en el art. 117, 2 m) cost., cuando se refiere a las leyes estatales que establecen los "niveles esenciales" de las prestaciones de derechos civiles y sociales a los que las leyes regionales (y, como se dirá inmediatamente, las mismas leyes del Estado) están llamadas a cumplir; se advierte, sin embargo, que la "protección mínima" con toda probabilidad va más allá del alcance de las normas a que se refieren a las susodichas prestaciones.

sino también cuando a una fuente le sucede otra –incluso si está subordinada– que esté en conflicto con ella, cuyo objeto sea una reducción inadmisiblemente del nivel de protección otorgado.

Como se ve, no sólo el criterio de ordenación de la *lex posterior*, sino el mismo criterio de la jerarquía formal puede tener que replantearse ante la jerarquía según valor, presidida por los principios fundamentales (y, en consecuencia, los valores) del ordenamiento. Y no faltan, por otro lado, indicaciones en la jurisprudencia, a pesar de algunas fluctuaciones que caracterizan su desarrollo no lineal, en el sentido de la superación también del canon ordenador de la distribución de las competencias (un canon que, sin embargo, aún puede reconducirse a la jerarquía¹⁶), específicamente allí donde venga exigido por la necesidad de satisfacer los derechos que de otro modo serían sacrificados¹⁷. Esta es una tendencia que, por otro lado, como se dirá más adelante, ha tenido también réplica en el plano de las relaciones entre ordenamientos, donde una vez más, normas internas lesivas de normas internacionales (y, por esa misma razón, incompatibles con lo dispuesto en el art. 117,1 c) cost., que regula estas últimas) se salvaron debido a la mejor tutela que ellas ofrecían a los derechos con respecto a la concedida en los textos normativos de origen externo¹⁸.

El desplazamiento de los cánones de carácter formal se aprecia, por lo demás, no sólo en el plano sustancial sino también en el procesal, aunque sea una vez más en el marco de una reconstrucción general dirigida a mantener las sistemáticas usuales. Por ejemplo, en lo que respecta al reconocimiento del "valor de ley" (en el sentido procesal ahora establecido, que la considera referida a la calidad que poseen ciertos actos de quedar sometidos únicamente al control de la Corte constitucional), si, por un lado, la jurisprudencia es constante en negar tal cualidad a los reglamentos, aun dotados de fuerza sustancialmente primaria (como los denominados reglamentos "delegados")¹⁹, por otro lado, se ha ampliado el objeto del juicio mismo, exten-

16 De hecho, cada vez que se produce un menoscabo en el canon en cuestión, la fuente que se hace responsable de él está, en realidad, chocando con la norma superior que realiza el reparto competencial y, por tanto, se viola, por eso mismo, el canon de la jerarquía (así, en mi *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 61 ss.).

17 Emblemática de esta tendencia es la sentencia de la Corte n. 10 de 2010, con la que se salvó una regulación estatal sobre la materia de servicios sociales (reservada a la competencia de las Regiones), que había introducido la denominada *social card* (tarjeta social), dirigidas a personas en un estado de especial necesidad económica.

18 Vid., spec., la sent. cost. n. 317 de 2009, que se abordará más adelante.

19 Y hasta ahora, como se puede ver, ha sido constante la disposición tradicional de inspiración formal-abstracta, aunque en su momento cuestionada por una doctrina autorizada (cfr. C. Mortati,

diéndose también –en contradicción con la clara textualidad del art. 134 cost.– a normas que no resultan de actos sino de hechos de normación (y, en particular, a las normas internas de adopción de normas generalmente originarias de la Comunidad internacional: sent. n. 238 del 2014). Y es interesante observar, a fin de la reconstrucción que se trata de realizar, cómo se justifica dicha ampliación, objetivamente forzada, con el objetivo de no dejar desprotegidos los valores fundamentales del ordenamiento, incluido el valor –se ha dicho en otros lugares²⁰– "superconstitucional" de la dignidad de la persona humana, al que se le ha tratado (aunque tardíamente) de dar un poco una vuelta, no permitiendo la recepción en el ámbito interno de la norma internacional no escrita que establece la inmunidad de la jurisdicción civil del Estado extranjero.

III. DE LAS ANTINOMIAS EN EL PLANO DE LAS RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS Y LA RECENTRALIZACIÓN DE LA RELATIVA SOLUCIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, CON ESPECÍFICA REFERENCIA A CASOS CARGADOS DE VALOR AXIOLÓGICO AUN INCLUSO EN PRESENCIA DE NORMAS AFECTADAS POR INVALIDEZ "EN SENTIDO FUERTE", COMO TAL DETECTABLE POR LOS JUECES ORDINARIOS

El ejemplo que se acaba de ver da fe de la crisis en la jerarquía de fuentes, en una de sus aplicaciones, en el plano de relaciones entre ordenamientos. Incluso las normas de rango "paraconstitucional" o constitucional *tout court*, como lo son generalmente las provenientes de la Comunidad internacional, pueden de hecho que tengan que ceder ante otras normas de derecho interno, cuando estas últimas estén al servicio de los principios fundamentales del ordenamiento, y las primeras, por contra, resulten ser incompatibles con ellos. Otra cuestión que en esta sede solo procede apuntar, es si se puede, o no, hacer una especie de clasificación de las formas de contraste, distinguiendo así entre una "invalidéz en sentido fuerte" –como ha soste-

Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità, Giuffrè, Milano, 1964) con argumentos penetrantes que, sin embargo, no fueron tenidos en cuenta en la jurisprudencia. Del mismo modo, hasta la fecha se ha demostrado invencible la fuerza de la tradición con referencia a la condición procesal de los Reglamentos de las Cámaras, ya que se ha excluido el "valor de la ley", a pesar de que es compartida la subsistencia de una relación de separación de competencias en la que se encuentran con respecto a la ley, teniendo un ámbito material reservado constitucionalmente.

20 En estos términos se expresan A. Ruggeri, A. Ventas, "Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)", *Pol. dir.*, 1991, pp. 343 ss.

nido una doctrina acreditada—, como causa de nulidad-inexistencia, y una "invalidez en un sentido débil", como causa de anulabilidad, o —como otra doctrina prefiere decir— distinguiendo entre los casos de "anticonstitucionalidad" de los de mera "inconstitucionalidad"²¹. El hecho es que la misma jurisprudencia, en la sentencia de 2014 antes mencionada, parece haber acogido este orden de ideas favorable a aceptar tal distinción, pero sin deducir de esta compartible premisa su consecuencia lógica (y obligatoria, a mi entender): reconocer a los jueces ordinarios y a los operadores en general el poder-deber de apreciar la radical inexistencia y, por ende, inaplicar de manera inmediata la norma afectada.

La verdad es que la Corte constitucional tiende a atraer para sí misma cualquier forma de antinomia que afecte a fuentes (o normas) primarias (o incluso superprimarias) y que guarden relación con los valores fundamentales del ordenamiento, de acuerdo con lo establecido en una emblemática e importante decisión, la sent. n. 269 de 2017, que ha provocado nuevos e impredecibles desarrollos a partir de la sent. n. 20 de 2019. Una decisión, esta última, de una relevancia crucial, en la que se sientan las bases para la afirmación de un principio dotado de una gran capacidad expansiva y penetrante en todos los rincones más recónditos del ordenamiento, para el que las antinomias axiológicamente contaminantes —es decir, que afecten a las normas relacionadas con los valores fundamentales— deben en todo caso ser puestas en conocimiento de la Corte. Después del primero de los pronunciamientos, se pensaba que ese conocimiento quedaba circunscrito sólo a los casos en que fueran violadas normas de la Carta de la Unión, aunque fueran susceptibles de inmediata aplicación y siempre que fueran sustancialmente coincidentes con normas de la Constitución. Ya entonces, en los comentarios de esta primera decisión²², se planteó la hipótesis de que, en consideración del nexo de instrumentalidad necesaria que existe entre las normas-parámetro y otras normas funcionalmente conexas, como las que se dirigen a realizar una inmediata y directa especificación-desarrollo, la Corte pudiera en los sucesivos pronunciamientos extenderse más allá del ámbito del que había sido obje-

21 La primera calificación se debe a R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 207 ss.; la segunda a A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli, 1990, pp. 262 ss.

22 Me remito a mi "Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione *self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)," en www.diritticomparati.it, 3/2017, 18 de diciembre de 2017, spec. § 4; vid., también, A. O. Cozzi, "Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali", en www.forumcostituzionale.it, 1 de febrero de 2018, spec. pp. 14 ss.

to la sent. 269, dejando así al margen, en casos mucho más numerosos, el probado criterio estructural que obliga a la aplicación directa de las normas de la Unión *self executing*, para dar paso a un criterio funcional (o mejor, axiológico-sustancial), que tiene como punto central la "cualidad" de las normas según valor.

No es de extrañar, entonces, que la Corte haya entrado en el fondo (con la segunda de las sentencias mencionadas²³) de una cuestión de constitucionalidad, que, sin embargo, debería haber sido declarada inadmisibile desde el momento en que en ella se denunciaba la violación de normas europeas, cuyo carácter de autoejecución había sido previamente aclarado por el Tribunal de Justicia²⁴.

Como se ve, la maniobra de recentralización –como ha sido llamada eficazmente por muchos– que se inició con la sent. 269, se está expandiendo cada vez más, sin que, por otro lado, resulte claro hasta qué punto puede terminar sacrificando uno de los principios que están en la base del proceso de la integración supranacional, incluso de la *Grundnorm* que justifica y funda la Unión: la de la inmediata aplicación del derecho eurounitario en el ámbito interno.

En este sentido, sin embargo, ha habido una novedad, a pesar de que todavía no estamos en condiciones de predecir sus efectos. Encontramos en la sent. 63 de 2019 un reconocimiento explícito de la facultad del juez de utilizar en cualquier momento el instrumento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia²⁵, aun

23 Al respecto, los apuntes de O. Pollicino, F. Resta, "Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale", en *www.agendadigitale.eu*, de 24 de febrero de 2019; O. Pollicino, G. Repetto, "Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice", en *www.verfassungsblog.de*, 27 de febrero de 2019; G. Bronzini, "La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?", en *www.questionegiustizia.it*, 4 de marzo de 2019; R.G. Conti, "Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?", en *www.giustiziainsieme.it*, 5 de marzo de 2019; I.A. Nicotra, "Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte", en *www.federalismi.it*, 7/2019, de 3 de abril de 2019, y, si se quiere, a mi "La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)", en *ConsultaOnline*, 1/2019, 25 de febrero de 2019, pp. 113 ss.

24 En particular, por sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 2003, en los asuntos reunidos C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Österreichischer Rundfunk y otros*.

25 Una sólida posición favorable al reconocimiento en cuestión hace ya tiempo que se puso de manifiesto –como es sabido– por la jurisprudencia eurounitaria, reafirmada –atención– incluso después de pronunciada la sent. 269, cit. [entre ellas, vid. SSTJUE (Sala Primera) de 20 de diciembre de 2017, *Global Starnet*; (Gran Sala) de 24 de octubre de 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*; y de 22 de enero de 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*; otras referencias en C. Amalfitano, "Rapporti

cuando el tema sea la compatibilidad de una norma de derecho interno tanto con la Constitución como con la Carta de la Unión u otras normas supranacionales. A decir verdad, en mi opinión²⁶, ese reconocimiento ya podía deducirse implícitamente sea de la sent. n. 20 de 2019 como de la anterior sent. n. 269, a pesar de que, a raíz de que esta última viera la luz, la doctrina, casi de modo unánime, se mostrara a favor de la opinión de que, en presencia de asuntos similares, se tuviera que asegurar siempre el previo reenvío antes que la prejudicialidad constitucional respecto de las normas eurounitarias²⁷. Pero es sólo en la sent. 63 donde encontramos con claridad esta facultad en cuestión.

di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?", en S. Quattrocchi (a cura di), *Atti del Convegno: Il "dialogo tra le corti" parla anche di processo penale: Implicazioni e ricadute della vicenda "Taricco" sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, Alessandria, 15 de noviembre de 2018, que pueden consultarse en *Legisl. pen.* (www.la-legislazione-penale.eu), 4 de febrero de 2019, ult. par., accesible en línea en <http://www.la-legislazione-penale.eu/wp-content/uploads/2019/02/Amalfinato-Rapporti-pdf.pdf>.

26 He reafirmado muchas veces el pensamiento que expresé por escrito en, p. ej., "Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale *in progress* e a geometria variabile", en *ConsultaOnLine*, 3/2018, de 24 de octubre de 2018, pp. 548 ss., spec. 561.

27 G. Scaccia, "L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi", en *www.forumcostituzionale.it*, de 25 de enero de 2018. Idem, "Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017", *Giur. cost.*, 6/2017, pp. 2948 ss.; En la misma Revista (y sea también con referencia las hipótesis descritas), G. Repetto, "Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità", *Giur. cost.*, 6/2017, pp. 2955 ss.; recientemente, vid. R. Romboli, "Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale", *Foro it.*, 2018, I, pp. 2226 ss.; otras referencias en G. Comazzetto, "Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017", en *www.federalismi.it*, 24/2018, de 19 de diciembre de 2018; D. Gallo, "Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018", *www.rivista-itaic.it*, 1/2019, de 4 de marzo de 2019, spec. pp. 229 ss.; A. Alpini, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, ESI, Napoli, 2018, pp. 101 ss. y 122 ss.; y spec. C. Amalfitano, "Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?", cit., pp. 20 ss.; más reciente, C. Panzera, "Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della "doppia fedeltà". L'esperienza italiana", Ponencia en el Congreso del "Grupo de Turín" sobre *La Constitución como pacto*, Valencia, 23 de marzo de 2019, en curso de publicación en *Rev. Gen. Der. cost.*, 29/2019, § 8. Al respecto, también reciente, G. Marra, M. Viola, "Doppia pregiudizialità, diritti fondamentali e potere di disapplicazione del giudice comune", *Dir. pen. cont.*, 3/2019, pp. 163 ss., así como en *www.penalecontemporaneo.it*, 19 de marzo de 2019; y en la misma

Pues bien, en el caso de que el juez considere que primero debe acudir al Tribunal de la Unión, aunque sólo sea para tener las aclaraciones que necesita sobre el verdadero significado del parámetro supranacional del que se sospecha la violación, podría determinarse, como resultado de la respuesta recibida del Tribunal mismo, la inmediata inaplicación de la norma interna. Es razonable pensar que ello va acompañado de la aplicación de la norma supranacional (obviamente, asumiendo su carácter *self executing*); lo que podría llevarnos a excluir la intervención, en este caso, de la Corte constitucional, incluso en los supuestos descritos en las sentencias que estamos manejando, las 269 y 20, a menos que, naturalmente, la norma eurounitaria no afecte negativamente a los "contralímites" (hipótesis, sin embargo, que debe considerarse remota, especialmente cuando la norma en cuestión resulte de la Carta de la UE).

No tenemos ninguna certeza, de hecho, de que la Corte acepte a partir de ahora el escenario de la aplicación inmediata de la Carta de Niza-Estrasburgo, desde el momento en que las últimas decisiones mencionadas parecen en todo caso presagiar una recentralización de la constitucionalidad en cuestiones cargadas de valor axiológico; y es claro que, donde el juez tuviese que considerarse igualmente obligado a acudir a la Corte constitucional, se vendría a producir en el caso examinado anteriormente –como se ha señalado en otros lugares– un verdadero "cortocircuito", teniendo el juez, al mismo tiempo, que aplicar la norma eurounitaria y plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte.

Si, por el contrario, la lectura correcta de la sent. 63 se considerará (lo que solo podremos corroborar en futuros pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional) aquella que atribuye al juez la capacidad de elegir el camino a seguir, entonces la maniobra de recentralización, arriba señalada, podría resultar fuertemente modulada, dejando en manos del juez la búsqueda del punto de equilibrio en el plano de las relaciones entre los Tribunales. Dudo mucho, sin embargo, de que pueda considerarse que el destino del mecanismo de aplicación directa quede a la exclusiva valoración discrecional del operador de turno; que venga condicionado por su duda (más aún si tiene la certeza) de que una norma supranacional *self executing*, derivada de cualquier tipo de fuente, es vulnerada por una norma interna. En otras palabras: no creo que la Corte pueda respaldar (o, aún más, alentar) el comportamiento del juez que opte por el modelo centralizado en el caso de que el mismo juez considere (y lo declare en el escrito inicial del juicio de constitucionalidad) que concurre la

Revista, M. Scoletta, "Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale", 2 de abril de 2019.

violación conjunta de una norma de la Constitución y de una norma eurounitaria, y que se dan las circunstancias para la posible aplicación directa de esta última²⁸, una aplicación que resulta, por tanto, obligatoria como resultado de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia, lo que sugiere la subsistencia de una vulneración.

Lo cierto es que la Corte espera de todos modos conocer de los asuntos en cuestión, por lo que desde su punto de vista es mucho mejor hacerlo antes de la posible solicitud de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión. Si se diese esta hipótesis, podría configurarse una doble llamada a la Corte constitucional, en especial en el caso en que se haya pronunciado una primera vez y hubiera rechazado el asunto, para hacerlo más tarde con la evidencia de la antinomia que sospechó el juez ordinario y que ha sido confirmada ante el Tribunal de Justicia. Éste podría entonces acudir a la Corte constitucional aportando la interpretación alcanzada por el Tribunal de Justicia y en curso de colisión con los "contralímites"²⁹.

El hecho de que el juez ordinario pueda plantear la cuestión prejudicial en cualquier momento, hace que la eventualidad del conflicto entre Corte constitucional y Tribunal de Justicia sea siempre posible; sin embargo, los riesgos serán menores si, como se viene diciendo, se antepone la prejudicialidad eurounitaria, de la que cabría esperar la inmediata resolución de la cuestión mediante el mecanismo de aplicación directa de la norma eurounitaria *self executing*; sin embargo, como hemos dicho, la Corte teme este resultado, pues no quiere ser expulsada de un partido jugado únicamente por los jueces ordinarios y el Tribunal de Justicia.

Así las cosas, la maniobra de recentralización a la que se ha hecho referencia, sigue estando hoy circunscrita al parámetro, mientras que sobre el objeto, la Corte sigue usando criterios de calificación casi exclusivamente formales, con la excepción, no irrelevante, contenida en la mencionada sent. 238 de 2014; tan es así que no extiende su juicio a actos expresivos de normas dotadas en todo caso de una relevante

28 Anticipé mi pensamiento en "*I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*", *ConsultaOnLine*, 1/2019, 25 de marzo de 2019, pp. 169 ss.

29 En verdad, contra esta eventualidad, podría oponerse al argumento de que de los pronunciamientos de rechazo de la Corte surge un efecto excluyente para el juez *a quo*, al que se le impide volver a presentar ante la misma instancia la misma cuestión ya ventilada, argumento que en cambio puede ser superado en consideración a que la superación de la respuesta dada por el Tribunal de la Unión conduzca a un cambio de marco o, como me gusta decir, "de situación normativa" habiéndose registrado una novedad en uno de los términos de la cuestión (y, en particular, en el parámetro), una novedad, por otro lado, de extraordinaria importancia, a partir de la misma se retroalimenta la sospecha de la posible lesión de los principios fundamentales del ordenamiento.

carga axiológica, ni siquiera donde –como se ha señalado en relación con los reglamentos del gobierno– gozan de un nivel sustancialmente primario.

De nuevo, como se ha visto en lo referido a las antinomias entre normas generalmente provenientes de la comunidad internacional y los principios fundamentales de derecho interno –incluso en relación con las antinomias frente al derecho eurounitario– la Corte no se plantea, siquiera, si de vez en cuando las normas pueden estar afectadas de un vicio de invalidez "en sentido fuerte" que justificase su inaplicación por parte de los jueces ordinarios y los operadores en general. Un resultado, este, que, a la luz de casos como los que fueron objeto de las sentencias 269 de 2017 y 20 de 2019, podría servir mejor a la causa de la integración supranacional, asegurándose la inmediata aplicación de las normas de la Carta de la Unión, y de otras ligadas a esta estructuralmente, y por lo tanto, sin esperar la segura mediación de la Corte constitucional, con los retrasos y límites propios del juicio concentrado de constitucionalidad (especialmente en lo que respecta a los casos en los que pueden consolidarse efectos prácticamente irreversibles, que pueden no prosperar acudiendo únicamente al esquema teórico de la nulidad –no ya el de la anulabilidad–, en el sentido del art. 136 cost.)³⁰.

Es cierto que, como ha señalado la sent. 269, el juicio concentrado ofrece más garantías de salvaguardia de la seguridad jurídica (especialmente en su máxima expresión como certeza del Derecho constitucional) que todas las que pueda aportar el mecanismo de aplicación directa por parte de los jueces, tanto más si se considera el carácter no vinculante del precedente judicial. Considerando, sin embargo, la cuestión desde el punto de vista de los derechos³¹ y la forma de optimizarlos, sólo por medio del mecanismo antes mencionado se logra evitar los inconvenientes que surgen del juicio concentrado, a menos que se recurra al régimen de la nulidad-inexistencia de ciertas normas de rango primario que conducen a la vulneración de los derechos mismos, permitiendo a los jueces ordinarios erradicar *ab initio* sus efectos: una oportunidad, esta, que de manera extraña no les ha sido reconocida por

30 He expresado recientemente esta preocupación en mi "La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)", cit., pp. 119.

31 Un punto de vista que, no se olvide, debería siempre adoptarse en cada cuestión con transcendencia constitucional, por la razón elemental de que la Constitución tiene su centro de gravedad en el reconocimiento de los derechos, de acuerdo con la deslumbrante y eficazísima fórmula del art. 16 de la Declaración de 1789.

la jurisprudencia constitucional mencionada anteriormente. Y francamente no se entiende la razón³².

IV. DE LAS RELACIONES ENTRE DERECHO INTERNO Y DERECHO (ANTES COMUNITARIO Y HOY) EUROUNITARIO, Y LA CRISIS DE LA JERARQUÍA FORMAL YA EN EL MOMENTO (Y EN EL MODO) EN QUE SE APLICARON LOS TRATADOS

Lo cierto es que la existencia del derecho (antes comunitario y hoy) eurounitario, por el modo en que vio la luz y se proyecta en los territorios de los Estados miembros, choca con la idea tradicional de la jerarquía formal y obliga, por tanto, para ordenar sus relaciones con el derecho interno y darle una adecuada sistemática, a una reconversión radical de perspectiva, de método e, incluso prioritariamente, de teoría.

La raíz misma de la crisis de la jerarquía formal de las fuentes se puede ver, de hecho, en el momento del inicio de la experiencia comunitaria, con la ejecución mediante ley ordinaria de los tratados, necesaria a todas luces por razones histórico-políticas. De aquí nace una convención constitucional que se ha convertido por ello en una verdadera y propia costumbre *contra constitutionem*, en conflicto incluso con los principios fundamentales del ordenamiento. La jurisprudencia (y, con ella, la doctrina del momento) se vio obligada a realizar una auténtica acrobacia teórica con el fin de justificar este asunto, de lo contrario inexplicable; y lo hizo –como se sabe– mediante el artículo 11, obligado a sucumbir, al menos, a una integración, –si no a una verdadera y propia derogación–. Como se ha intentado señalar en otro lugar, su redacción se limita a prever la disponibilidad de la República para limitar su propia soberanía en beneficio de organizaciones internacionales constituidas con el fin de salvaguardar la paz y la justicia entre las naciones, sin decir en cambio nada en relación con el modo o los modos con que se pueden lograr esas limitaciones. Puesto que no se dice nada al respecto, es evidente, a mi entender, que sólo podría haberse logrado mediando una ley formalmente constitucional, como así ha ocurrido –es conocido– en otros ordenamientos en los cuales se ha actualizado la redacción constitucional mediante la inserción explícita de una *Europaklausel*. Pero de eso hace ya

32 ... si no precisamente apelando a la "lógica" del (supuesto) reequilibrio institucional y, por lo tanto, en esencia, a la necesidad de la Corte constitucional de hacer valer plenamente la centralidad de su función: un argumento, que, sin embargo, no se sostiene frente a la necesidad manifestada por los derechos de ser satisfechos de manera plena.

tanto... Ahora las cosas están como están y no tiene ningún sentido preguntarse qué se habría debido o deberá hacerse en un mañana para asegurar el retorno a la normalidad constitucional³³. Sin extenderme ahora en ello, resulta, siendo parco, singular que a una fuente, aun de primer grado, incluso provista de "cobertura" constitucional, como es la ley de ejecución de los tratados "comunitarios", se le haya reconocido y se le reconozca la capacidad de "inventar" por sí misma otras fuentes; y no sólo fuentes de su propio rango, sino incluso de rango superior, ya que tienen la aptitud de derogar incluso materias constitucionales, quedando sin embargo a salvo –se dice³⁴– los principios fundamentales del ordenamiento.

V. DE LA CONFIRMACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA CRISIS DE LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES CON RESPECTO A LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EN ESPECIAL, DEL DESLIZAMIENTO DEL PLANO DE LA TEORÍA FORMAL DE LAS FUENTES AL PLANO DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN SEGÚN EL VALOR Y LAS REFLEXIONES QUE SURGEN PARA LA DOCTRINA DE LOS "CONTRALÍMITES"

La mejor confirmación de la necesidad de trasladar el objetivo de las fuentes a las normas, logrando así una reconstrucción adecuada del sistema, también (y específicamente) en sus proyecciones al plano de las relaciones entre ordenamientos se tiene, a buen seguro, en el ámbito en el que maduran las experiencias relacionadas con la salvaguardia de los derechos fundamentales, donde –como venimos diciendo– se comprende y aprecia la esencia de una teoría de la Constitución axiológicamente orientada.

Cuatro son los testimonios más fiables que se pueden encontrar en la jurisprudencia constitucional.

De los tres primeros ya se ha hablado; nos referimos a la sent. n. 238 de 2014, por un lado, 269 de 2017 y 20 de 2019, por otro: en un caso, en nombre de la salva-

33 Cabe añadir que, incluso en consideración a lo que disponen los Tratados "comunitarios", bien se habría hecho y se haría en desarrollarlos mediante ley aprobada por los procedimientos del art. 138 de los cuales son garantías las mayorías reforzadas que, obviamente, el procedimiento ordinario de las leyes comunes no puede ofrecer.

34 Renovaré en breve mi firme convencimiento en torno a la necesidad de si y cuándo los "contralímites" pueden oponerse a la recepción de las normas supranacionales en el ámbito interno, así como a otras normas de origen externo.

guardia de la dignidad de la persona, tuvo lugar, como hemos visto, la separación de las categorías teóricas consolidadas tanto en el plano sustancial como en el procesal, mientras que se mantuvo separada, primero, la Carta de la Unión y, a continuación, cada fuente con valor axiológico respecto de cualquier otra fuente de derecho eu-rounitario, sacrificándose –con el objetivo de asegurar su cumplimiento en aquello que la Corte juzga como el mejor modo de proceder– el principio de la aplicación directa por parte de los jueces.

El cuarto es el principio de la maximización de la protección de los derechos fundamentales, que ha tenido, en el plano de las relaciones entre ordenamientos, su emblemática representación en la Corte constitucional con la sent. n. 317 del 2009, que atiende especialmente a las relaciones entre derecho interno y CEDH; un principio, sin embargo, dotado, como se dirá en breve, de valor general³⁵.

Una vez más, la Corte deja de lado la jerarquía formal que habría instado a garantizar la prevalencia de la fuente convencional "subconstitucional" sobre las leyes nacionales (y las fuentes que se les equipararon); y lo hace, de hecho, siempre que resulta clara la mejor idoneidad de las segundas para garantizar una mayor protección de los derechos que la que les ofrece el CEDH. En tal coyuntura, dice

35 Sobre ello una nutrida pléyade de estudiosos han prestado su atención, entre otros, A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2017, spec. pp. 222 ss., *passim*; G. Silvestri, "L'individuazione dei diritti della persona", en *www.penalecontemporaneo.it*, 29 de octubre de 2018; R. Romboli, "La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano", *ConsultaOnLine*, 3/2018, 24 de diciembre de 2018, pp. 626 ss.; S. Curreri, *Lezioni sui diritti fondamentali*, FrancoAngeli, Milano, 2018, spec. pp. 60 ss.; D. Trabucco, "Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali- astratti a garanzia della superiorità della Costituzione", en *www.osservatoriosullefonti.it*, 3/2018, 31 de diciembre de 2018, spec. pp. 10 ss.; T. Mazzarese, "La giustizia del diritto secondo il costituzionalismo (inter)nazionale e una domanda apparentemente disorientante", *Lo Stato*, 11/2018, pp. 78 ss. Sobre la vocación expansiva de los derechos, vid., además, G. D'Amico, "Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica", en F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 97 ss., spec. 114 ss.; *ivi*, vid., pero críticamente, R. Bin, "70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto", pp. 170 ss., vid. también *Idem Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018, spec. pp. 63 ss., *passim*, e *Idem* "Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti", *Dir. cost.*, 1/2019, pp. 11 ss., spec. 21 ss., así como la entrevista sobre el tema "Giudice e giudici nell'Italia postmoderna", a cargo de R.G. Conti, en *www.giustiziasieme.it*, de 10 de abril de 2019; una defensa del principio del estándar máximo de tutela puede verse, si se quiere, en la entrevista que me hacen también allí.

la Corte, tendrá que haber un "equilibrio" entre el principio de prevalencia del derecho internacional sobre las normas de ley, del art. 117, 1 c) cost., con la norma constitucional sustantiva, al servicio de la cual está la ley. Una vez más, parecería, por tanto, que una norma constitucional sobre la normación resulta obligada a retirarse por el impacto con la norma sustantiva. En realidad, como se ha señalado en otros lugares, aquí no es apropiado hablar de una "ponderación" en sentido propio entre las normas en cuestión, por la elemental razón de que la primera no entra en este ámbito ya que es el propio Convenio el que declara (art. 53) que desea afirmarse únicamente con la condición de poder elevar el nivel de protección del derecho en juego con respecto a lo que se puede lograr sobre la base de la legislación nacional.

Recientemente, la jurisprudencia constitucional no ha dejado de manifestar cómo el Convenio, por el modo en que se hace en Estrasburgo "derecho vivo", puede ofrecer una protección aún mayor que la que se encuentra en el ámbito interno; al mismo tiempo, sin embargo, se reafirma en el "predominio axiológico de la Constitución sobre el CEDH"³⁶. Como podemos ver, perduran llamativas oscilaciones de orden sistemático en la orientación de la Corte, que no resiste la "atracción fatal" ejercida por la referencia a la naturaleza de las fuentes y a su procedencia, pero entregándose también a las sugerencias que pueden venir de las normas, por la forma en que dan satisfacción a los derechos.

El hecho es que, como hemos dicho, las dinámicas de la normación, al poderse reconstruir desde el plano de la teoría de las fuentes, naturalmente se deslizan y son apreciadas en el marco de la teoría de la interpretación, una teoría, precisamente, orientada axiológicamente. También se confirma en el ámbito en el que maduran las relaciones entre el CEDH y la Carta de la Unión: el primero, de hecho, ilumina con su contenido a la segunda, a menos que la Carta no esté en grado de ofrecer una tutela más avanzada que la resultante del Convenio. Es la teoría de la interpretación, no la teoría de las fuentes (al menos una de inspiración formal-abstracta), la que, al fin y al cabo, nos permite dar la solución más adecuada a las relaciones entre normas, resolviendo las eventuales antinomias que existen entre ellas y que empujan a elegir la que se ajuste mejor a las exigencias generales del caso³⁷.

36 Sent. n. 25 de 2019, FJ 13.

37 De esta tesis, en la que hace mucho que me reconozco, se ha distanciado hace poco R. Bin, "Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti", cit., spec. pp. 21 ss., con argumentos que he tratado de replicar en la entrevista que me ha hecho R.G. Conti, apenas mencionada. Me gustaría aquí, en particular, reiterar que el principio o criterio de la maximización de la protección no significa en absoluto –como, en cambio, Bin teme– llegar al efecto de liberar al juez de la sujeción a la ley, y por ende, a la sustitución de la ponderación como resultado del arbitrio del juez a la

No es este el lugar para preguntarse cuál es el criterio que permita establecer dónde se sitúa la mayor tutela y a quién le corresponde llevarla a cabo. Al respecto cuento con una certeza: imaginar las Cartas de derechos dispuestas a modo de ejércitos, listos para entrar sin reparos en batalla, sería una pérdida, exactamente como lo son las batallas (o, peor aún, las guerras) que dejan en el terreno sólo muertos y heridos. Por contra, la solución óptima, que llega con firme determinación hasta donde puede, es la de la integración mutua de las Cartas en los hechos interpretativos, de acuerdo con el pronunciamiento del juez constitucional, como pone de manifiesto la sent. n. 388 de 1999, a la que normalmente me refiero en mis reflexiones en torno a las relaciones entre Cartas (y Cortes). No excluyo, por su carácter apriorístico, que este resultado no pueda demostrarse alcanzable sino con el coste de forzar de manera clara y flagrante los textos, a pesar de la flexibilidad estructural y apertura semántica de sus enunciados. De cualquier modo, no tengo ninguna duda de que debemos aspirar a ello, haciendo todo lo posible, convocando los cánones que llevan la interpretación al máximo rendimiento posible. La solución óptima es,

ponderación entre los intereses que merecen protección de acuerdo con la misma. Y ello por muchas razones.

En primer lugar, recuerdo que el principio en cuestión está explicitado en algunas Cartas de derechos (y en concreto en el CEDH y en la, en su, cit.), que se aplican en el ámbito interno por ley y, lo que es más importante, es inherente a los enunciados de nuestra Carta constitucional que se refieren a los derechos constitucionales, *ex arts. 2 y 3*, más y aún antes que en los enunciados en los arts. 10 y 11, que ofrecen la apertura de nuestro ordenamiento a la Comunidad internacional y a las organizaciones supranacionales, entre las cuales se cuenta la UE. La observancia del principio del máximo estándar, por lo tanto, descende de un preciso y estricto vínculo positivo, del que el juez –le guste o no– no puede escapar.

En segundo lugar, para lo que se refiere en concreto a los equilibrios de orden institucional, hace tiempo que repito en distintas sedes que el mantenimiento de la tipicidad de las funciones se debe preservar a toda costa y transmitirse también a las generaciones futuras, si nos preocupa preservar y transmitir la idea de la Constitución heredada de los revolucionarios franceses y admirablemente esculpida en el art. 16 de la Declaración de derechos de 1789. La tipicidad, en cambio, no excluye ni implica la leal cooperación de los operadores, en el esfuerzo por todos producido para la óptima satisfacción de los derechos y, en general, de los intereses que merecen protección, con las condiciones objetivas del contexto. Ello, como se precisará mejor en un momento, requiere en efecto la intervención previa del legislador, pero a través de regulaciones flexibles y esenciales, capaces de adaptarse a la variedad de situaciones, así como al efectivo y no preconcebido "diálogo" de los tribunales (europeo y nacionales, constitucionales y ordinarios), en vista de lograr, al menos en la medida de lo posible, el objetivo.

por lo tanto, aquella que ve cómo todas las Cartas se reafirman simultáneamente, se retroalimentan y se regeneran unas a otras sin parar³⁸.

Como se puede ver, la *Grundnorm* de la maximización de la protección, antes (o en lugar) de conducir a una elección entre esta o aquella Carta a la luz de la "lógica" del *aut-aut*, es un factor de preorientación interpretativa en un intento de llevar la protección de los derechos en juego a lo más alto posible. Y es por ello que la batalla –si queremos recuperar la imagen anterior– pueden (y deben) hacerla las Cartas a nivel cultural, antes (o en lugar) de hacerlo en el plano positivo, exponiendo cada una de ellas en el mercado de los derechos su propia y mejor mercancía, y tratando de persuadir a los clientes potenciales para que compren.

Esta conclusión, como hemos dicho, es generalizable precisamente porque es hija de una perspectiva metódica, antes incluso que teórica, de encuadre sistemático de inspiración axiológico-sustancial; es decir, es hija de una teoría de la Constitución que tiene en los derechos fundamentales, en su reconocimiento y en sus garantías –lo máximo que permitan las condiciones objetivas del contexto–, su epicentro, en el cual se apoya y por cuya fuerza se reafirma e incesantemente se renueva.

De aquí, entonces, la confirmación de la imposibilidad de seguir repitiendo hasta la extenuación –como es costumbre en la doctrina y jurisprudencia actuales³⁹– el *leit motiv* que ve en los principios fundamentales del ordenamiento los "contralímites" a la recepción de las normas supranacionales en el ámbito interno. No es cierto, de hecho, que cada vez que una norma, cualquiera que sea su origen o su forma⁴⁰, se mostrase incompatible con este o con aquel principio fundamental de

38 De su vocación estructural, encontramos las recientes sentencias 24, 25 y 26 de 2019 (sobre las dos primeras decisiones, para una primera observación, vid. S. Finocchiaro, "Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU", in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 de marzo de 2019).

39 El tema es, como se sabe, objeto de numerosas contribuciones científicas que, aunque diversas en sus enfoques y desarrollos, convergen sin embargo en la conclusión que se ha recordado en el texto (para profundizar al respecto, vid. S. Polimeni, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; así como L. Federici, "Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale tra teoria dei controlimiti e norme internazionali", en *www.osservatorioaic.it*, 3/2018, 26 de septiembre de 2018, pp. 89 ss.; D. Paris, "Limiting the Counter-limits". National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law", en P. Faraguna, C. Fasone, G. Piccirilli (cords.), *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018, pp. 205 ss., y por último, A. Alpini, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, cit.).

40 Cuanto se viene diciendo presenta de hecho un carácter general y vale también para los casos

derecho interno, provocaría su expulsión por obra de la Corte constitucional. Como se ha intentado demostrar en otro lugar, se trata, de hecho, de hacer valer también en el plano de las relaciones entre ordenamientos la "lógica" de los equilibrios según el valor dado que cotidianamente se practica en relación con los conflictos entre normas de derecho interno; y, por lo tanto, queda por ver si el coste pagado por la Constitución como "sistema" (y, en particular, por el conjunto de los valores fundamentales positivizados), como resultado de la lesión sufrida por parte de una norma de origen externo, se compensa por el mejor servicio a esos valores, gracias a la recepción de la norma misma en el ordenamiento interno, o viceversa. En resumen, los "contralímites" requieren que se hagan valer —¿cómo decirlo?— por desaparición, por el modo con el que la norma se relaciona eventualmente con la Constitución como "sistema".

VI. DE LA RECURRENTE Y CANSINA OBJECCIÓN SEGÚN LA CUAL EN LA TRANSICIÓN DEL SISTEMA FORMAL DE LAS FUENTES AL SISTEMA DE LAS NORMAS SEGÚN VALOR SE PERDERÍAN LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA TIPICIDAD DE LAS FUNCIONES DE LOS OPERADORES; DE LA CRÍTICA A LA MISMA QUE AHORA SE RENUOVA Y SE BASA EN LA REFERENCIA A LA IDEA DE CONSTITUCIÓN DE LAS TRADICIONES LIBERALES QUE TIENE EN LA SEGURIDAD (Y POR TANTO EN LA EFICACIA) DE LA SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES SU EPICENTRO, LAS CAUSAS DE LOS DESEQUILIBRIOS INSTITUCIONALES Y LA BÚSQUEDA DE SUS POSIBLES REMEDIOS

Es evidente que en un contexto teórico-reconstrutivo de este tipo concurren los riesgos inherentes a toda operación de equilibrio axiológico. Sin embargo, no hay lugar a la objeción actual (y que se repite cada vez más cansinamente) de que la transición del sistema de fuentes formal a un sistema de normas según valor, por un lado, estaría sometida a un grado de estrés que haría desaparecer del todo la seguridad jurídica; y, por otro lado, afectaría de modo creciente al equilibrio entre las instituciones, dada el excesivo predominio de la posición de los jueces, en detrimento del papel del legislador.

de normas internas que debería contraponerse con este o aquel principio, que por el momento han escapado del control de constitucionalidad, como resultado de una operación de ponderación axiológicamente orientada.

El primer punto no tiene en cuenta el dato primordial, fruto de la experiencia común, según el cual la ponderación forma parte de la acción diaria de los operadores en general (incluso los productos normativos del legislador, por otra parte, como se sabe, encierran en sí y son fruto de los "equilibrios" propios de la razonabilidad). Por tanto, guste o no, no se puede prescindir de ella. Por otra parte, como se ha señalado en otros lugares, la única seguridad jurídica (en sentido objetivo) que tiene valor es la que demuestra ser capaz de traducirse, en el halo de la experiencia, en la certeza de los derechos constitucionales, es decir, en la eficacia de su salvaguardia, la más adecuada a la luz de las condiciones generales del contexto.

El segundo punto es, en verdad, muy serio y conduce a una reflexión desencantada. Sin embargo, cabe señalar que hay muchas otras causas y raíces de las que el desequilibrio entre las instituciones se nutre constantemente, tanto en las relaciones entre los órganos de dirección política y los órganos de garantía en general (empezando, por supuesto, con los de naturaleza constitucional), así como en el seno de los propios órganos de la misma especie (así, en las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno o en las que hay entre la Corte constitucional y la Justicia ordinaria, de las que aquí se han señalado también algunas preocupantes manifestaciones).

Hay dos causas principales de esta situación.

Por un lado, está la crisis de representación política (*rectius*, de la representatividad⁴¹), una crisis grave, tal vez endémica en las democracias de tradición liberal, aún más visible por la clara inadecuación de la clase política incapacitada estructuralmente para afrontar la creciente ola de problemas que azotan la sociedad, es decir, para diseñar un desarrollo ordenado de la sociedad misma, lo cual se refleja en las sedes institucionales en las que se encarna y actúa la clase política⁴².

41 ... que, en realidad, como ha señalado una acreditada doctrina, es, más que de los representantes, de los representados, es decir, de la comunidad gobernada (M. Luciani, "Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato", en N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 109 ss., Idem, "La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee", *Teoria pol.*, 2015, pp. 113 ss., spec. 128. Entre los muchos que están siguiendo esta indicación teórica, vid., G. Laneve, "Legislature e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni", *www.rivistaic.it*, 4/2018, 30 de diciembre de 2018, spec. pp. 423 ss.).

42 Entre quienes que de manera diversa han tratado el tema, vid., recientemente, al menos, A. Morelli (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Giuffrè, Milano, 2015; las ponencias al Seminario sobre *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, Catania, 3-4 de abril de 2017, en *www.osservatoriosullefonti.it*,

Por otro lado, existe un límite intrínseco e infranqueable al que deben estar sujetos los actos de normación (empezando por el acto-fuente por excelencia, la ley), definidos por los caracteres de generalidad y abstracción⁴³; así se asegura que ningún acto, por valiosa que sea la propuesta, se moldee según la irresistible variedad de lo real.

Lo cierto es que –como se mencionó anteriormente y ahora debe aclararse mejor– existe una tipicidad natural de las funciones institucionales que debe preservarse y transmitirse también a las experiencias futuras del Estado constitucional, si queremos salvaguardar su esencia, con la misma precisión que admirablemente quedó resumida en la fórmula del art. 16 de la Declaración de 1789. Todos los órganos son llamados, de hecho, de diferentes maneras y con responsabilidades también diversas para ejercer sus competencias resolviendo los problemas de la sociedad y, por lo que ahora más importa, para dar satisfacción a los derechos: pueden (y deben) hacerlo, dejando testimonio del deber de lealtad impuesto a todos⁴⁴. El primer paso compete hacerlo al legislador, el cual, sin embargo, en especial con relación a temas de biodecho, debe evitar, tanto la tentación de regular pormenorizadamente y con exceso de detalles (aún más con múltiples prohibiciones, como ocurrió con la Ley n. 40 de 2004, sobre procreación médicamente asistida), como el riesgo opuesto de lanzar disposiciones que sean excesivamente reticentes, vagas e insuficientes (lo cual sería un problema en la práctica, y en especial para los jueces obligados insoslayablemente a establecer la conocida como *supplenza*, que los propios jueces han hecho saber que

3/2017; F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino, 2017; A. Morelli, "Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica", *Dir. cost.*, 1/2018, pp. 95 ss., y, *amplius*, Idem, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; con respecto a la dimensión supranacional, vid., al menos, A. Cossiri, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sopranazionale. I fattori normativi*, Franco Angeli, Milano, 2018.

43 No retomo aquí la inquietante pregunta sobre las connotaciones de las normas jurídicas (y de los actos que las producen); me limito a señalar que, sin sobrecargar de significado las susodichas connotaciones, desde hace tiempo –como se sabe– objeto de múltiples y afiladas críticas, es un hecho que la "disposición" siempre precede, por su naturaleza, a los casos a los que se pretende aplicar y, por esta razón, tiene méritos y defectos irrefutables, ampliamente manifestados, que en cambio no se reflejan en los actos de los jueces, hechos a medida como los trajes de sastrería, en relación con las peculiares exigencias de los casos.

44 Existe un vínculo inescindible entre la protección de los derechos y el cumplimiento del deber de lealtad, estando el segundo al servicio del primero, aunque no resuelva en exclusiva tal manifestación (en este sentido, A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2013).

no es "querida ni bienvenida"⁴⁵). En resumen, encontrar el punto medio, de conformidad con el canon de la razonabilidad, entre el "demasiado" y el "demasiado poco" no es de ninguna manera una cosa fácil, tanto más aún si se considera que el punto de equidistancia desde los extremos de esta alternativa asfixiante se fija de manera diversa dependiendo de los ámbitos materiales, de los objetos regulados e incluso, para un mismo objeto, del tiempo.

Sin embargo, dado que los contextos en los que se inscriben las disciplinas positivas están cambiando constantemente, considerando la eventualidad de crisis y situaciones de emergencia difíciles de contener (o de eliminar por completo)⁴⁶ –lo que a su vez provoca cambios vitales que necesitan de una regulación positiva– la ley debe tener una flexibilidad estructural apreciable y, por ello, debe dotarse de previsiones esencialmente de principio, remitiéndose para su adecuado desarrollo a la técnica de la "delegación" mediante ponderaciones concretas que, en última instancia, competen a los jueces, europeos y nacionales, constitucionales y no constitucionales⁴⁷. Y, dado que la mayoría de los problemas a resolver superan con mucho

45 Así, en particular, según la efectiva y bien conocida expresión del presidente de la Corte constitucional, G. Zagrebelsky, en la rueda de prensa de 2004, refiriéndose específicamente a la falta de un desarrollo legislativo del nuevo Título V de la Parte II de la Constitución, pero con consideración, como se viene diciendo, dotada de valor general.

46 Se piense en la emergencia medioambiental, la amenaza terrorista, la crisis económica, la crisis migratoria, etc.

47 De esta necesidad ha advertido una doctrina que se hace cada día que pasa más y más numerosa, a pesar de sus articulaciones internas, la variedad de tonos y de las propuestas teórico-reconstruktivas [vid, entre otros, P. Veronesi, "La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale", *Quad. cost.*, 3/2004, p. 524, el cual ha precisado recientemente en Idem "Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)", *Biola Journal (www.biodiritto.org)*, 2/2018, pp. 77 ss.; S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. pp. 38 ss., *passim*; A. Patroni Griffi, "Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza", *www.rivistaaic.it*, 3/2015, 24 de julio de 2015, spec. § 5, y, *amplius*, Idem, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; entre sus muchos estudios, C. Casonato, "La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte", in *www.confronticostituzionali.eu*, 17 de junio de 2014; R. Conti, "Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti", *Biola Journal (www.biodiritto.org)*, 3/2015, p. 168; A. D'Aloia, "Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto", *Biola Journal (www.biodiritto.org)*, 1/2016, pp. 105 ss.; M. Piccinni, "Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà", *Biola Journal (www.biodiritto.org)*, 1/2018, spec. pp. 12 ss.; R. G. Conti, "La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?", en *ConsultaOnline*, 1/2018, 4 de abril

los confines de los concretos ordenamientos estatales⁴⁸, requiriendo esfuerzos formidables de una pluralidad de operadores institucionales dispersos en varios niveles, se necesita de una fecunda colaboración no sólo entre el legislador (en sentido lato) y jueces en el seno del Estado o de otro ordenamiento no estatal, sino también entre operadores de ordenamientos diversos. Lo que aquí importa es que los tribunales europeos y los nacionales hagan un esfuerzo colectivo, particularmente apreciable cada vez que se implantan y se desarrollan lo que en otro sitio he llamado las "cadenas" de los actos jurisdiccionales, distintos efectivamente por su naturaleza y su régimen generales aunque convergentes, en la medida en que miran hacia la meta común de dar concreción, eficacia, a ese "metaprincipio" de la maximización de la protección que se ha visto como la auténtica *Grundnorm* de las relaciones entre ordenamientos y la recomposición móvil (no de las fuentes sino) de las normas en "sistema". Las "cadenas" en cuestión nacen, por lo demás, de una iniciativa en el ámbito supranacional (por el Tribunal de la Unión o el Tribunal de Estrasburgo) y se despliegan, por tanto, en el ámbito interno por medio de los pronunciamientos del Tribunal constitucional, cerrándose finalmente en las salas en donde se administra la justicia ordinaria. Y bien, cuando sale a la luz el modo y, con respecto a cada Tribunal, la función que le corresponde al otro, o a los otros, toma forma —como se ha evidenciado antes— un efecto unitario (de la "cadena") que predomina y *quodammodo* absorbe los efectos producidos por actos individuales, ofreciendo a los derechos una satisfacción que

de 2018, spec. pp. 235 ss., Idem, "Bioética e biodiritto. Nuove frontiere", en *www.giustiziainsieme.it*, 28 de enero de 2019, e Idem, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma, 2019; A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. pp. 170 s., y si se quiere, mi "Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita", en S. Agosta, G. D'Amico, L. D'Andrea (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 257 ss., así como lo publicado en *www.federalismi.it*, 10/2016, 11 de mayo de 2016, spec. § 2.4. por último, G. Laneve, "Legislature e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni", cit., pp. 407 ss., spec. 431; L. Chieffi, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 90 ss., y A. Licastro, "Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale", ponencia al Congreso sobre Valetudo et religio: *intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, Roma, Università "La Sapienza" 4 de abril de 2019, en *paper*, § 7].

48 No es casualidad, por otro lado, que a partir de la II Guerra mundial surgieran las organizaciones internacionales o supranacionales, como las Comunidades Europeas, hoy Unión Europea.

los efectos mismos *uti singuli*, por los límites estructurales que le son propios, no estarían en condiciones de ofrecer.

De este modo, –si se piensa– la integración de las Cartas, a través de sus cláusulas interpretativas, adquiere una forma armónica a través de ese apoyo mutuo que están llamadas a prestarse y que efectivamente pueden darse únicamente con la condición de que ningún Tribunal cultive el insano propósito de colocarse en solitario en el vértice de una construcción piramidal, que depare a los tribunales restantes una posición en todo caso auxiliar y subalterna. Si esta tendencia, que –como se ha visto– tiene pocas manifestaciones, se confirmase (en especial en la perspectiva de un avance del proceso de integración supranacional), sería el fin tanto para la Constitución y el Estado constitucional como también, consecuentemente, para los derechos. Se necesita, por contra, tomar por fin conciencia del hecho de que, especialmente en el presente contexto de nubarrones y no pocas incógnitas acerca de la supervivencia del modelo de sociedad organizada que hemos conocido hasta ahora, ninguna Carta constitucional está en disposición de decir todo sobre todo y de decirlo siempre de la mejor manera, específicamente en relación con los derechos y a las diversas y exigentes formas de protección de los mismos; y, por lo tanto, ni siquiera los Tribunales, que de aquellas son institucionalmente los garantes, puede reivindicar cada uno una *primauté* originariamente disputada por la misma pluralidad de Cartas y de contextos en los que se desenvuelven y actúan. Antes bien, la primacía, como se ha visto, se encuentra en el plano cultural, no en el positivo y, mucho menos, en un orden de carácter formal-abstracto; se construye día a día, con no poco esfuerzo, y a veces con verdadero sufrimiento, con el apoyo del conjunto de todos los operadores para que se entreguen, de acuerdo con las circunstancias, al servicio del ser humano, de sus derechos, de su dignidad.

Resumen

El estudio destaca la crisis de la jerarquía formal de las fuentes que proviene de una teoría de la Constitución axiológicamente orientada; una crisis que se ha apoderado de la jurisprudencia constitucional, especialmente en sus expresiones relativas a las relaciones entre ordenamientos y específicamente en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales. A continuación, se centra críticamente en la tendencia, particularmente visible en los últimos años, encaminada a centralizar en la Corte constitucional el conocimiento de las antinomias entre las normas internas y las normas de origen externo, destacando el coste que sus efectos podrían suponer para los derechos. Por último, se retoman las críticas doctrinales contra el abandono de la reconstrucción del sistema formal de fuentes y su sustitución por un sistema de normas según valor, un sistema que se hace y se renueva incesantemente de acuerdo con los casos y en nombre del principio de maximización de la protección de los derechos.

Palabras clave

Relaciones entre ordenamientos, protección de los derechos fundamentales, crisis en la jerarquía de las fuentes del derecho

Abstract

The study highlights the crisis of the hierarchy of legal sources according to a form descending from a theory of the axiologically oriented Constitution; a crisis of which there are multiple traces in the constitutional jurisprudence, especially in its expressions relating to inter-order relations and with specific regard to the protection of fundamental rights. He then critically dwells on the tendency, in recent years, to have become particularly conspicuous, aimed at centralizing the constitutional judge's knowledge of the antinomies between internal rules and norms having external origin, highlighting the cost which, owing to it, could be obliged to pay the rights. Finally, it replies to some recurring criticisms in doctrine against the abandonment of the reconstruction of the system of sources according to the form and its replacement with a system of norms according to value, a system that is made and constantly renewed according to the cases and in the name of principle of maximizing the protection of rights.

Keywords

Inter-order Relationships, Protection of Fundamental Rights, Crisis of the Hierarchy of Legal Sources

Recibido: 11 de abril de 2019

Aceptado: 15 de abril de 2019

LA INTERACCIÓN ENTRE LA JUSTICIA INTERNACIONAL Y LA JUSTICIA ESPAÑOLA¹

JAVIER ROLDÁN BARBERO

*Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.
Universidad de Granada*

Dedicado a mi hermano Horacio, él mismo profesor universitario y jurista, de quien he aprendido tantas cosas; todas ellas buenas.

Excma. Sra. Rectora Magnífica de la Universidad de Granada

Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho

Demás autoridades

Sras. y Sres.

Tengo el honor y la responsabilidad de impartir esta lección con motivo de la festividad de San Raimundo de Peñafort ante tan distinguido y apreciado público, y en un marco y una ocasión tan solemnes.

A tal fin, me sirvo, como es tradicional, de la palabra; nada más y nada menos que de la palabra, tal como pudieron hacer Francisco Suárez o Francisco de Vitoria hace siglos cuando hablaban del naciente Derecho internacional; me sirvo de la palabra escrita, impresa en el cuadernillo que obra en su poder y, en una versión con algunas diferencias, de la palabra oral para dirigirme ahora a ustedes.

Este de hoy es para mí un acontecimiento y ejercicio académico, pero también es una vivencia sentimental. Al fin y al cabo, mi biografía y mi currículum vitae se entremezclan en muchos aspectos y la Universidad es siempre un estado de ánimo.

¹ Texto de la Lección pronunciada en la festividad de San Raimundo de Peñafort, Patrón de la Facultad de Derecho. Curso Académico 2018-2019.

Hay que recordar, claro, a las personas que me han llevado hasta aquí, algunas presentes y otras ausentes; pero a esos ausentes los tengo muy presentes hoy. Amigos y familia, con un lugar destacado, insustituible, para mis padres, mis hermanos, mis sobrinos.

Ya ven, yo fui un fruto del *baby-boom*, alumbrado el mismo año en que fue erigido el muro de Berlín, y ahora me dirijo a ustedes con el siglo XXI ya con la mayoría de edad cumplida, treinta años después de la demolición del muro; pero con un panorama internacional que arroja nuevos muros, físicos y figurados, y nuevas guerras frías y calientes, amén de un cambio climático estremecedor.

Quiero tener asimismo un recuerdo expreso hoy para mis compañeros de departamento, que ofrecen, en conjunto, una lección de profesionalidad universitaria. Y por supuesto no puedo dejar de mencionar y agradecer en este momento a mi maestro Diego Javier Liñán, del que he aprendido tantas cosas; y no solo de Derecho internacional público y de Derecho de la Unión Europea. Además, claro está, ha sido decisivo en mi trayectoria académica, sobre todo en aquellos tiempos en que el criterio y la influencia del maestro eran fundamentales para marcar el itinerario universitario de sus discípulos.

De muchos de mis colegas de universidad y especialmente de facultad también he aprendido. De sus escritos, de su ejemplo, incluso de conversaciones sabrosas mantenidas con gran número de ellos.

Yo quiero tanto a mis colegas universitarios que me casé con una de ellas, representante del derecho privado, y a fe que fue un acto jurídico, por mi parte, acertado, verdaderamente brillante.

Mi biografía y mi CV, decía, se han ido entreverando, casi confundiendo. La Universidad de Granada ha sido mi punto de partida y será probablemente el de llegada, después de ejercer once cursos académicos en la querida Universidad de Almería. Esta Facultad de Derecho ha sido y sigue siendo mi segunda casa, con su espléndido jardín botánico, con la estatua del jesuita granadino Francisco Suárez reaparecida en el patio que lleva su nombre. Él pregonó la unidad del género humano y la necesidad de la colaboración internacional, cosas que nos deben servir de alabonazo aún hoy.

Recuerdo cuando, recién incorporado a mi departamento, en 1985, Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Javier Liñán implantaron e institucionalizaron en nuestra universidad los cursos sobre "La Aplicación Judicial del Derecho Comunitario en España" alrededor de nuestra adhesión a las Comunidades Europeas. El tema de la lección que he redactado y voy a pronunciar pretende rendir un homenaje a aquella iniciativa que alentó mi formación y mi vocación europeístas y que situó a nuestra

universidad en un lugar sobresaliente de los estudios sobre la integración jurídica en Europa. También pretendo ofrecer con esta conferencia un testimonio de aprecio y admiración a Gil Carlos Rodríguez Iglesias, que fue muchos años, en concreto desde 1986 hasta 2003, juez, y desde 1994 también Presidente, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este testimonio se hace más emocionado y entrañable por el reciente fallecimiento del gran maestro.

Hilvanando algo más mis memorias sentimentales y las profesionales, y acercándome al objeto de esta lección, diré que se acaban de cumplir 70 años de un documento político, jurídico y moral de gran envergadura: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que muchos quieren jubilar pisoteando de manera flagrante e impune la dignidad de la persona; esa misma dignidad que es invocada por nuestra cuarentona Constitución (artículo 10.1), que se remite a la Declaración y al resto de la normativa internacional pertinente para que le ayude a determinar el alcance y el sentido de los derechos fundamentales que la Carta Magna consagra (artículo 10.2). Una Constitución que padece, se dice, "fatiga de materiales", que precisa de reformas, pero sobre todo de un mayor cumplimiento; así cuando se proclama la independencia del poder judicial o el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Su observancia estricta, más que cualquier reforma, sí que sería revolucionaria y beneficiosa.

Yo profeso fervientemente el patriotismo constitucional, aunque sin abandonar, claro está, el espíritu crítico, y tamizado ese patriotismo inexcusablemente por la óptica internacional y europea. La integración europea ha provocado las dos únicas reformas constitucionales culminadas hasta la fecha; pero se echa de menos en nuestra Ley fundamental un mayor compromiso con el ordenamiento y los principios internacionales, precisamente cuando nuestra transición democrática se acompañó de una apertura inédita a la cooperación internacional y a la supranacional de Europa. Esa vertiente internacional se aprecia visiblemente en las funciones judiciales, y sin embargo la Constitución guarda silencio sobre esas profusas implicaciones exteriores. Este estado de cosas, a su vez, alimenta y reformula las distintas ramas del derecho positivo español, y desde luego nuestra área vecina y amiga de Derecho internacional privado. Con todas estas asignaturas el Derecho internacional y el Derecho europeo no forman, ciertamente, compartimentos estancos.

El internacionalismo y el europeísmo no representan solo un inevitable camino para el jurista actual, sino que también hay que blandirlos como ideología de tolerancia y pluralismo frente a las tendencias inquietantes nacionalistas, populistas que recorren nuestro mundo. También hay, en términos generales, que esgrimir y encarecer el imperio, el supremacismo del Derecho, no por corporativismo sino por

apremio social, como condición existencial de nuestra sociedad. Vivimos tiempos, ya se sabe y ya se padece, de crisis del Derecho, de las libertades, de la democracia, y esa crisis tiene en el escenario internacional su fuente y su tratamiento. Democracia, derechos humanos y Estado de Derecho deben ir inextricablemente aparejados, y sin embargo nos encontramos con algunas antinomias entre estos valores, a menudo con la inmigración como telón de fondo. Vivimos tiempos de crisis de los valores de la Ilustración, de predominio de las medias verdades o mentiras completas sobre la racionalidad, de superioridad de las opiniones viscerales sobre la ecuanimidad, tanto en el espacio físico como en el ciberespacio, donde también se dirimen esos valores. La globalización reinante, paradójicamente, afianza y a la vez distorsiona la democracia española. Debemos clamar por que no haya un solo espacio sin Derecho y sin Justicia. "Donde el Derecho acaba, empieza la tiranía", afirmó John Locke en el siglo XVII. El poder judicial está llamado a garantizar justamente el Derecho.

Pero centrémonos en las relaciones judiciales en España y su proyección internacional, crecientes esas relaciones como corolario del intenso tráfico jurídico-internacional. Lo hago ante prominentes representantes de la administración de Justicia. Y lo hago con la certeza, y con la disculpa, del carácter superficial, panorámico, más atento al bosque que a los árboles, de las siguientes reflexiones:

Asistimos en los últimos años a un fenómeno de proliferación de órganos jurisdiccionales internacionales. Este dato es, por un lado, encomiable en lo que representa de mayor impartición de justicia y de esclarecimiento del Derecho, si bien los procedimientos extrajudiciales, también revalorizados en el panorama jurídico interno, resultan aun netamente predominantes para la solución de controversias en el medio internacional. Por otro lado, esta proliferación de tribunales plantea el desafío de la unidad y la coherencia del Derecho internacional en su conjunto, dada la falta de conexión orgánica y jurisprudencial directa que existe entre los distintos tribunales, llamados por eso mismo a mantener entre sí un diálogo judicial permanente y fluido.

En todo caso, nuestro Estado y los ciudadanos españoles nos vemos progresivamente mediatizados en nuestras vidas, libertades y haciendas, en nuestra mentalidad y sensibilidad, por las jurisdicciones internacionales. Podríamos hablar, por circunscribirnos ahora al ámbito mundial, de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Penal Internacional o del Tribunal Internacional de Derecho del Mar; pero asimismo del arbitraje internacional, al que acuden inversores españoles en el exterior para salvaguardar sus derechos; o al que acuden también contra el Reino de España inversores exteriores, como tristemente, anunciadamente, está ocurriendo con la supresión en España de las primas a las energías renovables, supresión conva-

lidada por el Tribunal Constitucional español², pero que, siendo inoponible nuestro Alto Tribunal a terceros, nos va a ocasionar indemnizaciones millonarias decididas por diversos tribunales arbitrales internacionales. También es notable el mecanismo cuasijurisdiccional de solución de diferencias instituido por la OMC, actualmente sujeto a revisión, del que depende ahora, por ejemplo, a través de la competencia conferida a la Unión Europea, la suerte comercial en EEUU de nuestra aceituna negra de mesa.

La inseguridad inherente a que pleitos millonarios se resuelvan mediante tribunales arbitrales *ad hoc* en las relaciones económicas internacionales está motivando diversas iniciativas cívicas y diplomáticas tendentes a instituir un Tribunal Multilateral de Inversiones.

En el campo de los derechos fundamentales también abundan esta clase de órganos cuasijurisdiccionales, que afectan igualmente al estado de los derechos humanos en España, como pone de manifiesto la doble instancia penal finalmente generalizada en nuestro país, tras la reforma realizada en 2015 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a raíz de sucesivos requerimientos provenientes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el marco del artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Igualmente, de estos comités internacionales que velan por los derechos humanos se ha derivado justicia individual para personas en España. Particularmente notable es el caso de la indemnización concedida a una ciudadana, Ángeles González Carreño, por la justicia española después de que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas determinara la responsabilidad del Reino de España por la muerte de su hija a manos de su exmarido a consecuencia del anormal funcionamiento de la administración de justicia. El Tribunal Supremo (TS) declaró, en efecto, el 17 de julio de 2018 el carácter vinculante del dictamen de la ONU y su carácter constitutivo de una responsabilidad jurídica, que ha sido cifrada en 600.000 euros³.

Pero, aparte de la incidencia que tribunales internacionales pueden tener en intereses de España y de los españoles, esos intereses están cotidianamente en juego en resoluciones tomadas por tribunales internos de terceros países, decisiones que pueden condicionar hasta la vida de ciudadanos españoles (como ocurre con Pablo Ibar, desde hace años en el corredor de la muerte en Estados Unidos en un procedimiento salpicado de irregularidades) o importantes derechos del Reino de España,

2 STC 19/2016, de 4 de febrero de 2016.

3 STS (Cont.-Adm.) de 17.07.2018. 2018/3555.

como sucedió con las sentencias dictadas por tribunales de Florida que adjudicaron la propiedad a nuestro Estado del pecio y de los tesoros de *Nuestra Señora de las Mercedes*, hallados por el buque privado estadounidense *Odissey*. Dada la conexión galopante de los problemas, otros innumerables asuntos judiciales en terceros países, como los que empiezan a asomar en relación con el cambio climático, repercuten, aunque sea mediatamente, en nuestro bienestar y seguridad, hasta en nuestra civilización. De ahí el interés pragmático, inmediato, y no solamente altruista, de que los tribunales de otros países actúen con independencia y de acuerdo con las debidas garantías procesales.

Inversamente, la jurisprudencia recaída en España reviste a menudo una dimensión internacional, extraterritorial. Tal cosa sucede, pongo por casos, con delitos de piratería, ablación genital, los "combatientes extranjeros terroristas" o con la práctica aplicada a inmigrantes irregulares, aún vigente y sancionada en primera instancia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la llamada "devolución en caliente", que plantea los límites de la jurisdicción nacional. Es también digna de mención y atención la justicia universal referente a grandes violaciones de los derechos humanos que ha practicado la Audiencia Nacional española, avalada en su versión extensiva por el TC en 2005⁴, pero recortada, desfigurada por las reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial acometidas en 2009 y 2014. Esta última reforma ha sido validada también por el intérprete supremo de nuestra Constitución como prerrogativa del poder legislativo en su sentencia del pasado 20 de diciembre. El Gobierno actual se propone restaurar en parte su espíritu, aunque es improbable que el pragmatismo político y económico lo permita.

Por añadidura, más allá de la ingente, y relevante para nosotros, jurisprudencia pronunciada por tribunales internos o internacionales, hay que anotar la abundante cooperación judicial internacional que se viene tejiendo, singularmente en Europa –a la que me referiré más adelante–, pero también en otras regiones como Iberoamérica. Este fenómeno hace del Consejo General del Poder Judicial, según la Ley española 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y el Servicio Exterior del Estado (artículo 10), un órgano más de nuestra acción exterior. Esa cooperación, articulada en una tupida normativa internacional y europea, está reflejada también en nuestra legislación interna, verbigracia en la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, y en la Ley 23/2014 de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea.

4 STC 237/2005, de 26 de septiembre.

Naturalmente, en este orden de ideas, se hace imperativo hablar específicamente, señoras y señores, de Europa, de la Europa de Derecho que se pretende construir y últimamente sostener, que tiene su último garante judicial en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), encargado de la interpretación y aplicación uniformes del Derecho de la Unión, y también en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de Estrasburgo, encargado, en último término, de la interpretación y observancia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y sus protocolos.

Son tiempos ciertamente complicados y convulsos para la construcción europea, para sus valores fundacionales. La integración europea parece siempre, como dijo el poeta del mar, estar recomenzando, refundándose. Y lo cierto es que la independencia judicial está deteriorándose a ojos vista en algunos Estados miembros, tal como la Unión ha constatado y está persiguiendo en Polonia con la activación del procedimiento sancionador contemplado en el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea o con la suspensión, decidida por el Tribunal de Justicia de la Unión, de su ley nacional atentatoria de la independencia y la dignidad del poder judicial en Polonia, en particular de su Tribunal Supremo⁵. De este modo, como ocurre también en Hungría, la Unión vela por la tutela judicial efectiva en sus Estados miembros como parte de su propia legitimidad y de la articulación del Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), que requiere la confianza mutua de las instancias judiciales nacionales sobre la base de principios democráticos equivalentes. En la sentencia *Aranyosi*, pronunciada por el Tribunal de Luxemburgo en 2016⁶, o en la más reciente y significativa *LM*⁷, se reconoce que el deterioro de las garantías democráticas –incluida la quiebra de la independencia del poder judicial– en un Estado miembro de la Unión puede facultar en un supuesto concreto a otro Estado miembro a suspender la entrega pedida de una persona procesada en el Estado requirente. Téngase en cuenta en este orden de ideas que, en la actualidad, el Reino de España está litigando ante tribunales belgas en defensa de la inmunidad, de la soberanía jurisdiccional de España afectada por la demanda civil planteada contra el magistrado Pablo Llarena por políticos catalanes prófugos de la justicia española. A este respecto, hay que ponderar que la propia UE, devota tradicional del multilateralismo y potencia normativa en

5 Auto de la vicepresidenta del TJUE de 19 octubre de 2018 (ECLI:EU:C: 2018:852) y Auto del TJUE de 19 de diciembre de 2018.

6 ECLI:EU:C:2016:198.

7 Sentencia de 25.07.2018. ECLI:EU:C:2018:586.

las relaciones internacionales, está sometida al Derecho internacional, un ordenamiento extraño para ella, pues fue diseñado primordialmente para regular las relaciones entre Estados, mientras que la organización supranacional que es la UE sigue representando, a mi juicio, a pesar de sus innegables avances, un modelo más próximo a lo internacional que a lo federal.

Hablaba de los dos tribunales que sostienen el orden público europeo. Ambos padecen la sobrecarga y la lentitud en sus resoluciones, problema enquistado en la justicia estatal. Ambos tribunales se ven afectados por el euroescepticismo emergente. Los dos están inmersos en procesos de reforma, de reflexión. El sistema judicial comunitario lo hace con la remodelación de su Tribunal General, con la creación de un tribunal unificado de patentes o la constitución, prevista para 2020, entre la gran mayoría de sus Estados miembros, pero no todos ellos, de una Fiscalía europea, destinada inicial y exclusivamente a la persecución de los delitos relacionados con los intereses financieros de la UE, pero llamada a ocuparse pronto de otro género de asuntos de dimensión transnacional. No pasemos por alto, a este propósito, que ya existe un órgano de la UE llamado Eurojust, encargado de mejorar la cooperación judicial y coordinar las investigaciones y actuaciones judiciales de los Estados miembros en casos de delincuencia grave.

El CEDH y las funciones judiciales derivadas de su aplicación, por su parte, han sido objeto en los últimos años de importantes reformas, como la producida por el Protocolo 14, tendente a la reorganización de determinados aspectos del tribunal y de su procedimiento. El Protocolo 15 tiene como propósito, entre otros, ampliar el margen de discrecionalidad de los Estados, acentuar el principio de subsidiariedad en la apreciación del CEDH. Últimamente, el Protocolo 16 ha introducido para los Estados parte, entre los que España ha decidido no figurar de momento, una consulta del juez nacional al Tribunal de Estrasburgo antes de dictar una resolución que pueda entrar en conflicto con el Convenio de Roma de 1950.

Lo cierto, y lamentable, es que no se ha producido aún la adhesión, mandada por el Tratado de Lisboa, de la UE como tal al CEDH, adhesión rechazada, y de momento aplazada de forma indefinida, por el dictamen 2/13 del TJUE. El sometimiento de la Unión al mecanismo de garantía de Estrasburgo traería como consecuencia la conversión del TEDH en el último juez de los derechos humanos en Europa tanto, como pasa ahora, para las competencias y acciones de los Estados como también para las competencias y acciones propias de la UE. Entretanto, hay referencias mutuas entre ambos tribunales y el TEDH ha dado un visto bueno general y provisional al sistema de protección de los derechos humanos de la UE, que

considera homologable y equivalente al del Convenio de Roma de 1950⁸; pero ha de sustanciar demandas dirigidas contra los Estados miembros que, en realidad, afectan a poderes de la Unión⁹, incluso ha llegado a conocer por esta vía de demandas relacionadas con cuestiones intrínsecamente comunitarias como el planteamiento de una cuestión prejudicial¹⁰ o como el principio de reconocimiento y confianza mutuos de resoluciones judiciales¹¹.

El juez español, como es natural, está íntimamente involucrado en este mecanismo europeo, que le sirve, por el citado imperativo constitucional del artículo 10.2, para interpretar los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna. Podemos decir que el juez español es un juez cada vez más europeizado. Huelga decir que pronunciamientos instados y resueltos a propósito de otros países contribuyen también a arrojar luz sobre el estado de nuestros derechos humanos. Respecto al Tribunal de Estrasburgo, la intervención de este solo se produce después de agotados los recursos internos correspondientes. La reforma introducida en 2015 en el artículo 954.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal hace que una sentencia del TEDH pueda servir en determinadas circunstancias como fundamento del recurso extraordinario de revisión¹².

Precisamente, el mayor número de demandas y condenas contra el Reino de España se produce en el marco del artículo 6 CEDH, referente al derecho a un juicio justo, a un proceso equitativo. Y los pronunciamientos, de carácter declarativo, del TEDH han recaído y siguen recayendo sobre procesos atinentes al gran flagelo de la joven democracia española, el terrorismo de ETA, unas veces para secundar la jurisprudencia española (así, al convalidar la negativa judicial a contabilizar el periodo

8 Sentencia *Bosphorus Airways*, de 30.06.2005. 45036/98.

9 Así, la Sentencia *Matthews c. Reino Unido*, dictada el 18.02.1999.

10 Sentencia *Baydar* de 24 abril 2018.

11 Sentencia *Avotins c. Letonia*, dictada el 23.05.2016. N.º 17502/07. En esta resolución, al mismo tiempo, se revalida, reconsiderado, el precitado principio de equivalencia.

12 "Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal».

penitenciario cumplido en Francia por presos etarras¹³) y otras para desautorizarla (como sucedió al descalificar la denominada doctrina *Parot* acuñada por el Tribunal Supremo y básicamente refrendada por el Tribunal Constitucional¹⁴). Sobre otro flagelo, éste actual, de la democracia española —el secesionismo catalán— ya se han dictado algunas resoluciones, y a buen seguro recaerán otras más, por ejemplo, sobre los plazos de la prisión preventiva, en el marco del intento independentista de internacionalizar su causa. Este *proceso*, que carece de fundamento jurídico internacional, está representando un desafío en toda regla, un mayúsculo desacato, dotado de un importante aparato propagandístico exterior, hacia los fundamentos de nuestro ordenamiento constitucional y de nuestro sistema judicial.

De esta suerte, la democracia española, aun para los intolerantes y antidemócratas, se encuentra mejor salvaguardada al añadirse la protección internacional a la protección judicial interna, la cual, dicho sea de paso, ha sido fundamental para acabar derrotando el terrorismo abertzale, que ha tenido como víctimas a numerosos profesionales de la administración de justicia, como el recordado fiscal Luis Portero, abatido vilmente a tiros no lejos de esta facultad. En todo caso, los reproches a la jurisprudencia española en términos del CEDH no son desde luego sistémicos, como lo son en otros países como Rusia y Turquía, sino ocasionales, sin que ello deba comprometer el buen crédito de la justicia española ni descalificar a nuestra democracia, la cual se somete a este control internacional precisamente por su buen funcionamiento ordinario. No debemos, empero, echar en saco roto los reproches y recomendaciones que el GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción) del Consejo de Europa viene dirigiendo a nuestro sistema de justicia, por ejemplo, sobre el procedimiento de selección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

La protección multinivel de los derechos humanos encuentra otra vertiente en la UE y en su Carta de Derechos Fundamentales, cuya utilización ha desbordado las previsiones y las aspiraciones de muchos¹⁵. La Unión Europea ha de respetar y hasta priorizar la mayor protección proporcionada por el sistema interno de garantía, la

13 Sentencia del Tribunal Supremo (Penal) de 27 de enero de 2015. RJ 2015/3348. La Sentencia del TEDH confirmadora, en este aspecto, de la jurisprudencia española, fue dictada el 23 de octubre de 2018.

14 Sentencia del TEDH de 21.10.2013. *Inés del Río c. España*. La Sentencia del TS (Penal) es de 28.02.2006. 2006/467. El Tribunal Constitucional se pronunció, por ejemplo en el caso *Gaztañaga*, en su Sentencia 39/2012, de 29 de marzo de 2012.

15 Véase última y novedosamente la Sentencia *Bauer* dictada el 6.11.2018. ECLI:EU:C:2018:871.

interpretación *in melius*¹⁶. No han sido raros los asuntos –como la orden de alejamiento del maltratador o el actual de la intervención del Banco Popular– que son objeto de procesos y pronunciamientos paralelos por parte de la justicia comunitaria y de la justicia española, cada una desde su respectiva perspectiva jurídica. En general, el Derecho de la Unión, que puede desde luego cercenar derechos, como ha ocurrido con sus políticas rigurosas de austeridad, puede también ampliarlos en nuestro país, como ha sucedido –y sigue sucediendo– notoriamente en materia de hipotecas. Como demócrata y conservacionista español no puedo sino felicitar me de que la justicia europea esté apremiando, mediante la imposición de sanciones pecuniarias –una suma a tanto alzado y una multa coercitiva–, al Reino de España el correcto tratamiento de las aguas residuales urbanas en varios municipios¹⁷. Conviene añadir que el derecho de defensa también ha sido objeto de regulación e interpretación por parte del derecho comunitario europeo¹⁸.

Al margen de la protección de los derechos humanos, y en términos más generales, importa precisar que el juez nacional no está orgánicamente vinculado al sistema judicial comunitario, pero es el juez común, cotidiano del Derecho de la Unión. De su conocimiento y sensibilidad dependen en gran medida la solidez y la uniformidad de sus normas y principios. De hecho, en varios aspectos la jurisprudencia de Luxemburgo ha dotado al juez nacional de una mayor autonomía: son los supuestos de la aplicación de la norma comunitaria dejando inaplicada, por su propia autoridad, la norma nacional incompatible, sin que esta haya de ser formalmente modificada o derogada; o de la capacidad de imponer medidas cautelares para salvaguardar los derechos emanados del Derecho comunitario, o desde luego de determinar en la justicia nacional y de acuerdo con el ordenamiento interno la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por el incumpli-

16 Art. 53 de la CDFUE. Los límites de la aplicación prioritaria de la normativa europea en detrimento de la normativa nacional en punto a principios fundamentales del ordenamiento estatal –en concreto, los principios de legalidad y de irretroactividad penal en relación con los intereses financieros de la Unión– están tratados en la Sentencia *M.A.S y MB*, dictada por el TJUE el 5.12.2017. ECLI:EU:C:2017:936.

17 Sentencia de 25.07.2018. ECLI:EU:C:2018:606. La condena trae causa del incumplimiento defectuoso por parte de nuestro Estado de una sentencia declarativa anterior, pronunciada el 14.04.2011. Todo ello en infracción de la Directiva 91/271/CEE.

18 Es muy notable a estos efectos, la STC 13/2017, de 30 de enero de 2017, que estima el amparo por haberse negado al abogado de oficio el expediente policial, derecho exigible de conformidad con el artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE, pese a no haber sido a la sazón esta directiva traspuesta al ordenamiento jurídico español.

miento del Derecho de la UE. Para los casos de duda sobre su interpretación o validez puede o debe entablar, según sea órgano de primera o última instancia, el incidente prejudicial ante el TJUE. Son tantos los casos sustanciados ante la jurisdicción nacional que encierran vínculos con el derecho europeo... Es notable en los últimos tiempos que la jurisprudencia de Luxemburgo se ha mostrado más activista e intervencionista sobre la naturaleza a estos efectos del poder judicial interno¹⁹ y sobre la decisión de no plantear la cuestión prejudicial, hasta el punto de haber condenado recientemente, por primera vez, a un Estado miembro, a saber la República Francesa, por la negativa irrazonable de un órgano judicial superior (su Consejo de Estado, como máxima jurisdicción administrativa) a plantear la cuestión prejudicial²⁰. Ante una sentencia prejudicial, el juez interno puede encontrar resuelta la parte dispositiva de su resolución²¹; pero otras veces la sentencia prejudicial se remite a la apreciación del juez interno en cada caso²²; incluso la sentencia prejudicial puede acarrear una retahíla, una saga de litigios posteriores, ocasionando una sobrecarga judicial, como en el caso, utilizado también como maniobra dilatoria, de las cláusulas suelo²³ o en el más fundamentado del "céntimo sanitario"²⁴, cuya tramitación ha dado lugar a la creación de una sección especial del Tribunal Supremo²⁵. Este mayor intervencionismo sobre la jurisprudencia nacional también se ha proyectado sobre el fondo del asunto: así, en 2009, y por primera vez, el TJUE condenó a un Estado, el nuestro, por la jurisprudencia emanada por nuestro Tribunal Supremo afirmando que los servicios prestados a una Comunidad Autónoma por los Registradores de la Propiedad, en su condición de oficina liquidadora, no estaban sujetos al IVA²⁶. Por supuesto, en muchos otros

19 Sentencia *PFE* de 15.10.2015. ECLI:EU:C:2015:693.

20 Sentencia de 4.10.2018. ECLI:EU:C:2018:811. También puede verse a estos efectos la Sentencia *Ferreira da Silva*, de 9.09.2015. ECLI:EU:C:2015:565.

21 Véase, por ejemplo, la Sentencia *Bordessa*, dictada por el TJUE el 23.02.1995. ECLI:EU:C:1995:54.

22 Véase, por ejemplo, la Sentencia *Mohammed Aziz*, dictada por el TJUE, el 14.03.2013. ECLI:EU:C:2013:164.

23 ECLI:EU:C:2016:980.

24 ECLI:EU:C:2014:108.

25 En efecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS acordó en 2015 crear una sección específica con vistas a la tramitación de los miles de recursos que reclaman la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios derivados del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, el llamado "céntimo sanitario".

26 ECLI:EU:C:2009:695.

casos, como el referente a los intereses de demora en los préstamos concertados con consumidores, el TJUE respalda el criterio de nuestro TS²⁷.

En términos generales, la jurisprudencia española recaída sobre la UE, sus normas y principios, es satisfactoria, aun con claroscuros. No se han producido abiertos desafíos, rebeldías frontales. Cabe destacar favorablemente, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional que estima un recurso de amparo contra una sentencia que vulneró la tutela judicial efectiva al seleccionar erróneamente la norma aplicable, que debía ser, a juicio del máximo intérprete de nuestra Constitución, una norma europea tal como había sido interpretada y aclarada por el TJUE²⁸. También es notable la Sentencia de 9 de julio de 2018 que condena al Estado a continuar los expedientes de las solicitudes de protección internacional en los términos establecidos por las instituciones europeas²⁹. Conviene señalar que ni España ni ningún país se han atendido al reparto de cuotas de refugiados fijado por un Reglamento de la UE. Este reglamento fue abiertamente impugnado y atacado por países como Hungría y Eslovaquia, y, pese a ser convalidado por el Tribunal de Justicia, permanece en gran medida inaplicado, lo que ha constituido un serio quebrantamiento y precedente para el imperio del Derecho en la integración europea.

Por otra parte, la cooperación judicial en Europa, en el marco del ELSJ y sustentada en el reconocimiento mutuo sobre la base de valores democráticos sustancialmente comunes, constituye una vertiente sobresaliente de esta "Europa de los jueces". El mismo TC español, en su única cuestión prejudicial planteada hasta la fecha, consultó al TJUE sobre el deber de las autoridades españolas de entregar a las autoridades italianas al prófugo Stefano Melloni, que había sido juzgado en rebeldía en su país, procedimiento no previsto en nuestra legislación procesal salvo para penas menores. Sin embargo, la respuesta del TJUE compelió a las autoridades españolas a entregar al fugitivo, sin ninguna condición, sobre la base de ese reconocimiento de resoluciones judiciales entre Estados miembros de la Unión³⁰.

Esta cooperación y este entendimiento judiciales se han instrumentado desde el punto de vista normativo, en particular, en la Orden Europea de Detención y Entrega, la denominada *Euroorden*, la cual se encuentra en un punto crítico tras las negativas de tribunales belgas y alemanes a entregar al político prófugo Puigdemont a las autoridades españolas. Se trata de un mecanismo, a diferencia de la tradicional

27 ECLI:EU:C:2018:643.

28 Sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015, de 5 de noviembre de 2015.

29 STS de 9.07.2018 (Cont.-Adm.). RJ 2018/3525.

30 Sentencia de 26.02.2013. ECLI:EU:C:2013:107.

extradición, puramente entre jueces, esto es, que no implica intervención gubernamental.

En el caso de los delitos atribuidos por el TS español al expresidente de la Generalitat de Cataluña, especialmente el de rebelión, el juez requerido ha de verificar el requisito de la doble incriminación. Pero no se trata, como se hizo por parte de un tribunal regional alemán, de hacer un juicio sobre el fondo, de un análisis en concreto. Menos aún, se trata de buscar la identidad de tipos penales ("con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del delito", dice la Decisión-marco originario de 2002), que el Derecho de la UE sólo persigue armonizar en los supuestos de delitos graves de naturaleza transnacional. Se trata, simplemente, de constatar que esas conductas investigadas son igualmente punibles en los dos países. En tal sentido, es inimaginable que en Alemania o Bélgica tales conductas insurreccionales resulten penalmente irreprochables. El juez de ejecución no puede reemplazar ni enjuiciar al juez de emisión. Hay que recordar y recalcar que la *Euroorden* se basa en el principio del reconocimiento mutuo —que conlleva la confianza mutua— entre sistemas políticos recíprocamente confiables, democráticos, cosa que no se discute en el caso español. De esta suerte, sin plantear cuestión prejudicial alguna, sin solicitar datos adicionales al juez instructor español, en contra del parecer de la fiscalía, inicialmente en 48 horas, se ha impedido, nada menos que al TS de un Estado miembro, proseguir la instrucción del caso, pues, por el principio de especialidad, el TS solamente podría seguir el proceso por el delito de malversación de bienes públicos, cosa a la que ha renunciado, con buen criterio, el magistrado instructor.

Ciertamente, la democracia española se dirime y se defiende en el plano judicial interno e internacional. La democracia y la Constitución han de ser defendidos de sus enemigos internos y externos, y aun de muchos de sus pretendidos y proclamados defensores. Hay que buscar, siempre, soluciones políticas, desde luego, pero sin estigmatizar la necesaria judicialización de los conflictos políticos. Desde el punto de vista humanitario, ciertamente hay que denunciar y compadecer mucho más la triste suerte de miles de niños en Yemen, por ejemplo, muertos de inanición, que las supuestas penalidades del pueblo catalán, admirable y envidiable, por lo demás, por tantos conceptos, entre otros su desarrollo cultural y social.

En fin, el galimatías catalán se prolongará en el tiempo, y mucho me temo que San Raimundo de Penyafort no tendría nada fácil desenredarlo ni como santo ni como jurista ni siquiera como catalán.

Muchas gracias y un solemne abrazo

Granada, 23 de enero de 2019.

Resumen

Este ensayo recoge la intervención oral –aunque con numerosas notas complementarias– del autor en la lección de la fiesta patronal de la Facultad de Derecho de Granada. Desde una perspectiva internacionalista y europeísta se repasa la función judicial en España. Por una parte, esa función se ve mediatizada por la proliferación de tribunales jurisdiccionales internacionales de distinto alcance, carentes entre sí de una conexión orgánica o jurisprudencial, circunstancia que ha de conducir a un diálogo judicial permanente y fluido entre ellos. Sobresalen, como guardianes del orden público europeo, el Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ambos tribunales enriquecen y apuntalan, al mismo tiempo, los valores constitucionales españoles, también frente al desafío soberanista planteado en Cataluña. Por consiguiente, se produce una interacción de sistemas judiciales como lógico corolario de la interacción de ordenamientos jurídicos. Por añadidura, los intereses jurídicos españoles también se dirimen ante tribunales nacionales de terceros países y, ciertamente, en la colaboración con esas mismas instancias, piedra angular del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en Europa. En suma, el juez español se presenta cada vez más como un juez europeo y un juez internacional.

Palabras claves

Derecho internacional, Derecho europeo, Poder judicial, tribunales internacionales.

Abstract

This essay includes the oral intervention –although with numerous footnotes– of the author in the lecture given at the patronal feast of the Faculty of Law of Granada. The paper reviews, from an internationalist and pro-European perspective, the judicial function in Spain. On the one hand, this function is influenced by the proliferation of international courts with a different competence, lacking an organic or jurisprudential connection between them, a circumstance that must lead to a permanent and fluid judicial dialogue between them. Among all, the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights are the guardians of the European public order. Both courts enrich and underpin, at the same time, the Spanish constitutional values, also against the independence challenge in Catalonia. Consequently, there is an interaction of judicial systems as a logical corollary of the interaction of legal systems. In addition, Spanish legal interests are also settled before national courts of third States and, certainly, in the collaboration with those same instances, cornerstone of the Area of Freedom, Security and Justice in Europe. In sum, the Spanish judge appears more and more like a European judge and an international judge.

Keywords

International law, European law, Judicial power, international courts.

Recibido: 1 de febrero de 2019
Aceptado: 15 de febrero de 2019

CASOS DIFÍCILES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

*Fiscal. Profesora de Derecho en la Universidad Federal de Maranhão
(Brasil)**

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Métodos clásicos de interpretación.
- III. Interpretación en el positivismo de Hans Kelsen y H.L.A. Hart.
- IV. Métodos específicos de interpretación de la Constitución.
- V. La hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.
- VI. El pensamiento de Ronald Dworkin y Jürgen Habermas.
- VII. Nuevo constitucionalismo y teoría de la interpretación.
- VIII. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día es sabido que existen casos fáciles y difíciles en asuntos constitucionales. Los fáciles pueden ser resueltos con la subsunción o el razonamiento deductivo, mientras que los difíciles requieren de otros métodos. Estos últimos se basan en criterios desarrollados por la ciencia jurídica, influenciados por las contribuciones de la filosofía moral y la filosofía política.

Es cierto que ninguno de estos criterios desarrollados para resolver casos difíciles han sido capaces de conducir a una única respuesta correcta, sin embargo, si se usan correctamente, pueden proporcionar soluciones interpretativas que generen certeza y previsibilidad.

Muchos autores han abogado por la tesis de la única interpretación correcta en el ámbito del Derecho Constitucional. En siglo XIX, la teoría de Savigny sirvió como fundamento de esta idea. Él afirmó que los métodos tradicionales de interpretación (gramaticales, lógicos, históricos y sistemáticos) debían utilizarse conjuntamente para determinar el significado y el alcance de las normas¹. Esta

* Traducido del inglés por Eloísa Pérez Conchillo.

1 F. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, V.1, 1840, citado por K. LA-

metodología formalista y surgida del Derecho Civil, fue bastante utilizada para la interpretación de la Constitución del Estado liberal (al menos mientras sus instituciones funcionaban o se mantenían estables).

Esto fue posible porque en aquellas circunstancias la sociedad estaba despolitizada, ya que no había choques o conflictos de intereses entre los agentes políticos y las clases sociales, al menos no ostensiblemente ni de manera organizada. Tal circunstancia hizo que la Constitución tomara en cuenta a la sociedad de forma incidental, prácticamente ignorándola. Bajo esas condiciones, la dimensión jurídica se superpuso a la dimensión sociológica de la Constitución, que en consecuencia, fue casi olvidada.

Oponiéndose a Savigny y sus seguidores, Kelsen² se pronunció en contra del uso de métodos interpretativos que pudieran llevar a una única respuesta correcta en Derecho. Kelsen, afirmó que la interpretación es un acto de voluntad del auténtico interprete (el juez) a través del cual se fija el significado de las normas, basado en las distintas interpretaciones posibles, con el objetivo de aplicarlas a un caso concreto.

Desde el primer tercio del siglo pasado, se han sucedido profundos cambios en la sociedad derivados del desarrollo económico, político, social, científico y cultural. Es por ello que la Constitución ya no podía seguir entendiéndose únicamente como un instrumento legal destinado a limitar el ejercicio del poder estatal. Abarcaría más que eso, sin poder ignorar ya las nuevas aspiraciones y presiones sociales, pues incurría en el riesgo de caer en desuso. Se necesitaban nuevos acuerdos, nuevas conformaciones del poder político. El Estado dejó de ser puramente liberal y comenzó a presentar inclinaciones socializadoras. La separación entre el Estado y la sociedad disminuyó considerablemente, gracias a la necesidad del Estado de intervenir en la sociedad y en sus relaciones económicas, restringiendo los derechos individuales y controlando el abuso económico. Además, todas estas nuevas situaciones fueron reguladas por primera vez en las Constituciones, que comenzaron a incluir de forma obligada derechos sociales, económicos, políticos y culturales.

Durante la aparición de las primeras crisis constitucionales (surgidas del desacuerdo entre la Constitución formal y la realidad social), empezaron a desarrollarse elaboraciones teóricas relacionadas con una teoría sustantiva de la Cons-

RENZ, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 9 –18.

2 H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1978.

titución. A diferencia de la teoría formal, la teoría sustantiva reconoció que la capacidad de modificar rápida y frecuentemente el significado de las normas constitucionales residía en las poderosas fuerzas que actúan en la sociedad.

A partir de ese momento, la metodología basada en el Derecho Civil empezó a ser cuestionada y, poco a poco, se fueron desarrollando métodos de interpretación de la Constitución más atentos a las especificidades y a la naturaleza pública del Derecho Constitucional. Entre ellos se encuentran la Teoría de la Integración (Smend), el Método de los Temas Problemáticos (Viehweg y Esser) y el Método Concretista (con contribuciones de Hesse, Müller y Häberle). Todos estos métodos, permiten al intérprete determinar el significado y alcance de las normas constitucionales para aplicarlas a un caso concreto.

Por otro lado, H.L.A. Hart, apoyó el positivismo semántico de Kelsen, dejando a un lado la premisa de que las normas jurídicas tienen una textura tan abierta que permiten al intérprete actuar a su discreción³.

Al tratar de superar la idea de que el fenómeno hermenéutico es un problema de método, Hans-Georg Gadamer⁴ sentó las bases de una hermenéutica filosófica afirmando que la interpretación de los textos pertenece al conjunto de la experiencia humana en el mundo. Él demostró que en este ámbito es importante encontrar la verdad, que no sólo debería ser filosóficamente justificada, sino que en sí misma sea una forma de filosofar. Así, la hermenéutica filosófica también pretende encontrar la respuesta correcta.

Desafiando a H.L.A. Hart, Dworkin argumentó que a menudo hay una sola interpretación correcta para leyes complejas y problemas de moralidad jurídica, el resultado del trabajo de un juez ideal, al que se refiere como "Hércules". Corroborando el pensamiento de Dworkin, pero para superar las críticas de su inherente solipsismo judicial, Habermas amplió la Teoría del Derecho de este autor. Para este propósito, Habermas sostiene que es necesario recurrir a la reflexión comunicativa en el proceso interpretativo, es decir, hacer uso de la práctica argumentativa con la participación de todos los involucrados en el proceso.

Entre otros nuevos constitucionalistas como Alexy, Borowsky y Wroblewski, y en vista de las características actuales de las Constituciones, se cuestiona la teoría de la única interpretación correcta para resolver casos difíciles en asuntos constitucionales, con la intención de señalar sus debilidades.

3 H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press (Clarendon Series), 2012.

4 H-G. GADAMER, *Truth and Method*, Bloomsbury Academic, Londres, 2013.

II. MÉTODOS CLÁSICOS DE INTERPRETACIÓN

Los métodos hermenéuticos clásicos, también llamados jurídicos, son el gramatical, lógico, histórico y sistemático. Savigny fue responsable de su sistematización y difusión, ya en la primera mitad del siglo XIX.

Para este autor, la interpretación consiste en la reconstrucción del pensamiento que existe detrás de la ley, y para hacer ese trabajo el intérprete necesita un elemento lógico, un elemento gramatical, y un elemento histórico, además de conocer las particularidades y el significado de cada texto en su conjunto. Esto se debe a que la legislación sólo se expresa en bloque, y el bloque en términos jurídicos sólo puede ser reconocible en un sistema (elemento sistemático). Pero no es el único aspecto a tener en cuenta. Savigny manifestó que estos cuatro elementos deberían utilizarse de forma combinada y controlada para llegar a una conclusión a través de la interpretación⁵.

Con estos métodos originarios del Derecho Romano y del Derecho Civil, la hermenéutica defendía la neutralidad de los aplicadores del Derecho. Así, serían únicamente responsables de descubrir el significado presente en la norma, sin influencia alguna en la definición de su sentido y alcance.

El método gramatical, también conocido como filológico, literal o léxico, se basa en el análisis o investigación del contenido de la ley. El empleo de medios gramaticales y etimológicos busca el significado literal de las palabras, consideradas aisladamente o en el contexto de la frase.

El método lógico o racional, se caracteriza por la investigación de la *ratio* o la *mens legis*, es decir, el pensamiento jurídico del precepto. Concretamente se basa en las siguientes técnicas: a) a través del razonamiento lógico, la norma se estudia analizando los diversos términos de la ley, combinándolos entre sí para lograr una compatibilidad perfecta; b) la *ratio legis* implica los valores jurídicos dominantes, y debe prevalecer sobre el significado literal de la ley en caso de entrar en contradicción con ella⁶.

El método sistemático no considera las normas por separado, sino que entiende cada norma jurídica como parte de un todo, del ordenamiento jurídico positivo. Con este método y con el fin de comprobar siempre la coherencia y la armonía del ordenamiento jurídico, son necesarios tres pasos. En primer lugar, el intérprete debe examinar a fondo la norma y el derecho positivo en su conjunto; en segundo lugar, debe comparar la norma con otras similares y relacionadas con prácticas parecidas;

5 F. SAVIGNY, *op. cit.*, pp. 10-15.

6 J. HERKENHOFF, *Como aplicar o direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 23

y, por último, confrontar la norma con otras jerárquicamente superiores, con los Principios Generales del Derecho y con el Derecho Comparado, es decir, con todo el sistema en su totalidad.

A través del método histórico, los intérpretes realizan investigaciones genéticas de la norma. Este método se basa en la investigación de fondo de la regla⁷. Tiene en cuenta las razones de desarrollo de la norma, los intereses dominantes que pretendía salvaguardar y las condiciones culturales y psicológicas en las que aparecía la norma. No obstante, va más allá en la medida en la que el Derecho se percibe como un producto histórico, una creación de la vida social capaz de adaptarse a las nuevas condiciones y realidades sociales. Por lo tanto, la elaboración histórica debe considerar el sistema como un todo y pensar en él como algo progresivo, es decir, como la historia del sistema jurídico en su conjunto⁸.

Incluso hoy día hay autores como Silva⁹, que argumentan que no hay problema en aceptar que los cánones de interpretación sistematizados por Savigny también son aplicables al Derecho Constitucional. Según este autor, para ello basta con liberarse de la idea de que los principios y métodos aplicables a la interpretación constitucional sólo deben aplicarse a ésta. Sin embargo, este autor no tiene en cuenta los cambios provocados por las nuevas Constituciones y por la realidad social que dio lugar a nuevos métodos y principios de interpretación constitucional. En el caso de los principios, por no ser innovadores, y en lo que respecta a los métodos, por la forma sincrética en que se utilizan, en particular en Brasil.

Este artículo no comparte esta tesis y reconoce la importancia de los métodos y principios específicos de interpretación constitucional desarrollados por los constitucionalistas alemanes. Esta forma de interpretación incluye desde las profundas transformaciones de la realidad social, la aparición de nuevas Constituciones y la nueva forma de interpretarlas por los tribunales en los que se realiza la *judicial review* o activismo judicial.

Al comenzar los significativos cambios en la realidad social de la mayoría de los países en los que la Constitución formal se oponía a la realidad social, fue cuando aparecieron los casos difíciles para que los jueces y tribunales los resolvieran, distinguiéndolos de los casos fáciles.

7 M. H. DINIZ, *Direito civil brasileiro*. V.1, Saraiva, São Paulo 1989, p. 49.

8 F. SAVIGNY, *op. cit.*, p. 11.

9 V. SILVA, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", en V. SILVA (org.), *Interpretação Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 142.

Los casos fáciles pueden resolverse mediante subsunción de textos claros y obvios a través de los métodos clásicos de interpretación jurídica. Sin embargo, los casos difíciles no sólo se resuelven mediante estos métodos, sino también por medio de otros criterios hermenéuticos desarrollados por la ciencia jurídica bajo la influencia de la filosofía moral y la filosofía del Derecho.

III. INTERPRETACIÓN EN EL POSITIVISMO DE HANS KELSEN Y H.L.A. HART

A diferencia de Savigny, Kelsen¹⁰ defendió que la interpretación es un acto por el que se establece o determina el significado de las normas.

Según esta teoría, tanto los aplicadores del Derecho (ya sea mediante un órgano administrativo o judicial), como la ciudadanía y los académicos interpretan de una manera similar. Ninguno de ellos realiza una búsqueda ni presenta el contenido oculto de la norma legal, sino que eligen una de entre varias posibilidades interpretativas.

Sin embargo, para Kelsen¹¹ la interpretación efectuada por el aplicador del Derecho difiere de otras porque es auténtica en la medida en que crea Derecho respecto a un caso concreto, es decir, crea una norma individual o ejecuta una sanción.

Basado en su propia línea de pensamiento, Kelsen¹² sostenía que la aplicación del Derecho se desenvuelve en un marco en el que existen varias posibilidades de aplicación, y esto sucede por las siguientes razones. Primero, la norma superior no puede atar en todas direcciones el acto a través del que se aplica, porque siempre hay un margen para la libre consideración, a veces amplia y a veces estrecha. En segundo lugar, el acto de creación de la ley o el acto de ejecución de la misma está determinado en parte por el Derecho, si bien es también parcialmente indeterminado. Ahora bien, esta indeterminación puede respetar tanto el hecho como la consecuencia que conforman la norma¹³. En tercer y último lugar, la indeterminación del acto legal también puede resultar de la pluralidad de significados de una palabra o de la secuencia de palabras en la que se expresa la norma.

Además, de acuerdo con Kelsen, "*todos los métodos de interpretación elaborados hasta la fecha llevan siempre a un resultado posible, no al único resultado correcto*". En

10 H. KELSEN, *op. cit.*

11 H. KELSEN, *op. cit.*

12 H. KELSEN, *op. cit.*

13 H. KELSEN, *op. cit.*

otras palabras, los llamados métodos de interpretación serían incapaces de proporcionar los elementos necesarios para indicar cuál es la única respuesta correcta.

Desde este punto de vista, Kelsen¹⁴ argumentó que el aplicador del Derecho en el proceso de creación de la norma o en la ejecución de una sentencia, puede elegir una de las varias posibilidades interpretativas existentes, no solo dentro del marco conformado por el Derecho aplicable, sino también fuera del mismo.

En palabras de este jurista, a través del camino de la interpretación auténtica "no sólo se logra una de las posibilidades reveladas por la interpretación cognoscitiva de la misma norma, sino que también puede producirse una norma que cae completamente fuera del marco representado por la norma aplicable"¹⁵.

En resumen, conforme a esta teoría es una falacia la hipótesis de que la única interpretación verdadera puede alcanzarse mediante el uso de métodos interpretativos desarrollados por la Teoría del Derecho. El órgano jurisdiccional que tiene que aplicar la norma siempre se enfrenta a varios significados posibles, razón por la cual la interpretación de una ley no necesariamente conduce a una solución como la única solución correcta. Pero esto no es todo. Por medio de la interpretación auténtica, se puede obtener una norma que quede completamente fuera de las posibles interpretaciones de la norma (marco), siempre que una vez que se tome la decisión ya no pueda ser objeto de recurso.

Siguiendo el positivismo semántico de Kelsen, H.L.A. Hart atribuyó una "textura abierta" a la ley, que deriva del hecho de que tanto la legislación como la costumbre tienen una naturaleza general e, independientemente de la facilidad con que se apliquen en la mayoría de los casos, resultarán indeterminados en algún momento en el que se cuestione su aplicación¹⁶. En otras palabras, siempre que se enfrenten normas jurídicas generales, pueden surgir dudas acerca de su interpretación para resolver determinados casos concretos.

Esto se debe, como explicó el autor, a que los legisladores y los tribunales no pueden conocer todas las posibles combinaciones de circunstancias que pueda traer el futuro, y esta situación lleva a una relativa indeterminación.

¿Y qué significa la textura abierta en la teoría de H.L.A. Hart? Significa que hay áreas de conducta en las que muchos aspectos deben dejarse al desarrollo de los tribunales, dado que estos determinan caso por caso y a la luz de las circunstancias, el equilibrio entre los intereses en conflicto. Por lo tanto, según este autor, en cual-

14 H. KELSEN, *op. cit.*

15 H. KELSEN, *op. cit.*

16 H. L. A. HART, *The concept of Law, op. cit.*

quier ordenamiento jurídico existe un amplio e importante ámbito para el ejercicio de la discrecionalidad por parte de los tribunales, que desempeñan el papel de crear normas jurídicas¹⁷.

Por otro lado, a diferencia de la postura de Kelsen, H.L.A. Hart dio cierta importancia a los métodos de interpretación, ya que, para él, aunque estos cánones no eran capaces de eliminar las inexactitudes de las normas legales y las incertidumbres en cuanto al comportamiento por ellos exigido, sí que pueden reducirlas. Sin embargo, justificó el fracaso de los métodos alegando que, son reglas generales sobre el uso del lenguaje que utilizan términos generales que requieren interpretación, y que no pueden por sí solas proporcionar su propia interpretación.

En este punto, es importante mencionar la doctrina del autor sobre la interpretación de la ley, especialmente en cuestiones constitucionales:

*"Ni en la interpretación de las leyes ni de la costumbre, los jueces se limitan a dar alternativas ciegas, arbitrarias, o la deducción mecánica de las normas con un significado predeterminado. Muy a menudo, su elección se basa en la asunción de que el propósito de las normas que interpretan es razonable, de modo que las reglas no pretenden caer en injusticia ni vulnerar principios morales establecidos. La decisión judicial, especialmente en asuntos de gran importancia constitucional, con frecuencia implica una elección entre valores morales y no simplemente la aplicación de algún principio moral único y destacable"*¹⁸.

Finalmente, al abordar la cuestión de la única interpretación correcta de las normas constitucionales, H.L.A. Hart¹⁹ se posicionó en el sentido de que, debido a la posibilidad incesante de una pluralidad de principios, no se puede demostrar que una determinada decisión sea la única correcta, aunque podría llegar a ser aceptable como un producto racional de la elección informada e imparcial.

IV. MÉTODOS ESPECÍFICOS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Incluso antes de la renovación del Derecho Constitucional que tuvo lugar después de la Constitución de Weimar en 1919, los métodos clásicos de interpretación desarrollados por Savigny, originarios del Derecho Civil, presentaban dificultades

17 H. L. A. HART, *op. cit.*

18 H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 204.

19 H. L. A. HART, *op. cit.*

para ser utilizados en la interpretación constitucional. La razón deviene del hecho de que las Constituciones tienen una dimensión política impregnada de valores, además de una dimensión jurídica.

Hasta entonces se experimentó la plenitud de las Constituciones normativas del formalismo jurídico propio del Estado liberal. Esto condujo a un Derecho Constitucional cerrado, sólido y estable, más legal que político, más técnico que ideológico y más científico que filosófico²⁰.

Con el surgimiento del Estado del Bienestar, las Constituciones adoptaron la forma de pactos o acuerdos reales, verdaderos reguladores de sociedades heterogéneas y pluralistas, que se dividieron en clases y grupos con intereses opuestos y contradictorios. Como señala Balaguer Callejón²¹, se generó una proliferación de lagunas normativas en el ordenamiento jurídico, que exigió una revisión del principio de plenitud y condujo a un cambio de rumbo. En efecto, la plenitud del sistema jurídico ya no se considera una condición previa para la interpretación y aplicación del Derecho.

Aparecieron entonces nuevos métodos de interpretación, con mayor capacidad para seguir las variaciones dinámicas de la realidad constitucional y más centradas en las peculiaridades del Derecho Público. Estos nuevos métodos, aunque pueden utilizarse en la interpretación de las leyes en general, tienen por objeto específicamente la Constitución, derivando de ella su naturaleza particular y específica.

Destacan el método integrativo, el tópico y el de concreción, contando cada uno con sus propias especificidades, por lo que no pueden utilizarse conjuntamente.

La teoría de la interpretación de Smend surgió de la idea de que la Constitución debía interpretarse destacando sus aspectos teleológico, sociológico, sistémico e ideológico²². Esto significa que la interpretación constitucional requiere una comprensión integral de la regulación y de los propósitos constitucionales, es decir, de su sistema de integración y de su intencionalidad objetiva. Además, el intérprete de la Constitución siempre debe aferrarse a la realidad social, a la concreción de la existencia. Por último, debe tener en cuenta los valores expresados y protegidos constitucionalmente que cristalizan las aspiraciones de los ciudadanos y el sistema

20 P. BONAVIDES, *Direito constitucional*. 11.ª edición, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 382.

21 F. BALAGUER CALLEJÓN, *A projeção da constituição sobre o ordenamento jurídico*, São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 41-42

22 M. H. PORTO DE CARVALHO, *Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação*, Florianópolis, Obra Jurídica, 2008, p. 84.

estatal, informando toda la Ley Fundamental, e inculcándoles un cierto perfil que a su vez constituye el espíritu de la Constitución.

El método tópico, redescubierto por Viehweg y Esser, a partir de un texto publicado en 1953 por el primero de ellos, es en realidad una técnica jurídica de *praxis*. En base a este método, la Constitución tiene una naturaleza abierta, fragmentaria o indeterminada. De ahí que, pensando en el caso concreto, se extraigan varios puntos de vista para resolver el problema práctico. Se llaman *topois* o "asuntos", que pueden tener origen constitucional o extra constitucional, y deben necesariamente confiar en la aquiescencia general²³. Después de que se forme el catálogo de asuntos, se discute el problema y los pros y contras de las diferentes soluciones. Tras lo cual, se elige la interpretación más apropiada para la cuestión a resolver²⁴.

El método de la concreción fue desarrollado por Hesse, Müller y Häberle, cada uno con su propia contribución distintiva. Los concretistas aplican un procedimiento similar al método tópico en la medida en que buscan orientación, puntos de vista o criterios clave, adoptados de acuerdo con la norma y el problema objeto de interpretación. Ahora bien, a diferencia de los autores del método temático, estos apuestan por la superioridad del texto constitucional frente al problema.

Hesse²⁵ sostuvo que la tarea de la concreción consiste en los siguientes pasos: 1) El establecimiento de un entendimiento previo del juez, que siempre debe ser revisado y corregido por la práctica del caso concreto; 2) La individualización o comprensión del contenido de la norma, que depende de la precomprensión, y consiste en la acción del juez de cubrir el problema con la norma para determinar su contenido; 3) La concreción de las normas, que consiste en el estudio normativo y limitado del "asunto", a través del cual deben encontrarse y demostrarse los puntos de vista que justifiquen la decisión de la manera más clara y convincente posible.

De acuerdo con Müller²⁶, el establecimiento de la norma constitucional comprende el análisis del programa normativo (texto de la norma después de la interpretación) y el análisis del ámbito normado (parte de la realidad social limitada a su vez por el programa normativo), doble tarea que debería realizarse de manera coordinada. La normatividad constitucional es por lo tanto el efecto general de la norma con sus dos componentes en un proceso particular de desarrollo que solo se

23 M. H. PORTO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 84.

24 M. H. PORTO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 84.

25 K. HESSE, *Elementos de derecho constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 62-64.

26 K. HESSE, *op. cit.*, pp. 62-64.

completa cuando se trata de la norma de decisión, es decir, la norma que es inmediata y concretamente aplicable a un problema.

Häberle²⁷ a su vez, señala que la interpretación constitucional implica directa o indirectamente a ciudadanos y grupos de presión, órganos del Estado y a la opinión pública, como participantes activos del proceso social. Por eso, esta interpretación es al mismo tiempo un elemento que resulta de una sociedad abierta y un elemento formativo de la misma. En estas condiciones, debe entenderse que la interpretación es un proceso abierto con distintas necesidades y posibilidades, que ofrece un amplio campo de debate y renovación.

Todos estos métodos específicos no proporcionan elementos para promover una única interpretación correcta, ya que ofrecen más de una alternativa posible en cuanto al significado y alcance de las normas constitucionales. Sin embargo, como metodologías de trabajo que son, tienen la intención de promover interpretaciones constitucionales capaces de generar certeza y previsibilidad.

V. LA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER

La hermenéutica de Gadamer es filosofía, existencia y objetividad por lo que difiere de la hermenéutica metodológica, basada en métodos. Con la hermenéutica filosófica, el lenguaje se convierte en la condición para poder filosofar. El entendimiento tiene lugar en y a través del lenguaje, y no ve el lenguaje como un vehículo o un tercer elemento entre sujeto y objeto²⁸.

En otras palabras, ya no se considera que el significado esté en la conciencia del juez sino en el lenguaje como algo que se produce y condiciona su posibilidad de estar en el mundo. Esto se debe a que el juez no se relaciona directamente con los objetos, pero sí con el lenguaje²⁹.

En este sentido, la hermenéutica filosófica es el ascenso a la comprensión que depende de la facticidad e historicidad del intérprete. Esta facticidad e historicidad son el lugar de la precomprensión (la anticipación del significado que tiene el intérprete), requisito para cualquier interpretación, ya que uno solo interpreta si entiende y sólo entiende si tiene comprensión previa³⁰.

27 P. HÄBERLE, *Hermenéutica constitucional*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 13-14.

28 H-G. GADAMER, *op. cit.*

29 H-G. GADAMER, *op. cit.*

30 H-G. GADAMER, *op. cit.*

Según Gadamer³¹, todo el sentido del ser y la objetividad únicamente llegan a ser comprensibles y demostrables desde la temporalidad y la historicidad de la presencia que supone el "ser en el mundo". En este sentido, la comprensión es la forma original de lograr la presencia previa.

Como se ha dicho anteriormente, las precomprensiones son condiciones para la posibilidad de comprender porque nos permiten proyectar el significado. Sin embargo, éste último sólo puede confirmarse si se deriva de precomprensiones legítimas. De hecho³², "la comprensión sólo alcanza su potencial real cuando las opiniones iniciales con las que comienza, no son arbitrarias"³³.

Los significados a los que llega el intérprete por su situación hermenéutica y las amplias posibilidades derivadas de la distancia temporal no son cualidades "subjetivas" del intérprete, sino algo que comparte con todos intersubjetivamente, y que la hermenéutica llama tradición³⁴. Este es el elemento que justifica que la comprensión nunca sea un proyecto aislado, sino un proyecto compartido³⁵.

Por otro lado, el círculo de comprensión no es un círculo "metodológico". En realidad, describe un momento estructural ontológico de comprensión³⁶. Este círculo de comprensión, llamado círculo hermenéutico, puede entenderse como el movimiento circular entre la comprensión previa y la voluntad objetiva expresada por el texto normativo.

Obtener el horizonte de la interpretación es en realidad una fusión de horizontes, resultado de colmar el espacio existente entre dos intérpretes por la comprensión. Esta fusión de horizontes (*Horizontverschmelzung*) se verifica por la aplicación. Por su parte, el acto de interpretación implica la producción de un nuevo texto que resulta de la adición de significado por el intérprete³⁷.

Asimismo, según la hermenéutica filosófica de Gadamer, el intérprete no está fuera de la historia efectiva, es decir, la distancia histórica que determina la situa-

31 H-G. GADAMER, *op. cit.*, pp. 387-392.

32 L. LUIZ STRECK, "Neoconstitucionalismo e pós-positivismo", en L. FERRAJOLI; L. LUIZ STRECK; A. KARAM TRINDADE (org.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, pp. 297-298.

33 H-G. GADAMER, *op. cit.*, p. 403.

34 La tradición es la transmisión de prácticas y valores a través de las interpretaciones más apropiadas reveladas a lo largo de la historia efectiva, que debe entenderse como el tema de precomprensión de la justicia.

35 L. LUIZ STRECK, *op. cit.*, p. 297.

36 H-G. GADAMER, *op. cit.*

37 L. LUIZ STRECK, *op. cit.*

ción hermenéutica en su conjunto. Esto significa, como afirma Luiz Streck³⁸, que el sujeto es él mismo y su posibilidad de "ser en el mundo"; es él y sus circunstancias.

Del mismo modo, según Gadamer, la comprensión, la interpretación y la aplicación se producen en un solo momento, ya que el proceso hermenéutico es siempre productivo, de ahí la imposibilidad de reproducir el significado. Cada interpretación es una nueva interpretación. Por eso es imposible reproducir el significado; siempre asignamos nuevos significados³⁹.

Sin embargo, "estar limitado por una situación no significa que la pretensión correctora que toda interpretación debe realizar se disuelva en lo subjetivo o en lo ocasional"⁴⁰. Con ello, Gadamer dejó claro que su hermenéutica filosófica pretende producir verdades. De hecho, hermenéuticamente hablando es posible referirse a verdades basadas en lo que este filósofo denominó verdaderas precomprensiones (legítimas, auténticas), que el intérprete asume por tradición.

VI. EL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN Y JÜRGEN HABERMAS

En su libro *Los derechos en serio*, Dworkin criticó duramente la idea de que los derechos constitucionales individuales puedan limitarse para proteger los derechos y demandas de la sociedad en su conjunto. Para él, tal posición parte de que los "derechos" de la mayoría compiten con los derechos de los individuos, y deben ser ponderados valorando las ventajas concurrentes; confusión que amenaza el concepto de derechos individuales⁴¹. De hecho, Dworkin sostiene que, para preservar los derechos individuales, sólo los derechos pertenecientes a otras personas deberían reconocerse como rivales⁴².

El resultado fue que el mencionado jurista subrayó los derechos individuales tratándolos como los más importantes, fundamentales y dignos de respeto, siendo los que debían tomarse en serio, frente a los derechos de la sociedad, beneficios públicos y razones del bienestar general.

Además, Dworkin creó a "Hércules", la figura de un juez sobrehumano capaz de encontrar la única respuesta correcta a casos concretos. Dworkin usa este perso-

38 L. LUIZ STRECK, *op. cit.*

39 L. LUIZ STRECK, *op. cit.*

40 H-G. GADAMER, *op. cit.*, p. 415.

41 R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 306. De acuerdo con el autor, los principios son pautas que deberían observarse para su demanda de justicia o igualdad, o para alguna otra dimensión de moralidad.

42 R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 298.

naje porque sostiene que no debería haber discreción judicial incluso en relación con los casos difíciles. Argumenta al respecto que, un sistema jurídico no se compone sólo de normas sino también de principios⁴³.

De acuerdo con esta teoría, la interpretación presupone la idea de que en los conflictos de principios no es necesaria una decisión "de todo o nada", y que, si un principio goza de primacía, no lleva a la invalidez de los principios que no han sido aplicados.

Se han formulado objeciones contra la postura de Dworkin en cuanto al significado y la viabilidad de una teoría del Derecho capaz de proporcionar la interpretación jurídica correcta. Para Habermas, toda esta crítica se basa en la premisa de que esta teoría elige a Hércules como modelo.

Para superar el solipsismo judicial, Habermas⁴⁴ sostiene que es necesario recurrir al mecanismo de reflexión de la acción comunicativa, es decir, hacer uso de una práctica de argumentación donde participen todos los involucrados en el proceso.

En trabajos posteriores como *El imperio de la Justicia y Una cuestión de Principios*, Dworkin⁴⁵ utilizó la noción de integridad, además de mostrar que el juez Hércules es una figura retórica. Aclaró además que no creía en el solipsismo judicial y que la única respuesta correcta no significa la única decisión real posible, sino la única capaz de convencer a todos los involucrados en la decisión mediante el procedimiento legal correspondiente⁴⁶.

Binenbojm⁴⁷ precisamente resume la idea de integridad tratada por Dworkin del siguiente modo:

La integridad de la que habla Dworkin (en la interpretación) significa sobre todo una actividad interpretativa del Derecho, que quiere integrar cada decisión

43 R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 123-125; 164-203.

44 R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 278.

45 R. DWORKIN, citado por J. E. MEDAUAR OMMATI, A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade, en M. CATTONI (coord.), *Jurisdição e hermenêutica constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 154-155.

46 R. DWORKIN, citado por J. E. MEDAUAR OMMATI, A teoria jurídica de Ronald..., *cit.*, pp. 154-155. La integridad referida por Dworkin (en interpretación) significa principalmente una actividad interpretativa del Derecho que busca integrar cada decisión en un sistema coherente que respeta la legislación y los precedentes jurisprudenciales sobre la tradición propia de la materia.

47 G. BINENBOJM, *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 85.

en un sistema coherente que tiene en cuenta la legislación y la costumbre sobre el asunto.

Este concepto compele a ambos, tanto a ciudadanos como a los órganos judiciales para seguir la regla básica de Dworkin sobre la igual consideración y el respeto por cada entidad en las prácticas e instituciones sociales⁴⁸.

Aceptando la crítica de Habermas, Dworkin reformula su posición en cuanto al objeto de este estudio, manteniendo su esencia: hay una respuesta correcta en Derecho.

VII. NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

De acuerdo con Moreira, el nuevo constitucionalismo se opone al positivismo legal, que se había basado en el fundamento principal de este último –la separación de la ley, la moral y la política–, alejándose de las inconsistencias de la teoría del Derecho natural. En contraposición, el nuevo constitucionalismo se fundamenta en propuestas para aumentar la racionalidad, la ponderación y el equilibrio. Por otro lado, también se aparta del realismo jurídico dado que la jurisprudencia, y especialmente la jurisprudencia constitucional, se constituye como fuente del Derecho⁴⁹.

Ferrajoli a su vez identifica tendencias iusnaturalistas en el nuevo constitucionalismo, superando así el positivismo legal. También se refiere a este tipo de constitucionalismo como argumentativo y principialista, caracterizado por la conexión entre ley y moralidad, (entendiendo los derechos fundamentales como principios morales), por el papel central conferido a la argumentación antes de ponderar y equilibrar los principios, y por la concepción del Derecho como práctica jurídica encomendada principalmente a la actividad de los jueces. Tal noción, continúa Ferrajoli, es defendida por los principales exponentes del constitucionalismo no-positivista, como Dworkin, Alexy, Nino, Zagrebelsky y Atienza, e incluso también por algunos de sus críticos como Troper.

Pero, ¿qué es el nuevo constitucionalismo? Es una teoría del Derecho interpretada con ayuda del Derecho Constitucional, maximizada por elementos de la

48 R. DWORKIN, citado por J. E. MEDAUAR OMMATI, A teoría jurídica de Ronald..., *cit.*, pp. 154-155.

49 E. R. MOREIRA, "Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação", en E. MOREIRA RIBEIRO; Jr. CARNEIRO GONÇALVES; L. H. POLLETTI BETTINI (org.), *Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*, Florianópolis, 2010, p. 216.

filosofía del Derecho (específicamente la conexión entre Derecho y moralidad), y elementos de filosofía política (relacionados con la vinculación entre el Derecho y la política), que permiten repensar la teoría de las normas legales (diferencias entre los principios y las normas, y el estudio de los criterios legales y de procedimiento, como la ponderación y la coherencia); la teoría de la interpretación (metodología constitucional y argumentación jurídica); la teoría de las fuentes (los principios se convierten en el criterio que rige el sistema de fuentes); y los cambios que tuvieron lugar en diversos ámbitos jurídicos (constitucionalización de la ley)⁵⁰.

El pensamiento de Alexy tiene algunos puntos en común con algunos de los juristas que hemos identificado como nuevos constitucionalistas. Este autor entiende los principios constitucionales como mandatos de optimización. En este sentido, aboga claramente por el uso de la ponderación y el equilibrio para resolver la colisión entre principios que podrían referirse tanto a los derechos individuales como a los bienes colectivos protegidos constitucionalmente. A tal efecto, se pronuncia en contra de la tesis de la única interpretación posible en asuntos constitucionales.

Un punto básico en la teoría de Alexy es la distinción entre reglas y principios. El autor explica que el punto decisivo para distinguirlos es que los principios son normas que requieren su aplicación en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. De ello se deduce que los principios son, por lo tanto, "requisitos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden satisfacerse en diversos grados y que el grado adecuado de satisfacción depende no solo de lo que es factible sino también de lo que es legalmente posible"⁵¹.

A diferencia de los principios, las reglas son normas que siempre quedan satisfechas o insatisfechas. Si una regla es válida, debe seguirse exactamente como se indica; nada más y nada menos. En consecuencia, se deduce que las normas contienen determinaciones según lo que es legal y fácticamente posible⁵².

Según Alexy⁵³, la naturaleza de los principios implica, en caso de colisión, la aplicación de la máxima de proporcionalidad con sus tres máximas de idoneidad (requisito de los medios adecuados), necesidad (requisito de los medios menos intrusivos) y proporcionalidad en su sentido estricto (requisito de equilibrio). Explica que las máximas de necesidad y adecuación se derivan de la naturaleza de los principios como requisitos de optimización antes que posibilidades fácticas. Por su parte,

50 E. R. MOREIRA, *op. cit.*, pp. 217-220.

51 R. ALEXY, *Theory of constitutional rights*. Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 47-48.

52 L. LUIZ STRECK, *op. cit.*, p. 60.

53 R. ALEXY, *op. cit.*, p. 118.

la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se debe a que los principios son requisitos de optimización antes que posibilidades legales.

Si se utiliza la máxima parcial de idoneidad para resolver la colisión entre los principios P1 y P2 teniendo en cuenta que la elección del medio M1 y del medio M2 es indiferente a P1, pero dificulta la consecución de P2, hay razón para un test de necesidad. Incluso si los medios menos intrusivos afectan a la realización del principio P2, el test de proporcionalidad en sentido estricto debe aplicarse siempre⁵⁴.

El balance o ponderación que corresponde al tercer principio parcial de la proporcionalidad debería desarrollarse en tres pasos o etapas. La primera etapa consiste en establecer el grado de no satisfacción o perjuicio del primer principio. A esto le sigue una segunda etapa en la que se establece la importancia de satisfacer el principio con el que colisiona. Por último, la tercera etapa establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el perjuicio o la no-satisfacción del primero.

Contra la crítica de que la ponderación no da lugar a un control racional, Alexy⁵⁵ afirma que lleva a un resultado único e inequívoco⁵⁶.

Posteriormente y, en otras palabras, Alexy⁵⁷ sostiene que la teoría de los principios siempre ha destacado que la ponderación no es un procedimiento que conduzca en todos y cada uno de los casos a una única respuesta correcta. Lo que esta teoría defiende, continúa el autor, es que, aunque la ponderación no siempre determina un resultado racional, sí que es posible en muchos casos; y el conjunto de estos casos es lo suficientemente interesante como para justificar la ponderación como método.

Una vez tomada la decisión, se plantea un problema de certeza en el razonamiento jurídico. Frente a este problema está la teoría de la argumentación jurídica, donde Alexy es uno de sus máximos exponentes. Siguiendo a Alexy, Borowsky considera que la distinción entre reglas y principios es "la clave para resolver los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales". De acuerdo con este jurista, sobre la base de la tesis de la separación estricta, existe una diferencia lógica entre reglas y principios. ¿Y cómo determinar esta diferencia? El propio autor da la respuesta: a) los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas contienen un deber definitivo; b) cuando se aplica una regla válida, siempre se atribuye una consecuencia jurídica; c) a diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder frente a otras reglas en casos individuales; d) la for-

54 R. ALEXY, *op. cit.*, pp. 119-120.

55 R. ALEXY, *op. cit.*, p. 164.

56 R. ALEXY, *op. cit.*, p. 164.

57 R. ALEXY, *op. cit.*, p. 594.

ma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que la de las reglas es la subsunción; e) los conflictos entre principios se deciden sobre la base de la ponderación, los conflictos entre normas se deciden sobre la base de la validez; f) las normas son determinaciones del campo fáctico y jurídicamente posible; g) por el contrario, los principios representan un objeto de optimización, que se puede lograr en un grado máximo de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas; h) los principios son, por lo tanto, gradualmente realizables; i) el nivel de realización y su importancia determinan en cada supuesto concreto qué principio se impone en caso de colisión.

Borowsky reconoce que esta posición es cuestionada de muchas maneras. En respuesta a esta crítica, niega que la ponderación pueda considerarse como un parámetro vinculante para decidir sobre las cuestiones normativas. En base a esto, entiende que diferentes personas pueden alcanzar resultados distintos al ponderar diversos principios. Sin embargo, el autor afirma que no se trata de un defecto específico del concepto de ponderación, sino de una propiedad que caracteriza todos los procedimientos de toma de decisiones sobre las cuestiones normativas. Borowsky sostiene que aún en el caso de que hubiera un procedimiento intersubjetivo y obligatorio de toma de decisiones sobre cuestiones normativas, sería preferible la ponderación. Para él no hay un procedimiento más satisfactorio que éste.

Al igual que Alexy, Borowski intenta superar las deficiencias de la ponderación a través de la teoría de la argumentación. Explica que con los dos primeros subprincipios del principio de proporcionalidad en sentido amplio, a saber, los principios de idoneidad y necesidad, tenemos criterio para resolver la colisión entre principios sin tener que recurrir a la ponderación. Este autor continúa diciendo que, si estos dos principios no son suficientes para decidir, debe determinarse una relación de precedencia mediante la ponderación de los principios que entran en conflicto. Sin embargo, Borowski destaca que, dado que la justificación de tal relación de precedencia no puede resolverse a través de la teoría de los principios, se debe utilizar adicionalmente una justificación basada en una teoría extrínseca, es decir, una teoría de argumentación legal-racional⁵⁸.

Además, Borowsky⁵⁹ defiende que es posible construir un sistema coherente de relaciones de precedencia basado en las múltiples decisiones que son producto de la ponderación, como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, si

58 M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

59 M. BOROWSKI, *op. cit.*, p. 58.

se va a introducir una decisión disidente en el sistema, la carga de argumentos debe fortalecerse.

A su vez, Sarmiento⁶⁰ acepta sin reparos la etiqueta de nuevo constitucionalista, si se entiende el nuevo constitucionalismo como una teoría constitucional que sigue considerando la importancia de las reglas y la subsunción, pero deja espacio para los principios y su ponderación. Este nuevo constitucionalismo, no descuida el significado democrático de la ley, a la vez que reconoce y da importancia a la irradiación de los valores constitucionales del sistema; defiende una acción firme y constructiva del Poder Judicial en materia de protección y promoción de los derechos fundamentales y principios democráticos.

Wróblewski señala que la tesis de la única interpretación correcta ostenta serios problemas desde el punto de vista de la teoría general de la interpretación. En relación con estos problemas, Wróblewski⁶¹ afirma que la tesis de la única interpretación correcta es aceptada por aquellos que consideran que la tarea de la interpretación es descubrir el significado de una norma jurídica que, al menos en parte, no depende de la actividad del intérprete. Pero sostiene que es difícil. Es difícil imaginar que la actividad interpretativa pueda desarrollarse sin la intervención e influencia directa del intérprete, porque la interpretación se realiza y se hace posible a través del intérprete.

Según Wróblewski⁶², la tesis de la única interpretación correcta se entiende como la tesis que establece que hay un significado M^x de una norma real que se interpreta como "existente" o "verdadera"; M^x es un principio cognoscible; una norma legal tiene un M^x ; el juicio interpretativo de la fórmula "una norma N tiene el significado M" es verdadero si y solo si S es S^x . Basándose en esto, el autor sostiene que una decisión interpretativa no es ni verdadera ni falsa en el sentido de que se corresponde con algún S^x , porque este S^x no existe. Por lo tanto, la decisión en cuestión puede estar justificada utilizando como argumentos las pautas interpretativas y las valoraciones en sentido amplio.

Además, según Wróblewski⁶³, para considerar la decisión interpretativa verificada por sus argumentos, es necesario que: a) haya una relación de inferencia entre

60 D. O. SARMENTO, "Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", en A. L. FERNANDES FELLET; D. GIOTTI DE PAULA; M. NOVELINO, *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador, Juspodivm, 2011, p. 112.

61 J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, p. 86.

62 J. WRÓBLEWSKI, *op. cit.*, pp. 85-86.

63 J. WRÓBLEWSKI, *op. cit.*

los argumentos justificados y la decisión interpretativa de acuerdo con alguna lógica aceptada; b) la "verdad de la decisión" adquiere sentido como una verdad lógica, pero no como la verdad clásica de *adaequatio rei et intellectus*; c) por lo tanto, esta verdad expresa las conexiones de inferencia pero no la verdad de las premisas, y solo una crítica externa de las mismas puede cuestionar la racionalidad interna de la decisión interpretativa; d) hay, por lo tanto, muchas decisiones interpretativas "verdaderas", incluyendo las contradictorias.

Estas consecuencias, añade el autor, muestran que el uso del término "verdadero" en las decisiones interpretativas conduce a consecuencias bastante decepcionantes o expresa una ideología de interpretación. Por lo tanto, parece mejor hablar sólo de decisiones interpretativas justificadas por argumentos concretos y preguntar por las razones para aceptarlas, así como presentar una cadena de razones justificativas hasta donde sea pragmáticamente necesario y posible dentro de los límites de un discurso jurídico concreto⁶⁴. En conclusión, Wróblewski advierte que la creatividad de la interpretación constitucional es especialmente relevante para el lugar y las funciones que la Constitución ocupa en el ordenamiento jurídico.

Freitas⁶⁵ también defiende la inverosimilitud de soluciones únicas y excluyentes, y enumera buenas razones para apoyar esta afirmación, entre las que se cuentan las siguientes: el sistema jurídico es abierto; la lógica "todo o nada" no se aplica en ninguna parte de la ciencia jurídica, ni siquiera en términos de reglas; la autonomía del objeto nunca será un molde para negar la intersubjetividad; el juez es el que asigna un orden a la ley, más de lo que revela este sistema indeterminado; las Constituciones democráticas son multidimensionales; los principios son orientaciones peculiares para la interpretación, pero no conforme a una estructura rígida; una antinomia de normas oculta una antinomia entre principios; la inviabilidad de los derechos estrictamente absolutos, ya que los derechos sólo están garantizados como tales entre otros derechos; el Derecho es una red axiológica enlazada; el sistema jurídico es teleológicamente complejo.

Sin embargo, Freitas reconoce la posibilidad racional de producir la mejor interpretación en un momento dado, (aspirando a ser universalizado), que debe ser verificado de manera no coercitiva, es decir, mediante la persuasión racional y dialógica.

64 J. WRÓBLEWSKI, *op. cit.*, p. 89.

65 J. FREITAS, "A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta", en V. AFONSO DA SILVA (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 321-323; 353-354.

La interpretación/aplicación de la Constitución, según indica Dworkin, debe tener efectivamente en cuenta los argumentos de las partes y de todos los interesados en la decisión que se tomará.

Sin embargo, no es posible estar de acuerdo con la tesis de una única interpretación correcta para cada caso, particularmente en el ámbito constitucional. Dada la apertura, indeterminación y naturaleza fragmentaria de la Constitución y las especificidades de la realidad social a la que se aplicará la Ley Fundamental, es posible producir varias respuestas correctas para resolver un problema práctico.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

La tesis de la única interpretación correcta está presente en los métodos clásicos de interpretación de Savigny, según el cual el uso combinado de los métodos gramatical, lógico, histórico y sistemático, conduce a descubrir la importancia contenida en las normas, sin que el intérprete tenga ninguna influencia en la definición de su significado y alcance.

Los positivistas Kelsen y H.L.A Hart dejaron a un lado la posibilidad de la única interpretación correcta. Kelsen consideró la ley aplicable como un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación y el intérprete/juez puede establecer el significado de la norma, incluso más allá del marco. A su vez, H.L.A. Hart entendió la ley como una "textura abierta", es decir, tiene carácter general y eventualmente puede resultar indefinida.

Con la aparición del Estado del Bienestar, –momento en que las Constituciones adoptan la forma de verdaderos pactos o acuerdos que proporcionan normas reguladoras sobre sociedades heterogéneas y pluralistas, separados en clases y grupos con un interés antagónico y contradictorio–, aparecen los métodos específicos de interpretación, que son el integrador, el temático y el concretista. Tales métodos no ofrece elementos para la consecución de la única interpretación correcta, pero su objetivo es producir una interpretación capaz de generar certeza y previsibilidad.

Alejándose de la hermenéutica metodológica, Gadamer estableció las bases de una hermenéutica filosófica en la que adquiere relevancia el lenguaje, la comprensión previa del intérprete y la tradición. La hermenéutica filosófica de este autor tiene el objetivo de producir verdades y es posible hablar de ellas como verdaderos prejuicios (legítimos, auténticos), de los que el intérprete se apropia por tradición.

Dworkin criticó duramente la idea de que los derechos constitucionales individuales pudieran limitarse para proteger las necesidades y los derechos de la sociedad en su conjunto. Y además, presuponiendo que la discreción judicial no debería exis-

tir incluso en casos difíciles, el autor crea la figura de un juez ideal capaz de descubrir la única respuesta correcta para los casos concretos. Después de sufrir críticas de muchos autores, entre los que se encuentra Habermas, Dworkin dijo que no creía en el solipsismo judicial y aclaró que la única respuesta correcta no significa la única decisión verdadera posible, sino la única capaz de convencer a todas las partes involucradas en la toma de decisiones, a través del proceso.

Para Alexy y Borowski, la ponderación no es un procedimiento que conduzca a un resultado único e inequívoco en cualquier caso. Sin embargo, como dice Borowski, esto no es un defecto específico del concepto de ponderación, sino un patrimonio que caracteriza todo el procedimiento de toma de decisiones de las preocupaciones regulatorias. Wróblewski va aún más lejos, cuando dice que hay muchas decisiones interpretativas "verdaderas", incluyendo algunas contradictorias.

La tesis de la única interpretación correcta tiene problemas, como señalaron los positivistas y los neoconstitucionalistas. En efecto, no es posible tener una única decisión correcta para cada caso, particularmente en el campo constitucional, donde los casos difíciles son comunes. Teniendo en cuenta el carácter abierto, indefinido y fragmentario de las Constituciones y las peculiaridades de la realidad social a la que se aplicarán, es posible producir muchas respuestas correctas para resolver el problema práctico.

No obstante, en la actualidad, con todas las herramientas desarrolladas por los autores que se presentan en este artículo y por otros que trabajan con el tema de la hermenéutica constitucional, a través de la interpretación/aplicación de las normas, se entiende que es posible determinar el resultado de manera racional y a través de un procedimiento controlable que lo justifica con argumentos convincentes y, por lo tanto, crea certidumbre, previsibilidad y acuerdo entre las partes involucradas.

Resumen

El presente artículo describe las dificultades que generan la interpretación y aplicación de las normas en el campo de la hermenéutica constitucional. Dado que la Constitución tiene un carácter abierto e indeterminado y una naturaleza fragmentaria es posible encontrar varias respuestas correctas para resolver un problema práctico. Este trabajo analiza los distintos métodos y teorías de la interpretación jurídica, así como las principales líneas de pensamiento y las contribuciones más relevantes en la materia.

Palabras clave

Casos difíciles, métodos de interpretación, ponderación, argumentación jurídica.

Abstract

This paper describes the issues related to interpretation and application of norms in the field of constitutional hermeneutic. Given that the Constitution has an open and indeterminate character and a fragmentary nature, the constitutional framework permits several correct answers to solve a practical problem.

This article analyzes the different methods and theories of legal interpretation, the main lines of thought and the most relevant contributions in the matter.

Keywords

Hard cases, interpretation methods, weighing, legal argumentation.

Enviado: 18 de enero de 2019

Recibido: 1 de marzo de 2019

Artículos

LA SUBSIDIARIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA¹

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Catedrático de Derecho Constitucional (U. Granada)

Catedrático Jean Monnet ad personam

SUMARIO:

- I. Introducción: la subsidiariedad como principio y como técnica de articulación competencial, una relación problemática.
- II. La subsidiariedad como técnica de articulación competencial.
- III. La subsidiariedad como principio estructural de la Unión Europea.
- IV. La evolución del principio de subsidiariedad después de Lisboa: la "anti-subsidiariedad".
- V. Conclusiones. Una dialéctica productiva entre la subsidiariedad como principio y como técnica.

I. INTRODUCCIÓN: LA SUBSIDIARIEDAD COMO PRINCIPIO Y COMO TÉCNICA DE ARTICULACIÓN COMPETENCIAL, UNA RELACIÓN PROBLEMÁTICA

La subsidiariedad en su dimensión europea refleja una tensión interna entre su vocación de principio inspirador de la estructura de la Unión y su condición de técnica de articulación de competencias. Esa tensión interna no permite orientar hacia una dirección unívoca su aplicación. La subsidiariedad como principio esencial de la construcción europea se proclama en el Preámbulo del TUE, en el que se indica que "Resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad", así como en su artículo 5.1 "La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad".

1 Este texto se corresponde con la Ponencia "The Relevance of Subsidiarity to European Integration", presentada al Congreso Integration and Disintegration in Europe, organizado por la Societas Iuris Publici Europaei (SIPE), Universität Hamburg, 20 de julio de 2018, que será objeto de publicación por la SIPE en la versión en inglés.

En su condición de principio general, la subsidiariedad no es simplemente una técnica de articulación de competencias, como la que se contempla seguidamente en el artículo 5.3 y por la cual,

"En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión".

Por el contrario, el principio de subsidiariedad tiene un alcance más amplio, que se proyecta también sobre el principio de atribución de competencias y sobre la relación general entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales². Las dificultades que puedan observarse en su aplicación mediante los mecanismos políticos y jurisdiccionales previstos en el Derecho de la Unión, deben valorarse teniendo en cuenta este alcance más amplio del principio que puede incidir en la interpretación general de las competencias de la Unión y también en la modulación de la aplicación del Derecho de la Unión frente al derecho interno. Es el caso de la invocación del respeto a la identidad constitucional de los Estados establecido en el art. 4.2 TUE que, aunque se inspire en una fundamentación en parte diferente de la del principio de subsidiariedad, tiene una orientación similar en sus consecuencias³.

Hay que tener en cuenta que existe una cierta contradicción entre la subsidiariedad como principio y la subsidiariedad como técnica de delimitación competencial. Mientras la subsidiariedad como principio tiene un sentido unívoco: la adopción de decisiones por las instituciones que estén lo más cerca posible de la ciudadanía, la subsidiariedad como técnica de delimitación competencial tiene un doble significa-

2 Sobre el principio de subsidiariedad es ya un texto clásico el de P. HÄBERLE, "Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 119, núm. 2, 1994, pp. 169-206.

3 Conocida es la conexión entre ambos principios en la Sentencia Lisboa del TCFA al configurar la subsidiariedad como una especie de "contralímite" frente al Derecho de la Unión: "The principle of democracy as well as the principle of subsidiarity, which is also structurally required by Article 23.1 first sentence of the Basic Law, therefore require factually to restrict the transfer and exercise of sovereign powers to the European Union in a predictable manner, particularly in central political areas of the space of personal development and the shaping of living conditions by social policy. In these areas, it is particularly necessary to draw the limit where the coordination of cross-border situations is factually required", BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30 de junio de 2009, para. 251.

do, un doble rostro: asigna la competencia de acuerdo con una perspectiva funcional, a la institución que pueda alcanzar mejor los objetivos perseguidos, aunque no sea la institución más cercada a la ciudadanía. Esa contradicción explica algunas de las paradojas que se generan en relación con la subsidiariedad en la Unión Europea. Mientras se entiende de manera implícita en el debate europeo que la subsidiariedad implica una devolución de competencias a los Estados o un freno a la expansión competencial europea, resaltando así su entendimiento como principio, lo cierto es que la técnica de la subsidiariedad no siempre permite esa devolución o ese freno, con lo que se genera una cierta frustración en relación con la eficacia del principio de subsidiariedad.

En efecto, el doble rostro de la subsidiariedad como técnica de delimitación competencial genera una inevitable tensión interna que se produce, en realidad, entre el principio de subsidiariedad y la subsidiariedad como técnica de delimitación competencial (teniendo en cuenta que una de sus dos facetas coincide con el principio de solidaridad). Mientras que el principio de subsidiariedad conduciría a un resultado preciso: el ejercicio de la competencia por los Estados o sus estructuras territoriales, la técnica de la subsidiariedad no está orientada a la finalidad establecida por el principio de subsidiariedad sino a otra distinta, no necesariamente compatible con ella: la de conseguir los objetivos perseguidos por la UE. Cuando esos objetivos no puedan ser alcanzados en grado suficiente por los Estados miembros o puedan ser alcanzados mejor, por la escala o los efectos de la acción propuesta, por la Unión Europea, el principio de subsidiariedad (en su sentido estricto) no se aplica.

Así pues, podríamos decir que la subsidiariedad como principio promete mucho más de lo que la subsidiariedad como técnica de articulación de competencias le permite cumplir. Esa paradoja es la que explica gran parte de la perplejidad en la que se mueve el estudio de la subsidiariedad en la Unión Europea⁴, en la que la insatisfacción suele ser la nota dominante en las construcciones doctrinales y en la evaluación política del funcionamiento de los mecanismos que se han puesto en marcha para la aplicación del principio de subsidiariedad⁵.

4 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, "Il principio di sussidiarietà nella Costituzione spagnola e negli Statuti di autonomia, nella prospettiva europea", en G. C. DE MARTIN, *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Cedam, Padova, 2009, pp. 47-84. Disponible en Internet: <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2007/06/25/il-principio-di-sussidiarieta-nella-costituzione-spagnola-e-negli-statuti-di-autonomia-in-una-prospettiva-europea/>

5 Como acertadamente indica J. Barnés, "se ha esperado de la subsidiariedad más de lo que ella, por sí misma, podía dar". J. BARNÉS, "La distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados", *CDP*, núm. 13, 2001, p. 53.

Para mitigar esa frustración, sería conveniente huir de una concepción omni-comprendiva del principio que lo convierta en una especie de comodín apto para cualquier situación, pues una excesiva ampliación de sus contornos seguramente irá en detrimento de su definición y eficacia. Hay que tener en cuenta que, como indica A. D'Atena, el principio está dotado ya de una notable polivalencia que procede de la multiplicidad de sus raíces y de la riqueza axiológica que de esa multiplicidad se deriva⁶. En todo caso, podemos constatar la existencia de una fuerte desproporción entre la fuerte (y heterogénea) carga axiológica del principio y su débil construcción dogmática. Esa descompensación se manifiesta en muchos aspectos, incluyendo también a las garantías. De ahí la importancia que tiene, para abordar su construcción dogmática, la diferenciación entre los distintos perfiles de la subsidiariedad, como es el caso de su consideración como principio y como técnica específica de articulación competencial.

II. LA SUBSIDIARIEDAD COMO TÉCNICA DE ARTICULACIÓN COMPETENCIAL

La subsidiariedad se plantea específicamente como un criterio de articulación competencial destinado a decidir quién debe ejercitar la competencia en el marco de las competencias concurrentes. Como indicara el artículo 3 del *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, anejo al Tratado de Ámsterdam:

"El principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad Europea por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia. Los criterios mencionados en el párrafo segundo del artículo 3 B del Tratado se referirán a los ámbitos en los cuales la Comunidad no tiene competencia exclusiva. El principio de subsidiariedad ofrece una orientación acerca de cómo deben ejercerse esas competencias a nivel comunitario".

En este mismo precepto del Protocolo se evidencia claramente el doble rostro de la subsidiariedad al que hemos hecho referencia anteriormente:

6 A. D'ATENA, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 86. Sobre los fundamentos ideológicos o culturales del principio en su sentido constitucional, me remito, *in totum* al espléndido trabajo de P. RIDOLA, "Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica", en A. A. CERVATI, S. P. PANUNZIO y P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 193-258.

"La subsidiariedad es un concepto dinámico y debe aplicarse a tenor de los objetivos que señala el Tratado. Permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada"⁷.

Desde esa perspectiva, en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se establecieron directrices específicas a efectos de determinar cuándo procedía la intervención comunitaria⁸, así como en relación con la forma de la propia intervención⁹.

El doble rostro de la subsidiariedad dio lugar a una polémica inicial respecto de su interpretación entre aquellos a los que alimentó las esperanzas de una menor intervención de los órganos comunitarios en beneficio de los Estados y aquellos a los que les sugirió dudas sobre una posible expansión de las competencias comunitarias

7 Como indica J. Barnés, hay dos interpretaciones posibles del principio: la negativa o de prohibición, por la que se impide la innecesaria intervención comunitaria y la positiva o de habilitación, por la que la Comunidad debe intervenir para auxiliar a los Estados miembros. Cfr. al respecto, J. BARNÉS, "El principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht y su impacto sobre las regiones europeas", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 5, 1994, p. 825.

8 Así en el artículo 5 del Protocolo se indica que "Para que la actuación comunitaria esté justificada, deberán reunirse ambos aspectos del principio de subsidiariedad: que los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los Estados miembros en el marco de su sistema constitucional nacional y, por consiguiente, pueden lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad.

Deberán aplicarse las siguientes directrices al estudiar si se cumple esta condición:

-el asunto que se considera presenta aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros;

-las actuaciones de los Estados miembros únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado (tales como la necesidad de corregir distorsiones de la competencia, o evitar restricciones encubiertas del comercio o reforzar la cohesión económica y social), o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros;

-la actuación comunitaria proporcionaría claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros".

9 En el artículo 6 del Protocolo se establece que "La forma de la actuación comunitaria deberá ser lo más sencilla posible, coherente con el logro satisfactorio del objetivo de la medida y con la necesidad de su ejecución eficaz. La Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas. Las directivas, tal y como se definen en el artículo 189 del Tratado, aunque obliguen al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejarán a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios".

en virtud, precisamente del principio de subsidiariedad. Los primeros observaban que la subsidiariedad debía servir como criterio de autolimitación de los órganos comunitarios. De tal manera que este principio contiene una serie de criterios¹⁰, por los que se transformaría de principio genérico y abstracto en test concreto para valorar la legitimidad del alcance, el carácter y la intensidad de la actuación comunitaria, test al que deberán someterse todas las acciones que se pretendan realizar por las instituciones europeas, en orden a un autocontrol que resultaría garantizado, en última instancia, por el TJ¹¹.

Para los autores que realizaban una interpretación diferente, la subsidiariedad tendría una naturaleza esencialmente política o de oportunidad¹² por lo que no sería susceptible de ser utilizado como parámetro de control por el Tribunal de Justicia¹³. Otros han entendido, más matizadamente, que ese control puede realizarse, pero sólo respecto de la motivación que la Comunidad debe aportar para poner en marcha una acción de tipo subsidiario¹⁴ o en los casos de error manifiesto o desviación de poder en el sentido de que se pueden tomar en consideración la lógica y la coherencia de esas argumentaciones¹⁵.

Es justamente la indefinición competencial provocada por la forma en que se articulan las competencias comunitarias lo que hace posible el juego de la subsidiariedad. Pese a sus limitaciones, la subsidiariedad tiene un claro sentido en el ordenamiento de la Unión debido al modo en que se distribuyen las competencias entre la

10 Cfr. E. ALBERTÍ, *Autonomía política y unidad económica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 54.

11 E. ALBERTÍ, *op. cit.*, pp. 54-55.

12 Así, P. CARETTI, "Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento nazionale", *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1993, p. 18.

13 Bien es cierto que, como indica T. Stein, para quien "está fuera de duda la controlabilidad de su observancia por el TJ", las dudas en torno a un control efectivo del TJ se han basado más en su autoarrogado papel de "motor de la integración" que en la falta de criterios de control. Cfr. T. STEIN, "El principio de subsidiariedad en el Derecho de la Unión Europea", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 90, octubre-diciembre, 1995, pp. 81 y 83.

14 Es el caso de A. RINELLA, "Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà", *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 1994, p. 477.

15 Para M. L. Martínez Alarcón "no parece conveniente que el Tribunal de Justicia amplíe sus pronunciamientos de fondo más allá de la constatación del error manifiesto o la desviación de poder si no se quiere distorsionar un sistema que ha atribuido a las instituciones políticas europeas la decisión sobre la concurrencia de los requisitos que permiten la actuación de la Unión en el marco de las competencias no exclusivas", M. L. MARTÍNEZ ALARCÓN, "El principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 13, 2010, p. 185.

UE y los Estados, puesto que esa distribución se define más por objetivos que por materias. Ahora bien, esa misma indefinición competencial planteó algunos problemas para su aplicación¹⁶ que suscitaron en las instancias europeas la necesidad de redefinir la delimitación competencial para clarificarla y convertir el principio de subsidiariedad en un principio más operativo. Ese paso se intentó dar mediante el Proyecto de Tratado Constitucional y posteriormente a través del Tratado de Lisboa¹⁷.

No cabe duda de que, como indicara Antonio D'Atena, el Proyecto de Tratado Constitucional reforzó de manera muy notable el principio de subsidiariedad en el ámbito de sus procedimientos de garantía, tanto para los Estados miembros cuanto para las entidades territoriales¹⁸. Lo mismo podríamos decir del Tratado de Lisboa, que incorporó, reforzado, el mecanismo de alerta rápida previsto en el Proyecto de Tratado Constitucional¹⁹ así como el control jurisdiccional por el TJUE²⁰. Por

16 Como indica R. Arnold, si bien las competencias exclusivas de la Comunidad son excluidas del mecanismo de la subsidiariedad, nadie sabía cuáles eran exactamente esas competencias exclusivas ya que no había disposiciones expresas al respecto. Cfr. R. ARNOLD, "Reflexiones sobre una futura Constitución Europea", *Cuadernos Constitucionales*, núm. 8, Valencia, 1994, p. 23.

17 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, "Las competencias de la Unión Europea y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad", *Revista de Estudios Autonómicos*, núm. 4, julio-diciembre, 2003, pp. 9-30.

18 Cfr. A. D'ATENA, "Modelos federales y subsidiariedad en el reparto de las competencias normativas", trad. L. Sánchez-Mesa Martínez, *ReDCE*, núm. 3, enero-junio, 2005, pp. 209 y ss. Versión electrónica: <http://www.ugr.es/~redce/>

19 El Tratado de Lisboa incorporó, respecto del Proyecto de Tratado Constitucional, una regulación específica para el caso de que, en el marco del procedimiento legislativo ordinario, los dictámenes motivados contrarios representen al menos la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales. En ese supuesto, en el caso de que la Comisión, tras proceder a un nuevo estudio de la propuesta, decida mantenerla motivadamente, ese dictamen motivado de la Comisión junto con los de los Parlamentos nacionales será objeto de estudio por el Consejo y el Parlamento Europeo. Si, por mayoría del 55 % de los miembros del Consejo o por mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo, el legislador de la Unión considera que la propuesta no es compatible con el principio de subsidiariedad, se desestimará la propuesta legislativa.

20 El Protocolo contempla, en su artículo 8, junto al control preventivo, de naturaleza política, el control represivo, de carácter jurisdiccional: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo, interpuestos con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 230 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por un Estado miembro, o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo.

último, el Consejo Europeo de Bruselas de 18 y 19 de febrero de 2016 adoptó un Acuerdo de ampliación de facultades de los parlamentos nacionales para hacer frente a la presión del Reino Unido previa a la celebración del referéndum sobre el Brexit. Este Acuerdo no llegó a entrar en vigor, debido al resultado favorable al Brexit del referéndum²¹.

Mientras tanto, la Comisión ha puesto en marcha procedimientos y prácticas tendentes a incorporar criterios y directrices que permitan justificar de manera más objetiva las actuaciones europeas²² y ha creado un Grupo Operativo sobre Subsidiariedad que presentó al Presidente de la Comisión su Informe el 10 de julio de 2018²³. Ese Informe ha servido de base a la Comunicación de la Comisión de 23 de octubre de 2018 sobre "Principios de subsidiariedad y proporcionalidad: reforzar su función en la elaboración de las políticas de la UE"²⁴. Finalmente, la Presidencia Austriaca celebró una Conferencia en Bregenz los días 15 y 16 de noviembre de

De conformidad con los procedimientos establecidos en dicho artículo, el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta".

21 En las Conclusiones, se indicaba que "el Consejo Europeo ha acordado que el siguiente conjunto de disposiciones, que es plenamente compatible con los Tratados y será efectivo el día en que el Gobierno del Reino Unido informe al secretario general del Consejo de que el Reino Unido ha decidido seguir siendo miembro de la Unión Europea, constituye una respuesta apropiada a las preocupaciones del Reino Unido". Es evidente, desde una perspectiva jurídica, que se trataba de disposiciones que no eran compatibles con los Tratados y que implicaban su reforma encubierta. Por lo que se refiere a los parlamentos nacionales, se establecía un derecho de veto que se alcanzaba cuando los dictámenes motivados contrarios representaran más del 55% de los votos que se les atribuye en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anexo al Tratado de Lisboa. Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, "Il modello europeo di integrazione e la sua incidenza sulle Corti costituzionali e sui Parlamenti nazionali", en F. LANCHESTER, *Parlamenti nazionale e Unione Europea nella governance multilivello*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 695-714. También en: http://www.nomos-leat-tualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2015/05/Balaguer_concegnoprin12-13_5_2015_ita.pdf

22 Recuperando en 2015 los criterios establecidos en el Protocolo anejo al Tratado de Ámsterdam. Cfr. "Tool #5 on Legal base, subsidiarity and proportionality": https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-5_en_0.pdf

23 Cfr. "Subsidiariedad activa. Una nueva forma de trabajar", Informe del grupo operativo sobre subsidiariedad, proporcionalidad y "hacer menos pero de forma más eficiente": https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/report-task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently_es_1.pdf

24 COM(2018) 703: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-703-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

2018 sobre "Subsidiarity as a building principle of the European Union" con el objetivo de debatir "how a common understanding of the term "subsidiarity" can be found and how this principle can be applied consistently"²⁵.

La formulación de la subsidiariedad como técnica de articulación competencial tiene una doble naturaleza, no orienta en una sola dirección, sino que es como un ascensor que sube o baja en función de las necesidades, presentando aspectos problemáticos y también aspectos positivos. Entre estos últimos, hay que mencionar la flexibilidad que incorpora al sistema competencial, que es importante por diversos motivos, entre ellos porque la globalización camina a un ritmo acelerado y va planteando nuevos problemas que exigen respuestas supranacionales en muchos ámbitos donde previamente era suficiente con las soluciones nacionales.

Desde esa perspectiva, en su sentido ascendente, a pesar de que no resulte coherente con la subsidiariedad como principio, la técnica de articulación competencial de la subsidiariedad, puede favorecer la reducción de la presencia de los intereses nacionales en el debate europeo y fortalecer la idea de intereses comunes para contribuir a generar una identidad europea, perfectamente compatible con las identidades nacionales. Es cierto, sin embargo, que la subsidiariedad ha sido generalmente la vía para una mayor reclamación de autonomía por parte de los Estados miembros en relación con la Unión Europea y, por tanto, para una reivindicación nacional frente a Europa. El componente de principio ha sido potenciado por los Estados en detrimento de la técnica de la subsidiariedad, mientras que esta última ha sido utilizada por la UE para incrementar sus competencias, por paradójico que esto pueda parecer.

Ciertamente, la subsidiariedad como técnica de articulación competencial no sigue los parámetros de la delimitación competencial que se realiza habitualmente por parte de los tribunales constitucionales. Desde esa perspectiva, a favor del TJUE

25 "The principle of subsidiarity is a crucial cornerstone of our common Europe. This means that the European Union has to work on solutions for big challenges – such as migration, security and climate change. At the same time, the EU has to take a step back when it comes to questions where member states or regions are in a better position to take decisions. A consistent application of this principle would allow to bring the European Union closer to its citizens and improve their trust in the EU.

Within the framework of the Presidency of the Council of the European Union, Austria wants to seize this occasion and discuss, together with representatives from politics, experts and citizens, how a common understanding of the term "subsidiarity" can be found and how this principle can be applied consistently": <https://www.eu2018.at/calendar-events/political-events/BKA-2018-11-16-Subsidiarity-Conf..html>

hay que decir que tiene una difícil operatividad en el ámbito jurisdiccional²⁶. La asignación de competencias que se realiza habitualmente en los Estados federales o políticamente descentralizados parte de una ordenación constitucional de la distribución de competencias que no está modulada por un principio flexible como el de subsidiariedad²⁷, que también es dinámico y permite una alteración en el tiempo del sentido de la articulación competencial si las circunstancias conducen a considerar que la acción estatal o la europea es más adecuada²⁸.

La subsidiariedad como técnica de articulación competencial, justamente por la flexibilidad que le es inherente, está orientada más a criterios políticos que jurídicos. Por ese motivo, es el mecanismo político de Protocolo el que tiene más relevancia como garantía de la subsidiariedad porque son las propias instancias políticas de los Estados miembros los que, en primer término, deben debatir en el espacio público interno y europeo si las medidas a adoptar por la UE infringen o no el principio de subsidiariedad. No cabe esperar, sin embargo, grandes posibilidades del control jurisdiccional de la subsidiariedad como técnica de articulación competencial, porque sería contradictorio establecer un mecanismo flexible y dinámico como este y, al mismo tiempo, pretender que jurídicamente resulte controlable²⁹, más allá de las

26 Algunos autores consideran, sin embargo, que la labor del TJUE en este ámbito es muy cuestionable, hasta el punto de afirmar que el TJ ha vaciado de contenido el principio de subsidiariedad. Cfr. G. A. MOENS, J. TRONE, "The Principle Of Subsidiarity In EU Judicial And Legislative Practice: Panacea Or Placebo?", *Journal of Legislation*, vol. 41, núm. 1, art. 2, 2015, p. 101. Disponible en Internet: <http://scholarship.law.nd.edu/jleg/vol41/iss1/2>

27 Sobre la cuestión específica del federalismo alemán, Cfr. L. MICHAEL, "El Estado federal experimental", *ReDCE*, núm. 6, 2006, y los demás trabajos incluidos en ese número, monográfico sobre "La reforma del federalismo alemán": <https://www.ugr.es/~redce/REDCE6/ReDCEsumario6.htm>. Cfr. igualmente, W. VANDENBRUWAENE, "What Scope for Subnational Autonomy: the Issue of the Legal Enforcement of the Principle of Subsidiarity", *Perspectives on Federalism*, vol. 6, núm. 2, 2014: http://www.on-federalism.eu/attachments/004_Volume%206%20-%20issue%202%20-%202014.pdf

28 Como se afirma en la Comunicación de la Comisión de 23 de octubre de 2018 sobre "Principios de subsidiariedad y proporcionalidad: reforzar su función en la elaboración de las políticas de la UE", "La evaluación política de si cabe considerar un determinado instrumento político de la UE como un valor añadido puede cambiar con el tiempo, en función de las prioridades políticas del momento", COM(2018) 703, p. 3, en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-principles-subsidiarity-proportionality-strengthening-role-policymaking_en.pdf

29 Todo ello sin desconocer que, como indica G. De Búrca: "The aspect of expansion and centralisation of Community action which is not apparently taken into account by the legal formulation of the subsidiarity principle is that there is a bias towards integration inherent in some of the economic provisions of the Treaty, and this, often in the hands of the Court of Justice, this has been affirmed

cuestiones formales inherentes a la motivación o justificación de la medida. Por lo que se refiere al control político, por muy positivamente que sea valorado el mecanismo de alerta temprana, hasta ahora ha dado lugar solamente a tres "tarjetas amarillas" contra propuestas normativas europeas, de las que solo en un caso la Comisión la ha retirado³⁰ aunque en otro de los casos se canalizó finalmente a través de una cooperación reforzada³¹.

Tal y como se ha configurado la técnica de la subsidiariedad en la UE, la cuestión es quién interpreta y, por tanto, quién decide cuales son los objetivos a alcanzar de acuerdo con los Tratados. Una vez que los objetivos son definidos por la UE es normal que la propia UE entienda también que serán mejor alcanzados con su intervención ya que para los Estados miembros en muchos casos no son siquiera considerados como objetivos. Por tanto, diferenciar entre el *sí* y el *cómo*, es complicado. Generalmente quien tiene la capacidad de definir los objetivos tiene también la capacidad de decidir *cómo* se deben conseguir³². A este respecto no puede dejar de

and supported. The "economic constitutional" provisions of the EC Treaty not only have the potential effect of prioritising and privileging market liberalisation norms, but have been judicially construed in such a way as to make it virtually impossible to assert with confidence that there is any area of national law which falls clearly outside the competence of the Community". G. DE BÚRCA, "Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam", *Harvard Jean Monnet Working Paper*, núm. 7/99, Harvard Law School, Cambridge, 2000, p. 45.

30 Cfr. sobre las dos primeras tarjetas amarillas (la tercera se ha producido en mayo de 2016) G. A. MOENS, J. TRONE, *op. cit.*, p. 98. Cfr. igualmente L. FROSINA, "Regiones y Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. El Comité de las Regiones, los Parlamentos regionales y el desafío de la «Multilevel Governance»" *ReDCE*, núm. 22, julio-diciembre, 2014: https://www.ugr.es/~redce/REDCE22/articulos/07_frosina.htm. Con carácter general, se pueden consultar también los estudios incluidos en: F. LANCHESTER, *Parlamenti nazionale e Unione Europea*, *op. cit.* Cfr., por último, el Informe anual 2016 de la Comisión Europea sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad, de 30 de junio de 2017: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-600-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

31 Se trata del Reglamento (UE) núm. 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Cfr. el Informe anual 2017 de la Comisión Europea sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad, de 23 de octubre de 2018: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:94148329-d6ca-11e8-9424-01aa75e-d71a1.0012.02/DOC_1&format=PDF

32 En general, sobre la participación de los parlamentos nacionales en la Unión Europea, hay que compartir en gran medida el escepticismo de D. Grimm, en el sentido de que los instrumentos puestos a disposición de los parlamentos nacionales están destinados a participar en decisiones que son adoptadas por otros, lo que en modo alguno puede equivaler a decidir por sí mismos. Cfr. D. GRIMM, "Die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union", *Nomos: le attualità nel diritto*,

señalarse que los últimos documentos oficiales de la Unión Europea, pese a establecer criterios formales que tienden a racionalizar y objetivar las actuaciones europeas, no dejan de reivindicar el valor añadido de esas actuaciones en todas las áreas de actividad actuales³³.

III. LA SUBSIDIARIEDAD COMO PRINCIPIO ESTRUCTURAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El principio de subsidiariedad no define, en realidad, una finalidad material, un objetivo sustancial a perseguir en relación con los intereses generales. Por el contrario, hay que entender que los intereses generales se derivan de otros principios y valores que son los que marcan la orientación de la actividad de los poderes públicos. La subsidiariedad tiene, por tanto, naturaleza formal o instrumental: se trata de hacer posible que la propia sociedad pueda articular la consecución de esos objetivos sin intervención de los poderes públicos en la medida de lo posible, cuando hablamos de subsidiariedad horizontal o de favorecer que las instituciones más cercanas a la ciudadanía sean las que ejerzan las competencias públicas cuando se trata de subsidiariedad vertical³⁴.

núm. 2, 2015, p. 8: http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2015/09/Grimm_convegnoprin12-13_5_2015.pdf. Por lo demás, queda claro que, como nos recuerda F. Lanchester, citando a George Washington y a Johann Caspar Bluntschli "la influencia no es gobierno". Cfr. F. LANCHESTER, "La integración europea y la herencia del federalismo alemán", *ReDCE*, núm. 17, enero-junio, 2012, en <http://www.ugr.es/~redce>

33 "Subsidiariedad activa. Una nueva forma de trabajar", *cit.*, p. 4: "El valor añadido de la UE está presente en todos los ámbitos de actuación existentes y, por lo tanto, el Grupo Operativo no ha identificado ninguna competencia derivada de los Tratados ni ningún ámbito político que deba volver a delegarse definitivamente, en su totalidad o en parte, a los Estados miembros.". En el mismo sentido, Comunicación de la Comisión de 23 de octubre de 2018 sobre "Principios de subsidiariedad y proporcionalidad: reforzar su función en la elaboración de las políticas de la UE", p. 12: La Comisión "acoge con satisfacción la importante conclusión del Grupo Operativo de que la Unión aporta un valor añadido en todos los ámbitos en los que actúa".

34 Cfr. sobre la supletoriedad horizontal, A. D'ATENA "Las declinaciones de la subsidiariedad en el derecho constitucional italiano", *Revista de Derecho Político*, núm. 79, septiembre-diciembre, 2010, pp. 255-284. Cfr., igualmente, F. BALAGUER CALLEJÓN, "Subsidiariedad horizontal y vertical", en F. BALAGUER CALLEJÓN, L. ORTEGA, G. CÁMARA VILLAR, J. A. MONTILLA MARTOS (coords.), *Reformas estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

En todo caso, es importante considerar la subsidiariedad no solamente como el principio actualmente consagrado en el Derecho de la Unión en relación con el ejercicio de competencias concurrentes entre la UE y los Estados miembros, sino también como un principio global de articulación de competencias que debe orientar en el futuro los cambios que se produzcan en el reparto de funciones entre la UE y los Estados miembros. En esa capacidad de proyección general del principio, no cabe duda de que seguirá existiendo un fuerte componente reivindicativo por parte de los Estados que responde a criterios tales como los fijados por el TCFA, que expresan la tensión entre la cesión estatal de competencias y la debilidad democrática de la Unión en relación con los estándares constitucionales de los Estados miembros: la UE no es una estructura plenamente democrática, pero su estándar democrático puede considerarse actualmente apropiado en virtud de su esfera limitada de competencias. Una ampliación de las competencias de la Unión requeriría igualmente para ser constitucionalmente aceptable, la profundización democrática de sus estructuras e instituciones³⁵.

Desde ese planteamiento resulta comprensible que los Estados pretendan ejercer el mayor número de competencias posible. La cuestión que no podemos dejar de plantearnos es si eso es viable en el contexto de la globalización. Si la respuesta es que no lo es, entonces lo lógico no sería potenciar el principio de subsidiariedad sino potenciar la condición democrática de la Unión Europea. Esa tensión implícita entre subsidiariedad y proyecto de integración canalizada a través del grado de calidad democrática de la UE es una de las más inquietantes en relación con el principio de subsidiariedad porque le otorga una legitimidad adicional a los Estados minando al mismo tiempo la legitimidad del proyecto de integración europeo y haciendo que Europa se perciba por la ciudadanía como un mal necesario y no como un proyecto compartido de futuro.

35 "The constitutional requirements placed by the principle of democracy on the organisational structure and on the decision-making procedures of the European Union depend on the extent to which sovereign responsibilities are transferred to the Union and how great the extent of political independence in the exercise of the sovereign powers transferred is. An increase of integration can be unconstitutional if the level of democratic legitimisation is not commensurate to the extent and the weight of supranational power of rule. As long as, and to the extent to which, the principle of conferral is adhered to in an association of sovereign states with marked traits of executive and governmental cooperation, the legitimisation provided by national parliaments and governments, which is complemented and carried by the directly elected European Parliament is, in principle, sufficient (Cfr. BVerfGE 89, 155 <184>)", BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30 de junio de 2009, para. 262.

En todo caso, tampoco debemos desconocer la importancia que tienen, en sí mismos, tanto los mecanismos políticos como los jurídicos relativos a la aplicación del principio de subsidiariedad³⁶ y la participación de los parlamentos nacionales en los procesos europeos, en cuanto pueden contribuir a favorecer el debate interno sobre los asuntos europeos y, por tanto, a configurar las democracias nacionales en sentido europeísta, aunque no tanto a configurar el espacio europeo en sentido democrático³⁷ lo que exigiría un cambio en el modelo de integración con una profundización democrática de la estructura política de la Unión. Esa configuración europeísta tiene que ver con lo que se ha denominado "subsidiariedad activa" en el Informe que el Grupo Operativo sobre Subsidiariedad presentó al Presidente de la Comisión el 10 de julio de 2018³⁸. Pero, al mismo tiempo, el riesgo de incrementar la presencia de los intereses nacionales en el debate europeo es también evidente y la dificultad para articular posiciones comunes de alcance europeo por parte de los parlamentos nacionales es igualmente clara³⁹.

Por otro lado, el hecho de que el TJUE no haya realizado una aplicación rigurosa del principio de subsidiariedad a favor de los Estados debe ser contrastado con otros pronunciamientos del TJ en los que otorga un margen más amplio a los Estados frente al Derecho de la Unión válido, modulando la aplicación del Derecho de la Unión en virtud del respeto a la identidad constitucional de los Estados, por ejemplo. Por tanto, si la subsidiariedad es un mecanismo de flexibilidad que no siempre

36 Especialmente si tenemos en cuenta la interacción entre ellos, como hace notar W. Vandendruwaene, *op. cit.*

37 De hecho, como indica M. L. Martínez Alarcón sobre esta incorporación de los Parlamentos nacionales como instrumentos de control en el mecanismo de alerta rápida, "se trata de una decisión con una clara intencionalidad política en la medida en que a través de la misma se resta protagonismo al Parlamento Europeo o, al menos, no se continúa profundizando su proceso de parlamentarización", M. L. MARTÍNEZ ALARCÓN, *op. cit.*, p. 193. Por lo que se refiere a la promoción del diálogo político, cfr. M. CECILI, "La sussidiarietà e l'early warning system tra diritto e politica. Il caso della c.d. ""direttiva tabacco"" del 2014", *LUISS School of Government, Working Paper*, núm. 41/2017: <http://sog.luiss.it/sites/sog.luiss.it/files/SOG%20Working%20Papers%20WP41%20-%202017%20Cecili.pdf>

38 Cfr. "Subsidiariedad activa. Una nueva forma de trabajar", *cit.*

39 Entre otras cosas, hay que tener en cuenta, como muy bien indicará A. Zorzi Giustiniani, el obstáculo que supone en cuanto a la posibilidad de colaboración de los parlamentos nacionales de los Estados miembros la "autoreferenzialità delle assemblee legislative le quali, in quanto ""sovrane"", sono tradizionalmente refrattarie a negoziare accordi e strategie politiche con organi rappresentativi di altri paesi". A. ZORZI GIUSTINIANI, "Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella governance economica e finanziaria europea", *Nomos: le attualità nel diritto*, núm. 3, 2015, p. 8: http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2015/05/Zorzi-Giustiniani_ConvegnoPRIN12-13_5_2015.pdf

ha dado resultado en el ámbito jurisdiccional, tenemos que tener en cuenta que sí hay otros mecanismos de flexibilización que están siendo empleados por el TJUE.

En realidad, podemos ver como la tensión competencial entre Estados y Unión Europea ante el TJUE se ha desplazado desde la aplicación del principio de subsidiariedad, donde las garantías jurisdiccionales del Protocolo n.º 2 Anexo al Tratado de Lisboa han demostrado ser poco eficaces, hasta principios con un ámbito más reducido, como el de respeto a la identidad constitucional de los Estados del art. 4.2 TUE. La identidad constitucional de los Estados no se utiliza, sin embargo, en sentido propio, sino como una referencia usualmente genérica para modular la aplicación del Derecho Europeo⁴⁰.

Si hubiera que realizar una interpretación de esa evolución, con toda cautela, podríamos decir que el principio de subsidiariedad está cediendo en su tensión con la técnica de la subsidiariedad, de manera que el criterio de la mayor idoneidad de la actuación europea para conseguir los objetivos previamente definidos por la Unión Europea se impone sobre el criterio de la mayor proximidad de las decisiones a la ciudadanía a través de la actuación de los Estados. Se evidencia, así como la definición previamente realizada por la Unión Europea al marcar los objetivos condiciona en gran medida la decisión sobre quién debe conseguir esos objetivos, a favor de la propia Unión.

Parece inevitable que, en tiempos de globalización esa tendencia se vea impulsada en el futuro, determinando la progresiva ineficacia de la técnica de la subsidiariedad y, por tanto, la creciente erosión del principio de subsidiariedad. Es comprensible que esa evolución conduzca igualmente al reforzamiento de la identidad constitucional de los Estados como principio que pueda incidir en la relación entre Unión Europea y de los Estados en el proceso de aplicación del Derecho de la Unión. Al fin y al cabo, el respeto a la identidad constitucional de los Estados camina en la misma dirección que el principio de subsidiariedad. Se desplaza así la

40 Cfr., sobre el principio de identidad constitucional, F. BALAGUER CALLEJÓN, "A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu" en *UNIO – EU Law Journal*, vol. 3, núm 1, enero, 2017: http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/Corrigidos/francisco_balaguer_callejon.pdf. Cfr. igualmente, F. BALAGUER CALLEJÓN, "Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola", en A. BERNARDI, *I Controlimiti – Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 113-133. Cfr. también A. AGUILAR CALAHORRO, *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015 y F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali: effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino, 2012.

tensión desde el ámbito de la articulación de competencias al de la articulación de los ordenamientos. Al mismo tiempo, se traslada el conflicto desde el ámbito de la validez del Derecho de la Unión, más problemático, al de modulación de su eficacia frente a los ordenamientos nacionales, lo que permite una mayor flexibilidad.

IV. LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DESPUÉS DE LISBOA: LA "ANTI-SUBSIDIARIEDAD"

A partir de la crisis económica, se han generado una serie de transformaciones importantes en la constitución material europea, que afectan a las constituciones de los Estados miembros⁴¹. Esos cambios limitan de hecho el papel reconocido en los Tratados a los parlamentos nacionales⁴², en la medida en que han reordenado la posición de los órganos legislativos estatales y del Parlamento Europeo y también en cuanto han definido un nuevo marco de ejercicio del poder político por parte de la UE. Un marco que excede de las previsiones establecidas en los Tratados y que pone en cuestión a la propia UE como comunidad de Derecho, además de incidir en la esfera interna de los Estados, en lo que se refiere —entre otras cuestiones— a la posición de los parlamentos nacionales en el sistema de gobierno nacional⁴³.

41 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN "Crisi economica e crisi costituzionale in Europa", *KorEuropa*, núm. 1, 2012. Disponible en Internet en: <http://www.unikore.it/index.php/indici/numero-1>. Versiones posteriores en: "Crise économique et crise constitutionnelle en Europe", *Constitutions*, abril-junio, 2013; "Crisis económica y crisis constitucional en Europa", *REDC*, núm. 98, mayo-agosto, 2013; y "Una interpretación constitucional de la crisis económica", *ReDCE*, núm. 19, enero-junio, 2013, <http://www.ugr.es/~redce>. Cfr. igualmente, E. GUILLÉN LÓPEZ, "La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional", *ReDCE*, núm. 20, julio-diciembre, 2013.

42 Como indica A. L. Högenauer, la crisis ha desencadenado nuevas tendencias hacia la desparlamentarización a pesar de los esfuerzos del Tratado de Lisboa para envolver a los parlamentos en los procesos de decisión europeos. Cfr. A. L. HÖGENAUER, "The Principle of Subsidiarity after Lisbon: Towards a Sustainable System of EU Multi-level Governance?", en N. PAPAKOSTAS y N. PASSAMITROS (eds.), *EU Beyond the Crisis. A Debate on Sustainable Integrationism*, Ibidem Press, Hannover, 2016, p. 22.

43 En relación con la incidencia de la crisis económica en el Derecho constitucional de la UE y de los Estados miembros, cfr. los trabajos incluidos en F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ y J. F. SÁNCHEZ BARRILAO (eds.), *The impact of the Economic Crisis on the EU Institutions and Member States/El impacto de la crisis económica en las instituciones de la UE y los Estados miembros*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

La crisis financiera ha dejado en suspenso a una gran parte de las reglas fundamentales del sistema jurídico de la Unión y también de algunas constituciones nacionales de Estados miembros de la UE. Las limitaciones presupuestarias han sido también, inevitablemente, limitaciones competenciales y, por tanto, la eficacia de principios como el de subsidiariedad se ha visto reducida por ese derecho paralelo que se ha generado con la crisis a través procedimientos cuya naturaleza jurídica sigue siendo discutida, pero que se han impuesto por la fuerza de los condicionantes económicos y no por motivaciones o argumentaciones jurídicas o políticas.

Desde que estalló la crisis económica se está produciendo una involución en la gobernanza europea, al menos en lo que se refiere a la adopción de decisiones de trascendencia. El proceso decisional se está alejando de la gobernanza tradicional, que se basaba en la participación de diversos agentes en "un sistema decisional policéntrico, fragmentado e interdependiente, caracterizado por la ausencia de jerarquías claras"⁴⁴. En los últimos años, por el contrario, como bien indica Fabbrini, se ha generado una estructura jerárquica dentro del Consejo Europeo, de manera que son los Estados con mejor situación económica quienes imponen a los demás las decisiones⁴⁵.

Esto supone que la ya limitada legitimación democrática que tenía la Unión Europea basada en el carácter representativo y democrático de los Estados, que le otorgaba una representatividad indirecta a la propia UE, se ha visto ahora afectada por la reordenación interna del poder dentro de la Unión Europea. Pero, al mismo tiempo, también se ha visto afectada su legitimidad como comunidad de Derecho, porque las medidas frente a la crisis no se han adoptado siempre a través del ejercicio de las competencias de la UE siguiendo procedimientos jurídicos. Por el contrario, se trata de medidas a las que se le confiere una condición política y que siguen

44 Cfr. F. MORATA, "Gobernanza multinivel en la Unión Europea", VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 de octubre de 2002, p. 1: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044413.pdf>

45 "Under the dramatic impact of a financial crisis perceived as an existential crisis (MENÉNDEZ, 2013), the intergovernmental union has ended up not only in centralizing decision-making in the intergovernmental institutions of the ECOFIN Council and the European Council, but also in institutionalizing hierarchical relations between national governments within them. Through the creation of a "euro-zone fiscal colonialism" (LEGRAIN, 2014), domination, rather than voluntary and consensual coordination, has become the code of the intergovernmental union". S. FABBRINI, "Executive Power in the European Union: The Implications of the Euro Crisis", European Union Studies Association 14th Biennial Conference, Boston, 5-8 de marzo de 2015, p. 20, en: <https://eustudies.org/conference/papers/download/97>

procedimientos informales: cartas de autoridades independientes como el Banco Central Europeo (y, por tanto, no representativas como el Parlamento Europeo) manifestaciones públicas de líderes europeos (como el Presidente del Eurogrupo) y, naturalmente, obligaciones que se imponen a los Estados por medio de la presión económica, a través de las Declaraciones del Eurogrupo y de los MoU ya mencionados.

La consecuencia de esta evolución es que la UE ha perdido en gran medida una de sus fuentes más importantes de legitimación: su condición de comunidad de Derecho. Ante todo, en el ámbito de la creación del Derecho, al menos en lo que se refiere a las medidas adoptadas frente a la crisis, mediante sistemas de derecho privado, tratados internacionales que no se integran en el Derecho Europeo o a través de acuerdos políticos. También se ha deteriorado esa condición de comunidad de Derecho en el ámbito de la aplicación del Derecho ya que las normas más importantes que se aplican ahora, en el contexto de la crisis, no son normas jurídicas controlables por los tribunales sino decisiones políticas.

Podemos ver una involución más amplia en los sistemas constitucionales de los Estados miembros, en los que se está reflejando el modelo europeo de integración alterando las condiciones de las constituciones normativas internas⁴⁶. De ese modo, no sólo no ha habido una evolución en sentido constitucional de la Unión Europea, sino que se está produciendo una involución constitucional en los Estados miembros. Esta involución se manifiesta en todos los elementos esenciales de los sistemas constitucionales internos, desde la democracia pluralista al pluralismo territorial, pasando por la división de poderes entre el legislativo y el ejecutivo, el Estado social o la normatividad de la Constitución. En lugar de avanzar hacia una constitucionalización de la Unión Europea que hiciera posible una mayor homogeneidad en las formas políticas de los distintos espacios públicos (europeo, nacional y territorial), hemos avanzado hacia una desconstitucionalización de los Estados miembros, debilitando el patrimonio constitucional de Europa.

Del principio de subsidiaridad como instrumento destinado a acercar cada vez más las decisiones políticas a la ciudadanía hemos pasado a una especie de "antisubsidiaridad" por la que las decisiones son adoptadas por instancias globales y supranacionales sin dejar apenas espacio para las políticas nacionales. Esta "antisubsidia-

46 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, "Constitutional Courts under Pressure – New Challenges to Constitutional Adjudication. The Case of Spain", en Z. SZENTE y F. GÁRDOS-OROSZ (eds.), *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*, Routledge, London-New York, pp. 164-184.

riedad" ha limitado el principio de subsidiariedad en su dimensión vertical (en las relaciones entre UE y Estados miembros) pero también en su dimensión horizontal, debilitando extraordinariamente las prestaciones sociales en algunos Estados y el principio de Estado social. Bastante de lo que ha venido después de desarrollo del populismo y de posiciones antisistema y antieuropeas en los sistemas políticos de los Estados miembros, tiene mucho que ver con esa lamentable deriva del proceso de integración en los últimos años⁴⁷.

V. CONCLUSIONES. UNA DIALÉCTICA PRODUCTIVA ENTRE LA SUBSIDIARIEDAD COMO PRINCIPIO Y COMO TÉCNICA

El principio de subsidiariedad implica una nueva metodología en el tratamiento de las funciones públicas y también en la percepción del proceso de integración. A través del principio de subsidiariedad se otorga flexibilidad a este proceso introduciendo una racionalidad específica orientada hacia la preferencia de los entes más cercanos a la ciudadanía. El problema es que, en el contexto de la globalización, muchas de las funciones que antes correspondían al Estado nacional sólo pueden ejercitarse ahora por la UE para ser efectivas. Solamente la UE está en condiciones de limitar el poder de los grandes agentes globales y en esas materias no hay intervención posible del principio de subsidiariedad. Por tanto, para generar una relación productiva entre subsidiariedad como principio y subsidiariedad como técnica es necesaria una reflexión previa acerca de las competencias que deben ejercerse por cada nivel de gobierno, el europeo, el estatal y, en su caso, el territorial.

De ese modo es necesario replantearse el sentido de la subsidiariedad en términos generales (y no sólo en su formulación actual) en el contexto de la globalización: qué debe darse como competencia a la UE y cuáles son las competencias que pueden corresponder al Estado. Un criterio a este respecto puede ser la *capacidad de mediación que tiene cada poder para realizar adecuadamente sus funciones*. Tendencialmente,

⁴⁷ Como ha venido a reconocer la propia UE con la puesta en marcha del Pilar Social Europeo, una iniciativa que intenta contrarrestar el tremendo desgaste del proyecto de integración y calmar en alguna medida las tensiones internas dentro de los Estados miembros procurando facilitar una orientación distinta de las políticas sociales que haga posible una cierta recuperación del clima social previo a la crisis. Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, "La prospettiva spagnola sul pilastro sociale europeo", *federalismi.it*, núm. 4, 2018: https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37065&content=La%2Bprospettiva%2Bspagnola%2Bsul%2Bpilastro%2Bsociale%2Beuropeo&content_author=%3Cb%3EFrancisco%2BBalaguer%2BCallejón%3C%2Fb%3E

la UE debería ejercitar su poder de mediación entre los grandes agentes globales, públicos o privados, y los Estados.

En un contexto global y supranacional, cada instancia de poder debe funcionar como un instrumento de mediación entre la más amplia y la más reducida. Por ejemplo, en términos generales, la UE debe tener las competencias que sean necesarias para mediar entre los agentes de poder global y los Estados miembros (sin perjuicio de las competencias de estos en materia de relaciones internacionales). Por tanto, la UE debe defender a los Estados frente a los agentes de poder global, ya que los Estados pueden actuar con mucho menos eficacia (por no decir con ninguna eficacia) en ese ámbito, como se ha evidenciado con las dos grandes crisis que hemos tenido en el siglo XXI, la crisis financiera por un lado y la crisis democrática que estamos experimentando ahora y que tiene relación con las posibilidades de manipulación política que se están generando a través de las redes sociales y con la participación activa de grandes plataformas prestadoras de servicios en Internet.

Lo mismo cabe decir del Estado, que debe mediar preferentemente o de manera tendencial (aunque no exclusiva) entre las instancias supranacionales y las infraestatales (sin perjuicio de la plena eficacia del principio de autonomía institucional). Esto no quiere decir ni que el Estado no tenga una relación directa con los agentes globales (estamos hablando de tendencias o de orientaciones preferentes de los ámbitos competenciales) ni que los Länder, las CCAA o las regiones no tengan relación directa con las instancias europeas. De lo que estamos hablando, por tanto, es de los rasgos o tendencias generales de la distribución de funciones entre las distintas instancias territoriales. Esas funciones deberían entenderse como tales, más como una responsabilidad que como una competencia rígida, teniendo en cuenta las condiciones actuales de aceleración del tiempo histórico con la globalización.

Un ejemplo claro de lo que la Unión Europea puede hacer para defender a los Estados y a la ciudadanía europea frente a los grandes agentes globales, tanto en el campo financiero como comunicativo lo tenemos en las dos grandes crisis del constitucionalismo de este siglo, que han sido también dos grandes crisis europeas⁴⁸. No es cuestión de desarrollar aquí una crítica a la interpretación económica de la Constitución que se ha impuesto en Europa y de defender una interpretación constitucional de la crisis que debería haber guiado las políticas europeas. Baste señalar que esta crisis financiera ha terminado siendo también la crisis más fuerte

48 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, "Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI", *Nomos: le attualità nel diritto*, núm. 2, 2018: http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Costituzionalismo.pdf

que ha experimentado el constitucionalismo de las constituciones normativas desde mediados del siglo XX. La crisis económica ha dado lugar a la primera de las dos grandes crisis del constitucionalismo en el siglo XXI, que ha desnaturalizado algunos sistemas constitucionales de Estados miembros, reduciendo el impulso emancipador que estaba en la base del constitucionalismo y estableciendo límites externos a la democracia pluralista.

Pero al mismo, tiempo, la crisis económica ha sido también una crisis europea en la que la subsidiariedad podría haber sido un principio inspirador de las políticas europeas y, desgraciadamente no lo ha sido en plenitud. No se trata tanto de que la Unión Europea no haya contribuido a sostener a los países en crisis cuanto que no lo ha hecho con una orientación política adecuada, respetando el ámbito constitucional interno de esos países y defendiendo a los Estados frente a la presión de los mercados y de los especuladores financieros. Aunque el Banco Central Europeo comenzó a hacer un trabajo efectivo a partir de la Presidencia de Mario Draghi, los resultados de unas políticas excesivamente rígidas de austeridad están en la base del ascenso de los populismos en algunos países y de la pérdida de legitimidad del proyecto europeo con el consiguiente auge de las actitudes antieuropeas.

Lo mismo cabe decir de la segunda crisis, que estamos experimentado ahora mismo, cuando todavía no podemos dar por finalizada la anterior, y que es una crisis política, derivada de la capacidad de manipulación propagandística mediante la utilización de plataformas de comunicación, que han alterado las condiciones del espacio público y que han intervenido de manera muy eficaz en procesos electorales tales como el Brexit o las elecciones presidenciales norteamericanas, afectando a las condiciones internas de la democracia pluralista. Plataformas que gestionan redes sociales o empresas que las utilizan, han condicionado el sentido del voto a través de un tipo de propaganda que se parece mucho a la publicidad subliminal y mediante la utilización masiva de datos personales para la construcción de perfiles de usuario.

También en este ámbito la ausencia de Europa es clamorosa y debería ser objeto de reflexión. Ningún país europeo puede actuar con eficacia frente a estos gigantes globales de la comunicación que controlan, en régimen de oligopolio, las redes sociales a nivel mundial. Solamente la Unión Europea, tiene las dimensiones necesarias para establecer medidas de control que sean respetadas por esas compañías. También aquí el principio de subsidiariedad debería ser objeto de una lectura que vaya más allá de la técnica de articulación competencial para plantearse que es lo que debería estar dentro del margen de acción de la Unión Europea para cumplir adecuadamente con sus funciones como institución supranacional que puede controlar los efectos más negativos de la globalización en beneficio de la ciudadanía europea.

Resumen

La subsidiariedad se proyecta en la Unión Europea como un principio inspirador de la estructura de la integración política europea y como una técnica de articulación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros. Entre ambas dimensiones de la subsidiariedad, como principio y como técnica, se manifiesta una tensión que trae causa de la doble naturaleza o del doble rostro de esta última. Por un lado, la articulación de competencias debería seguir la formulación del principio de subsidiariedad, pero, por otro lado, esa orientación está condicionada por la idoneidad para conseguir los objetivos de la acción propuesta. De ese modo, la técnica de la subsidiariedad no está orientada a la finalidad establecida por el principio de subsidiariedad sino a otra distinta, no necesariamente compatible con ella: la de conseguir los objetivos perseguidos por la UE. Cuando esos objetivos no puedan ser alcanzados en grado suficiente por los Estados miembros o puedan ser alcanzados mejor, por la escala o los efectos de la acción propuesta, por la Unión Europea, el principio de subsidiariedad no se aplica. Así pues, podríamos decir que la subsidiariedad como principio promete mucho más de lo que la subsidiariedad como técnica le permite cumplir.

La cuestión es quién interpreta y, por tanto, quién decide cuales son los objetivos a alcanzar de acuerdo con los Tratados. Una vez que los objetivos son definidos por la UE es normal que la propia UE entienda también que se alcanzarán mejor con su intervención ya que para los Estados miembros en muchos casos no son considerados siquiera objetivos. Por tanto, diferenciar entre el si y el cómo, es complicado. Generalmente quien tiene la capacidad de definir los objetivos tiene también la capacidad de decidir cómo se deben conseguir. Esto explica el hecho de que si hubiera que realizar una interpretación de la evolución de la subsidiariedad en la Unión Europea, con toda cautela podríamos decir que el principio de subsidiariedad está cediendo en su tensión con la técnica de la subsidiariedad, de manera que el criterio de la mayor idoneidad de la actuación europea para conseguir los objetivos previamente definidos por la Unión Europea se impone sobre el criterio de la mayor proximidad de las decisiones a la ciudadanía a través de la actuación de los Estados.

Parece inevitable que, en tiempos de globalización, esa tendencia se vea impulsada en el futuro, determinando la progresiva ineficacia de la técnica de la subsidiariedad y, por tanto, la creciente erosión del principio de subsidiariedad. Es comprensible que esa evolución conduzca igualmente al reforzamiento de la identidad constitucional de los Estados como principio que pueda ordenar la relación entre la Unión Europea y los Estados miembros en el proceso de aplicación del Derecho de la Unión. Al fin y al cabo, el respeto a la identidad constitucional de los Estados camina en la misma dirección que el principio de subsidiariedad. Se desplaza así la tensión desde el ámbito de la articulación de competencias al de la articulación de los ordenamientos. Al mismo tiempo, se traslada el conflicto desde el ámbito de la validez del Derecho de la Unión, más problemático, al de la modulación de su eficacia frente a los ordenamientos nacionales, lo que permite una mayor flexibilidad en las relaciones entre Unión Europea y Estados miembros.

Para generar una relación productiva entre subsidiariedad como principio y subsidiariedad como técnica es necesaria una reflexión previa acerca de las competencias que deben ejercerse

por cada nivel de gobierno, el europeo, el estatal y, en su caso, el territorial. Un criterio a este respecto puede ser la capacidad de mediación que tiene cada poder para realizar adecuadamente sus funciones. En un contexto global y supranacional, cada instancia de poder debe funcionar como un instrumento de mediación entre la más amplia y la más reducida. Tendencialmente, la UE debería ejercitar su poder de mediación entre los grandes agentes globales, públicos o privados, y los Estados. Un ejemplo claro de lo que la Unión Europea puede hacer para defender a los Estados y a la ciudadanía europea frente a los grandes agentes globales, tanto en el campo financiero como comunicativo lo tenemos en las dos grandes crisis del constitucionalismo de este siglo, que han sido también dos grandes crisis europeas. La crisis financiera, por un lado, y la crisis democrática que estamos experimentando ahora y que tiene relación con las posibilidades de manipulación política que se están generando a través de las redes sociales con la participación activa de grandes plataformas prestadoras de servicios en Internet. Solamente la Unión Europea, tiene las dimensiones necesarias para defender a los Estados y a la ciudadanía europea frente a los especuladores financieros, en el terreno económico, y frente a las grandes agencias globales de comunicación, en el terreno político.

Palabras clave

Subsidiariedad, Unión Europea, identidad constitucional, crisis financiera, redes sociales, globalización.

Abstract

Subsidiarity is projected in the European Union as an inspiring principle of the structure of European integration and as a technique for the articulation of competences between the European Union and the Member States. Between both dimensions of subsidiarity, as a principle and as a technique, there is a tension that is caused by the double nature or the double face of the latter. On the one hand, the articulation of competences should follow the formulation of the principle of subsidiarity but, on the other hand, this orientation is conditioned by the suitability to achieve the objectives of the proposed action. In this way, the technique of subsidiarity is not oriented to the purpose established by the principle of subsidiarity but to a different one, not necessarily compatible with it: that of achieving the objectives pursued by the EU. When these objectives cannot be sufficiently achieved by the Member States or can be better achieved, by the scale or effects of the proposed action, by the European Union, the principle of subsidiarity does not apply. So, we could say that subsidiarity as a principle promises much more than what subsidiarity as a technique allows it to deliver.

The question is who interprets and, therefore, who decides what are the objectives to achieve according to the Treaties. Once the EU defines the objectives it is normal that the EU itself also understands that they will be better achieved with their intervention since for the Member States in many cases they are not even objectives that have been raised as such. Therefore, differentiating between yes and how is complicated. Generally, who has the ability to define the objectives also has the ability to decide how they should be achieved. This explains the fact that if we had to interpret the evolution of subsidiarity in the European Union, we

could say that the principle of subsidiarity is giving way in its tension with the technique of subsidiarity, so that the criterion of the greater suitability of European action to achieve the objectives previously defined by the European Union is imposed on the criterion of proximity of decisions to citizens through the action of States.

It seems inevitable that, in times of globalization, this tendency will be impelled in the future, determining the progressive ineffectiveness of the technique of subsidiarity and, therefore, the growing erosion of the principle of subsidiarity. It is understandable that this evolution also leads to the reinforcement of the constitutional identity of the States as a principle that can influence the relationship between the European Union and the States in the process of applying Union Law. After all, respect for the constitutional identity of States moves in the same direction as the principle of subsidiarity. Tension is thus displaced from the sphere of the articulation of competences to that of the articulation of legal systems. At the same time, the conflict is transferred from the sphere of the validity of EU law, which is more problematic, to that of the modulation of its effectiveness vis-à-vis national systems, which allows greater flexibility.

In order to generate a productive relationship between subsidiarity as a principle and subsidiarity as a technique, a prior reflection is necessary on the competences that must be exercised by each level of government, European, state and, where appropriate, territorial. One criterion in this regard may be the capacity of mediation that each power has to adequately perform its functions. In a global and supranational context, each instance of power must function as an instrument of mediation between the higher and the lower level. In general terms, the EU must have the competencies that are necessary to mediate between agents of global power and the Member States. We have a clear example of what the European Union can do to defend the States and the European citizenship against the great global agents, both in the financial and communication fields, in the two great crises of the constitutionalism of this century, which have been also two major European crises. The financial crisis, on the one hand, and the democratic crisis we are experiencing now and which is related to the possibilities of political manipulation that are being generated through social networks with the active participation of large platforms providing Internet services. Only the European Union has the necessary dimensions to defend States and European citizenship against financial speculators, in the economic field, and in front of the big global communication agencies, in the political field.

Keywords

Subsidiarity, European Union, constitutional identity, financial crisis, social networks, globalization

Recibido: 14 de noviembre de 2018

Aceptado: 20 de noviembre de 2018

EL REDUCCIONISMO POPULISTA Y SUS EFECTOS EN LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y EN LA JURISDICCIÓN¹

Populism reductionism and its effects on political representation and on the jurisdiction

ALESSANDRO MORELLI

*Profesor ordinario de Derecho Constitucional, Universidad Magna Græcia de Catanzaro**

SUMARIO:

- I. Los cambios de carácter semántico del término "democracia".
- II. Sigue:...y del término "populismo".
- III. Tres declinaciones del concepto: a) el populismo político.
- IV. Sigue: b) el populismo constitucional.
- V. Sigue: c) el populismo penal (legislativo y jurisdiccional).
- VI. El populismo como forma de reduccionismo político: las repercusiones en la representación y en la jurisdicción.

I. LOS CAMBIOS DE CARÁCTER SEMÁNTICO DEL TÉRMINO "DEMOCRACIA"

El razonamiento que pretendo exponer aquí tiene su punto de partida en algunos giros semánticos que se vienen advirtiendo en el uso de dos términos del lenguaje político, que tienen también su uso en el lenguaje jurídico: me refiero a las voces "democracia" y "populismo".

Se trata de palabras que, al igual que otras (como "federalismo", "república", etc.), se prestan a usos persuasivos en el ámbito del lenguaje de la política, y que, des-

¹ Texto revisado y actualizado de la ponencia presentada en el Congreso *Crisi della rappresentanza e metamorfosi della funzione giurisdizionale*, Università degli Studi di Catania, Dipartimento di Scienze politiche e sociali, 8-9 de noviembre de 2018.

* Traducido del italiano por Juan Francisco Sánchez Banilao.

de un análisis más atento, presentan caracteres de lo que los filósofos suelen llamar «*essentially contested concepts*»²; conceptos no solo ambiguos y controvertidos, sino sustancialmente indefinibles, por la falta de condiciones necesarias y suficientes para ofrecer una definición, e inconmensurables, ya que es imposible de determinar cuál sea la mejor entre las diversas acepciones del término³.

Ambas voces parecen estar en el centro de procesos de resemantización que acompañan (o tienden a inducir) transformaciones más amplias de los sistemas institucionales. De un lado, se encuentran tendencias destinadas a dar una imagen de la democracia alejada de una visión incondicionalmente positiva, presentado en la propaganda política occidental hasta hace pocos años, como un bien digno de "exportar"; y de otro, se advierten impulsos dirigidos a proponer una connotación ahora positiva del concepto "populismo".

En cuanto al primer aspecto, la idea se refiere, sobre todo, a las proclamaciones del Primer Ministro húngaro Víctor Orbán expresando la voluntad de promover un modelo de "democracia iliberal", la cual está teniendo cierto éxito y no solo en la Europa del Este. Con tal fórmula, si de una parte el concepto de democracia continúa manteniendo una connotación positiva, de otra, su declinación liberal debe ser rechazada. En un discurso mantenido el 28 de julio de 2018 en Băile Tușnad, un pueblo rumano de dos mil habitantes, Orbán volvió a explicar las implicaciones del modelo de "democracia cristiana iliberal" que defiende. Para ilustrar dicha fórmula, especificó que

«la democracia cristiana no significa defender los cánones de la fe (en este caso los de la fe cristiana). Ni los Estados, ni los gobiernos, tienen competencia sobre asuntos relacionados con la condenación o la salvación del alma. Lo que la política democrática cristiana significa es que los principios de la vida que se originan en la cultura cristiana deben ser protegidos. Nuestro deber no es defender los cánones, sino los caracteres de la vida, por cómo se originaron a partir de aquellos. Entre estos se incluyen la dignidad humana, la familia y la nación (pues el cristianismo no busca alcanzar la universalidad a través de la abolición de las naciones, sino a través de la conservación de estas)».

Para Orbán, esta forma de democracia es "por definición no liberal, o si lo prefiere, iliberal". Ello no conduce, sin embargo, al rechazo de las formas propias de un sistema democrático (al menos no de todas), sino solo de aquellos paradigmas de la ideología liberal desde los cuales, siempre según Orbán, se promueven, por ejemplo,

2 W. B. Gallie, "Essentially Contested Concepts", en M. Black (ed.), *The Importance of Language*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1976, p. 121 y ss.

3 Así A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 4.

la inmigración o los "modelos adaptables de familia" (en tanto que alternativos al modelo cristiano), y contra los que, en cambio, sí se desplegaría la "democracia cristiana iliberal"⁴.

II. SIGUE...Y DEL TÉRMINO "POPULISMO"

El concepto de populismo, en cambio, y a diferencia de los Estados Unidos y especialmente de América latina, mantiene en Europa una connotación prevalentemente negativa⁵, aunque no está claro qué caracteres se pretenden censurar con la misma: si solo son formas de demagogia, o se refiere a algunas connotaciones de la organización interna de ciertos partidos o movimientos, o incluso a las políticas seguidas por estos. Sin embargo, y también con respecto a la connotación del término "populismo" (como se verá de inmediato), asimismo en Europa se advierten signos recientes de una tendencia de cambio de paradigmas.

En primer lugar, se ha de señalar que el uso del término está muy extendido hoy en día, y más allá de los límites del lenguaje político. Basta con pensar en la fórmula «populismo mediático», con la cual Ferraris indica la culminación del «ataque

4 Los pasajes citados son tomados de M. Tacconi, "La democrazia cristiana illiberale di Orban, nuova frontiera del populismo", en *www.reset.it*, 8 de agosto de 2018. También se debe recordar como el 12 de septiembre de 2018 el Parlamento Europeo, con la aprobación del "Informe Sargentini", activó el procedimiento del art. 7 TUE, en virtud del cual, a propuesta de un tercio de los Estados miembros, el Parlamento Europeo o la Comisión Europea, el Consejo, por mayoría de las cuatro quintas partes de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, puede constatar la existencia de un evidente riesgo de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores citados en el art. 2 TUE. En el caso de que se constate la existencia de una violación grave y persistente, el Consejo, deliberando por mayoría cualificada, puede decidir suspender algunos de los derechos de los Estados miembros relativos a la aplicación de los Tratados, incluyendo los derechos de voto del representante del Gobierno de tal Estados en el seno del Consejo, y aun teniendo en cuenta las posibles consecuencias de dicha suspensión en los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas: sobre el tema, *cf.*, y entre otros, M. Bonelli, "Scacco a Orbán? Il Rapporto Sargentini e la tutela dei valori comuni europei", en *www.diritticomparati.it*, 24 de septiembre 2018; y C.C. Gialdino, "Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo "Stato di diritto", si viola la regola di diritto", en *www.federalismi.it*, núm.18, 2018. Sobre la involución iliberal del sistema húngaro, *cf.* F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Cedam, Padova, 2013.

5 *Cfr.* J. W. Müller, *What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016, trad. it. *Cos'è il populismo?*, Università Bocconi Editore, Milano, 2017, p. 13 y ss.

posmoderno a la realidad»⁶. La idea básica de la posmodernidad (señala el filósofo) fue la del «fin de la idea de progreso», surgida de la decadencia de las ideologías, de las grandes narrativas (Ilustración, idealismo, marxismo). Dado que el progreso del conocimiento «implica una confianza en la verdad, la desconfianza posmoderna en el progreso implicó la adopción de la idea, que encuentra expresión paradigmática en Nietzsche, de que la verdad puede ser mala y la ilusión es buena», de modo que, y, en definitiva, *no habría hechos, sino solo interpretaciones*⁷.

El posmoderno, en tal sentido, parecería haber encontrado «plena realización política y social», pues en los últimos años habría alcanzado la máxima afirmación de «la primacía de las interpretaciones sobre los hechos»; o como incluso Ferraris escribe,

*«el mundo real ciertamente se ha convertido en un cuento de hadas, de hecho... se ha convertido en un reality, aunque el resultado ha sido el populismo mediático, un sistema en el que (siempre el que tenga el poder) puede pretender hacer creer a la gente cualquier cosa. Los noticieros y los talk show han sido testigos del reinado de "No hay hechos, solo interpretaciones", de manera que (y lamentablemente ahora como un hecho, y no como una interpretación) ha mostrado su auténtico significado: "La razón del más fuerte es siempre la mejor"»*⁸.

El populismo, en este contexto, se convierte en una figura calificada para la posmodernidad, o hasta en resultado de esta última⁹. Incluso se ha planteado la hipótesis de que constituya la forma política de los sistemas democráticos en un futuro próximo¹⁰. De populismo como «lógica social» y «modo de construir lo político» ha hablado Laclau¹¹; mientras que de «momento populista», como fase de una época caracterizada por "una serie de resistencias a las transformaciones políticas y

6 M. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 3 y ss.

7 M. Ferraris, *op. cit.*, p. 4 y ss.

8 M. Ferraris, *op. cit.*, p. 5 y ss.

9 En este tema, *cfr.* M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, II ed., il Mulino, Bologna, 2015, p. 7 y ss.

10 *Cfr.*, en tal sentido, M. Crosti, "Per una definizione del populismo come antipolitica", en *Ricerche di storia politica*, núm. 3, 2004, p. 440; L. Zanatta, "Il populismo: una moda o un concetto?", *Ricerche di storia politica*, núm. 3, 2004, p. 330 y s.; y L. Zanatta, *Il populismo*, Carocci, Roma, 2013, p. 15.

11 E. Laclau, *On Populist Reason*, Verso, London, 2005, trad. it. *La ragione populista*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. XXXIII.

económicas observadas en los años de la hegemonía neoliberal", ha reflexionado, recientemente, Mouffe¹².

El apelativo "populista", usado en el pasado en un sentido peyorativo, tiende así a asumir hoy, también en el contexto europeo (y en particular en Italia), una connotación positiva: basta pensar en un pasaje significativo de la intervención del Primer Ministro Giuseppe Conte el 5 de junio de 2018 en el Senado, con motivo de la solicitud de confianza del Gobierno:

«Las fuerzas políticas que integran la mayoría del Gobierno [dijo el Presidente en tal ocasión] han sido acusadas de ser populistas, antisistema. Bien, son fórmulas lingüísticas que cualquiera es libre de usar. Si el populismo es la actitud de la clase dirigente de atender a las necesidades de la gente (y aquí me inspiro en las reflexiones de Dostoievski, en las páginas de "Pushkin"), y si por antisistema se entiende aspirar a introducir un nuevo sistema que remueva los viejos privilegios y las incrustaciones del poder, buenamente estas fuerzas políticas merecen ambas calificaciones»¹³.

En conclusión, "populismo" es aquí usado en una acepción débil, y al mismo tiempo, y de manera atrayente, como atributo de aquellos movimientos políticos que se declaran *anti-establishment* y próximos a las exigencias del pueblo.

Pero se trata, por otra parte, de una definición insuficiente: el populismo no es solo, o no tanto, esto, pues en realidad es mucho más (y distinto). El tendencial cambio en la connotación semántica de esta voz podría llevar a la consolidación de una declinación populista de las instituciones democráticas, en particular en Italia, cuyo contexto constituye precisamente objeto del presente análisis.

Para tratar de arrojar luz sobre tales conceptos, trataré de distinguir entre las diferentes cosas que se intenta definir con el término "populismo"; y ello, prestando atención a tres tipos de populismo, los cuales, si no agotan toda la amplia y variada fenomenología atribuible a dicha categoría, sin duda captan algunos elementos esenciales para entenderlo.

12 C. Mouffe, *For a Left Populism*, Verso, London-New York, 2018, trad. it. *Per un populismo di sinistra*, Laterza, Bari-Roma, 2018, p. 7, quien añade como las transformaciones antes mencionadas habrían llevado a una «posdemocracia», es decir, a una situación caracterizada por la desintegración de los «dos pilares del ideal democrático: igualdad y soberanía popular». Sobre el concepto de «posdemocracia», *cfr.* C. Crouch, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

13 *Cfr.* la reseña taquigráfica de la intervención del Presidente del Consejo de Ministros en el Senado de la República, de 5 de junio de 2018, en <http://www.governo.it/articolo/il-presidente-conte-parlamento-le-dichiarazioni-programmatiche/9512>

Distinguiré, en particular, entre un «populismo político», otro «constitucional» y uno «penal».

III. TRES DECLINACIONES DEL CONCEPTO: A) EL POPULISMO POLÍTICO

La literatura filosófica y politológica sobre el populismo no tiene límites, así como innumerables han sido las propuestas reconstructivas del fenómeno¹⁴.

Dentro del conjunto de modelos que se han formulado, la mayor parte de las reconstrucciones parecen estar de acuerdo con la repetición de algunos rasgos calificativos en lo que ha sido definido como *forma mentis* populista¹⁵: la *exalta-*

14 En la interminable literatura sobre el tema, *cf.* al menos las reconstrucciones de: L. Zanatta, *Il populismo*, *cit.*; F. Chiapponi, *Il populismo nella prospettiva della scienza politica*, Erga Edizioni, Genova, 2014; R. Chiarelli (a cargo de), *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2015; M. Tarchi, *op. cit.*; L. Incisa di Camerana, "Populismo", y D. Grassi, "Il neopopulismo", ambos en N. Bobbio, N. Matteucci y G. Pasquino, *Dizionario di Politica*, nueva ed. actualizada, UTET, Torino, 2016, respectivamente p. 732 y ss., y 737; J. W. Müller, *op. cit.*; M. Anselmi, *Populismo. Teorie e problemi*, Mondadori, Milano, 2017; D. Palano, *Populismo*, Editrice Bibliografica, Milano, 2017; y M. Revelli, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017. Interesantes reflexiones sobre el caso italiano ahora en M. Molinari, *Perché è successo qui. Viaggio all'origine del populismo italiano che scuote l'Europa*, La nave di Teseo, Milano, 2018.

Sobre el populismo y el constitucionalismo, en particular, *cf.* G. Silvestri, "Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia", y A. Spadaro, "Costituzionalismo versus populismo. (Sulla cd. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)", ambos en G. Brunelli, A. Pugiotto y P. Veronesi (a cargo de), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, V, Jovene, Napoli, 2009, respectivamente p. 1991 y ss., y p. 2007 y ss.; C. Pinelli, "Populismo e democrazia rappresentativa", en *Dem. dir.*, núm. 3-4, 2010, p. 29 y ss.; L. Cedroni, "Democrazia e populismo", *Dem. dir.*, núm. 3-4, 2010, p. 38 y ss.; L. Violante, "Appunti per un'analisi del populismo giuridico", *Dem. dir.*, núm. 3-4, 2010, p. 107 y ss.; V. Cocozza, *Popolo, popolazione, populismo*, en *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2016, p. y 636 ss.; L. Corrias, "Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity", *European Constitutional Law Review*, núm. 1, 2016, p. 6 y ss.; las "Actas del XXXII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti", desarrollado en Modena los días 10 y 11 de noviembre de 2017, y publicadas en *Annuario 2017. Democrazia, oggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; y G. Martinico, "Populismo e democrazia costituzionale: l'attualità della lezione canadese", en *www.ordines.it*, núm. 1, 2018, p. 53 y ss.

15 *Cf.* M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, *cit.*, especialmente p. 50 y ss.; este autor define el populismo como «la mentalidad que identifica al pueblo como una totalidad

ción acrítica del pueblo, entendida en un sentido holístico en cuanto que entidad orgánica, unitaria y dotada de un valor más alto que la suma de sus elementos individuales; el *anti-elitismo*, como oposición a las oligarquías dominantes, diversamente identificadas; y el *anti-pluralismo* y la *visión moralista de la política*¹⁶.

Los populistas se alejan así del reconocimiento de la existencia de un pueblo naturalmente desprovisto de articulaciones internas (la idea de la división en clases u otros esquemas representativos de la complejidad social son totalmente extraños a la mentalidad populista) y, al mismo tiempo, moralmente superior por definición a las corruptas oligarquías económicas, políticas y culturales. Estas últimas, en la mitología populista, mantienen a las personas divididas por conflictos continuos entre los partidos políticos (instrumentos de las mismas oligarquías) y los acosan paralizando los órganos e instituciones de la democracia representativa. El populista cree (y es percibido por sus seguidores) como el único representante legítimo del pueblo: «la reivindicación de la representación exclusiva no es empírica» (escribe Müller); «siempre es claramente *moral*. Cuando se postulan para un cargo, los populistas representan a los competidores políticos como parte de la elite inmoral y corrupta, mientras que cuando llegan al poder se niegan a reconocer a cualquier oposición como legítima»¹⁷.

El aumento de los movimientos populistas en Europa se deriva, sobre todo, como se sabe, de los efectos negativos del proceso de globalización; o, mejor dicho, de la mala (o fallida) gestión de estos efectos por parte de los gobiernos nacionales, así como por la debilidad estructural de la Unión Europea¹⁸. El problema es que, si en la *pars destruens* la visión populista coge elementos de una verdad innegable, en sus *pars construens* tiende a promover soluciones incompatibles, como se dirá de inmediato, con los paradigmas fundamentales de la democracia liberal.

orgánica artificialmente dividida por fuerzas adversas a las que se les atribuye cualidades éticas naturales, como, y en contraste con la realidad, trabajo duro e integridad frente a la hipocresía, ineficiencia y corrupción de las oligarquías políticas, económicas, sociales y cultural, y viene a reivindicar su primacía como fuente de legitimación del poder, sobre todo antes las formas de representativas y de mediación» (p. 77).

16 Sobre tales caracteres, sintéticamente ahora, J. W. Müller, *op. cit.*, p. 6 y ss.

17 J. W. Müller, *op. cit.*, p. 7.

18 Sobre este punto consiéntasenos reenviar a mi trabajo "La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione", en *www.giurcost.org*, núm. I, 2018, p. 97 y ss.

IV. SIGUE: B) EL POPULISMO CONSTITUCIONAL

Continuando con el segundo tipo de populismo del que quiero hablar aquí, el «constitucional», se pueden extraer indicios útiles del contexto estadounidense, en el que algunos autores se han distanciado desde hace mucho tiempo de la visión "elitista" del constitucionalismo dominante, acusado de confiar excesivamente en las élites institucionales (especialmente jueces y Tribunales), y han promovido «una lectura de la constitución más abierta a las razones del *hombre común*»¹⁹. Parker incluso ha propuesto un «manifiesto populista», en el que ha contestado algunas ideas fundamentales del constitucionalismo moderno: la de que los límites constitucionales tendrían el propósito de contener los excesos de lo que él llama la «*popular political energy*»; la idea por la que la Constitución sería una «*higher law*», una fuente superior a las otras; la convicción de que el Derecho constitucional tendría como principal función la que estar «*above the battle*» para proteger a los individuos y las minorías contra la mayoría dominante²⁰. La de Parker es solo una de las voces del "constitucionalismo popularista" americano²¹, en cuyo seno se encuentran elaboraciones que, aun con diverso acento, refutan que los vínculos constitucionales deban hacerse valer prevalentemente por la vía judicial. Desde esta perspectiva, Tushnet propone, por ejemplo, «llevar la Constitución lejos de los tribunales», confiando en la implementación que de ella pueda llevar a cabo el Congreso y promoviendo compartir una teoría de la interpretación constitucional que sea independiente de las decisiones del Tribunal Supremo (y a estos efectos ofreciendo parámetros útiles para la evaluación de estas últimas)²². Amar, a partir de una reconstrucción histórica de los orígenes de la Constitución en la que reevaluar la influencia que en la elaboración del texto habrían tenido los anti-federalistas, sostiene que el papel de la jurisdicción en la interpretación de la ley fundamental debería reducirse, ya que esta última no reconoce al Tribunal Supremo una posición prevalente en la arquitectura consti-

19 L. Corso, *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 9.

20 R. D. Parker, "Here the People Rule. A Constitutional Manifesto", *Valparaiso University Law Review*, núm. 3, 1993, p. 531; y del mismo autor, *cfi*: también "The Effective Enjoyment of Rights", *German Law Journal*, núm. 1, 2011, p. 451 y ss.

21 L. Corso, *op. cit.*, especialmente p. 8 y ss., y 133 y ss., a las que se reenvía también para ulteriores referencias bibliográficas.

22 M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1999.

tucional²³. Kramer, valorando las experiencias del colonialismo pre-revolucionario, sostiene que el constitucionalismo americano originario confiaba a instrumentos de interpretación y de protesta popular, y no a los Tribunales, la tarea de hacer valer la *supremacy clause*²⁴.

En la misma perspectiva, se ha promovido un enfoque interpretativo denominado «constitucionalismo protestante»²⁵, el cual parte del presupuesto de que ninguna institución tenga el monopolio de la interpretación constitucional: al igual que las personas leen la Biblia por sí mismas y deciden qué significa —escribe Balkin—, del mismo modo los ciudadanos podrían decidir autónomamente qué significa la Constitución y defenderlo en la vida pública. Para que el «*constitutional project*» tenga éxito, no es suficiente, de hecho, que las personas lo apoyen, pues estas deben estar también en posición de criticar el modo en que hasta ahora tal proyecto se ha desarrollado. En la práctica, la gente común debería poder siempre disentir y protestar contra las interpretaciones de la Constitución dadas por los Tribunales, reivindicando como propia la misma ley fundamental. Solo en estas condiciones el pueblo podría conservar su *fe constitucional*²⁶.

El recuerdo, aunque sintético, de las principales tesis del constitucionalismo popularista norteamericano ayuda a comprender cómo los contenidos del populismo pueden conciliarse con los del constitucionalismo solo a condición de una radical torsión de los paradigmas de este último. Debido a las propiedades que la caracterizan, *en la mentalidad populista se muestra del todo ajeno el concepto de límite jurídico al poder político*, dado que principio basilar del constitucionalismo liberal moderno. Desde esta perspectiva, de hecho, el único y legítimo detentador del poder

23 Cfr. A. R. Amar, "The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V", *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, p. 457 y ss.; *America's Constitution. A Biography*, Random House, New York, 2006; *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We live by*, Basic Books, New York, 2012.

24 Cfr. L. D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004.

25 Cfr. S. Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, Princeton 1988, p. 9 y ss.; J. M. Balkin, *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, p. 1 y ss.

26 J. M. Balkin, *op. cit.*, p. 10. Como advierte L. Corso, *op. cit.*, p. 119, tal enfoque presenta semejanzas con el originalismo de A. Scalia, el cual se aprecia al menos en "Originalism: The Lesser Evil", *University of Cincinnati Law Review*, núm. 57, p. 849 y ss., y en *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997. Cfr. también "La mia concezione dei diritti. Intervista di Diletta Tega ad Antonin Scalia", *Quad. cost.*, núm. 3, 2013, p. 669 y ss.

es el pueblo, como único, indivisible y moralmente superior, el cual ya goza de los recursos para garantizar y promover los derechos de los individuos y las minorías. Siguiendo dicha lógica, no puede si no cambiar el papel de los órganos de garantía, los cuales no pueden desarrollar más la función de limitar un poder por definición bueno e incorruptible, mientras que siempre pueden asumir la tarea de facilitar su ejercicio.

V. SIGUE: C) EL POPULISMO PENAL (LEGISLATIVO Y JURISDICCIONAL)

El tercer y último concepto de populismo al que quisiera hacer aquí referencia es el «penal», entendido, y usando las palabras de Ferrajoli, como la particular acepción de «demagogia que mira a obtener un fácil consenso a través de la represión punitiva»²⁷. Con tal fórmula pretendemos exponer la idea de un «derecho penal dirigido a (o, en cualquier caso, condicionado por) la persecución de objetivos políticos de carácter populista»²⁸. Esta forma de populismo se ha caracterizado posteriormente por un «populismo penal legislativo» y en un «populismo penal jurisdiccional»; el primero se manifestaría en todas las campañas mediáticas sobre la seguridad y en la producción de leyes-manifiesto, útiles únicamente «para alimentar el miedo y, por su bien, el consenso popular»; el segundo, en cambio, se expresaría en el protagonismo de algunos fiscales pasados a la política, especialmente a fin de procurar el consenso sobre sus investigaciones y, más en general, sobre sus personas²⁹.

Esta distinción permite identificar dos tipos de relaciones que pueden encontrarse entre el populismo político y populismo penal, o si queremos dos formas diversas de manifestarse el populismo político: en un caso, estos son el fruto de la actividad política desarrollada por los magistrados militantes, que (como ha escrito efectivamente Fiandaca) abandonan la toga para hacer política «en estrecha continuidad y contigüidad con la precedente función de magistrado»³⁰; y en otro, el populismo político, que manifestándose esencialmente como populismo legislativo, no resulta ser necesariamente expresión del populismo jurisdiccional, sino simplemente

27 L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 14.

28 Así G. Fiandaca, "Populismo politico e populismo giudiziario", *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2013, p. 97.

29 *Cfr.* L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 14.

30 Así, ahora, G. Fiandaca, *op. cit.*, p. 109.

una forma de política penal dirigida a reunir consenso social mediante la alimentación de diversas fobias.

VI. EL POPULISMO COMO FORMA DE REDUCCIONISMO POLÍTICO: LAS REPERCUSIONES EN LA REPRESENTACIÓN Y EN LA JURISDICCIÓN

Las declinaciones del populismo que se han recordado aquí (el político, el constitucional y el penal) aparecen ligadas por una común *inspiración reduccionista*, que recoge la interpretación de todas las dinámicas político-sociales en conflicto entre el pueblo y la oligarquía. Los paradigmas que caracterizan las visiones populistas de la política, del Derecho constitucional y del Derecho penal son implicaciones de tal orientación: la concepción holística del pueblo, la supremacía de la democracia directa (si bien sería más correcto decir participativa) sobre la representativa, la idea de que pueda darse una sola voz institucional del pueblo mismo (sea la de un leader político o la de un juez iluminado), etc.

El populismo pretende imponer una simplificación institucional drástica, no tolerando ninguna forma de limitación de la soberanía popular. Esta, además, es identificada de hecho con la voluntad de la mayoría política.

La limitación jurídica del poder político es, desde el punto de vista de los populistas, simplemente un sinsentido, pues si el poder es ilegítimamente apresado (por las oligarquías corruptas, por los llamados "poderes fuertes"), este no debe ser limitado, sino combatido y restituido a su legítimo titular: el pueblo soberano. Así, y, al contrario, si este último está ya en condiciones de poder ejercitar el poder, ninguna limitación puede justificarse, dada la presunta superioridad moral del pueblo sobre todos aquellos que, por un motivo u otro, no forman parte del mismo (extranjeros, miembros de las oligarquías y de las castas corruptas, etc.).

La «mentalidad populista» no consiente aceptar el pluralismo, y aun menos considerarlo como un valor a preservar; exige, en cambio, una legitimación monista, no concibiendo títulos de justificación del poder diversos a la mera investidura electoral³¹.

31 Sobre la pluralidad de formas de legitimación del poder en la democracia constitucional, *cf.* A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994; "Sulle tre forme di ""legittimazione"" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo", en A. D'Aloia (a cargo de), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Giappichelli, Torino, 2005, p. 569 y ss.; y L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 271 y ss.

¿Cuáles son las repercusiones del reduccionismo populista en la representación política y en la jurisdicción?

Sobre el primer aspecto, el populismo tiende a promover la evolución de la representación política en una relación de *representación simbólico-identitaria*³². La separación entre gobernantes y gobernados, en el imaginario político populista, tiende a reducirse hasta casi el punto de disminuirse del todo. Las mismas instituciones representativas terminan por ser percibidas como un mal necesario, mientras que vienen exaltadas y promovidas otras formas de ejercicio inmediato (o presuntamente como tal) de la soberanía popular: piénsese así también, y al margen de los diversos tipos de referéndums, peticiones e iniciativas legislativas populares, en formas no institucionales de participación permitidas por el uso de las actuales tecnologías telemáticas. El ataque ideológico del Movimiento 5 Estrellas a la prohibición del mandato imperativo es, en tal sentido, emblemático: para combatir el fenómeno del transfuguismo parlamentario (el paso de los parlamentarios electos en un partido político al grupo parlamentario de otro partido, fenómeno que, como es sabido, ha alcanzado niveles alarmantes en Italia), se proyecta la introducción de medidas dirigidas a afirmar un vínculo de mandato, con el que, sin embargo, y solo desde una perspectiva ingenuamente jacobina, mantener que se pueda realmente ligar la actuación de los parlamentarios a la voluntad de los ciudadanos electores. El único vínculo de mandato que realmente podría establecerse sería el "de partido", e implicando la absoluta sujeción del parlamentario al propio partido o movimiento de pertenencia.

Parece evidente, no obstante, que, incluso si una restricción de este tipo fuera considerada compatible con los principios constitucionales vigentes sobre el tema (comenzando con el artículo 67 de la Constitución), la anulación de la autonomía de los representantes políticos a la que daría lugar llevaría al riesgo de causar una *vulnus* mortal al sistema democrático, especialmente si los partidos políticos continuasen manteniendo una organización carente de democracia interna.

En cuanto al ámbito de la jurisdicción, finalmente, como ya se ha dicho, un consolidado "populismo de gobierno" no puede admitir la existencia de otras "voces

32 Sobre los riesgos de degeneración de la democracia representativa por efecto de la afirmación del populismo e del nacionalismo, *cf.* ahora A. Ruggeri, "Forma di governo" e "sistema dei partiti": due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?, Relazione introduttiva alla Giornata di studio in onore di L. Ventura su *Forma di governo e sistema dei partiti*, Catanzaro 7 dicembre 2018, en *www.giurcost.org*, núm. III, 2018, p. 599 y ss.; sobre el tema consiéntanme reenviar también a mi trabajo *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

institucionales del pueblo", ni consentir, por tanto, formas heréticas de populismo judicial. Desde tal perspectiva, la función de control desarrollada por la jurisdicción y por los otros órganos de garantía también respecto al poder político resultan inconcebibles.

De lo dicho surge, como conclusión, que la inspiración anti-pluralista y la vocación reduccionista del populismo hacen que este último, en todas sus formas, sea radicalmente incompatible con los paradigmas del constitucionalismo moderno; es decir, con el principio de separación de poderes y con la necesidad de garantizar los derechos fundamentales³³.

Animado por una antropología optimista y por una fe ciega en las virtudes del pueblo soberano, el populismo político supera, incluso, la profunda convicción, asumida como propia por el Estado constitucional contemporáneo, en relación a como el Derecho positivo no debería traducirse en la ley del más fuerte, *sino en la del más débil*³⁴. En caso de que la Constitución deje de servir a la garantía de los individuos y las minorías, y se convierta en mera herramienta para promover la voluntad de la mayoría (que, como es evidente, ya posee la fuerza para protegerse y lograr sus objetivos), la estructura de las garantías constitucionales perdería su función original y más importante.

Resumen

El presente texto analiza la reciente evolución de los conceptos de democracia y populismo en Estados Unidos y Europa (con especial referencia a Italia): en cuanto a la primera, al respecto de la llamada "democracia iliberal", y con relación al populismo, en su triple dimensión de político, constitucional y penal (legislativo y jurisdiccional); y en todo caso, como fórmulas de reducción política en pos de una idea holística del pueblo y de las mayorías representativas frente al pluralismo y la garantía constitucional de las minorías y los derechos fundamentales.

33 Cfr., por todos, G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, especialmente p. 3 y ss.

34 En la dimensión de la democracia constitucional, como ha escrito ahora Ferrajoli, son «leyes del débil –en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en ausencia de estas– todos los derechos fundamentales, constitucionalmente establecidos, sean de libertad o sociales, así como sus garantías, sobre cuya base se legitiman las diversas ramas del Derecho: del Derecho penal –que tutela al más débil y que en el momento del delito es la víctima, en el momento del proceso es el imputado, y en el momento de la ejecución penal es el condenado–, al Derecho del trabajo, al Derecho de familia, al Derecho público, al Derecho internacional, que tutelan las partes débiles de las relaciones económicas, familiares, sociales, políticas y militares. Incluso el Derecho de propiedad es la ley del débil contra la fuerza de quienes podrían apropiarse de sus bienes con la violencia»: L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 45.

Palabras clave

Democracia iliberal, populismo político, populismo constitucional, populismo penal.

Abstract

The present text analyzes the recent evolution of the concepts of democracy and populism in the United States and Europe (with special reference to Italy). First, it takes care of the so-called "illiberal democracy", and in relation to populism, in its political, constitutional and criminal dimension (legislative and jurisdictional); and in any case, as an expression of political reductionism in pursuit of a holistic idea of the people and representative majorities against pluralism and the constitutional guarantee of minorities and fundamental rights.

Keywords

Illiberal democracy, political populism, constitutional populism, criminal populism

Recibido: 12 de enero de 2019

Aceptado: 1 de febrero de 2019

DEMOCRACIA MÁS ALLÁ DEL ESTADO

Democracy beyond the State

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional. UNED

SUMARIO:

- I. Planteamiento.
- II. El reto de la democracia.
- III. Legitimación del Derecho internacional.
- IV. Nota bibliográfica.

I. PLANTEAMIENTO

Desde hace años me interesa, como constitucionalista, el creciente uso de la idea de Constitución en ámbitos a los que antes resultaba extraña. Las precisiones semánticas podrían alargarse indefinidamente: se habla de Constitución, pero también de Derecho constitucional, de constitucionalismo o de constitucionalización; y esas expresiones, o algunas de ellas, se proyectan sobre la Unión Europea, pero también sobre la Comunidad internacional, sobre las relaciones internacionales, sobre la sociedad global o sobre el espacio global, sobre el Derecho internacional o sobre el Derecho global... Todo ello, a veces, con pretensiones descriptivas, para dar forma a una nueva dogmática a la altura de los tiempos; pero siempre en una perspectiva también normativa, porque esa dogmática traduce y proyecta la pretensión de configurar esos nuevos tiempos de acuerdo con postulados que se consideran acreditados. Tales postulados, sin embargo, han sido a su vez concebidos de modos diversos a lo largo del tiempo, y su concreción en circunstancias novedosas exige sin duda nuevas adaptaciones.

La complejidad que resulta de todo ello supone para el pensamiento analítico un reto estimulante, pero también agotador y, a la postre, estéril. Porque tal enfoque presupone un discurso más o menos identificable que se pueda primero acotar y luego describir, quizá poniendo finalmente de relieve sus aspectos problemáticos. Pero lo cierto es que todo está en marcha: en muchos casos ni siquiera es posible identificar una dirección estable en los procesos singulares; su conjunción resulta asimétrica y asincrónica; el sentido de la composición general, como es fácil imaginar, resulta materialmente indescifrable. Los estudios aventuran todo lo más modelos formales o

funcionales cuya base empírica se reduce a casos singulares, relativamente tipificados o incluso institucionalizados, pero desatiende la mayor parte de una experiencia infinitamente variada.

Por eso, quizá resulte más fructífero acercarse a esos desarrollos sin pretensiones teóricas o siquiera dogmáticas; viéndolos más bien como un desafío que los postulados ilustrados plantean a la razón práctica en el contexto histórico-concreto de la globalización. El objetivo sería aquí, en consecuencia, comprobar en qué medida estamos en condiciones de hacerles frente, esbozar alternativas y valorar si verdaderamente cabe ponerlas en práctica.

II. EL RETO DE LA DEMOCRACIA

1. Respuestas inmediatas

El reto parece fácil de identificar en cuanto nos situamos en el mundo de ideas de la Ilustración, que ha acuñado los postulados del constitucionalismo. Por ejemplo, con la forma clásica del silogismo. Como premisa mayor, un presupuesto incuestionable que, sin embargo, ha recibido formulaciones diversas; como sustrato mínimo: "nadie ha de estar sometido a un poder o a una norma que no haya podido consentir". Tenemos la evidencia, en segundo lugar, de que se proyectan sobre el individuo, de modo directo o mediato, pero en cualquier caso creciente, poderes y normas de ámbito supraestatal. Aparece entonces como consecuencia necesaria el mandato de articular mecanismos democráticos de legitimación, de llevar la democracia "más allá del Estado".

Y entonces se multiplican de inmediato las propuestas del más variado tipo. Entre los estudiosos del Derecho internacional y de las relaciones internacionales, sugiriendo reformas institucionales orientadas a democratizar de uno u otro modo las organizaciones internacionales. Entre los partidarios de una globalización alternativa, rechazando la participación de actores carentes de legitimación democrática y exigiendo apertura y transparencia en todos los procesos. Desde el punto de vista de la filosofía política, estableciendo las condiciones de posibilidad del diálogo democrático en una sociedad postnacional. Todo ello podría ser plausible, merece al menos ser discutido. Pero cabe poner en duda que tales propuestas puedan contribuir decisivamente a resolver el problema planteado.

1.1. ¿Democratizar la Comunidad internacional?

En efecto, a veces se sugieren reformas institucionales orientadas a "democratizar" las organizaciones internacionales, por ejemplo, para reforzar el peso de la

Asamblea General de las Naciones Unidas en detrimento del poder de veto que se otorga en el Consejo de Seguridad a sus cinco miembros permanentes, o también para modificar la composición o el funcionamiento de ese Consejo. Pero tales propuestas confunden el fundamento del principio democrático. La democracia descansa sobre la igual dignidad de las personas en cuanto ciudadanos, que les atribuye igual derecho a participar libremente en la determinación de su destino colectivo. Aquí se toma como punto de partida una Comunidad internacional concebida como comunidad de Estados, que también se quieren libres e iguales. Pero los Estados individuales no son individuos dotados de dignidad; su igualdad es un postulado que ha acreditado utilidad en la configuración jurídica de las relaciones internacionales, pero no expresa principio moral alguno; y, a la postre, la igualdad de los Estados, que solo idealmente representan a sus ciudadanos, tampoco logra hacer visible en el ámbito de la Comunidad internacional el proyecto de una libre autodeterminación colectiva del conjunto de los seres humanos.

1.2. ¿Excluir a los Estados no democráticos?

Tampoco tiene sentido, en cualquier caso, quedarnos solo con los Estados democráticos, que "de verdad" representan a sus ciudadanos, y excluir con carácter general de los foros internacionales a los actores carentes de legitimación democrática. Dejemos al margen, ahora y a lo largo de toda la exposición, el carácter también fundamentalmente ficticio de esa "verdadera" representación, las múltiples facetas y complicaciones que plantea la democracia no "más allá" del Estado, sino dentro del propio Estado. Admitamos así, sin mayores matices, que, si la participación de los ciudadanos en las relaciones internacionales se realiza a través de sus Estados, solo cabría hablar de democracia en la Comunidad internacional si ésta estuviera formada exclusivamente por Estados democráticos. Pero lo cierto es que, entretanto, una exclusión de los Estados no democráticos del ámbito de las relaciones internacionales resulta impracticable e incluso disfuncional, por ejemplo, a la hora de afrontar retos globales como la preservación de la paz y la protección del medio ambiente.

Además, y esto resulta decisivo en este contexto, silenciar a los Estados cuyos pueblos no se han mostrado "capaces" de dotarse de instituciones "satisfactorias" desde el punto de vista de las naciones "civilizadas" expresa una pulsión no democrática, incluso neocolonial. Precisamente desde el voluntarismo democrático, que resuelve en unidad de voluntad intereses, opiniones y sentimientos divergentes, no cabe argumentar con la superioridad objetiva o con la imparcialidad de las propias posiciones. Atribuirse la representación de los intereses de esos países al margen de

ellos mismos resulta, en fin, cuando menos arrogante. Tampoco queda libre de ese reproche la pretensión de universalizar los postulados democráticos a través de la acción internacional del Estado, que en cualquier caso no tiene que ver con la legitimación democrática de tal actuación, sino con la justificación de sus fines.

1.3. ¿Una sociedad global democrática?

Pasemos ahora de esa Comunidad internacional formada esencialmente por Estados, organizaciones societarias por excelencia, a una sociedad internacional que se imagina dotada de los perfiles que la sociología atribuye a las comunidades; de la comunidad de sociedades a la sociedad comunitarista. La filosofía política proyecta sobre ella las condiciones que ya antes habían sido definidas como presupuesto del diálogo democrático en el Estado; fundamentalmente, las condiciones que permiten la formación de voluntad política a través del intercambio de información y opinión. Y, en consecuencia, se exige libertad, apertura y transparencia en todos los procesos de la sociedad postnacional.

Pero lo cierto es que tales presupuestos no se confunden con la propia democracia. La práctica de la democracia descansa, más bien, sobre entramados institucionales cuyo desarrollo ha seguido pautas al menos en parte autónomas respecto de la expansión de las garantías de la libertad. En realidad, el Estado democrático como comunidad política no resulta solo expresión de la igualdad y de la libertad formales características de las relaciones que constituyen la sociedad burguesa, sino que más bien se orienta hacia la superación de las asimetrías y contradicciones presentes en ella. En consecuencia, tampoco una sociedad transnacional libre en tal sentido generará automáticamente la igualdad necesaria para la acción política democrática; esa igualdad solo puede resultar de la propia dinámica política.

Por lo demás, la experiencia de las últimas décadas, de los últimos años y de cada día va desdibujando progresivamente las expectativas de una democracia global como resultado automático de la configuración de una sociedad global; lo que queda patente es, más bien, la articulación de subsistemas parciales relativamente independientes entre sí, con sus propias estructuras de poder, que, en su relación con los sistemas políticos democráticos, se muestran ambivalentes, con al menos tanta capacidad de interferencia como de estímulo. Las redes sociales internacionales no resultan menos opacas que los lobbys internos, y frente a su conversión en actores políticos cabría reproducir todas las reservas que suscita la llamada democracia participativa; que, ciertamente, sirve como complemento de la democracia representativa, pero que en ningún caso puede sustituirla.

2. Perspectiva histórica

En definitiva: mientras el problema de las relaciones entre globalización y democracia no quede adecuadamente perfilado, parece casi inevitable errar el tiro. Por eso conviene acercarse a él desde la perspectiva en la que adquieren sentido todos los problemas políticos, que no es la del silogismo lógico, sino la de su dimensión histórica. Solo así podremos identificar con precisión el reto y comprobar si resulta imprescindible acudir a su terreno para darle batalla o si, por el contrario, cabe plantearse con alguna eficacia en otro que nos resulte más conocido, ahorrándonos de paso algunas derivas arriesgadas.

En el terreno de los principios, en efecto, parece incuestionable que los ciudadanos tienen derecho a dirigir por sí mismos su destino compartido, en forma de autogobierno de hombres y mujeres libres e iguales. El Derecho constitucional democrático garantiza hoy las condiciones que permiten a todos la participación en procesos de autodeterminación colectiva, especialmente mediante la elección periódica de nuevos representantes capaces de crear nuevas normas jurídicas. La democracia es, pues, una idea regulativa potente.

Pero los procesos de democratización han resultado en la Historia laboriosos y conflictivos, como prueban las experiencias de la parlamentarización de los regímenes políticos y de la extensión del sufragio hasta llegar a su universalización, en un primer momento solo para los varones. Además, no siempre han tenido resultados inequívocos.

2.1. Límites de la democracia en el Estado constitucional

Así, cuando se logra integrar en el sistema parlamentario a toda la base social del Estado, y con la creciente influencia de los parlamentos contemporáneos, se somete la estructura política del Estado a las tensiones del conflicto de clases, que no siempre pudieron superarse de modo ejemplar. La constitucionalización del Estado social después de la segunda guerra mundial se apoya en el hecho de que la democracia representativa ha colocado a la mayoría social en condiciones de compensar, desde el propio parlamento, la presión de las tradiciones políticas y de los intereses económicos. Pero acepta al mismo tiempo la limitación del poder del parlamento, asegurando la pervivencia de elementos básicos del orden social y económico liberal; para asegurar esa pervivencia resulta decisivo que incluso las leyes parlamentarias queden sujetas al control de los tribunales, reforzando así las llamadas "libertades burguesas" consagradas por la Constitución.

2.2. La globalización como elusión del poder estatal democrático

Los nuevos procesos de globalización arrancan con la primera crisis de los años setenta, que puso de manifiesto y reforzó al mismo tiempo la interdependencia económica entre los distintos países. Desde entonces, la liberalización selectiva del comercio internacional y del movimiento de capitales en mercados financieros globales desliga progresivamente al capital de las ataduras del poder político: los Estados democráticos van quedando sin instrumentos eficaces para detraer de la economía privada los recursos necesarios para garantizar la procura de los derechos sociales. Simultáneamente se refuerzan, de modo exponencial, las redes transnacionales de comunicación, convertidas simultáneamente en vehículos de poder no solo mediático y simbólico, sino también económico.

2.3. La globalización como vaciamiento del poder estatal democrático

Tenemos, pues, que primero se ha limitado a través de la Constitución normativa el poder democrático en el Estado; luego se elude su poder residual. Y, en tercer lugar, se procura incluso reconfigurarlo desde el exterior, también desde el punto de vista jurídico.

Pues, en efecto, las tareas de los poderes públicos y el Derecho que rige las conductas de los ciudadanos no derivan ya simplemente de mandatos constitucionales o de procesos regulados por la Constitución democrática; normas y procesos por ejemplo de la Unión Europea se cruzan con ellos en relaciones diversas, desplazando con frecuencia al Derecho propio de los Estados. Se trata de un Derecho producido por modos no regulados por la Constitución y que tampoco queda sujeto a sus reglas sustantivas, no al menos del mismo modo en que lo está el resto del ordenamiento jurídico. Pero se impone a la libertad de configuración del legislador democrático, como límite adicional a los constitucionalmente establecidos.

En definitiva: procesos globalizadores cada vez más intensos reducen a la impotencia aspectos centrales de la política nacional en la que se desarrolla la democracia representativa. Es algo evidente, por ejemplo, para los Estados miembros de la Unión Europea, privados primero de los instrumentos fundamentales de la política monetaria y controlados ahora en el ejercicio de la política fiscal. En la democracia nacional quizá permanece vivo el "demos", que participa periódicamente en la elección de sus representantes; pero la representación política sólo limitadamente responde ahora al reto de formar unidad de voluntad soberana; porque el poder, el "cratos", se ha desvanecido frente a relaciones transnacionales que determinan todas las esferas de la vida individual: el trabajo y el ocio, la economía y la cultura,

el crimen y la fe. La democracia, en compensación, se sustantiva simbólicamente, como ponen de manifiesto la reactivación de las viejas pretensiones identitarias del romanticismo nacionalista o las nuevas invocaciones plebiscitarias al pueblo, que se limitan a alimentar una autorreferencialidad vacía.

2.4. Pervivencia del Estado soberano

Esta mitad del relato no debe ocultar que, sin embargo, ni el Estado ni la democracia que se realiza en él son meros elementos inertes en los procesos de globalización.

Para comenzar, es verdad que la globalización supone la aparición de redes societarias que desbordan el poder de los Estados nacionales; pero ello no ocurre al margen del poder del Estado: no solo necesita Estados fallidos o paraísos fiscales, sino también regulación, inversión, control social... El Estado aparece, en muchos casos, como decisivo agente globalizador, y no solo subordinado al proceso general: son justamente algunos Estados democráticos los que parecen tener el control de las grandes decisiones, en Europa (Alemania) y en el mundo (EEUU).

Debe recordarse también que el Derecho internacional que se impone a los Estados sigue descansando fundamentalmente sobre los propios Estados cuya conducta pretende regular. No puede concebirse al margen de ellos, ni en lo que se refiere a la creación de sus normas, ni tampoco para su imposición coactiva.

La creación de normas de Derecho internacional depende, en efecto, del acuerdo de los Estados. La creación del Derecho por parte del Estado se va desplazando, de los mecanismos previstos como ordinarios por los sistemas de fuentes del Derecho (leyes, reglamentos...), hacia los procedimientos contemplados por las Constituciones para la asunción de compromisos internacionales; pero seguimos moviéndonos en el terreno de la producción normativa por parte del Estado democrático. De ese principio del consentimiento de los Estados para el surgimiento de normas que los vinculen se excluyen las normas llamadas "imperativas" o de *ius cogens*, reconocidas como tales por el conjunto de los Estados del mundo y de las que uno de ellos no puede desvincularse ni siquiera mediante un tratado que excluya su aplicación. Entre ellas están, por ejemplo, la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones entre Estados, ciertos derechos humanos de especial relevancia, las reglas del Derecho internacional humanitario que prohíben represalias contra personas protegidas, las prohibiciones del genocidio y de la esclavitud. Pero no parece que sea ese ámbito el que plantea particulares problemas desde el punto de vista de la democracia.

Y, del mismo modo, la garantía del cumplimiento del Derecho internacional reposa, en muy amplia medida, sobre los propios Estados cuya conducta pretende regular; apenas está institucionalizado por encima de ellos un régimen de control y garantía de las normas internacionales, cuya imposición o sanción depende finalmente de los propios Estados en conflicto y del respaldo que puedan proporcionarles también otros Estados.

2.5. Democracia en la acción exterior del Estado

En definitiva: más allá del Estado sigue presente el Estado. El primer reto, en el caso de los Estados democráticos, es que también en ese ámbito de actuación respondan a las exigencias del postulado democrático. Porque la política internacional no es "política de Estado", si por ello entendemos la existencia de unos "intereses de Estado" inaccesibles a la voluntad democrática que configura, de modo contingente, los intereses generales. La política exterior, que justamente la globalización integra cada vez más con la interior, ha de estar sometida a discusión y compromete la decisión democrática de sociedades plurales.

Tradicionalmente, la democracia se ha proyectado sobre la asunción de compromisos internacionales por parte del Estado en el marco de las relaciones entre Gobierno y Parlamento; el objetivo sería profundizar la transparencia y la participación en la elaboración de los acuerdos, "acortar la cadena" de derivaciones de legitimidad. La Constitución española, por ejemplo, solo prevé en la adopción de Tratados internacionales la sujeción a un control que genera, todo lo más, una imputación ficticia. La Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que perfila las competencias en el seno del Gobierno y prevé la participación de las Comunidades Autónomas, no dedica atención específica a las Cortes Generales.

En cualquier caso, la parlamentarización de la política exterior tiene límites políticos inmanentes; para comenzar, porque con frecuencia ni siquiera es realista para muchos Estados la opción de rechazar un compromiso internacional. En España, ni siquiera la Comisión Mixta para la Unión Europea ha sido capaz de dotar a la política europea de relevancia interna; quizá porque el país se ve como objeto y no sujeto de la regulación europea, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, donde la política europea es decisiva en el ámbito interno y las exigencias de control parlamentario que promueve el Tribunal Constitucional encuentran un terreno propicio; podría ser esto también lo que explicara el distinto peso que tienen allí y aquí los partidos orientados hacia problemas globales, como el ecologista.

3. Opciones del Estado democrático

3.1. Repliegue

En esta situación, una primera reacción queda ejemplificada con la pretensión alemana de recuperar legitimidad democrática para el poder público limitando las transferencias de competencia a la Unión Europea e incluso solicitando su "devolución" (principios de subsidiariedad y proporcionalidad).

Es cierto que la democracia en los Estados sirve no solo para incorporar a las instituciones a las personas que los ciudadanos elijan de acuerdo con sus propios criterios. Los procesos representativos continúan orientando el contenido de la acción pública en asuntos tan importantes como el modelo educativo o la gestión sanitaria; el Estado, además, monopoliza aún el ejercicio de la coacción ante sus ciudadanos; muchos equilibrios entre libertad, igualdad y seguridad siguen dependiendo fundamentalmente de procesos intraestatales. El Estado continúa siendo, en todo ello, el ámbito donde la comunidad democrática, a partir de fundamentos comunes, se siente vinculada por la decisión mayoritaria. Pero el repliegue del Estado sobre sí mismo desconoce los límites funcionales y las insuficiencias estructurales de la democracia estatal.

3.2. Apertura al exterior

En particular, quienes pretenden poner freno a los desapoderamientos de los Estados no suelen reparar en que ello no frena por sí solo la consolidación de redes transnacionales. La mayor parte de los Estados quedan a su merced. Solo la constitución de foros políticos globales les permite recuperar cierta congruencia entre los espacios sociales y las capacidades políticas; se suele decir que la política recobra en esos foros parte del campo de acción que ha perdido en el marco del Estado. Porque estos ámbitos globales de decisión política también están fundamentalmente configurados como foros de representantes estatales, a los que concurren en su caso representantes democráticamente elegidos. El poder político democráticamente configurado puede aquí encararse de nuevo con los poderes económicos e ideológicos mediados por el dinero y las redes de comunicación. Aunque lo cierto es que, en ese nuevo ámbito, la política opera de forma muy diferente a la tradicional.

También es necesario subrayar que la nueva transparencia de las fronteras ha desvelado externalidades de la acción estatal antes ocultas, y abre la puerta a la gestión global de problemas que objetivamente siempre lo habían sido. La apertura al exterior del Estado no solo tiene entonces justificación funcional o cosmopolita,

sino que también entronca con el postulado democrático de un autogobierno responsable.

La exigencia democrática de subsidiariedad opera, de este modo, en dos direcciones; porque en este contexto se plantea, en efecto, el problema de las escalas de decisión democrática. Una democracia basada en la dignidad de la persona exige tener en cuenta no a un colectivo definido de acuerdo con criterios históricos y culturales, sino a los afectados por las decisiones. Es cierto que tal democracia solo es manejable si existen principios estables para la determinación de los respectivos círculos de afectados y reglas de conflicto para la coordinación de eventuales respuestas contradictorias: exige, en definitiva, una Constitución. Pero esta, a su vez, solo es democrática si está abierta al cambio; y, en el contexto de la globalización, sólo en la medida en que está abierta a la reconsideración de sus propios criterios de inclusión y de jerarquía: a reconocer la participación de los demás en decisiones que les afectan y a someterse a procesos de decisión más amplios en las cuestiones que la superan. Sólo es democrática la Constitución abierta al Derecho internacional.

4. ¿Democracia en la Comunidad internacional?

El reto democrático, en consecuencia, termina inevitablemente proyectándose sobre la propia Comunidad internacional. Pero, en este terreno, los estudios sobre la legitimidad democrática predeterminan discrecionalmente sus conclusiones a partir del fundamento teórico que colocan como presupuesto metodológico de sus observaciones y sus análisis. Porque, en efecto, tienen a su disposición un amplísimo elenco de concepciones de la democracia: holística o individualista, elitista o participativa, orientada hacia la autodeterminación o hacia el control, al input o al output (origen o destino del poder; en términos de Bertolt Brecht: "Die Staatsgewalt geht vom Volke aus». Aber wo geht sie hin?").

4.1. Democracia en la Unión Europea

Solo cuando una organización internacional llega a acercarse realmente al modelo bien conocido del Estado, como ocurre –caso único– con la Unión Europea, el discurso se ve obligado a descender de la libertad teórica a un terreno mucho más práctico y concreto.

Aquí, la democracia ha operado siempre, aunque de manera diferenciada, como requisito que deben cumplir los Estados miembros para su ingreso y hoy también para el pleno ejercicio de sus derechos como tales; pero solo con el Tratado de Ám-

sterdam se convierte en postulado del propio ordenamiento de la Unión. Y desde entonces se constata de modo unánime la debilidad de su realización.

Tal debilidad no se justifica por la actual inexistencia de un pueblo europeo, si es que tal hecho fuera realmente constatable; tampoco por las dificultades para formar en diversas lenguas una opinión pública (naturalmente plural) sobre los temas de interés colectivo. Y es que tales obstáculos bien podrían ser susceptibles de compensación. No cabe olvidar que fue el Estado moderno quien impuso la identidad nacional: el proceso de formación de los Estados es simultáneamente de creación, mediante el poder, de presupuestos para la formación de un foro público unitario sobre el que asentar el propio dominio. Es cierto que para Europa no sirven hoy las estrategias que los regímenes predemocráticos utilizaron para transformar sus poblaciones en naciones homogéneas. Pero incluso en los Estados democráticos está prevista hoy la formación de unidad por dos vías diferentes que se retroalimentan: los factores comunitarios y la participación a través de la ciudadanía. A la vista de ese efecto recíproco, la formación de una opinión pública europea queda inhibida quizá en buena medida precisamente a causa de la inadecuación institucional de la Unión para traducirla luego en voluntad colectiva; es la falta de institucionalización democrática de la Unión la que contribuye a desactivar los procesos sociales que debieran ser su fundamento, al privarles de sentido.

Entre estos déficits institucionales suelen mencionarse aún la inexistencia de un régimen electoral uniforme que garantice la igualdad de todos los ciudadanos de la Unión en el ejercicio del derecho de sufragio, la limitación de las competencias del Parlamento Europeo... Pero lo cierto es que ninguna de las reformas necesarias parece estar en perspectiva en la actual Europa ampliada, por más que una y otra vez surjan voces, más o menos autorizadas, que reclamen dotar a la Unión de un poder democrático efectivo.

4.2. Democracia global

Mucho más fácil, en cualquier caso, es poner en cuestión la legitimidad democrática del Derecho internacional (difícilmente modificable) y de los tribunales internacionales (dueños, en consecuencia, de su propio Derecho), de las organizaciones internacionales (irresponsables por definición) y de la misma globalización (carente de una base moral compartida y generadora de procesos irreversibles). En especial, la juridificación autónoma de las redes internacionales sigue una lógica propia, ajena a los postulados democráticos. Pero tampoco es realista pensar aquí, como hemos visto al principio, que esto pueda corregirse mediante una democracia

global, capaz de trascender océanos y hemisferios, tradiciones políticas, estructuras sociales y modelos culturales.

El interés de los ciudadanos de los Estados democráticos estaría, más bien, en mantener el conjunto de las redes y organizaciones internacionales como meramente instrumentales. Y, en la medida en que la tecnoburocracia se adueña, en realidad e inevitablemente, de los correspondientes procesos, la única compensación consiste en someterlos a una dirección política efectiva, que necesariamente habrá de ser coordinada (Consejo Europeo), aunque sea desde foros de limitada representatividad (como los llamados "Grupos G", cuyas decisiones se proyectan mucho más allá de los Estados que los forman).

El funcionamiento intergubernamental, en cualquier caso, en absoluto supone una garantía satisfactoria, especialmente cuando está abocado a contar con la participación de Estados no democráticos. También para los Estados democráticos, la adopción de decisiones en este contexto y su legitimación y control en el ámbito interno muestran una asimetría que desmiente la necesaria inmediatez democrática: no cabe legitimar y controlar eficazmente en los Estados medidas adoptadas en un marco diferente, sometidas a un régimen de discusión y decisión que en buena medida escapa a la acción de los Estados individuales considerados de forma independiente. Porque el resultado sólo puede ser imputado, a efectos de legitimación y control, a todos ellos, no a cada uno en particular. El óptimo democrático postularía la decisión siempre unánime; pero ello, a su vez, haría imposible el control sobre una falta de decisión.

III. LEGITIMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Las reservas desde la perspectiva democrática, como las que podrían hacerse tomando en consideración el postulado del Estado de Derecho, no implican, sin embargo, una deslegitimación del Derecho internacional: por supuesto que existen buenas razones para respetar sus reglas, sin sacrificarlas al unilateralismo de los intereses particulares del Estado bajo el pretexto de la democracia que los sustenta, y sin oponer tampoco a su efectividad la salvaguarda de concepciones particulares de postulados con pretensiones de universalidad. Porque el Derecho internacional responde fundamentalmente a otros principios legitimadores; no solo algunos reconocidos hoy con carácter general, como la protección de los derechos humanos, sino sobre todo el que desde siempre se ha correspondido con la tarea que por excelencia cumple el Derecho: hacer posibles las relaciones sociales, en este caso inter- y transnacionales, en condiciones, siempre precarias, de paz y seguridad. Otras justi-

funciones funcionales derivan de su orientación a fines específicos que solo pueden lograrse en esa escala, como la protección del medio ambiente o frente al terrorismo internacional; en este limitado sentido podrían comprenderse ciertas aproximaciones al Derecho internacional desde la teoría de sistemas.

Hay que tener en cuenta en todo ello que, por regla general, los sometidos directamente a tal Derecho internacional siguen siendo los Estados, y no las personas individuales dotadas de dignidad; sus pretensiones de legitimación no se corresponden, pues, con los postulados ilustrados de libertad, igualdad y autodeterminación colectiva. Sin embargo, en la medida en que la globalización ha supuesto la superación de la disociación entre los ordenamientos estatal e internacional, tampoco el Derecho internacional puede permanecer ajeno a tales postulados. Y, así, aunque se considere que la globalización incrementa la libertad individual y social mediante la apertura de espacios de realización para el ser humano, no puede hacerlo al precio de privar al individuo de la posibilidad de participación libre e igual en procesos institucionalizados de efectiva autodeterminación colectiva: la democracia no lo es todo, pero tampoco resulta renunciabile. Del mismo modo, aunque se considere que incrementa también las posibilidades de acción del poder democrático mediante la articulación de poderes públicos transnacionales, tampoco puede hacerlo sin mantener siempre, como fin primordial de su acción, la procura de una igual libertad segura y efectiva para todos.

IV. NOTA BIBLIOGRÁFICA

El texto anterior reproduce, sin apenas modificaciones, el que usé como apoyo para la intervención oral en un foro de administrativistas estudiosos del Derecho europeo al que fui invitado para abordar, como constitucionalista, un tema orientado hacia el Derecho internacional (IV Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo: Nuevas perspectivas de Derecho administrativo global – Madrid, 15 de diciembre de 2017). Este tipo de ponencias transdisciplinares sigue resultando insólito en España, lo que intensifica mi gratitud hacia los organizadores, que concreto en el profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha Luis Arroyo Jiménez.

Para su preparación me apoyé sobre las fuentes alemanas que me son mejor conocidas; en las que, por cierto, la aludida transversalidad está mucho más asentada que entre nosotros. Tuve especialmente en cuenta algunos trabajos de Andreas L. Paulus y de Armin von Bogdandy. Del primero, "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?", en T. Broude, Y. Shany (eds.), *The Allocation of Authority in International Law*, Hart, Oxford,

2008, págs. 193 ss.; y "Globalización en el Derecho constitucional", en M. Stolleis, A. Paulus, I. Gutiérrez, *El Derecho constitucional de la globalización*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, págs. 63 ss. De Armin von Bogdandy, "Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – Eine Bestandsaufnahme", *ZaöRV*, núm. 63 (2003), págs. 853 ss.; y, con Ingo Venzke, "In Whose Name? An Investigation of International Courts" *Public Authority and Its Democratic Justification*, *EJIL*, núm. 23 (2012), págs. 7 ss.

Por supuesto, he recuperado también otras muchas lecturas, desde las múltiples y siempre escépticas consideraciones de Dieter Grimm sobre la democracia en la Unión Europea (recientemente: *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, C.H. Beck, München, 2016) hasta las no menos numerosas contribuciones de Ingolf Pernice en un sentido bien distinto [por citar solo algunas recientes, "La liga constitucional europea puesta a prueba", en J. Alguacil, I. Gutiérrez (eds.), *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina*, Marcial Pons, 2014, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, págs. 209 ss.; y "E-Democracy, the Global Citizen, and Multilevel Constitutionalism", en C. Prins, C. Cuijpers, P.L. Lindseth, M. Rosina (eds.), *Digital Democracy in a Globalized World*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, págs. 27 ss.]. También Andreas Fischer-Lescano y Günther Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2006; o los trabajos de Christian Tomuschat, "La Comunidad internacional", Christian Walter, "Las consecuencias de la globalización para el debate constitucional europeo", y Anne Peters, "Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales", todos ellos en A. Peters, M.J. Aznar, I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 93 ss., 176 ss. y 208 ss. respectivamente.

Entre los autores españoles, he vuelto una vez más sobre los estudios de Gonzalo Maestro Buelga, "Del Estado social a la forma global de mercado" y Miguel Ángel García Herrera, "Estado económico y capitalismo financiarizado", ambos en M.A. García Herrera, J. Asensi Sabater, F. Balaguer Callejón, *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, Tomo I, págs. 59 ss. y 145 ss. respectivamente. Pero también he manejado, por ejemplo, Juan Carlos Bayón, "¿Democracia más allá del Estado?", *Isonomía*, núm. 28 (2008), págs. 27 ss.

Confío en que pueda resultar al menos ilustrativa la lectura de todos estos materiales desde presupuestos teóricos y metodológicos clásicos en el Derecho constitucional español. Un primer intento en esa dirección, orientado hacia la determi-

nación constitucional del Derecho europeo, fue sistematizado en el libro que tuve el honor de publicar junto con mi maestro: Antonio López Pina, Ignacio Gutiérrez, Elementos de Derecho Público, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002. Él ha mantenido vivo ese proyecto, al menos desde "La ciudadanía, presupuesto de una República europea", CIVITAS Europa, núm. 5 (2000), págs. 95 ss., y pasando por ejemplo por "Konstitutionelle Prinzipien der Unionsgrundordnung – Einführung: Verfassungselemente in der supranationalen Ordnung der Europäischen Union", en D. Tsatsos (ed.), Die Unionsgrundordnung. Handbuch zur Europäischen Verfassung, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2010, hasta sus escritos más recientes: "Europa a la deriva", Sistema, núm. 247 (2017), págs.3 ss., y "Deutschland in, mit und für Europa – ein europäischer Blick aus Spanien", Vorgänge, núm. 220 (2017), págs. 93 ss.

Por último, y quizá como ejemplo de los esfuerzos estériles a los que aludía en el planteamiento del trabajo, me remitiré a los desarrollos contenidos en algunas de mis propias publicaciones: "De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional", en A. Peters, M.J. Aznar, I. Gutiérrez (eds.), La constitucionalización de la Comunidad internacional, cit., págs. 15 ss.; "Traducir derechos: la dignidad humana en el Derecho constitucional de la Comunidad internacional", en C. Espósito Massicci, F.J. Garcimartín Alférez, La protección de bienes jurídicos globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16 (2012), UAM-BOE, Madrid, 2012, págs. 91 ss.; "Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional", en I. Gutiérrez, M.Á. Presno (eds.), La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad, Comares, Granada, 2012, págs. 3 ss.; "La constitucionalización del espacio global", en S. Galera Rodrigo y M. Alda Fernández (ed.), Construyendo el futuro: conversaciones jurídicas sobre la Globalización, Atelier, Barcelona, 2017, págs. 75 ss.

Resumen

Si nadie ha de estar sometido a un poder o a una norma que no haya podido consentir, y sobre el individuo se proyectan de modo directo o mediato, pero en cualquier caso creciente, poderes y normas de ámbito supraestatal, se presenta como consecuencia necesaria el mandato de articular los correspondientes mecanismos democráticos de legitimación, de llevar la democracia "más allá del Estado". Ahora bien: mientras el problema de las relaciones entre globalización y democracia no quede adecuadamente perfilado, resultará imposible ofrecer una respuesta atinada; por eso conviene acercarse a él desde la perspectiva en la que adquieren sentido todos los problemas políticos, que no es la del silogismo lógico, sino la de su dimensión histórica.

Palabras claves

Democracia, globalización, Estado, Derecho internacional, Comunidad internacional.

Abstract

Consent is the condition to obey. Today, we are more and more subdued to powers and rules of supranational scope. Therefore we are compelled to articulate the corresponding democratic mechanisms of legitimation, to bring democracy "beyond the State". But while the problem of the relation between globalization and democracy is not adequately understood, it will be impossible to offer a correct answer; for that reason we must approach the problem from a perspective in which the political problems gain their meaning, not through a logical approach, but through an historical dimension.

Keywords

Democracy, globalization, State, International law, international community

Recibido: el 4 de abril de 2019

Aceptado: el 4 de mayo de 2019

Perfiles/Noticias

UN RECUERDO DE ALESSANDRO PIZZORUSSO A LOS TRES AÑOS DE SU DESAPARICIÓN

Remembering Alessandro Pizzorusso three years after his death

ROBERTO ROMBOLI

*Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Pisa**

SUMARIO:

- I. El *Curriculum Vitae* y *Studiorum* y algunas colecciones de escritos dedicadas a la obra científica de Pizzorusso.
- II. El compromiso científico y cívico para la realización, la difusión y la tutela de los valores constitucionales.
- III. Un hilo conductor para recordar la amplia y compleja producción científica de Pizzorusso: la valorización de la Constitución y del Derecho constitucional. Su aplicación a las materias del Poder Judicial y a la justicia constitucional.
- IV. Sigue: Su dedicación a los estudios sobre las fuentes del Derecho y a la comparación jurídica.
- V. El Derecho constitucional como Derecho: la colaboración científica y la influencia ejercida en el Derecho constitucional francés y en el español.

I. EL *CURRICULUM VITAE* Y *STUDIORUM* Y ALGUNAS COLECCIONES DE ESCRITOS DEDICADAS A LA OBRA CIENTÍFICA DE PIZZORUSSO

La noche del 14 de diciembre de 2015 nos dejaba Alessandro Pizzorusso y, con gran placer, acojo la invitación del colega y amigo Paco Balaguer de recordar su figura, su compromiso científico y cívico exactamente a los tres años de su desaparición.

Pizzorusso (en adelante, P.) nació en Bagni di Lucca el 11 de noviembre de 1931 y desarrolló sus estudios universitarios en la Universidad de Pisa, donde se licenció en Derecho el 20 de julio de 1954 defendiendo una tesis en Derecho constitucional con el Prof. Franco Pierandrei.

La relación con su tutor continuó después de la licenciatura e incluso se mantuvo cuando Pierandrei se trasladó a impartir docencia a la Facultad de Derecho de la

* Traducido del italiano por Germán M. Teruel Lozano y Antonio Pérez Miras.

Universidad de Turín, por lo que este puede considerarse como uno de los Maestros de Derecho constitucional de P., aunque no le faltaron relaciones científicas significativas con otros importantes constitucionalistas.

En 1957 P. ganó una oposición como juez en prácticas y entró en la magistratura en 1958 en la que se mantuvo hasta el 1972, desarrollando funciones como juez de Moncalieri y después de Livorno.

Durante estos años, precisamente de 1966 a 1971, vivió un periodo formativo de gran importancia cuando fue llamado por el Magistrado constitucional Costantino Mortati como asistente. Éste fue para P. el segundo de sus Maestros de Derecho constitucional, el cual ejerció una fuerte influencia en su formación científica, pero también cívica y moral.

En este mismo período, obtuvo en 1965 la habilitación para impartir docencia en Derecho constitucional, confirmada en 1970, y asumió la enseñanza en las Facultades de Derecho y de Ciencias Políticas de Pisa y de Roma.

En 1971 venció la oposición a la cátedra de Derecho constitucional y obtuvo la plaza como *professore straordinario* (titular) desde el 1 de noviembre de 1972 y después como *ordinario* (catedrático) desde el 1 de noviembre de 1975, siempre en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa.

Desde el 1 de noviembre de 1981 hasta el 31 de octubre de 1989 se trasladó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia, donde impartió docencia de Derecho constitucional comparado, para volver después a la Universidad de Pisa a impartir el curso de Instituciones de Derecho Público desde el 1 de noviembre de 1989 hasta su prejubilación (1 de noviembre de 2004) y posteriormente hasta su cese definitivo por jubilación por límite de edad (1 de noviembre de 2007).

En la Universidad de Pisa ostentó durante varios años el cargo de Director del Departamento de Derecho Público y recibió, en 1990, la condecoración académica más importante de la Universidad de Pisa: la Orden del Querubino.

En 2008 fue nombrado profesor emérito de Derecho constitucional en la propia Universidad de Pisa.

Fue miembro titular de la *Accadémie internazionale de droit comparé* y Presidente de la Asociación italiana de Derecho comparado desde 1985 hasta 1994.

En junio de 2001 recibió el título de doctor *honoris causa* por la Universidad Complutense de Madrid, con *Laudatio* de Francisco Rubio Llorente, y en 2007 por la Universidad Pontificia de Lima.

Desde 1988 fue socio correspondiente y después desde 1998 socio nacional de la prestigiosa *Accademia nazionale dei Lincei*.

Durante cuatro años, de 1990 a 1994, fue elegido por el Parlamento en sesión conjunta como miembro del Consejo Superior de la Magistratura y en 1998 formó parte de la Comisión Simitis, que redactó, para la Comisión Europea, un Informe con título *Affirming fundamental rights in the European Union*, publicado en 1999, el cual tuvo una notable influencia en la que después fue la Carta de Niza, ahora Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹.

Realizó distintas estancias de investigación y de docencia en el extranjero, entre las cuales fue *Academic visitor* en la *London School of Economics and Political Science* (1982-83), *Professeur invité* en la Facultad de Derecho de Ginebra (1987-88), *Visiting Fellow on Legislation* en el *Institute of Advanced Legal Féderalisme* de la Universidad de Friburgo (1991, 1993, 1998).

Su producción científica puede ciertamente definirse como "inmensa" y podemos decir que no existe un sector del Derecho constitucional que no haya sido en algún modo estudiado en los escritos de P., tanto que se merece plenamente la definición que ha dado de él recientemente Valerio Onida como un "constitucionalista redondo"² y Enzo Cheli como "uno de los mayores constitucionalistas italianos (...)" y uno de los exponentes de la cultura jurídica europea más escuchados en los años a caballo entre los dos siglos"³.

Es autor de importantes manuales de Derecho constitucional, de Derecho comparado, a los que me referiré a continuación, y ha sido Director del Comen-

1 En el informe, partiendo de la posición del Tribunal de Justicia contraria a la adhesión de la UE al CEDH, se intenta elaborar un catálogo europeo de derechos fundamentales, tomados del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH. El catálogo de los derechos pretendía tener naturaleza "abierta" y sanciona la indivisibilidad entre derechos civiles y derechos sociales.

La Carta se habría podido situar, como fuente, en una posición de superioridad con respecto al Derecho derivado de la Unión Europea, pero dentro del propio Derecho de la Unión, de forma que no implicara una competencia general de la Unión Europea en materia de Derechos fundamentales, ni una devaluación de otras jurisdicciones, sino una equilibrada relación entre las distintas instancias y jurisdicciones con el fin de lograr una mayor tutela de los derechos fundamentales.

En un mensaje publicado en MD Europa (europa@magistraturademocratica.it) el 15 de diciembre de 2015, Giuseppe Bronzini, letrado en la sección laboral de la Corte de Casación, escribió "si hoy discutimos de forma tan intensa sobre la tutela multinivel de los derechos fundamentales se lo debemos a este Informe y a la contribución de un gran estudioso italiano".

2 V. ONIDA, "Pizzorusso e la giustizia costituzionale", en P. CARROZZA, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI, R. TARCHI (ed.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 159.

3 E. CHELI, "Introduzione", en P. CARROZZA *et al.*, *Ricordando Alessandro Pizzorusso, cit.*, p. 2.

tario a la Constitución más importante, publicado por Zanichelli-Il Foro italiano, Bolonia-Roma.

Asumió la labor como coordinador de una investigación comparada promovida por la *European Science Foundation* de Estrasburgo sobre los problemas de las fuentes del Derecho, que posteriormente fue publicada en 1988 en el volumen *Law in the Making. A Comparative Survey*, por la editorial Springer.

Con el objeto de dar a conocer en el extranjero la doctrina italiana ha editado la traducción al inglés y la publicación de una selección de escritos, recogidos en dos volúmenes, *Italian Studies in Law* (1992 y 1994), por la editorial Kluwer.

Con la misma editorial editó posteriormente, en 1995, la obra *Developing Trends of Parliamentarism/Les développements récents du parlementarisme*.

Se han publicado en diferentes ocasiones colecciones de sus trabajos y se han dedicado seminarios a la obra o al recuerdo de P., entre los cuales cabe destacar el volumen dedicado por sus discípulos cuando su Maestro cumplió sesenta años, *Caro Professore.... Omaggio degli allievi a Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 1991; y los tres volúmenes publicados con ocasión de la jubilación del Profesor: *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Turín, 2005; *Bibliografia ragionata degli scritti di Alessandro Pizzorusso a cura degli allievi*, Turín, 2005; *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Turín, 2005; el volumen que recoge las actas de las Jornadas que se celebraron en Pisa el 3-4 de marzo de 2006 en honor de Alessandro Pizzorusso, *Le fonti del diritto, oggi*, Pisa, 2006; los dos volúmenes en recuerdo de P. un año después de su desaparición, que incluyen las actas de las Jornadas de estudio celebradas en Pisa el 15, 16 y 17 de diciembre de 2016: Carrozza, Messerini, Romboli, Rossi, Sperti, Tarchi (ed.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, Turín, 2017; Romboli (ed.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Turín, 2017; las actas del encuentro de las tres asociaciones de Derecho constitucional francés, italiana y española, celebradas en Madrid el 29 y 30 de septiembre de 2016: Perez Tremps (ed.), *El derecho constitucional de comienzos del siglo XXI en la Europa mediterránea. Homenaje a los profesores Louis Favoreu, Alessandro Pizzorusso y Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2017; la obra que recoge las actas de las Jornadas celebradas en Pisa el 15 de diciembre de 2017 y dedicadas a P. con la participación de antiguos doctorandos del curso de justicia constitucional y derechos fundamentales, Carrozza, Messerini, Romboli, Rossi, Sperti, Tarchi (ed.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018.

II. EL COMPROMISO CIENTÍFICO Y CÍVICO PARA LA REALIZACIÓN, LA DIFUSIÓN Y LA TUTELA DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES

Teniendo en cuenta la entidad de la producción científica y la amplitud de los temas abordados, resulta de verdad imposible resumirla, ni siquiera en unas grandes líneas⁴.

Como se ha dicho, P. encontró la forma de ocuparse de todos los grandes temas del Derecho constitucional y en numerosas ocasiones fueron precisamente sus análisis los que evidenciaron la importancia y la problematicidad de algunas materias que hasta ese momento se habían descuidado.

Así ocurrió, por poner un ejemplo, con la cuestión de las minorías en el Derecho público a las que, partiendo de un trabajo de mayor envergadura, P. dedicó más de sesenta escritos, incluyendo monografías y voces enciclopédicas. Prestó especial atención a las minorías lingüísticas, examinadas en el marco de una reflexión más general sobre la relación entre mayorías, de cualquier tipo, y minorías, también de cualquier tipo⁵.

Tratando de identificar, y por tanto de seguir, un único hilo conductor, este podría, a mi juicio, encontrarse en la labor de puesta en valor y de difusión de la Constitución y del Derecho constitucional.

Este último, de hecho, representaba una rama del Derecho muy reciente cuando P. se matriculó en la Facultad de Derecho y comenzó su formación jurídica. Existía entonces un dicho que se mantiene todavía hoy: "existe el Derecho civil, el hecho penal, la novela administrativa, la nada constitucional".

Podríamos decir que la producción científica y el empeño de P. han venido a desmentir esta afirmación y a poner en valor aquella "nada". Esto, como diré, es evidente si nos referimos a la disciplina del poder judicial, a la justicia constitucional (también esta muy reciente), a las fuentes del Derecho y al Derecho comparado.

Pero antes de pasar a verificar este hilo conductor en las materias ahora recordadas, querría subrayar un aspecto aparentemente secundario, pero que resultó crucial.

⁴ Se intentó hacer por sus discípulos cuando se jubiló una biografía comentada de toda la producción científica de P. (*Bibliografia ragionata degli scritti di Alessandro Pizzorusso a cura dei suoi allievi*, Giappichelli, Torino, 2005).

⁵ *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Giuffrè, Milano, 1967; *Il pluralismo linguistico fra stato nazionale e autonomie regionali*, Pacini, Pisa, 1975; *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993.

El concreto momento en el que P. se acerca al estudio del Derecho, caracterizado por aquello que en múltiples ocasiones definió como un "hecho revolucionario" –la entrada en vigor de la nueva Constitución y la necesidad de que esta se actúe correctamente y se respete–, contribuyó a reforzar su apego a los valores expresados por la Constitución, valores que él mismo ha ejercido a través de su compromiso científico y cívico.

Esto se ha hecho especialmente evidente en algunos momentos durante los cuales ha parecido que estos valores podían estar en peligro, especialmente ante los intentos, que por suerte quedaron en poco o en nada, de reformar la Constitución.

Sólo por recordar algunos ejemplos, a comienzos de los años noventa del pasado siglo, el entonces Presidente de la República Francesco Cossiga –llamado por ello *picconatore*⁶– fue impulsor muy activo de las reformas constitucionales, amenazando, si no eran aprobadas, con la disolución de las Cámaras o con un referéndum sobre las reformas institucionales. P. en esta ocasión fue muy activo proponiendo un manifiesto, firmado por 52 constitucionalistas (el 12 de junio de 1991 y después el 3 de diciembre del mismo año), en el que se recordaban las reglas fijadas por la Constitución en su art. 138 para la reforma constitucional, auspiciando que "hombres y sujetos políticos que fundan su actual legitimidad en la Constitución vigente sean los primeros en respetarla escrupulosamente, incluso cuando se discute sobre su eventual modificación".

Pero lo que animó más que nada el espíritu y el alma "constitucional" de P. fue la aparición en la escena política de un personaje como Silvio Berlusconi, el cual, como solía decir P., se valía de la técnica comercial del vendedor de jabón para hacer propaganda de la propia ideología política, que coincidía en sustancia con la defensa de sus propios intereses personales y en particular de sus televisiones. La concentración de medios de información en las manos de una persona, cabeza de un partido político fundado por él mismo, y la ausencia, negligente, de una ley que regulara el consiguiente conflicto de intereses fue denunciada en diversas ocasiones por P.

Un momento de particular tensión se produjo con el intento de reformar la Constitución a través del procedimiento previsto por las leyes constitucionales de 1993 y de 1997, derogando el establecido por el art. 138 Cost. y por la experiencia de las dos Bicamerales.

Como reacción se formaron en toda Italia "comités en defensa de la Constitución" que, respondiendo al llamamiento realizado por el parlamentario Dossetti,

6 Apodo para referirse a quien trabaja con el pico y de forma figurada a quien expresa sus opiniones de forma incisiva frente a sus adversarios (N. del T.)

se movilizaron para bloquear las reformas que se estaban tramitando. P. participó activamente y con entusiasmo en estas iniciativas⁷, proponiendo a la revista *Il Foro italiano* publicar el texto de la Constitución y hacer un extracto que pudiera comercializarse con un precio simbólico⁸, para facilitar una difusión más allá del círculo restringido de los iniciados en los trabajos sobre los principios constitucionales.

Durante estos años P. publicó dos obras, que tienen un gran significado para describir su compromiso durante aquellos años en defensa de la Constitución. El objeto de la primera era señalar que la rigidez de la Constitución no tenía que significar su inmutabilidad, sino sólo la necesidad de respetar algunos límites, sea de carácter formal, sea sobre todo de naturaleza sustancial. De forma significativa el subtítulo del libro indicaba "los valores a conservar, las reglas a cambiar"⁹.

La segunda obra expresó, sin embargo, la amargura y la desilusión de P. por un procedimiento que acabó en nada, pero que había llevado a debilitar inevitablemente el significado y el valor de la Constitución. De ahí el también significativo título de "Constitución herida"¹⁰.

En esos mismos años P. siempre aceptó las invitaciones para participar en encuentros, seminarios o mesas redondas dirigidas a la ciudadanía, que pretendían explicar el significado de los valores constitucionales y el peligro que los mismos corrían en aquellos tiempos.

En algunos casos su compromiso cívico llegó incluso a llevarlo, violentando su propia naturaleza reservada e introvertida, a dar un mitin en su Lucca natal, al término de una manifestación en defensa de la Constitución¹¹.

En la segunda de las obras antes recordadas, evidenciando también la necesidad de un compromiso cívico, P. sostuvo que "sería reprobable el comportamiento de un estudioso que no intentara expresar los resultados de sus propias valoraciones sólo porque, de acuerdo con la realidad, le parecieran de improbable realización. En este país hay ya una tropa de personas que razonan "políticamente", con los resultados

7 Entre estas destacaría una, organizada por las tres Universidades toscanas (Florencia, Pisa y Siena), cuyas actas fueron publicadas bajo la dirección de E. RIPEPE y R. ROMBOLI, *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Giappichelli, Torino, 1995.

8 A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, R. TARCHI, "In difesa dei valori della Costituzione", *Foro it.*, 1994, p. V 377.

9 *La Costituzione. I valori da conservare, le regole da cambiare*, Einaudi, Torino, 1996.

10 *La Costituzione ferita*, Sagittari Laterza, Bari, 1999.

11 En aquella ocasión, junto a mí, estaba presente el colega y amigo Javier Jiménez Campo, que quedó sorprendido al ver en P. una cara para él desconocida y que nunca había pensado que podría asumir.

que hemos visto; quizá sea necesario que alguno intente también razonar "racionalmente"¹².

Con posterioridad, fueron aprobadas por la mayoría de centro-derecha dos leyes con las cuales se introducía una amplia inmunidad para los cinco (después cuatro) altos cargos del Estado, aunque en realidad estaban pensadas para salvar al Presidente del Gobierno imputado en varios juicios penales. La inmunidad llegaba a impedir el encausamiento por hechos ocurridos antes de que los investigados hubieran asumido las altas responsabilidades.

P. nuevamente tuvo "el coraje de indignarse" y propuso al colega Pace dar una conferencia sobre el tema en la *Accademia dei Lincei*¹³ y promovió un manifiesto, firmado por 100 constitucionalistas, con el título "en defensa de la Constitución"¹⁴.

El caso, por todos conocido, relativo a la joven Eluana Englaro, después de la autorización del protocolo de desconexión de la alimentación y ventilación artificial por la autoridad judicial, llevó a la aprobación, por parte del gobierno Berlusconi, de un decreto-ley para eludir la decisión del juez milanés. El entonces Presidente de la República Giorgio Napolitano se negó a promulgar el decreto-ley, principalmente por considerar que violaba el principio de separación de poderes. También en aquella ocasión P. firmó un manifiesto con 106 constitucionalistas en defensa del comportamiento del Jefe del Estado¹⁵.

Para concluir en relación con la defensa de los valores constitucionales, querría recordar una afirmación de P. que todavía hoy, dado el momento que están atravesando nuestras instituciones, resulta de extrema actualidad. Me refiero a cuando P. calificó claramente como "hipócrita", porque no comportaba ninguna mejora democrática, el aumentar los casos de elección popular o de referéndum, si después se deja que la gestión de las candidaturas o de las iniciativas refrendarias esté en las manos de los partidos o de movimientos en los que la participación popular no se desarrolla de forma transparente y eficaz. "A la eliminación del déficit democrático que caracteriza a los partidos italianos (y también a algunos "movimientos pseudo-populares")" –subrayaba P.– "debería dirigirse el empeño reformista (que hasta el momento ha eludido el problema, salvo en lo que se refiere a la financiación); nada impone que el mismo tenga necesariamente que traducirse de forma exclusiva en re-

12 *La Costituzione ferita, cit.*, p. 168.

13 A. PACE, "Immunità politiche e principi costituzionali", en *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2003, p. 103 y. ss.

14 *Repubblica e Europa*, 4 de julio de 2008.

15 *Europa*, 14 de febrero de 2009.

formas constitucionales, pero ciertamente lo que ya no es tolerable, por ejemplo, es el silencio que mantuvo (*y pour cause*) el art. 49 de la Constitución sobre el problema de la democracia interna de los partidos"¹⁶.

III. UN HILO CONDUCTOR PARA RECORDAR LA AMPLIA Y COMPLEJA PRODUCCIÓN CIENTÍFICA DE PIZZORUSSO: LA VALORIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. SU APLICACIÓN A LAS MATERIAS DEL PODER JUDICIAL Y A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Retomando el hilo conductor a través del cual recordar algunos aspectos de la producción científica de P., me parece útil tomar como referencia las disciplinas del poder judicial y de la justicia constitucional, estrechamente vinculadas por el método seguido.

P. ejerció durante más de diez años las funciones de magistrado y esta experiencia fue para él de grandísima importancia y estuvo siempre presente (*semel abbas, semper abbas*), incluso después de que hubiese dejado la toga para dedicarse a la docencia universitaria.

Los años en los que P. fue magistrado fueron años muy particulares para la aplicación de la Constitución –ante un parlamento no muy atento a la eliminación y a la sustitución de la legislación heredada del régimen fascista y de un sistema de justicia constitucional que en la práctica había reducido el acceso al Juez constitucional a la sola vía incidental. El peso mayor recaía precisamente sobre los jueces y sobre su sensibilidad a los nuevos valores constitucionales. Si los jueces no hubieran elevado a la Corte cuestiones de inconstitucionalidad, esta última no habría podido desarrollar la labor que posteriormente ha sido llamada de "desfascificación" del Estado, a través de la eliminación de leyes claramente inconstitucionales.

En su condición de juez de Moncalieri y de Livorno P. fue uno de los jóvenes jueces más activos a la hora de elevar cuestiones de inconstitucionalidad, muchas de las cuales fueron acogidas por la Corte constitucional¹⁷.

16 *La Costituzione ferita, cit.*, p. 167.

17 A este respecto Leopoldo Elia –con el que P. colaboró en la Universidad de Turín, cuando desarrollaba funciones de Magistrado en Moncalieri– ha advertido que P. "elevaba cuestiones de inconstitucionalidad sobre normas que otros jueces (y en particular la Corte de Casación de entonces) se negaban a someter al juicio de la Corte; cuando se trataba de hecho de leyes fascistas y pre-fascistas que habían sobrevivido por la inercia del legislador republicano" ("Relazione di sintesi", en AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate in onore di Alessandro Pizzorusso*, Plus, Pisa, 2006, p. 464), mientras

Esta labor de sensibilización de los magistrados a los nuevos valores constitucionales y al uso del instrumento de la cuestión de inconstitucionalidad por parte de P. se mantuvo con posterioridad a través de los encargos que elaboró con regularidad, primero en la revista *Qualegiustizia* y luego en *Foro italiano*. Sobre todo, en la primera P. realizaba un comentario sistemático de las cuestiones elevadas ("Obiettivo sulle ordinanze di rimessione"), con la función de dar a conocerla entre todos los magistrados y de servir de incentivo para que se interpusieran, a su vez, cuestiones de inconstitucionalidad¹⁸.

De notable impacto en la formación "constitucional" de los magistrados fue la producción científica de P. en lo relativo al poder judicial, una disciplina, como él mismo escribió, casi olvidada y sobre la que se encontraban escritos de filósofos del Derecho (especialmente sobre la actividad de interpretación del juez), de procesa-

Alessandro Pace ha sostenido que "Alessandro (...) fue el mejor de todos nosotros, porque su contribución decía más y mejor que la de otros porque, como magistrado, supo –con gran sensibilidad y con la corrección que siempre le ha caracterizado– identificar cuestiones cruciales que merecían la atención de la Corte constitucional y que la Corte acogió" ("Omaggio a Pizzorusso", en AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi, cit.*, p. 15).

Esto también ha sido advertido por E. COBREROS MENDAZONA, "Recordando al profesor Alessandro Pizzorusso", *Revista Vasca de Administración Pública*, 2016, p. 15, para quien "no es arriesgado señalar que esta iniciativa respondía al impulso del joven P. por hacer prevalecer la Constitución democrática y sus valores sobre el ordenamiento jurídico mussoliniano heredado y sus inercias aplicativas. Repárese que, para la cultura jurídica entonces imperante, no estaba aún asentada la Constitución como una norma directamente invocable y aplicable".

18 Lo ha recordado recientemente L. FERRAJOLI ("Pizzorusso e la magistratura", en P. CARROZZA *et al.*, *op. cit.*, p. 184) quien ha señalado que "hoy no nos damos cuenta de lo que era la magistratura italiana en aquellos años cincuenta, cuando P. inició su trabajo como juez".

Muchos son los testimonios de afecto y de reconocimiento que se han expresado por parte de la magistratura tras conocerse la noticia de la desaparición de P.

Me limito a citar solo algunas: la de E. Bruti Liberati, entonces secretario general de la Asociación Nacional de Magistrados: "P. ha sido, para todos y para nosotros los magistrados, el punto de referencia con sus estudios sobre el poder judicial, disciplina que le debe su redescubrimiento" (...) la columna "Obiettivo sulle ordinanze" y ha sido punto de referencia, por el puntual análisis y el rigor científico, para los magistrados jóvenes y para los operadores de la justicia ordinaria, en el periodo del deshielo constitucional"; y la de E. Lupo, entonces primer Presidente de la Corte de Casación, "he aprendido de los escritos de P. sobre el poder judicial. Cuando superé la oposición para magistrado esta materia no era objeto de examen (¡parece increíble!), ni yo la había estudiado en la universidad"; aquella de L. PEPINO, "Ricordo di Alessandro Pizzorusso: "mite, limpido e rigoroso"", en *Questione giustizia*, fasc. 3, 2015,.

listas civiles y penales, de magistrados, así como, en raras ocasiones, de constitucionalistas.

A través de sus escritos¹⁹ y también de la publicación de antologías de escritos de otros²⁰, P. consiguió atraer el estudio de las problemáticas del poder judicial al ámbito del Derecho constitucional, haciendo girar esta materia en torno a los principios constitucionales sobre la magistratura y el orden judicial.

De hecho, es a partir de sus reconstrucciones cuando en Italia se ha creado una tradición, hoy ya consolidada, de estudios del poder judicial por parte de los constitucionalistas, que ya prevalecen con respecto a los escritos de estudiosos de otras disciplinas.

Tiene un particular significado la reconstrucción realizada por P. sobre la existencia de un modelo italiano de poder judicial, que se diferencia de los conocidos como modelos tradicionales (inglés, francés, soviético), caracterizado por las particulares garantías de autonomía, independencia externa e independencia interna, propias de nuestra experiencia constitucional.

El modelo italiano, según P., encuentra su momento más relevante en la institución del Consejo Superior de la Magistratura y en las funciones que él mismo realiza para la eficaz realización de la independencia externa.

Precisamente la formación como magistrado llevó a P. a detener en especial su atención sobre una cuestión hasta ese momento considerada secundaria, como era la independencia interna y la organización, según principios constitucionales, no jerárquica de la magistratura.

En tres escritos P. reconstruyó el alcance y el significado del principio de la predeterminación legal del juez²¹ y demostró cómo la misma podía ser utilizada eficazmente para la realización de la independencia interna del juez y para constituir el fundamento constitucional del sistema tabular que regula las asignaciones, suplencias y sustituciones de los magistrados.

Durante cuatro años P. fue componente "laico" del Consejo superior de la magistratura, desarrollando durante este periodo un rol de primer nivel que dio lugar,

19 Cfr., por todos, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 1982 y 1985.

20 *L'ordinamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 1974; A. PIZZORUSSO, P. SAILLE, R. ROMBOLI, *Ordinamento giudiziario e forense. Antologia di scritti*, Plus, Pisa, 2002.

21 "La competenza del giudice come materia coperta da riserva di legge", *Giurisprudenza italiana*, 1963, vol. I, núm. 1313; "Sul significato della espressione "giudice" nell'art. 25, 1° comma, della Costituzione", *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, núm. 1067; "Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, núm. 1.

entre otras cosas, a la elaboración de un proyecto de reforma del poder judicial trasladado por el Consejo al Parlamento²².

Los escritos de P. en materia de justicia constitucional son conocidos más allá de las fronteras nacionales y se han dirigido con particular atención a las relaciones entre la Corte constitucional y la autoridad judicial, con el objeto de subrayar la naturaleza jurisdiccional, y no política, del Juez constitucional. El estudio de los derechos fundamentales, de hecho, siempre se ha acompañado, en los trabajos de P., con un atento examen de los instrumentos de tutela del derecho examinado, siguiendo así la concepción anglosajona, más que la continental.

Ha señalado en muchas ocasiones el significado de la privilegiada relación de la Corte con los jueces ordinarios ha sido señalado en muchas ocasiones, por ejemplo, poniendo de relieve los riesgos que podría acarrear para éste la introducción en Italia de un recurso directo al modo del amparo español²³.

También ha subrayado la naturaleza jurisdiccional de la Corte constitucional a través de la evaluación de las reglas del proceso constitucional y de la reafirmación de la obligación del propio Juez constitucional de respetar las reglas de su proceso, con el fin de legitimar su actuación en su dimensión de juez y no de legislador negativo²⁴.

Muchos, especialmente constitucionalistas extranjeros, se han preguntado por qué un estudioso de los problemas del poder judicial y de la justicia constitucional como P. no fue elegido o propuesto como Magistrado constitucional.

22 El proyecto desgraciadamente no mereció la consideración debida por los órganos políticos y ni siquiera de parte de los colegas del Csm y de la magistratura organizada.

Sobre los primeros P. escribió "el informe, aprobado por el pleno del Csm, ha sido sepultada bajo la cortina del silencio", mientras que de los segundos: "elogios tan pródigos como demostrativos de su sustancial indiferencia al problema".

A este respecto un ilustre colega del Csm, al que P. estimaba mucho, ha escrito más recientemente en referencia a este documento: "por desgracia ha caído sobre el mismo el plúmbeo silencio de la política, pero también de la magistratura asociada" (G. SILVESTRI, "Pizzorusso e l'ordinamento giudiziario", en P. CARROZZA *et al.*, *op. cit.*, p. 106).

23 Finalmente P. había vuelto a este tema con "La posición constitucional del Tribunal supremo", en R. TRILLO TORRES, E. BACIGALUPO, P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (coords.), *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Tribunal Supremo, Madrid, 2004.

24 En particular "Uso e abuso del diritto processuale costituzionale", en M. BESSONE (ed.), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 133.

Recientemente Valerio Onida ha escrito: "es natural pensar las aportaciones que Alessandro Pizzorusso habría podido hacer en la jurisprudencia como Magistrado constitucional, después del servicio prestado durante cuatro años, desde el 1990 hasta el 1994, como componente del Consejo superior de la magistratura. Reunía todas las cualidades: el juez constitucional no puede prescindir ni de una visión general del sistema, ni de una fuerte sensibilidad al caso concreto. No ha sucedido, y podemos lamentarlo: pero se sabe que este tipo de oportunidades depende de muchos factores casuales"²⁵.

Quizá una razón sería su carácter siempre muy independiente y –como ha escrito un conocido estudioso del proceso civil, amigo suyo de toda la vida, Andrea Proto Pisani– por ser "hombre sin compromisos"²⁶.

Este mismo hilo conductor que ha recorrido su labor científica lo podemos encontrar también en su actividad como docente universitario. De hecho, él había solicitado, y finalmente obtenido, que en el ámbito del plan de estudios de la licenciatura de Derecho se incluyera un curso, optativo, de poder judicial²⁷. En el tema de la cuestión de la justicia constitucional ha tenido relevancia nacional e internacional el curso de doctorado en Justicia constitucional y derechos fundamentales, instituido por P. en el año 1991, único sobre la materia en Italia.

La actividad dentro del curso de doctorado fue desarrollada por P. con mucho entusiasmo y con gran participación en la formación de los jóvenes doctorandos, que siempre le han reconocido y agradecido todas las atenciones que se les ha prestado²⁸. P. continuó participando en las actividades del doctorado incluso después de su jubilación hasta que las condiciones de salud se lo permitieron.

25 V. ONIDA, "Pizzorusso e la giustizia costituzionale", *cit.*, p. 159, que revela, podríamos decir, parafraseando el título de la intervención, que "P. es la justicia constitucional".

26 A. PROTO PISANI, "Addio ad Alessandro Pizzorusso, uomo senza compromessi", *Questione giustizia*, 15 de diciembre de 2015.

27 El curso sobre Poder Judicial italiano y comparado se impartió en la Facultad (ahora Departamento) de Derecho de la Universidad de Pisa desde el curso académico 2001-2002.

28 Me limito a recordar solo los mensajes de condolencia recibidos por dos ex doctorandos (hoy profesores universitarios), el de Giancarlo Ferro: "es un día muy triste para el Derecho constitucional, que pierde a un hombre libre, nunca esclavizado al poder. Me permito decir que es un día triste también para mí: he tenido el honor y la fortuna de conocer al Maestro, de apreciar desde el primer momento su grandeza. Pizzorusso era un Hombre bueno. Un ejemplo de "ética" en una academia donde precisamente la ética (entendida laicamente) se aleja cada vez más"; y el de Daniele Chinni: "las extraordinarias competencias, la excepcionalidad de su producción científica, las excelentes capacidades de formación son conocidas a todos. Durante el trienio de doctorado, en las ocasiones en las

Precisamente a través de la participación en el doctorado de Justicia constitucional P. ha creado una escuela pisana de Derecho constitucional, con una atención y un encuentro, diría, casi que cotidiano con cada uno de nosotros y con un magisterio que se ha extendido más allá del Derecho constitucional.

IV. SIGUE: SU DEDICACIÓN A LOS ESTUDIOS SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO Y A LA COMPARACIÓN JURÍDICA

Siguiendo siempre el mismo hilo conductor, voy a proyectarlo ahora sobre las materias y las disciplinas de las fuentes del Derecho y del Derecho comparado, para algunos cercanas, sea por la relación que existe en ambas disciplinas entre estudiosos del Derecho privado y del Derecho público, sea, en particular, como ha revelado recientemente Paolo Caretti, en la medida que el análisis constitucional de P. siempre ha apuntado a otras dimensiones: histórica, comparada e internacional²⁹.

Además, el hecho de que la identificación de las fuentes se contiene en el frontispicio del Código civil, había generado la tradición de que el estudio de las fuentes, antes de la entrada en vigor de la Constitución, era realizado principalmente por parte de los civilistas.

También en este caso P. ejerció una fuerte, y diría que decisiva, influencia en el resultado, que hoy puede reconocerse consolidado, de llevar el estudio de esta materia al ámbito del Derecho constitucional, en consideración a la decisiva importancia que ha asumido a este respecto la entrada en vigor de la Constitución.

Esta, escribía P., había introducido un sistema de fuentes totalmente diferente, sustituyendo un sistema centrado en el principio de legalidad y en la sola ley del parlamento, por un sistema fundado sobre la rigidez de la Constitución y sobre el pluralismo de las fuentes (infra y supranacionales).

La previsión de un control concentrado de constitucionalidad de las leyes y por tanto de una Corte constitucional, con el poder de interpretar y de declarar la inconstitucionalidad de las decisiones legislativas del Parlamento, había "cambiado el modo de concebir el Derecho"³⁰.

que ha participado en los encuentros, lo que me ha llamado la atención del Profesor fue su profunda humanidad, la sensibilidad en las relaciones con los jóvenes, la singular disponibilidad al debate, la simplicidad con la que contaba sus experiencias (la anécdota de sus cuestiones de inconstitucionalidad como "paginita" no las olvidaré nunca!)"

29 P. CARETTI, "Pizzorusso e le libertà", en P. CARROZZA *et al.*, *op. cit.*, p. 5.

30 "L'invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale", *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 4 de julio de 2011, p. 37 ss.

En consecuencia, lo dispuesto en el Código Civil había quedado como un acto normativo totalmente superado y habían perdido su actualidad.

La casualidad quiso que Giuseppe Branca pidiera a P. analizar, para el conocido Comentario del Código civil, las disposiciones sobre la ley en general, lo cual representó en Italia la primera reconstrucción completa del sistema de fuentes realizada por un constitucionalista³¹.

De hecho, en esta obra adquiere particular importancia el aspecto publicista de las fuentes y la relación que existe entre las fuentes y la forma de Estado y de gobierno vigente en el país. Un elemento que nunca se había resaltado en los estudios precedentes a cargo de privatistas.

Posteriormente, siempre en el mismo Comentario al Código civil, P. dirigió el de los primeros artículos al Código (arts. 1-10) encargándolo a dos constitucionalistas y a dos civilistas y poniendo de esta forma juntas las distintas sensibilidades por temas estrechamente vinculados³².

Un elemento a subrayar, que se une de cerca a lo dicho en el párrafo anterior, fue la puesta en valor del Derecho jurisprudencial, como fuente que se sitúa junto al Derecho político, con caracteres, límites y legitimación diferentes.

P. habló a este respecto de un "Derecho cultural", fundado principalmente en el principio de racionalidad e identificado, también, en el significado que debe atribuirse al precedente judicial y a las sentencias de inconstitucionalidad de la Corte situadas como fuentes del Derecho.

En este sentido recientemente Sergio Bartole ha señalado cómo P.:

"siempre se ha preguntado a sí mismo y siempre ha esperado de los juristas una contribución activa en la construcción del sistema jurídico, si no (...) un concurso real en la creación del Derecho. En sus páginas se advierte a veces la llamada a la experiencia de los juristas de los tiempos del Derecho común y, especialmente, de los comentaristas que con sus opiniones participaban –aunque sin una investidura formal– en el crecimiento del sistema jurídico en una recurrente confrontación con la evolución económica y social de aquellos siglos"³³.

31 *Fonti del diritto*, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977.

32 A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, U. BRECCIA, A. DE VITA, "Persone fisiche", en A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1988.

33 S. BARTOLE, "Pizzorusso e l'ordinamento giudiziario", en P. CARROZZA *et al.*, *op. cit.*, p. 91.

El último gran esfuerzo que marcó la actividad científica de P. fue la segunda edición de los Comentarios, publicado en 2011, a los treinta y cuatro años de la primera. P. tuvo muchas dudas sobre si aceptar o no el encargo, consciente del hecho de que en aquellos treinta años todo, o casi todo, había cambiado en el sistema de fuentes, tanto que P. se llegó a preguntar si se podía entender que todavía existiera un sistema de fuentes. La respuesta que P. dio a la pregunta fue positiva y por tanto aceptó y llevó a término este trabajo, publicado cuando cumplía los ochenta años.

La obra en ningún caso puede considerarse como una segunda edición, algo por otro lado imposible, sino un volumen totalmente diferente en el que P. evidenció todos los problemas derivados del sistema de las fuentes en los tiempos de globalización³⁴.

Por todos conocidas es la importante producción científica y la influencia de las obras de P. en materia de comparación jurídica.

A este respecto Giuseppe De Vergottini ha señalado que

"debe reconocerse a A. P. el mérito principal de haber elaborado con coherencia una doctrina propia de la comparación capaz de abrazar en modo orgánico la organización global de las formas del poder político conjugando el análisis de las formas de Estado y de gobierno con los distintos sistemas de producción normativa (...). Y el impulso de superar la histórica división [entre estudiosos del Derecho privado y del Derecho público], me parece que sea uno de los hilos conductores de toda su obra científica"³⁵.

Partiendo, sin embargo, de una afirmación del propio P. que se definía como un "*comparatiste par hazard*"³⁶, Vincenzo Varano desmiente la misma, sosteniendo

34 *Fonti del diritto*, segunda edición, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2011.

Algunas de las ideas expresadas de manera más completa en el volumen fueron anticipadas en *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008.

Cuando se le preguntó por Paolo Passaglia en una entrevista publicada en el Foro italiano, si podía considerar que a lo publicado en un primer volumen, dedicado en gran parte a las fuentes estatales, habría seguido un segundo dirigido a las fuentes de origen extra-estatutario, P. respondió: "excluyo esta perspectiva. Lo fatigoso que ha sido la *pars destruens* y la identificación de sus presupuestos ha sido tal que desalienta el esfuerzo que sería necesario para identificar un posible destino del proceso evolutivo actual. Y, sobre todo, el estado actual de este proceso no permite establecer cuál pueda llegar a ser tal destino" ("Il sistema delle fonti del diritto: intervista ad Alessandro Pizzorusso a proposito della nuova edizione del suo commento per lo Scialoja-Branca-Galgano", en *Foro it.*, 2011, p. V 161).

35 G. DE VERGOTTINI, "Pizzorusso e la comparazione", en P. CARROZZA *et al.*, *op. cit.*, p. 63.

36 M. C. PONTTHOREAU, "Questions à Alessandro Pizzorusso", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, 2005, p. 971.

que P. "ha sido, por el contrario, un comparatista pleno y consciente, que ha logrado traducir su curiosidad y sus intereses sobre el método, que lo acercan (...) a Gorla y a Cappelletti, por el anclaje de su método, del Derecho comparado, a la historia y a la realidad, *law in action*"³⁷.

De importancia fundamental fue su ponencia turinesa de 1979 sobre el método de Derecho comparado.

En aquella ocasión P. manifestó la parcialidad de la visión de los publicistas limitada a las formas de Estado y a las formas de gobierno, pero también la de los privatistas que se limita a las diferencias relativas a las reglas de producción y aplicación de las normas, al rol de los jueces y al método de trabajo de los juristas. Ambas perspectivas, en realidad, deben convivir, en la medida en que cada una tiene en cuenta sólo una parte de los datos, por lo que es inevitable unir los distintos criterios de análisis metodológico y proceder a la reunificación de las enseñanzas comparatistas.

El Derecho público comparado y el Derecho privado comparado, aunque se muevan en tradiciones parcialmente diferentes, no presentan, a juicio de P., una verdadera y propia diferencia de método que les imponga una separación y la reflexión limitada al ámbito de los estudios privatistas corre el riesgo de conducir a la creación de metodologías privadas de un alcance general³⁸.

Son muchos los escritos de P. dedicados al método del Derecho comparado, en los que se separa claramente del método entonces prevalente, atribuyendo al mismo una connotación de corte publicista y subrayando la importancia de la comparación en el Derecho público, aunque con sus particularidades, como una evolución muy rápida y sujeta a transformaciones institucionales que nacen de la ideología política, por lo que el método comparatista no puede prescindir de la investigación histórica y politológica con el fin de definir los lazos entre las distintas experiencias. La investigación comparatista debe por tanto asumir necesariamente un carácter diacrónico, sólo así es posible un estudio comparado de los institutos.

37 V. VARANO, "Pizzorusso e la comparazione", en P. CARROZZA *et al.*, *op. cit.*, 77.

38 "La comparazione giuridica e il diritto pubblico", en R. SACCO (ed.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 59 ss.

Como observó posteriormente V. VARANO ("Pizzorusso e la comparazione", *cit.*, p. 73), la idea principal de P. era que público y privado comparado, aunque vinieran de experiencias, al menos en parte distintas, no se diferenciaban de forma significativa desde la perspectiva metodológica como para hacer necesaria su separación la cual, de hecho, podía producir metodologías privadas de un alcance general.

Las reflexiones sobre el método han encontrado después una aplicación práctica en sus manuales de Derecho comparado y de los sistemas jurídicos comparados³⁹.

En años posteriores las posiciones de P. fueron seguidas y acogidas, tanto a nivel didáctico, con enseñanzas sobre "sistemas jurídicos comparados", impartidos sea por privatistas como por publicistas, como a nivel organizativo, a través de la eliminación de la distinción, en los sectores científico-disciplinares, entre Derecho público comparado y Derecho privado comparado y las previsiones de un sólo sector disciplinar: el de Derecho comparado.

V. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO: LA COLABORACIÓN CIENTÍFICA Y LA INFLUENCIA EJERCIDA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL FRANCÉS Y EN EL ESPAÑOL

Este mismo hilo conductor que hemos seguido en los apartados anteriores puede ser útil también para recordar las experiencias y las actividades desarrolladas por P. fuera de Italia, y en particular en Francia y en España.

Un elemento que reúne, incluso en sus diferencias, las dos experiencias es precisamente el de apoyar con decisión la naturaleza jurídica del Derecho constitucional, "el derecho constitucional como derecho", según la conocida expresión de García de Enterría⁴⁰.

Con referencia a Francia la participación de P. en el debate sobre el valor de la Constitución y del Derecho constitucional tuvo lugar principalmente, aunque no de forma exclusiva, a través de su participación en el Grupo de investigación sobre la justicia constitucional creado por Louis Favoreu.

La finalidad perseguida era precisamente la de reafirmar el significado como fuente de la Constitución y sobre todo la naturaleza jurisdiccional y no política de la jurisdicción constitucional, ante una mayoría de constitucionalistas que consideraba por el contrario que el juicio del *Conseil constitutionnel* era una fase del procedimiento de aprobación de las leyes.

Nos lo ha recordado recientemente Otto Pfersmann, el cual ha reconstruido la especial relación que vino a crearse entre P. y su escuela pisana con Favoreu y la de Aix-en-Provence, evidenciando cómo "P. se convirtió en uno de los más importantes

39 *Corso di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1983, que ha tenido incluso traducción española, publicada por Ariel en 1987 (*Curso de Derecho Comparado*); *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1996 y 1998.

40 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El derecho constitucional como derecho", *Revista de Derecho Político*, núm. 15, 1982.

contribuyentes. Su concepción era plenamente convergente con este diseño y reforzó desde un inicio su nivel. Su estudio riguroso de las sentencias, su sistematización, aquella de las teorías jurisprudenciales surgidas del corpus se convirtió en marca común de Aix y de Pisa".

Mirando después a la evolución que la justicia constitucional ha tenido en Francia con la reforma constitucional de 2008 y la aprobación de la ley orgánica de un año después, las cuales han introducido el control de constitucionalidad en vía incidental, Pfersmann concluye que "sin la presencia regular de P. en Aix-en-Provence, la revisión constitucional y sobre todo la ley orgánica no se habría adoptado en estos términos en París y para Francia"⁴¹.

Una situación en parte similar se dio en relación con la experiencia de P. en España, en torno a las discusiones que tuvieron lugar sobre el Derecho constitucional como Derecho y sobre la inclusión en los cursos universitarios de la enseñanza en esta disciplina⁴². Un significado particularmente importante para la formación científica de P. lo tuvo el contacto frecuente y la amistad estrecha con el colega español, un poco mayor que él, Francisco Rubio Llorente. Fue el propio Rubio Llorente quien le propuso en 1984 la publicación en castellano de la tercera edición del manual de P., *Lecciones de Derecho constitucional*, confiándole la traducción a su discípulo Javier Jiménez Campo⁴³.

Entonces había muchos manuales de Derecho constitucional presentes en Italia, pero el de P. tenía un carácter particular, por el hecho de estar estrechamente vinculado a su actividad como comentarista de las decisiones de la Corte constitucional en la revista *II Foro italiano* (la edición de las Lecciones era de hecho de *II Foro italiano*).

El manual, en efecto, pretendía ofrecer una visión de los diferentes temas del Derecho constitucional a través de aquello que podríamos llamar el principio de

41 O. PFERSMANN, "Pizzorusso e la Francia", en P. CARROZZA *et al.*, *op. cit.*, p. 211 ss.

42 Lo recuerda en concreto M. REVENGA SÁNCHEZ, "Pizzorusso e la Spagna", en P. CARROZZA *et al.*, *op. cit.*, p. 224.

43 *Lezioni di diritto costituzionale*, Il Foro Italiano, Roma, 1978, 1981, 1984.

J. JIMÉNEZ CAMPO ("Pizzorusso e la Spagna", en P. CARROZZA *et al.*, *op. cit.*, p. 219) recientemente ha observado cómo "esta obra –en pocas palabras– aportaba sin duda lo que entonces nos faltaba en la universidad española, aunque lo hubiéramos tenido en el pasado: un manual que le situaba al lector, sin simplificarlos, ante los problemas contemporáneos (fuentes, derechos, instituciones) de un derecho constitucional vivo y complejo y le proporcionaba, al tiempo, los instrumentos conceptuales para afrontarlos por sí mismo y por así decir en la propia casa".

efectividad. No de un estudio dogmático y abstracto, sino de un Derecho constitucional "viviente".

P. señala que una mayor participación de los estudiantes en las actividades didácticas de la Facultad llevaría a superar el estudio manualístico y a abolir los manuales ("el método manualístico termina siendo un mediocre sustituto de los demás"), aunque considera que esta perspectiva estaba lejos de realizarse, concluyendo que, a la espera de que llegara, si se abstuviera de escribir manuales, se producirían efectos todavía más negativos. Optó así por escribir un manual con el objeto de reducir o atenuar, en lo que fuera posible, los inconvenientes de manuales redactados "por estudiosos que se abandonan al método manualístico pasivamente, haciendo creer así que no hay otras formas de afrontar el estudio del Derecho"⁴⁴.

La publicación de las lecciones de Derecho constitucional en castellano dio una amplia notoriedad a P. en España que ejerció una notable influencia en el estudio del Derecho constitucional, visto el momento particular que este país estaba viviendo como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución.

De esta influencia han dejado testimonio recientemente colegas españoles que han presidido la Asociación de Constitucionalistas Españoles, como Pablo Pérez Tremps, quien ha subrayado el significado que P. tuvo para la doctrina constitucional española, que tenía "ganas de Constitución", en una situación en la que no existían en España constitucionalistas ("¿cómo iba a haber constitucionalistas si no había existido Constitución?").

Pérez Tremps ha definido a P. como "auténtico maestro de más de una generación de aquellos nuevos juristas que denominaría "constitucionalizados" de los que España tenía necesidad", y ha concluido: "en definitiva, él, con sus obras y con su acogida y su disponibilidad nos ayudó a construir nuestra doctrina constitucionalista, nuestros valores constitucionales... Gracias profesor P., gracias Alessandro, en nombre de muchos profesores, jueces y juristas españoles"⁴⁵.

También Miguel Revenga Sánchez, quien ha afirmado que "P. era una referencia, no solo por su manera de llamar nuestra atención sobre la forma en la que en Italia se habían planteado los mismos problemas constitucionales que aquejaban a España, sino porque su modo de abordarlos no era la de una arrogante demostración de las fórmulas jurídicas ensayadas allende nuestras fronteras, sino la de una rigurosa

44 *Lezioni di diritto costituzionale*, Vari, Roma, V-VI, 1981.

45 P. PÉREZ TREMPs, "En memoria de Alessandro Pizzorusso", en *Asociación de constitucionalistas de España*, 2015.

elaboración de categorías que, con técnica de gran angular, nos enseñaban a comprender la verdadera dimensión de los problemas"⁴⁶.

Querría cerrar este recuerdo de mi maestro, trayendo a colación un mensaje afectuoso y conmovedor que recibí el 17 de diciembre de 2015 de parte de Rubio Llorente, con el ruego de dárselo a la Señora Pizzorusso, donde el ilustre constitucionalista español escribía: "querida Valeria (...) no puedo consolarte, sino solo sumar mi dolor al tuyo. Aunque a lo largo de nuestra vida no nos hemos encontrado muchas veces en estos últimos años, al hacernos ambos viejos, no ha sido solo el respeto intelectual lo que me ha unido con Alessandro, sino un afecto sincero, una verdadera amistad. Con él se va uno de los pocos viejos amigos que aún me quedaban y una parte de mi propia vida. Una de las épocas de mi vida profesional que con más gusto recuerdo fue aquella en la que Alessandro, Louis Favoreu y yo viajábamos juntos para llevar a los países del Este una visión latina del constitucionalismo. Ya no puedo compartir ese recuerdo con ninguno de ellos. Un abrazo de todo corazón"⁴⁷.

Resumen

Alessandro Pizzorusso fue uno de los grandes maestros constitucionalistas italianos en la segunda mitad del siglo XX y máximo exponente de la escuela pisana de Derecho constitucional. En el momento en que se conmemoran tres años de su fallecimiento, su discípulo Roberto Romboli realiza un extraordinario perfil del que fue su maestro donde evidencia tanto la calidez humana como el rigor científico de Pizzorusso. Refleja la dilatada y sólida obra de su maestro al tiempo que muestra la importancia de su producción científica, desde la valorización de la Constitución misma, al Poder judicial, la Justicia constitucional, las fuentes del derecho y la comparación jurídica. Todo ello entendido como un compromiso científico y cívico, que además tuvo una gran influencia, como se atestigua en el texto, en algunos de los más destacados intelectuales de Francia y España.

46 M. REVENGA SÁNCHEZ, "Pizzorusso e la Spagna", *cit.*, p. 225.

Según M. DE LA VEGA ("El Tribunal constitucional y el proceso de secesión en Cataluña. ¿De la interpretación a la defensa de la Constitución?", en R. ROMBOLI (dir.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima politica e quella giurisdizionale*", Giappichelli, Torino, 2017, p. 291) "fueron sin duda juristas como el profesor P. quienes nos enseñaron a los españoles que, como diría otro maestro italiano, el Tribunal constitucional no solo iba ser uno de los principales poderes de nuestro nuevo sistema democrático, sino también uno de los lugares en los que el nuevo tipo de democracia sería "pensada y construida"

47 Muchos mensajes de condolencia hemos recibido de colegas españoles, entre los que me limito a recordar los de Aguiar de Luque, Aparicio, Aragón Reyes, Arbós, Balaguer, Carmona, Castellà Andreu, Elvira Perales, Jiménez Campo, Pajares Montolío, Pérez Tremps, Revenga, Vernet.

Palabras clave

Pizzorusso, Constitución, Poder Judicial, Justicia constitucional, Fuentes del derecho, Derecho comparado.

Abstract

Alessandro Pizzorusso was one of the great Italian constitutional masters in the second half of the 20th century and the greatest exponent of the Pisan school of constitutional law. At the moment in which three years of his death are commemorated, his disciple Roberto Romboli makes an extraordinary profile of his teacher, where he demonstrates both the human warmth and the scientific rigor of Pizzorusso. It reflects the long and solid work of his master while showing the importance of his scientific production, from the valorisation of the Constitution itself, to the judicial order, constitutional Justice, sources of law and legal comparison. All this understood as a scientific and civic commitment, which also had a great influence, as is attested in the text, in some of the most outstanding intellectuals of France and Spain.

Keywords

Pizzorusso, Constitution, Judicial Power, Constitutional Justice, Sources of Law, Comparative Law.

Textos clásicos

**INTERVENCIÓN DE SU EXCELENCIA EL
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE PORTUGAL.
SESIÓN SOLEMNE DE APERTURA DEL AÑO
ACADÉMICO
Aula Magna de la Universidad de Lisboa, 20 de
septiembre de 2018
MARCELO REBELO DE SOUSA
*Profesor Doctor****

Señor Rector de la Universidad de Lisboa,

Exceencias,

Señoras y señores,

Cualquier universidad es siempre un crisol de desafíos.

Esta Universidad de Lisboa, vuestra y también mi Universidad, nació, se hizo y creció y se añadió a otra, también muy importante en número y calidad, para convertirse en un polo de inagotables desafíos.

Pues fue en esta Casa, hace un año, en la que el Magnífico Rector me lanzó un desafío: venir aquí, a la apertura del presente año lectivo y, en pleno acto solemne, dictar mi última lección antes de la jubilación.

Acepté este reto. Me propongo corresponder con la brevedad aconsejada por las circunstancias. Ahora, cuando me separan menos de 90 días del término final de la docencia plena.

* Traducido del portugués por Augusto Aguilar Calahorro.

Es pues el profesor, vuestro colega, de todos ustedes –docentes, alumnos, trabajadores no docentes y comunidad universitaria– el que ahora os habla.

Os habla del tiempo transcurrido entre 1966 –el año de la entrada en la Facultad de Derecho– y 2018 –el año de la imperativa jubilación–.

1966 – universo aún bipolar, el Tercer Mundo por emerger, ciencia y tecnología por explotar, las costumbres liberándose de la posguerra, la mujer por reafirmarse, la juventud por independizarse como categoría social, tiempo de todos los sueños y de la ilusión de su inminente realidad en el Estado social perfecto.

Y, en tanto, Portugal en el ocaso del régimen, en la carrera contra el reloj de la historia, en las guerras del Imperio, en el choque entre el desarrollo anhelado y los bloqueos persistentes, en la encrucijada entre el pasado ya cerrado y el futuro reiteradamente postergado.

Y nuestras Universidades –las mismas que venían de la República– centros de gravedad de ese tiempo suspendido, en las previsiones hechas, en las constricciones vividas, en la lucha inevitablemente radicalizada por la impotencia de la moderación. Arietes de cambio abriendo surcos, pero viendo refrenados horizontes inmediatos de esperanza. Aun así, espacios de debate, tenue movilidad social crítica del *status quo*, acicate colectivo.

Con el artificio del Derecho zurciendo la Constitución de 1933, corporativismo tardío y límites a las autonomías denominadas ultramarinas, con el Derecho Internacional de las descolonizaciones y de las Comunidades Europeas, todo en un ambiente francófono y con el nuevo Código Civil uniendo conservadurismo en el trato de la familia con apertura y prospectiva en los derechos de las personas, en la circulación de los bienes y en la contratación privada.

Fue éste el contexto con el que se encontró el candidato a jurista en ese final de los años 60. Alumno de una pléyade de profesores representantes de las primeras generaciones íntegramente formadas en su Facultad, muchos ya camino del estatuto senatorial. Integrado en uno de los cursos quizá más competitivos y cualificados. Y conjugando la centralidad de la carrera universitaria con el activismo cívico y comunicativo que ya nunca abandonaría.

Diez años pasarían –sólo diez años– y, en 1976, el universo, aun bipolar, vería a uno de los polos superar al otro en lo esencial y el conocimiento, –el Tercer Mundo se dividiría, y la ciencia y la tecnología nunca más dejarían de acelerar– en la segunda revolución industrial, la de la informática, nacida del pasado reciente, mientras las ambiciones sociales de los años 60 alcanzarían su más elocuente expresión, el Estado social. Y, a pesar de ello, las crisis, petroleras y otras, harían sonar señales de alarma.

Portugal era otro –en la Constitución recién votada, en la democracia anunciada por ella, en la libertad de tener, en teoría, tantos nuevos caminos abiertos, después de la Revolución hecha de tantas revoluciones–. Tantas como los conciudadanos militantes en ellas.

Las Universidades –desde la reforma Veiga Simão, potenciada por la apertura democrática– eran muchas más, acompañadas de las Politécnicas, y en ellas hervía ese tiempo de futuro sin pasado, de ruptura sin continuidad, de juventud –pues el Portugal de 1976 era demográficamente muy joven– de juventud para siempre. De la Universidad pionera de 1966, se pasaba a la Universidad democratizadora de 1976. En el acceso masivo, en la vivencia plural.

Y el Derecho quería acompañar el pensar frenético del devenir, más europeo, más universalista, más social, más progresista, más voluntarista.

El estudiante de los 60 era ya asistente, completados licenciatura y curso complementario equivalente a la maestría, y unía al entusiasmo desbordante de la edad la memoria reciente de la Revolución y, sobre todo, la vivencia única de Constituyente.

Tal vez, por eso mismo, convertido desde las incursiones económicas y financieras al culto del Derecho Constitucional. Y con qué arrebatada emoción se dedicaba, en un clima muy doctrinal e ideológico, a la enseñanza de la Ley Fundamental que acababa de entrar en vigor.

Sumemos una década más. Veámonos en 1986 –en la antevíspera del fin del bipolarismo mundial y de la implosión de uno de los polos–, en la reacción de los nuevos liberalismos frente al Estado social, en el despertar de los neo-conservadurismos sociales contra las promesas de los 60 y los 70, en el bosquejo de un fin de la historia, que habría de ser la pregonada venganza de los buenos viejos tiempos, actualizados, ante su supuesta insidiosa subversión.

Entre nosotros arrancará la década de la estabilidad de las legislaturas, del saneamiento financiero, del "*fontismo*" del siglo XX democrático, del reflujo de las propuestas revolucionarias y de las indefiniciones posrevolucionarias. De la integración en una Europa más amplia, vista como garantía perenne de nuestra realización económica e institucionalización política.

Esta visión llegará también a la Universidad, a las Universidades y –aparentemente serenadas instituciones y personas–, a la aceleración de carreras y a las alianzas e internacionalizaciones se sumaría una, a pesar de todo y de todos, resistente y saludable insatisfacción, temerosa de que las bondades de las tecnocracias encorsetaran la creatividad de los valores y de las ideas.

El Derecho, había cambiado decisivamente con la evolución de las estructuras políticas, económicas y sociales y, sobre todo, con el Derecho Europeo.

La germanofilia y la anglofilia arrojaron al baúl de los recuerdos a la antigua francofilia.

Por estos años, el retraso en el doctorado cerraría el ciclo de la participación gubernativa y sus corolarios, abriendo camino a una intensa y diversificada devoción a la Universidad. Que iría del concurso a asociado al de agregado y a los concursos para catedrático y al nombramiento definitivo, así como a la cooperación internacional y a nuevos ensayos científicos y pedagógicos, ahora, sobre todo, en el ámbito del Derecho Administrativo, pues la era del monopolio constitucional se había mitigado.

Y serían esos diez años –de mediados de los 80 a mediados de los 90– los más felices de toda una vida universitaria.

En su Facultad, y en algunas más, dentro y fuera de nuestras puertas. De la Católica a la Nova, de Oporto a Lusofonia, a Europa, y a otras latitudes y longitudes.

Por una vez, el recién doctorado olvidaba el mundo exterior a las Academias y conocía incluso la experiencia inolvidable de dirigir colegiadamente la Facultad –con minoría docente–, herencia de los "Idus" de 1976.

Otros diez años – y estamos cerca del cambio de siglo – en 1996. El tiempo del universo monopolar, la parificación de los BRIC –unos galopando, otro de superpotencia a luchar por un poder regional reforzado. Mundos musulmanes ganando inapelables foros de ciudad. Europa en ampliación e inminente unificación monetaria. El regreso mitigado de lo social, el llamado Estado post-social y, más suavemente, las seductoras terceras vías. Tercera revolución industrial – en la vida, la salud, la comunicación, el medioambiente, la visión intergeneracional.

Y Portugal, también él, procurando respirar tras la estabilidad, más social después de tanta economía-financiera, más dividida en los comportamientos, superando años de contención, cuando menos formal, en las conductas. Formal, de hecho, una vez producido el cambio que tenía en los nuevos estratos sociales y los nuevos medios de comunicación –de las nuevas radios a las nuevas televisiones– los símbolos del viraje.

Las Universidades – y los Politécnicos – conocieron el fin de la era Veiga Simão y el advenimiento de la visión de José Mariano Gago, que marcaría las décadas siguientes. Nada sería como antes. A la Universidad precursora de 1966, de ruptura de 1976, estabilizadora de 1986, sucedía la Universidad que intenta estar integrada en una política de ciencia y un soñado dualismo institucional –fundaciones e institutos públicos– en 1996.

En el Derecho, lo mejor era el crecimiento de formaciones, el cosmopolitismo, la deconstrucción de los acervos venidos de los años 50, 60 y 70 supervivientes aun

al nuevo régimen. Lo peor fue la dificultad para, por un lado, acompañar el ritmo de cambio de la realidad por disciplinar, y por otro, entender esa nueva visión de organización y vivencia universitaria, en aquello que era más fruto de la experiencia en las ciencias puras que en las especificidades de las ciencias sociales.

Mientras tanto, el profesor de Derecho Público, al doblar el cabo del medio siglo de edad, refrenaba ritmos y repartía quehaceres con lo que acabaría por ser su puntual regreso a ocupaciones cívicas, no abandonando, sin embargo, la enseñanza. Y declinando solicitudes de gestión de otra Facultad, tomaba la decisión, que lo acompañaría hasta hoy, de concentrar en la suya de origen todas las energías de la docencia y de otras innumerables misiones universitarias.

No era ya la soñadora expectativa de los 60, o la devota colaboración de los 70, o la felicidad incontinente de los 80. Era un poco más el cruce de la sedimentación del recorrido hecho con la creciente preparación del futuro –es decir, de aquellos múltiples y dotados jóvenes de su área científica, que habrían de darle cuerpo a ese futuro.

Estamos llegando al presente. 2006 y 2016 son muy similares. El universo monopolar perfecto fracasó. Al poco, quedó claro que el debate era otro: el de saber si el centro de la economía mundial ancestralmente situado en Asia, y recuperado por Occidente en el siglo XIX con la primera Revolución Industrial, no regresará a Oriente. Europa se ha ampliado aún más, pero vive las angustias de lidiar con ese embate bipolar –ahora con un nuevo polo– en el que puede ser o no relevante según quiera o no. La cuarta revolución industrial y más allá de ella –la digital– aparenta no esperar a la política ni al Derecho y desafía a la economía y la sociedad.

Sueños y llagas globales invitan a la generosidad y a la militancia, en particular entre los más jóvenes.

Pero los miedos –de la ciencia, de la técnica, del envejecimiento, de la soledad, de las nuevas formas sociales, de las crisis, de las migraciones multiplicadas, de los mundos musulmanes, de los extranjeros, de los diferentes, de la inseguridad, de los terrorismos, de la incertidumbre– esos miedos fomentan la clausura, la cerrazón, las exclusiones, las intolerancias.

Portugal vivió una crisis aguda, que trata de no repetir, conoce las divisiones marcadas en cuanto al futuro, pero ganó, a lo largo de décadas de afirmación externa, la proyección y la capacidad singular de la mediación internacional.

Con la crisis, la Universidad sufrió –como toda la sociedad– un atraso penoso y de muy difícil recuperación, que exige atenciones redobladas y urgentes.

El Derecho trata, con imaginación y tenacidad, de corresponder a la velocidad vertiginosa de la nueva era digital, sin perder las referencias de las anteriores. Pero, al

igual que la política, con instituciones internas y externas necesitadas con urgencia de sustitución o, al menos, de renovación.

Entretanto, la imparable actualización tecnológica sutilmente transformaba al Profesor de Derecho –como a cualquier profesor– en especialista en el manejo de formularios casi cotidianos sobre la víspera, el día actual y los que le seguirían, antes incluso de tener tiempo de centrarse en lo que iba a enseñar. Servicial contribución para evaluaciones cuantitativas y cualitativas, unas de alcance cercano, otras para el balance histórico, que los herederos que vengan, si existen, harán hastiados.

En esta década, que hasta nosotros llega, alcanzaba y sobrepasaba el candidato a jurista de 1966 los cuarenta años de Universidad. Y comprendía cómo el más rebelde, iconoclasta y despierto a lo nuevo y lo diferente no conseguía frenar el andar del tiempo, la nostalgia de la ausencia de casi todos los que lo habían antecedido y formado e incluso de tantos de sus contemporáneos, y la legítima impaciencia de los discípulos, siempre atentos a la plaza vacante, cada vez más avara, clave para sus expectantes proyectos de existencia.

Continuaba pensando en el futuro, pero –a partir de cierto momento– meditaba cómo ya era el último mohicano en activo licenciado y posgraduado en la prehistoria, testigo, como docente, de los tribunales mixtos y *basistas* de la Revolución y protagonista de prácticamente todos los debates, todas las reformas, empezando por las comisiones de planificación y reestructuración de 1975 y 1976, hasta más de la mitad de la segunda década del nuevo siglo.

No le faltaba la capacidad de soñar. Le faltaban –eso sí– tiempo y modo para esos sueños.

Magnífico Rector,
Excelencias,
Señoras y señores,
Siento haber abusado de su paciencia.

Pero sólo así podría dejar en vuestro espíritu la imagen de una vida de 52 años de académico –largamente profesor, estudiante siempre– de Derecho en esta Casa. Tal como la viví.

Con pasión. La pasión de no perder un instante de los sucesivos tiempos del Mundo, de Portugal, de la Universidad y del Derecho.

Al caminar hacia el final de una verdadera aventura, ¿Cómo no agradecer a esta Universidad la vida inolvidable que me proporcionó?

Más que eso, cómo no agradecer las decenas de Maestros que la Universidad me descubrió, los cientos de colegas –docentes y no docentes– que me reveló, los cierta-

mente más de dos decenas de miles de alumnos que llenaron los mejores momentos de esa incesante aventura.

La Universidad, mi Universidad, fue siempre mi bastión, mi casa-Mater, mi refugio secreto.

Todo cuanto hice o hago, en tantos otros dominios, lo hice desde ella y por causa de ella.

El Profesor, que, por ser Profesor, lo era en las lides cívicas.

El Profesor que, por ser profesor, lo era de más oyentes que los que cabían en el anfiteatro n.º 1 de la Facultad.

Y lo era, a la manera en que Sebastián de Gama, que –me recordó esta mañana una antigua alumna, hoy profesora– escribía en uno de sus diarios:

«En el sumario, puse así: "Charla amena con los muchachos". (...) Sé cosas que ustedes no saben, del mismo modo que ustedes saben cosas que yo no sé o ya he olvidado. Estoy aquí para enseñar unas y aprender otras. Enseñar, no: hablar de ellas. Aquí y en el patio y en la calle y en el tren y en el jardín y donde quiera que nos encontremos».

Y después de cada incursión fuera de ella a mi Facultad regresaba, siempre, –sin excepción– jubiloso o deshecho, pues ella era la verdadera vocación de mi vida.

Le estaré agradecido por siempre.

Pero, callado el académico, es importante que una palabra final pertenezca al Presidente de la República, esa es de esperanza.

Esperanza en el futuro de esta Universidad.

Esperanza para el futuro de todas las universidades portuguesas.

Esperanza en el futuro de la Educación como garantía de libertad, de igualdad, de solidaridad.

¡Esperanza en el futuro de Portugal!

Resumen

En este texto, el Presidente de la República de Portugal, Catedrático de la Facultad de Derecho, expone su última lección, con la que se inauguró el curso en la Universidad de Lisboa. En ella repasa los hitos principales de su vida académica y los encuadra en las transformaciones políticas y sociales experimentadas durante esos años.

Palabras claves

Universidad, Derecho, Portugal.

Abstract

In this text, the President of the Republic of Portugal, Professor of the Faculty of Law, presents his last lesson, given to inaugurate the academic course at the University of Lisbon. In

his essay, he reviews the main milestones of his academic life and frames them in the political and social transformations experienced during those years.

Keywords

University, Law, Portugal.

Recibido: 8 de enero de 2019.

Aceptado: 8 de enero de 2019.

Jurisprudencia

**UNA POSIBILIDAD PARA EVITAR EL BREXIT: A
PROPÓSITO DE LA STJUE WIGHTMAN Y OTROS**
**A Possibility to Avoid Brexit: Commentary on the
Judgment of the European Court of Justice Wightman
and Others**

ANTONIO PÉREZ MIRAS

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. A modo de introducción: buscando salidas al Brexit.
- II. La cuestión prejudicial sobre el art. 50 TUE.
- III. La posibilidad de revocación unilateral de la notificación de retirada de la Unión.
- IV. Requisitos y efectos de la revocación de la notificación.
- V. A modo de conclusión: el Derecho al servicio de la integración.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: BUSCANDO SALIDAS AL BREXIT

El embrollo en el que se encuentra sumido el Reino Unido como consecuencia del proceso de retirada de la Unión Europea, a pesar del tiempo transcurrido, está aún lejos de resolverse. Es más, cada día que pasa y se suceden los acontecimientos, el Brexit parece conducir a un callejón sin salida, lo cual es paradójico pues la salida de la Unión debería haber supuesto para ese país una liberación. Y no es esa la sensación que ofrecen los medios de comunicación de cuanto ocurre en las islas; el estancamiento político que se está viviendo en el Reino Unido lleva a plantearse cada vez con más fuerza las dudas sobre la resolución del proceso y, en este sentido, es demasiado aventurado pronosticar una segura conclusión satisfactoria del mismo.

El Derecho, cuando regula un proceso, acostumbra a hacerlo normalmente en un sentido positivo y finalista: positivo, porque la regulación se plantea siempre a favor de la efectiva conclusión del objetivo del procedimiento; finalista, en consecuencia, porque pretende la ordenación de un ámbito de modo que conduzca a un resultado concreto. Ello supone una redacción general que huye del minucioso detalle, aunque no obsta para que en ese proceso se prevean alternativas y se expresen

las consecuencias en caso de que el mismo no se lleve a término. De aquí se deriva un problema que se manifiesta cuando la Política (*rectius*, sus profesionales) es incapaz de alcanzar los acuerdos necesarios y marcados por el procedimiento jurídicamente establecido, pues se compromete esa voluntad y esa finalidad de concluir satisfactoriamente el proceso iniciado. Todo ello invoca la importancia de los operadores jurídicos para buscar alternativas a esa natural finalización del proceso y determinar sus consecuencias.

Es, desde esta óptica, que encuadramos la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 10 de diciembre de 2018, *Wightman y otros / Secretaría de Estado para la Retirada de la Unión Europea del Reino Unido*, en el asunto C-621/18 (ECLI:EU:C:2018:999), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Escocia (Sala de Apelación, Sección Primera), a cerca del art. 50 TUE y, en concreto, sobre las consecuencias de la notificación de retirada y la posibilidad de su revocación unilateral. Efectivamente, con este pronunciamiento el Tribunal de Justicia abre una tercera vía para solucionar el Brexit¹, siempre en aras de la integración, en el modo, con los matices y en el alcance que veremos.

Desde que se produjo el referéndum sobre la retirada del Reino Unido de la Unión Europea el 23 de junio de 2016, en el que ganó por escaso margen la opción a favor de la salida (51,9% de votos frente al 48,1% por la permanencia), la inestabilidad se ha adueñado de la vida política británica; mientras que la Unión Europea parece haber aguantado el envite y, especialmente, haber evitado un efecto contagio en otros países donde el euroescepticismo, en cambio, se está manifestando de distinta manera. Ya han pasado tres años desde entonces y la salida, no del Reino Unido sino a la complicada situación que se ha ido generando en este tiempo, sigue oculta en el laberinto de la incertidumbre. En este trienio ha quedado de manifiesto que el problema se ha encapsulado en el Estado saliente y que la Unión, si bien la retirada de un Estado miembro siempre es un fracaso, no ha sido herida de muerte al activarse por vez primera del art. 50 TUE. Este juego político, que incluso podríamos calificar de duelo, en el que es probable que haya perdedores y vencidos, si no los hay ya, tiene importancia a la hora de valorar la sentencia que vamos a comentar.

Tiene importancia porque el objeto de estudio no es tanto el procedimiento establecido en el art. 50 TUE sino la posibilidad de revocar la notificación de retirada, de la que habla el art. 50.2 TUE, de manera unilateral por parte del Estado solici-

1 Vid. S. Soldevila Fragoso, "Una tercera vía para el Brexit", *Actualidad Administrativa*, nº 3, 2019.

tante y, por ende, permanecer en la UE. Como indicábamos antes, el artículo está redactado de forma que traza los principales hitos que conducen inexorablemente a la retirada del Estado que lo ejercita. Ello se manifiesta especialmente en el establecimiento de un plazo de dos años desde la notificación en el que, si no hay acuerdo, se producirá, salvo prórroga, la irremediable y desordenada desconexión.

En su momento me mostré contrario a la posibilidad de retroacción², precisamente ante el temor de que ese reconocimiento incondicionado fuera una herramienta más para el chantaje político por la parte británica y la obtención de beneficios y privilegios aún mayores de los logrados por el Primer Ministro Cameron antes del referéndum (febrero de 2016). Téngase en cuenta que en ese momento aún no se había producido la notificación formal del 29 de marzo de 2017 y es por ello que defendía que el momento para recular era justo el anterior a la notificación, el que medió entre el referéndum y la notificación de la decisión de conformidad con las normas constitucionales internas. Para el caso concreto esta opción ya no es viable pero la salida sigue siendo incierta.

Dos años y pocos meses después de la notificación nos encontramos en una prórroga prevista por el art. 50.3 TUE y cobra, entonces, un nuevo protagonismo esta tercera vía como solución al traumático abandono del Reino Unido sin acuerdo o al acuerdo de retirada y al marco de relaciones futuras, que no termina de ser aceptado por el Parlamento británico, donde reside, como decíamos, el actual problema³. Conforme las dificultades de esta dicotomía se iban haciendo más patentes, la posibilidad de revocación ha dividido a la doctrina⁴, si bien tras la sentencia Wightman es claro que la interpretación que, tras un minucioso y detallado estudio, realiza del art. 50 TUE el Abogado General Campos Sánchez-Bordona en sus Conclusiones

2 Vid. A. Pérez Miras, "La dimensión territorial de la Unión Europea: una premisa para su construcción jurídica", en A. Pérez Miras, G.M. Teruel Lozano, E.C. Raffiotta (dirs.), *Constitución e integración europea. Forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 238-245, spec. 242.

3 Hasta el momento, contamos con un proyecto de Acuerdo sobre la Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica con fecha de 14 de noviembre de 2018. A su vez, se acordó, el 22 de noviembre de 2018, la Declaración Política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido. Este Acuerdo y la Declaración fueron aceptados por el Consejo Europeo de 25 de noviembre de 2018. Ambos han sido, sin embargo, rechazados por la Cámara de los Comunes, que tenía que ratificarlos de conformidad con el art. 13 de la *European Union (Withdrawal) Act 2018*.

4 Las Conclusiones del Abogado General recogen en su nota 32 un completo elenco que muestra esta división doctrinal, principalmente en lengua inglesa.

(ECLI:EU:C:2018:978), y que es seguida por el Pleno del Tribunal de Justicia, a favor de la posibilidad de revocación resulta del todo acertada, con las cautelas y requisitos que se establecen. Adelanto así mi cambio de parecer, atendidos los sólidos argumentos a favor y, en especial, los requisitos y las formas previstos para llevar a cabo la revocación de la notificación. Daremos cuenta de ello en los tres epígrafes siguientes, a los que seguirá un último con las reflexiones conclusivas al respecto.

II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL SOBRE EL ART. 50 TUE

La importancia excepcional del asunto que estamos comentando se manifiesta tanto a nivel procesal como sustantivo, y tiene incidencia en la práctica del caso concreto y en la proyección teórica del art. 50 TUE. Como ya hemos adelantado, la interpretación de que de tal artículo se extrae la posibilidad de retractarse mediante la revocación unilateral de la notificación abre una tercera vía nada desdeñable, al estar encallado el proceso y sin visos de una clara conclusión, más allá de la salida sin acuerdo.

Comencemos por los hechos que llevaron al planteamiento de la cuestión prejudicial. Tras el resultado del referéndum, el Parlamento británico adoptó el 13 de marzo de 2017 la *European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*, mediante la que se autorizaba al Primer Ministro a notificar la intención del Reino Unido de retirarse de la Unión⁵, de conformidad con el art. 50.2 TUE⁶. La Primera Ministra hizo lo propio el 29 de marzo de 2017, y un mes más tarde, el Consejo Europeo adoptó las orientaciones que definen el marco de las negociaciones previstas en ese apartado segundo y establecen las posiciones y los principios generales que ha de defender la Unión durante dichas negociaciones. Posteriormente, se aprobó la Decisión (UE, Euratom) XT 21016/17 del Consejo de la Unión Europea, de 22 de mayo de 2017, por la que se autorizó la apertura de negociaciones con el Reino Unido de

⁵ Previamente, la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 24 de enero de 2017, Miller señaló que el Gobierno británico necesitaba la aprobación previa del Parlamento para notificar al Consejo Europeo la intención de retirada de la Unión.

⁶ "El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo."

Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativas a un acuerdo en el que se establezcan las modalidades de su retirada de la Unión Europea.

Asentados los instrumentos jurídicos necesarios para realizar las conversaciones políticas entre las dos partes, nos encontramos con que el 19 de diciembre de 2017, los diputados del Parlamento escocés, Andy Wightman y Ross Greer, Joanna Cherry del Parlamento británico y los eurodiputados Alyn Smith, David Martin y Catherine Stihler preguntaron a la Sala de primera instancia del Tribunal Superior de Justicia de Escocia si cabía que la notificación de la intención de retirada fuera revocada unilateralmente antes del vencimiento del plazo de dos años del art. 50 TUE, de suerte que, de producirse esa revocación, el Reino Unido permaneciera en la Unión. Sin embargo, la solicitud fue desestimada el 6 de febrero de 2018 al considerarse que afectaba a la soberanía del Parlamento británico y que suscitaba una cuestión hipotética, ante la ausencia de indicios que pusieran de relieve la voluntad del Gobierno o del Parlamento británicos de revocar la notificación de la intención de retirada. Los demandantes recurrieron, y la Sala de apelación del Tribunal Superior de Justicia de Escocia autorizó la continuación del procedimiento el 20 de marzo de 2018, devolviendo el asunto al órgano de primera instancia para que decidiera sobre el fondo. Sin embargo, éste denegó la solicitud de tramitación de un procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia y desestimó la demanda el 8 de junio de 2018. Contra esa resolución, los demandantes volvieron a recurrir ante la Sala de apelación que, tras admitirlo, dictó el auto de 21 de septiembre de 2018 acogiendo la solicitud de planteamiento de una cuestión prejudicial a tenor del art. 267 TFUE.

Entre los motivos que dan lugar a su planteamiento se encuentra la oportunidad de la pregunta que se hacen los diputados, pues, más allá de ser un debate académico, la pregunta se realiza en un tiempo cercano al cumplimiento del plazo y, de conformidad con el art. 13 de la *European Union (Withdrawal) Act 2018*, los diputados del Parlamento británico deberán votar el acuerdo y el marco de las futuras relaciones, por lo que es necesario que tengan una idea de las opciones disponibles a la hora de emitir un voto tan trascendente.

En este contexto, la Sección primera de la Sala de apelación del Tribunal Superior de Justicia de Escocia elevó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial por auto de 3 de octubre de 2018⁷:

⁷ Los autos de la Sala de apelación fueron recurridos por el Gobierno británico, no habiendo prosperado ante el Tribunal Supremo del Reino Unido.

«Si un Estado miembro ha notificado al Consejo Europeo, con arreglo al artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, su intención de retirarse de la Unión Europea, ¿permite el derecho de la Unión que dicho Estado miembro revoque unilateralmente la notificación y, en caso afirmativo, qué requisitos deben cumplirse y cuáles serían los efectos en relación con la permanencia del Estado miembro en la Unión Europea?»

Observamos que la pregunta consta de 3 partes: la primera sobre la posibilidad de una revocación unilateral de la notificación de la intención de retirada; los requisitos que en su caso deben seguirse; y por último, los efectos que conllevaría tal opción sobre la permanencia. Como vemos, en la pregunta no se circunscribe al límite temporal de los dos años, con lo que entendemos que las previsiones del Tribunal de Justicia son aplicables al momento actual, como además se desprenderá del fallo de la sentencia, de manera más expresa que la propuesta del Abogado General. Estas 3 partes las abordaremos en los dos epígrafes siguientes.

Antes, debemos poner nuestra atención brevemente en el proceso iniciado en Luxemburgo. Primeramente, se acepta que el asunto siga el procedimiento acelerado⁸. En cuanto a la admisión, el Gobierno del Reino Unido se opone a la misma, por considerar que se trata de una situación hipotética, y niega que haya siquiera un litigio principal. Por tanto, dado que la cuestión prejudicial se refiere a hechos que no se han producido y que no es seguro que se produzcan, considera que lo que se pretende realmente es obtener un dictamen consultivo en una materia de entidad constitucional, como es la correcta interpretación del artículo 50 TUE y de los actos adoptados sobre la base de esta disposición.

Al respecto, el Tribunal recuerda que, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación de una norma de Derecho de la Unión, está obligado a pronunciarse, citando reciente jurisprudencia⁹. De ello se desprende que las cuestiones prejudiciales relativas al Derecho de la Unión gozan de una presunción de pertinencia.

En respuesta a la objeción de falta de litigio principal y del hecho hipotético, considera que es de apreciación del Juez nacional valorar los hechos jurídicos y la situación real a la que tendrán que enfrentarse los diputados británicos, por lo que el

8 De conformidad con el art. 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y acordado mediante auto de 19 de octubre de 2018 del Presidente del Tribunal de Justicia (ECLI:EU:C:2018:851).

9 Sentencias de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 24, y de 7 de febrero de 2018, American Express, C-304/16, EU:C:2018:66, apartado 31.

litigio principal, aunque tenga naturaleza declarativa¹⁰, tiene una importancia práctica considerable. De ahí la pertinencia de la cuestión prejudicial, pues versa sobre la interpretación del Derecho primario de la Unión, y ello constituye precisamente el objeto del litigio principal.

No se llega a comprender la batalla del Gobierno británico exclusivamente por la inadmisión, sin oponer criterios sobre el fondo, pues del resultado de la cuestión prejudicial se podría otorgar, como así ha sido, una herramienta más para desenredar el entuerto político. Sólo se entiende en el sentido de mantener la distancia con respecto a Europa, evitando así los salvavidas que puedan venir de la Unión y máxime cuando el resultado de esta opción es la permanencia, hecho que parece que no se contempla entre las élites políticas que deben decidir finalmente, si bien cada vez existe más presión para repetir incluso el referéndum, opción que desde el exíguo resultado a favor del Brexit siempre se ha tenido en mente como forma de clarificar de manera más rotunda una mayoría para una cuestión de trascendencia constitucional.

III. LA POSIBILIDAD DE REVOCACIÓN UNILATERAL DE LA NOTIFICACIÓN DE RETIRADA DE LA UNIÓN

En este epígrafe entraremos en el fondo de la cuestión y analizaremos los argumentos por lo que, primero el Abogado General y después el Pleno, admiten de manera clara y convincente la posibilidad de revocación unilateral de la notificación de retirada de la Unión Europea. Conviene señalar que los argumentos dados por el Abogado General son más abundantes que los usados, aunque los siga en su práctica totalidad, por el Pleno del Tribunal. En cambio, el fallo de la sentencia es mucho más explícito y completo que la propuesta realizada por el Abogado General.

Lo primero que queremos resaltar es que tanto los demandantes como el Consejo y la Comisión están de acuerdo en que del art. 50 TUE se deriva un derecho a revocar la notificación antes de que los Tratados dejen de ser aplicables en el Estado solicitante. Todo lo que venga después de este momento, bien por cumplimiento del plazo o por acuerdo, se reconducirá al proceso normal de adhesión del art 49 TUE,

10 De acuerdo con la jurisprudencia (sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, apartado 65, y de 16 de junio de 2015, *Gauweiler* y otros, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 28) la naturaleza declarativa de la acción ejercitada en el litigio principal no obsta a que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre una cuestión prejudicial, siempre que el Derecho nacional autorice la acción y la cuestión responda a una necesidad objetiva para la resolución del litigio del que legalmente conoce el órgano jurisdiccional remitente.

conforme al art. 50.5 TUE¹¹. El quid de la cuestión radica entonces en el carácter unilateral, pues en cualquier caso el resultado sería la permanencia.

La sentencia recoge en los apartados 38 a 42 la postura al respecto de la Comisión y del Consejo, donde muestran las suspicacias que ya manifesté al inicio, pues temen que el carácter unilateral favorezca el abuso del Estado miembro en perjuicio de la Unión¹² o se pueda utilizar como táctica de negociación en el caso de que no le fueran favorables los términos del acuerdo de retirada. En este caso, la amenaza serviría para presionar a las instituciones de la Unión y mejorar los términos del acuerdo en su beneficio, pues como miembro pleno podría bloquear el devenir de la Unión y precipitar, en caso de crisis y necesidad, que en la Unión es frecuente que suceda, una salida muy satisfactoria a sus intereses. Por ello, proponen una revocación consensuada, es decir, únicamente si el Consejo Europeo la acepta por unanimidad. A ello responde la sentencia expresando que tal exigencia transformaría un derecho unilateral soberano en un derecho condicional sometido a un procedimiento de aprobación, que sería incompatible con el principio de que no puede obligarse a un Estado miembro a retirarse de la Unión contra su voluntad¹³.

11 Al respecto, llamé la atención en su momento, en Pérez Miras, *op. cit.*, pp. 242-243 de que podría haber cabido esperar que, dentro de la regulación de la retirada de un Estado, se previera la opción de una reentrada con mayores facilidades o que se dejara una puerta abierta a encontrar fórmulas ágiles para el reingreso. Hoy considero que una de esas fórmulas es la posibilidad de permanencia mediante la revocación, pues habida cuenta del tiempo transcurrido y del escaso horizonte que se vislumbra en el Brexit, la finalización del proceso por esta vía bien podría equipararse a una vuelta efectiva a las Instituciones, si bien sabemos que formalmente no han sido abandonadas. Por su parte, considero que la remisión al art. 49 TUE debe entenderse más bien como un signo de fortaleza de la Unión, que precisamente trata de evitar que el Estado saliente juegue a su antojo con el serio destino de una Europa unida.

12 Como ejemplo de abuso, en el apartado 40 de la sentencia podemos leer: "El Consejo y la Comisión alegan que el Estado miembro en cuestión podría utilizar su derecho de revocación poco antes de que expirase el plazo previsto en el artículo 50 TUE, apartado 3, y notificar una nueva intención de retirada inmediatamente después del vencimiento de ese plazo, iniciando así un nuevo período de negociación de dos años. Actuando de este modo, el Estado miembro se beneficiaría en la práctica de un derecho sin limitación temporal a negociar su retirada y privaría de efecto útil al plazo previsto en el artículo 50 TUE, apartado 3."

13 Si bien la sentencia no abunda más de lo expuesto, el Abogado General, en cambio, sí entra en su análisis en los apartados 157 a 169, al final de sus Conclusiones. Considera que cabe también interpretar del art. 50 TUE la posibilidad de una revocación consensuada al haberse admitido lo más (la revocación unilateral), si bien precisa que en ningún caso podría depender sólo de la votación unánime del Consejo Europeo, pues quedaría fuera del control del Estado.

Considero que aquí se evidencian dos claves: por un lado, y empezando por el final, la posibilidad de revocación se va a razonar, ahora lo veremos, como ejercicio de soberanía del Estado solicitante; y por otro lado, las precauciones ante el probable uso abusivo del derecho de revocación, que se prevendrá mediante los requisitos que veremos en el epígrafe siguiente.

Centrándonos en la primera idea, la misma es resultante de los especiales caracteres constitucionales de la Unión, y por tanto este caso debe examinarse a la luz de la naturaleza propia del Derecho europeo. Así se desprende de la sentencia que, a diferencia de la sensibilidad internacionalista mostrada por el Abogado General, deja entrever un razonamiento propiamente constitucional en tanto que muestra su preocupación tanto por el devenir institucional como por las consecuencias sobre el estatuto jurídico de la ciudadanía, sus derechos fundamentales y las libertades europeas¹⁴. Es verdad que para los mecanismos normativos necesarios de la regulación, el Derecho internacional y, en concreto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), resulta de interés lo allí dispuesto. El Abogado General llega a calificar el art. 50 TUE como *lex specialis* con respecto a la retirada de los Estados de los tratados internacionales. Tal afirmación, en cambio, no se sigue en la sentencia, que hace referencias escasas pero ajustadas al Derecho internacional, en especial a los arts. 65, 67 y 68 CVDT, y en el sentido de apoyar las conclusiones a las que llega desde la óptica interna. De hecho, la sentencia llega a recordar que, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, los Tratados constitutivos, que constituyen la carta constitucional fundamental de la Unión, han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados miembros han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son únicamente esos Estados, sino también sus nacionales¹⁵.

El proceso de retirada o separación de la Unión por parte de un Estado miembro entronca directamente con la naturaleza constitucional de la Unión y afecta a su elemento territorial. Sin embargo, su ejercicio depende en exclusiva del Estado, es decir, sin depender de los demás Estados miembros, y cuya decisión se debe adoptar conforme a sus propias normas constitucionales (art. 50.1 TUE). De aquí se desprende, a mi entender, una visión de constitucionalismo en red, pues es necesario respetar tanto las normas constitucionales del Estado miembro como la estructura constitucional de la

14 Cfr. Soldevila Fragoso, *op. cit.*

15 A propósito recuerda la sentencia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*, 294/83, EU:C:1986:166 y el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454.

Unión, que en este caso se manifestaría en el cumplimiento del dictado del conjunto del art. 50 TUE. Resulta evidente que en ambos casos seguimos, podríamos decir, una visión interna del Ordenamiento, aunque observable desde faces diversas. Ello nos conduce a entender que este proceso, en su conjunto, en ningún caso es unilateral¹⁶. Cuestión distinta es considerar que esta primera fase tenga carácter unilateral, como afirma el Abogado General (apartados 91 a 95) al realizar una interpretación literal y contextual del art. 50 TUE. Sólo podremos considerarla unilateral esta fase si entendemos ese carácter exclusivo que acabamos de mencionar como una fase enteramente nacional. Sin embargo, la apreciación que realiza Nasso acerca del tenor del art. 50.1 TUE resulta de interés, pues a su entender, el precepto habilita a la Unión a controlar que el Estado solicitante haya cumplido con sus normas constitucionales, lo que podría dar lugar a denegar la apertura del procedimiento a pesar de la notificación¹⁷. Sin duda esto nos podría conducir a no ver siquiera en la fase que hemos denominado nacional el carácter unilateral, en consonancia con el carácter pactado que hemos otorgado al conjunto del proceso. No obstante, esta disquisición que tiene su verdadero interés para una naturaleza federal de la Unión, nada quita al caso de estudio. El Abogado General, por su parte, se apoya en dicho carácter unilateral de la fase nacional para entresacar del contexto la posibilidad de revocación unilateral, como manifestación de la soberanía del Estado saliente, que opta por revertir su decisión inicial, y que se extiende, por tanto, a los siguientes pasos.

16 Al respecto, Pérez Miras, *op. cit.*, p. 240 y las referencias expresas allí contenidas a L.M.^a Díez-Picazo Giménez, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Cívitas, Madrid, 2002, pp. 99-149; J. De Miguel Bárcena, "La cuestión de la secesión en la Unión Europea: una visión constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, nº 165, 2014, pp. 211-245; I. Nasso, "Il recesso degli Stati dall'Unione: effettiva possibilità o previsione meramente... ansiolitica?", en G.M. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E.C. RAFFIOTTA, *Desafíos del constitucionalismo ante la integración europea*, EDITUM, Murcia. Sin embargo, parece desprenderse de las Conclusiones del Abogado General que prima la unilateralidad en todo el proceso y ello como consecuencia de la efectiva salida sin acuerdo por el mero transcurso de dos años. En cambio, la prórroga que se le ha concedido al Reino Unido y evitando lo que se ha denominado un Brexit duro refuerza desde la vertiente práctica el carácter pactado. Y ello a pesar de que geoestratégicamente, y ante la debilidad y disolución política que están mostrando los británicos podría haber sido de interés para la Unión, con el fin de acrecentar su presencia como actor internacional.

17 Nasso, *op. cit.*, pp. 482-483. El Abogado General sí expresa, en cambio, la posibilidad de nulidad de la decisión de retirada por parte de los tribunales estatales. En el caso británico es evidente que no ha existido controversia al respecto, pero es interesante tenerlo presente para futuros supuestos que puedan darse.

Así, una vez conformada esa voluntad a nivel constitucional del Estado miembro, las posteriores fases del procedimiento seguirán lo establecido en la sentencia de 19 de septiembre de 2018, RO (C-327/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:733), apartado 46:

«implica, en primer término, la notificación al Consejo Europeo de la intención de retirarse; en segundo término, la negociación y la celebración de un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de las relaciones futuras entre el Estado de que se trate con la Unión, y, en tercer término, la retirada propiamente dicha de la Unión en la fecha de entrada en vigor de este acuerdo o, en su defecto, dos años después de la notificación al Consejo Europeo, salvo si este último, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo.»

Nada dice el Tribunal de Justicia en esa sentencia respecto del caso que nos ocupa, pero no por ello podemos entender que el carácter consensuado con el que se lleva a término el proceso es un impedimento para la revocación de la notificación de manera unilateral. Esta posibilidad, en cambio, va a encontrar su fuente en el ejercicio de soberanía que supone por sí la toma de decisión, que ocurre en exclusiva en el orden estatal. Esta decisión se transforma en intención frente a la Unión, de acuerdo con la literalidad del art. 50.2 TUE ("notificará su intención") y, como afirma el Tribunal, las intenciones no son, por su propia naturaleza, definitivas ni irrevocables.

Esas intenciones pueden sufrir muchos cambios a lo largo de los dos años de plazo, más aún si se prorroga, como está sucediendo en nuestro caso práctico. Y esto dependerá evidentemente de lo que ocurra dentro del Estado solicitante. Como señala el Abogado General, es de sentido común que un Estado que pierde su voluntad de abandonar la Unión pueda manifestarlo y que ello haga decaer el proceso. Además, una interpretación en contrario sería como admitir *de facto* una salida forzada, por lo que considero que se estaría yendo en contra del carácter pactado que le hemos otorgado al conjunto del proceso, a favor de una unilateralidad excesiva, mucho más allá de tal calificación que se le pudiera arrojar en la primera fase. En este sentido, conviene recordar que en su momento no se aprobaron las enmiendas que introducían la posibilidad de expulsión de la Unión de un Estado miembro, admitiéndose sólo la suspensión del art. 7 TUE.

Como recapitulación de lo que acabamos de decir, podemos seguir las palabras de la sentencia objeto de comentario, en su apartado 56:

«De lo anterior se desprende que el artículo 50 TUE se propone lograr un doble objetivo: consagrar el derecho soberano del Estado miembro a retirarse de la Unión y establecer un procedimiento que permita que esta retirada se produzca de manera ordenada.»

Ello está en consonancia con los valores expresados en el arts. 1 (unión cada vez más estrecha) y 4 TUE (respeto de la identidad nacional), pues, siguiendo una interpretación teleológica, el art. 50 TUE es una muestra de respeto de la identidad nacional y de mantener una vinculación entre los pueblos de Europa. ¿Para qué prever si no una salida ordenada si no es con la voluntad de mantener una buena relación futura?

Aplicados estos valores a la posibilidad de revocación unilateral, el Abogado General (apartados 129 a 137) liga el respeto de la identidad nacional con el cambio de voluntad, lo que debe trasladarse como opción en la segunda fase en el sentido expuesto hasta el momento. Asimismo, el objetivo de la consecución de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa también abona la interpretación del artículo 50 TUE proclive a la revocabilidad de la notificación de la intención de retirada. Ese objetivo favorece una interpretación de las normas del derecho de la Unión que tienda a fortalecer la propia Unión, no a disolverla. No poner obstáculos a la permanencia en la Unión de un Estado miembro que opta por salirse de ella, pero que luego cambia de opinión, de conformidad con sus normas constitucionales, y quiere seguir siendo miembro, es, a juicio del Abogado General, un criterio hermenéutico especialmente apropiado, lo cual comparto.

Por su parte, la sentencia se centra solamente en esta idea de crear una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa (con referencias expresas al decimotercer considerando del preámbulo del TUE, al primer considerando del preámbulo del TFUE y al art. 1 TUE), a la que añade la intención de la Unión de eliminar las barreras que dividen Europa (segundo considerando del preámbulo del TFUE). A su vez, resalta la importancia de los valores comunes enumerados en el art. 2 TUE y en el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, todos ellos compartidos con toda seguridad pues es requisito para poder adherirse, de acuerdo con el art. 49 TUE. Ello demostraría mi teoría de que el territorio de la Unión viene determinado por el espacio de valores en el que se asienta¹⁸, de acuerdo con las posiciones de Häberle sobre el espacio como cultura¹⁹. Al apartarse ligera-

18 Vid. Pérez Miras, *op. cit.*, pp. 245 ss.

19 P. Häberle, "El valor de la autonomía como elemento de la cultura constitucional común europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, 2008, pp. 347-354, spec. 350; traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

mente en la argumentación respecto de las Conclusiones, el Pleno evidencia su intención de marcar las notas conformadores del europeísmo que se ha transformado jurídica y políticamente en las instituciones de la UE, en el que resulta lógico que la identidad nacional y las manifestaciones de soberanía nacional sean vistas como el lastre (necesario, empero) para la consecución de los objetivos superiores plasmados en formas de valores.

En el razonamiento de la sentencia, estos valores avalan la pertinencia de la retroacción. Es, en consecuencia, difícilmente imaginable que las decisiones adoptadas conforme a las normas constitucionales en el orden estatal no respeten dichos valores y, en especial, no sigan un procedimiento democrático.

El último argumento a favor de la posibilidad de revocación unilateral lo encontramos en la génesis misma del Tratado de Lisboa que incorpora la novedad del derecho de retirada o separación del art. 50 TUE. Esto trae causa del art. I-60 de la *non nata* Constitución para Europa. El Abogado General, siguiendo ahora una interpretación histórica, pone de relieve el carácter unilateral que de allí se preveía, de acuerdo también con los trabajos preparatorios y los comentarios al artículo 46 del proyecto del *Praesidium* de la Convención. Lo que me importa resaltar es, pues, que la unilateralidad para la revocación de la notificación también se entiende en el origen del derecho contemplado en el art. 50 TUE.

IV. REQUISITOS Y EFECTOS DE LA REVOCACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN

Aceptada la revocación de la notificación de la intención de retirada de la Unión de manera unilateral, conviene ahora preguntarnos, al hilo de la cuestión prejudicial, sobre los requisitos y efectos de la misma. Estos irán en consonancia con cuanto ya hemos apuntado, y que desglosaremos de acuerdo con la parte dispositiva de la sentencia. Por su parte, el Abogado General ya apunta en los apartados 142 a 156 de sus Conclusiones las condiciones y límites que considera aplicables al supuesto.

Dos son las condiciones, a su criterio, para la revocación unilateral de la notificación. Por un lado, debería llevarse a cabo mediante un acto formal del Estado miembro dirigido al Consejo Europeo. Siguiendo un paralelismo procedimental entre la notificación de retirada y la revocación, ésta deberá plantearse por escrito por parte del mismo órgano que emitió el primero. A este respecto, la sentencia añade que ha de ser unívoco e incondicional, de modo que no quepa duda de la voluntad de permanecer en la Unión. En el caso del Reino Unido, competiría al Primer Ministro realizar tal documento indubitado. Por otro lado, pero íntimamente relacio-

nado, nos encontramos con el respeto de las normas constitucionales internas. Es decir, las exigencias del derecho constitucional del Estado miembro que se hubieran aplicado para la adopción de la decisión de retirada deberían igualmente respetarse para que el Estado miembro manifieste su clara voluntad de revocación. En consecuencia, debe existir también un paralelismo entre las normas constitucionales que sirvan de fundamento para la decisión de retirada como para retirar la notificación.

De este modo ya se está poniendo coto a un problema detectado anteriormente, y que es la posibilidad de pervertir el uso de la revocación, de manera que con estos paralelismos se trata de evitar situaciones opacas, espurias y ambiguas. Usando el ejemplo británico, si la notificación de la intención de retirada de la Unión, de acuerdo con la sentencia Miller, requería de autorización parlamentaria, es lógico pensar que el Primer Ministro no podrá remitir la carta de desistimiento, por muy clara e inequívoca que sea en su contenido, salvo que se cuente con la aprobación parlamentaria. Este es el mínimo formal requerido y, por tanto, jurídicamente válido. Cuestión distinta que cabría plantearnos en el supuesto práctico que nos ocupa es si no sería conveniente un segundo referéndum en similares condiciones sobre la oportunidad de permanecer, una vez que la incertidumbre se ha adueñado de la vida política y prácticamente cualquier persona ya ha tenido acceso de primera mano a las consecuencias reales y efectivas de una salida desordenada. Este impulso político podría salvarse, empero, con la convocatoria de elecciones generales, uno de cuyos ejes de campaña fuera con altísima probabilidad la voluntad de permanencia.

Una forma de controlar la existencia de estos paralelismos se podría lograr mediante la justificación de la revocación, si bien es cierto que en la notificación de la intención no se exige expresamente la justificación de la decisión. No obstante, al parecer del Abogado General, sería razonable que el Estado exponga ante los demás Estados miembros de la Unión los motivos de su cambio de criterio, que, por ir en contra de sus actos precedentes, demandaría una explicación. A mi modo de ver, el hecho de tener que cumplir con las normas constitucionales del orden estatal implica, en ambos casos, una justificación de la razón para salirse como para quedarse. Me parece difícil de pensar que una decisión de esta naturaleza no pueda adoptarse por métodos y cauces democráticos, presentes, seguro, aunque sea implícitamente, en las normas constitucionales del Estado miembro. Lo contrario chocaría directamente con los valores de la Unión y que, como sabemos, deben ser compartidos por los Estados miembros. Salirse de la Unión por dejar de compartir esos valores no cuadra con el espíritu del art. 50 TUE de lograr una salida ordenada en la que se establezca el marco de relaciones futuras. Ese tipo de salida sí que supondría un verdadero fracaso para el proyecto europeo, mucho más que lo que en principio se pensó del

referéndum del Brexit. Este ha servido, en cambio, para ajustar el valor y el alcance de determinados procedimientos democráticos y, en ningún caso, se ha revelado eficaz para la determinación de una verdadera voluntad colectiva, polarizando a la sociedad en dos bloques más o menos homogéneos.

Por su parte, la sentencia no ha entrado explícitamente en esta cuestión, si bien la podemos entender implícita cuando afirma, como ya se ha señalado, que el escrito de desistimiento debe ser unívoco e incondicional. No bastaría, entendemos, con expresar que se desearía permanecer sin condiciones en la Unión, dado que se antojaría necesario manifestar igualmente la situación jurídico-política que ha conducido al nuevo acto de voluntad.

Antes dijimos que el Abogado General establecía como requisitos dos condiciones y dos límites. En cuanto a estos últimos, el primero limita al plazo de dos años para la consecución del acuerdo. Aquí, certeramente, la sentencia expresa que tal posibilidad cabe todavía durante el periodo de prórroga. Por eso actualmente, en el caso del Brexit, esta vía es muy seria, porque la opción de que haya un segundo referéndum no es en absoluto descartable. Un resultado a favor de permanecer implicaría aplicar cuanto se está comentando en estas páginas.

El último límite que señala brevemente el Abogado General se encuentra en los principios de buena fe y cooperación leal, *ex art.* 4.3 TUE. Estos son el anverso ante la posibilidad de abusos y tácticas de negociación. Despacha, a mi gusto, con demasiada celeridad esta cuestión sin explicitar mecanismos que los puedan evitar, más allá del reclamo a los principios mencionados. Por un lado afirma para el argumento del abuso, que basta con ponerle coto; por el otro, usa un argumento cuantitativo, en el sentido de considerar improbable que en la práctica las mismas puedan multiplicarse hasta el punto de ser verdaderamente un problema.

Más preocupada por este tema se muestra la sentencia. Ello se evidencia especialmente en las garantías con las que reviste su respuesta a la cuestión prejudicial. Efectivamente, los requisitos que establece para poder ejercitar la revocación unilateral de la notificación de la intención de retirada de la Unión son muy precisos y concretos, como se observa en el tenor literal que copiamos a continuación:

«El artículo 50 TUE debe interpretarse en el sentido de que, mientras no haya entrado en vigor un acuerdo de retirada celebrado entre el Estado miembro de que se trate y la Unión o, a falta de tal acuerdo, mientras no haya expirado el plazo de dos años previsto en el artículo 50 TUE, apartado 3, eventualmente prorrogado conforme a este apartado, permite que un Estado miembro que haya notificado al Consejo Europeo, conforme a dicho artículo, su intención de retirarse de la Unión revoque unilateralmente, de manera unívoca

e incondicional, tal notificación mediante escrito dirigido al Consejo Europeo, una vez adoptada la decisión de revocación de conformidad con sus normas constitucionales. Esta revocación tiene por objeto confirmar la pertenencia de dicho Estado miembro a la Unión en términos inalterados por cuanto respecta a su estatuto de Estado miembro y pone fin al procedimiento de retirada²⁰.»

De aquí extraemos, en consecuencia, las siguientes ideas:

1. El Estado miembro puede revocar unilateralmente la notificación de su intención de retirarse de la Unión.
2. La revocación puede hacerse antes de que entre en vigor el acuerdo de retirada, lo que supone que cabe desde el tiempo que va desde la conclusión del acuerdo y del marco de las relaciones futuras hasta que éstos entren efectivamente en vigor. Actualmente el Reino Unido se encuentra en esta tesitura, pues la Unión ya se ha mostrado contraria a modificar *in toto* el acuerdo alcanzado el 14 de noviembre de 2018 y aceptado por el Consejo Europeo de 25 de noviembre del mismo año.
3. A falta de acuerdo, la revocación cabe durante el plazo de dos años, lo que se extiende al periodo de la eventual prórroga que por unanimidad pueda acordar el Consejo Europeo de acuerdo con el Estado solicitante, de conformidad con el art. 50.3 TUE. Igualmente nos encontramos, como ya sabemos, en la situación de prórroga.
4. La decisión de revocación debe tomarse de acuerdo con las normas constitucionales del Estado solicitante. Entendemos, al respecto, que debe seguirse un sistema de paralelismos que ya hemos mencionado.
5. La revocación deberá realizarse por escrito de manera unívoca e incondicional, de forma que quede clara su vocación de permanencia en la Unión, de seguir compartiendo sus valores y principios, de forma inalterada. De este modo, la revocación es una vuelta al estatus anterior al iniciarse el proceso, sin que quepa entender que de su aplicación se puedan extraer directa e inmediatamente ventajas que alteren su estatuto como Estado miembro.

20 Las diferencias con respecto a la propuesta del Abogado General son evidentes, al ser aquella más prolija y detallada que la que a continuación traemos a colación:

«Cuando un Estado miembro ha notificado al Consejo Europeo su intención de retirarse de la Unión Europea, el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea admite la revocación unilateral de esa notificación, hasta el momento en el que se concluya el acuerdo de retirada, siempre que la revocación haya sido decidida de conformidad con sus normas constitucionales, se comunique de manera formal al Consejo Europeo y no suponga una práctica abusiva».

Aquí está la principal garantía frente al abuso. En el caso del Brexit, por tanto, no podrían reclamarse los cambios acordados con Cameron antes del referéndum.

6. La notificación de la revocación pone fin al procedimiento de retirada. Dado el carácter unilateral, no queda supeditada a la aprobación del Consejo Europeo. Ello no obsta a que esté sujeta a nulidad en caso de incumplimiento de los puntos anteriores. Y siguiendo lo apuntado más arriba por Nasso, cabría realizar un control de que efectivamente los puntos se han cumplido y, de paso, se evita que pueda dar lugar a abuso o tacticismo. Es cierto que esta cuestión pone de manifiesto que el uso abusivo puede ser un problema real, que no tiene un mecanismo o solución que le responda jurídicamente, salvo confiar en la buena fe y la lealtad.

Para finalizar, debemos hacer mención a los efectos que estos requisitos surten sobre la consecuente permanencia con motivo de la revocación. Los mismos se dejan entrever en los puntos anteriores, resultando el de mayor importancia el hecho de que una vez finalizado el proceso de salida como consecuencia del escrito de desistimiento, el Estado miembro recupera la absoluta normalidad. Recordemos que en el tiempo que dura el proceso de desconexión, el Estado miembro no pierde en ningún momento su condición de tal, con las salvedades lógicas previstas en el art. 50.4 TUE en lo que respecta a su participación en las deliberaciones del Consejo Europeo y del Consejo que le afecten.

Además, dado el carácter unívoco e incondicional del escrito de revocación, del mismo no puede surgir ningún beneficio ni prebenda para el Estado solicitante como contrapartida a su permanencia. Formar parte de la Unión debería ser sólo una manifestación constante de voluntad a favor de los valores que nos unen y no (sólo) una mesa de billar donde la carambola y los choques determinen las relaciones de poder.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DERECHO AL SERVICIO DE LA INTEGRACIÓN

Concluimos este comentario resaltando que, una vez más, el Tribunal de Justicia, en Pleno, ha optado por la solución más europeísta, es decir, ha buscado la herramienta más idónea para salvar una situación que conduzca preferentemente en pos de la integración. Ante la falta de acción y carencia de altura políticas, el Derecho vuelve a ser el bálsamo para la construcción europea. En esta ocasión nos encontrábamos ante la difícil tesitura de emprender un camino de descomposición,

que si bien está previsto en los Tratados Constitutivos, parece estar en *stand by* a la espera de que el problema constitucional se resuelva en el orden estatal. Sorprendentemente, la UE, aunque hostigada por mil fisuras, ha salido del paso al embiste tremebundo que una parte del pueblo británico causó en sus estructuras constitucionales. En cambio, no puede decirse lo mismo del nivel estatal; el Reino Unido se encuentra sumido en la parálisis y en la esquizofrenia, como demuestra el hecho de que el proceso de retirada ya se haya cobrado las cabezas de dos Primeros Ministros, de que no sean capaces de encontrar el recambio a Theresa May ni, aún más grave, consigan votar en el Parlamento los Acuerdos de salida el marco de las relaciones futuras.

La sentencia que hemos comentado ha entreabierto una puerta a una salida de la situación al aceptar que del art. 50 TUE se deduce un derecho a revocar de manera unilateral la notificación de las intenciones de retirada. Con esta tercera vía, deja en manos del Reino Unido la decisión de salir honrosamente de este entuerto, de permanecer en la Unión sin tener que verse forzada a aparecer como la gran perdedora sino como la pragmática que supo reconducir los efectos nocivos de un referéndum binario en el que las opciones no estuvieron regidas por la veracidad y el *fair play*²¹. No podemos olvidar que el nada desdeñable 48,1% apostó por la permanencia; con ese resultado está más que justificado, al menos, un segundo referéndum, y más si el Parlamento es incapaz de ejercer sus funciones representativas: si el órgano no se muestra diligente en la resolución de la controversia constitucional, acúdase directamente al pueblo para que ratifique la salida o la permanencia. Jurídicamente, y dejando al margen el caos que se podría generar por una desconexión abrupta, para la salida ordenada está el acuerdo y el marco de las relaciones futuras, y para la permanencia, ahora, el Tribunal de Justicia les (nos) ha brindado la solución.

Entre irse y volver a entrar y permanecer, la opción de la revocación de la notificación aparece como la mejor opción para conseguir este propósito. De ahí que la disquisición sobre el carácter unilateral cobre aún mayor importancia. Hemos visto que todas las partes, dejando de lado al Reino Unido que no se pronunció, veían en el art. 50 TUE la posibilidad de revocación de la notificación. Al aseverar el Tribunal su carácter unilateral da una nueva oportunidad a un pueblo dividido, que vive su particular tragedia entre el recuerdo de lo que fue y el abismo de lo que está por

21 Cfr. F. Balaguer Callejón, "Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 30, 2018, https://www.ugr.es/~redcel/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm, donde demuestra el influjo negativo que las redes sociales y las *fake news* ejercieron en el referéndum del Brexit.

venir. Ese tiempo intermedio que ha supuesto su membresía del club europeo no ha sido el responsable de la pérdida de su grandeza de antaño, y mucho menos lo será de la posible insignificancia rancia en el futuro. Al contrario, formar parte del espacio de valores que estamos construyendo es el único canon de dignidad que como europeos tendremos ante las incógnitas de la globalización²².

Ahora bien, el Tribunal ha vuelto a ayudar a que el proceso de integración siga su curso y ha puesto los medios para evitar una primera descomposición. Con ello no se quiere decir que el art. 50 TUE, cuya interpretación está hoy un poco más clara, si bien aún cabrá reflexionar mucho sobre sus efectos y consecuencias sobre la estructura constitucional europea, adquiera un carácter de normalidad. A mi entender, este precepto debe revestir una tendencia a la excepcionalidad en su uso. Por ello, sea cual sea el resultado del Brexit, tanto si se consuma la retirada como si se apuesta finalmente por la permanencia, debería dar lugar a un replanteamiento del procedimiento que introdujera la imposibilidad de solicitar nuevamente la salida en un plazo corto de tiempo. O incluso impidiera, por qué no, volver a usarlo. Los elementos constitucionales no deben ser maleables a perpetuidad, pero estas últimas ideas requieren de una reflexión que excede del propósito de este comentario de la sentencia Wightman.

Resumen

El Tribunal de Justicia ha dictado la sentencia de 10 de diciembre de 2018, Wightman y otros / Secretaría de Estado para la Retirada de la Unión Europea del Reino Unido, en el asunto C-621/18 (ECLI:EU:C:2018:999), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Escocia (Sala de Apelación, Sección Primera), a cerca del art. 50 TUE y, en concreto, sobre las consecuencias de la notificación de retirada y la posibilidad de su revocación unilateral. Tanto el Abogado General como el Pleno se muestran a favor del carácter unilateral, lo que argumentan siguiendo un criterio literal, contextual, teleológico e histórico. Asimismo se estudian los requisitos y efectos que se extraen de la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial.

Palabras clave

Brexit; Artículo 50 TUE; Revocación unilateral; Salida de la Unión Europea

22 De nuevo, Balaguer Callejón, *op. cit.*, para quien: "La integración europea es absolutamente necesaria para hacer frente a la globalización y para controlar el poder de agentes que no encuentran ya en el Estado nacional un límite. El hecho de que las dos grandes crisis del constitucionalismo hayan sido también dos grandes crisis europeas evidencia que estamos en un momento crucial de la vida del proceso de integración europea y de la evolución del constitucionalismo, en el que ambos proyectos civilizatorios deben converger para sobrevivir en el contexto global."

Abstract

The Court of Justice has issued the judgment of December 10, 2018, Wightman and others / Secretary of State for Exiting the European Union, in case C-621/18 (ECLI: EU: C: 2018: 999), which concerns a request for a preliminary ruling, in accordance with art. 267 TFEU, by the Court of Session, Inner House, First Division (Scotland), in accordance with art. 50 TEU and, in particular, on the consequences of the notification of its intention to withdraw from the European Union and the possibility of its unilateral revocation. Both the Advocate General and the Full Court are in favor of the unilateral character, which they argue following a literal, contextual, teleological and historical criterion. The requirements and effects drawn from the response of the Court of Justice to the reference for a preliminary ruling are also studied.

Keywords

Brexit; Article 50 TEU; Unilateral Revocation; Withdraw from The European Union

Recibido: 8 de mayo de 2019
Aceptado: 20 de mayo de 2019

Legislación

CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA.
PRIMER SEMESTRE DE 2019
Chronicle of European Legislation. First Semester 2019
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

SUMARIO:

- I. La comisión europea prevé en su reglamento (UE) n. 733/2008, del Consejo, condiciones de importación de productos agrícolas originarios de terceros países.
- II. Decisión (UE) 2019 del Consejo Europeo tomada de acuerdo con el Reino Unido de 11 de abril de 2019 por el que se prorroga el plazo previsto en el artículo 50, apartado 3 del TUE.
- III. Decisión (UE) 2019/274, del Consejo de 11 de enero, relativa a la firma, en nombre de la UE y de la Comunidad Europea de la energía atómica, del acuerdo sobre retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea, y de la Comunidad Europea de la energía atómica.
- IV. Reglamento (UE) 2019/26 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de enero de 2019, que complementa la legislación de la Unión sobre homologación de tipo por lo que respecta a la retirada del Reino Unido de la Unión.
- V. Decisión (UE) 2019/304 del Consejo de 18 de febrero relativa a la notificación por el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte de su deseo de dejar de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen contenidas en el reglamento (CE).
- VI. Decisión (UE) 2019/274 del Consejo relativa a la firma, en nombre la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la energía atómica, del acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la energía atómica.
- VII. Decisión (PESC) 2019/346 del Consejo de 28 de febrero de 2019, por la que se nombra al representante especial de la Unión Europea para los derechos humanos.
- VIII. Directiva (UE) 2019/692, del Parlamento y del Consejo de 17 de abril, por la que se modifica la Directiva 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.
- IX. Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario.
- X. Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento y del Consejo de 17 de abril sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la decisión marco 2001/413/JAI del Consejo.
- XI. Directiva (UE) 2019/789 del Parlamento y del Consejo de 17 de abril por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la directiva 93/83/CEE.
- XII. Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que modifican las

- directivas 969 CE y 2001/29/CE.
- XIII. Directiva 2019/770 del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.
 - XIV. Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre, por la que se dota a las autoridades de competencia para aplicar las normas y garantizar más eficazmente el correcto funcionamiento del mercado interior.
 - XV. Reglamento (UE Euratom) 2019/493 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo por el que se modifica el Reglamento (UE Euratom) 1141/2014 en lo que respecta a un procedimiento de verificación relativo a las instrucciones de las normas de protección de los datos personales en el contexto de las elecciones al Parlamento Europeo.
 - XVI. Decisión del supervisor europeo de protección de datos de 2 de abril de 2019, relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de los datos personales en el marco de las actividades realizadas por el supervisor europeo de protección de datos.

Durante este semestre, la legislación producida por la UE ha estado condicionada por la situación del Reino Unido, lo que ha generado un importante número de Decisiones para facilitar la transición. También se han producido importantes Directivas, en las que se modifican las normas comunes para el mercado interior del gas natural, el control de prácticas comerciales desleales, mecanismos de erradicación de fraudes en las operaciones comerciales por internet, la protección de los consumidores en el comercio exterior, la defensa de los derechos de autor, y un Reglamento sobre protección de datos en el proceso electoral recientemente celebrado a las elecciones del Parlamento Europeo.

I. LA COMISIÓN EUROPEA PREVÉ EN SU REGLAMENTO (UE) N. 733/2008, DEL CONSEJO, CONDICIONES DE IMPORTACIÓN DE PRODUCTOS AGRÍCOLAS ORIGINARIOS DE TERCEROS PAÍSES

La Comisión Europea prevé en su Reglamento (UE) n. 733/2008, del Consejo, condiciones de importación de productos agrícolas originarios de terceros países que, dadas las circunstancias de separación del Reino Unido e Irlanda del Norte, de 29 de marzo de 2017, los Tratados dejaran de aplicarse al Reino Unido desde esa fecha hasta dos años después, por lo que este pasará a ser un tercer país de la Unión. Por tal motivo, y dado que esta normativa tiene su razón de ser en la prevención de los efectos de Chernóbil, este país deberá observar los controles exigidos a los que son ajenos a la Unión.

En consecuencia, se exigirá la certificación de que estos productos respetan los niveles máximos permitidos para su despacho. Y dada la naturaleza de la materia,

productos agrícolas fundamentalmente, la entrada en vigor será inmediata, tras su publicación en el Diario de la Unión.

II. DECISIÓN (UE) 2019 DEL CONSEJO EUROPEO TOMADA DE ACUERDO CON EL REINO UNIDO DE 11 DE ABRIL DE 2019 POR EL QUE SE PRORROGA EL PLAZO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 50, APARTADO 3 DEL TUE

El día 25 de noviembre de 2018 el Consejo Europeo refrendó el proyecto de Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido, que se firmó en fecha de 11 de enero de 2019. A partir de dos años, se dejará de aplicar a este país la normativa de los Tratados. El Reino Unido presentó una solicitud de prórroga hasta junio de 2019, con objeto de llevar a término la ratificación del Acuerdo de Retirada. Tras la solicitud de una nueva prórroga por parte del Reino Unido, se consideró por el Consejo una última fecha, de 1 de noviembre de 2019.

De ahí la Decisión del Consejo de conceder una nueva prórroga, que viene condicionada por la exigencia de celebración de elecciones al Parlamento Europeo.

III. DECISIÓN (UE) 2019/274, DEL CONSEJO DE 11 DE ENERO, RELATIVA A LA FIRMA, EN NOMBRE DE LA UE Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA, DEL ACUERDO SOBRE RETIRADA DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE DE LA UNIÓN EUROPEA, Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA

Esta decisión autoriza la firma, en nombre de la Unión y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido e Irlanda del Norte de la UE y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, a reserva de la celebración de dicho Acuerdo.

IV. REGLAMENTO (UE) 2019/26 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 8 DE ENERO DE 2019, QUE COMPLEMENTA LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN SOBRE HOMOLOGACIÓN DE TIPO POR LO QUE RESPECTA A LA RETIRADA DEL REINO UNIDO DE LA UNIÓN

El reglamento complementa la Directiva 2007/46/UE, y otros reglamentos anteriores acerca de la homologación de criterios sobre mercados de vehículos, siste-

mas, componentes y unidades técnicas, de manera transitoria hasta la finalización del proceso de separación del Reino Unido de la UE. Se trata en realidad de un supuesto de ultractividad de la norma de manera transitoria mientras se sustancia el proceso de retirada de la Unión, con la finalidad de no crearle problemas al Reino Unido en relación con las exigencias de seguridad de los vehículos y la industria del motor.

V. DECISIÓN (UE) 2019/304 DEL CONSEJO DE 18 DE FEBRERO RELATIVA A LA NOTIFICACIÓN POR EL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE DE SU DESEO DE DEJAR DE PARTICIPAR EN ALGUNAS DE LAS DISPOSICIONES DEL ACERVO DE SCHENGEN CONTENIDAS EN EL REGLAMENTO (CE)

Consta sólo de dos artículos, el primero sobre el objeto de la Decisión, y el segundo sobre la entrada en vigor, que será al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

En cuanto al art. 1 la Decisión consiste en dejar de aplicar al Reino Unido de Gran Bretaña y a Irlanda del Norte en lo que respecta al Reglamento (CE) n. 377/2004 del Consejo y a cualquier modificación ulterior a partir de la entrada en vigor de la refundición propuesta del Reglamento Europeo y del Consejo sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración.

VI. DECISIÓN (UE) 2019/274 DEL CONSEJO RELATIVA A LA FIRMA, EN NOMBRE DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA, DEL ACUERDO SOBRE LA RETIRADA DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA

Es igualmente una norma de derecho transitorio que pretende garantizar un proceso ordenado de la retirada, de manera que no se le retira por un tiempo la condición de estado miembro a los solos efectos de que se autorice la firma en nombre de la Unión y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo sobre la retirada de estos, a reserva de la celebración de dicho acuerdo. Se autorizan, al presidente del Consejo Europeo y al presidente de la Comisión para la firma, en nombre de la Unión y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Inmediatamente después de la firma del Acuerdo, la Comisión notificará a las partes en los acuerdos internacionales a que se refiere el art. 2, letra a) inciso iv) del Acuerdo que, a reserva de su entrada en vigor, deberá tratarse al Reino Unido durante el periodo transitorio como un estado miembro a efectos de dichos acuerdos internacionales.

VII. DECISIÓN (PESC) 2019/346 DEL CONSEJO DE 28 DE FEBRERO DE 2019, POR LA QUE SE NOMBRA AL REPRESENTANTE ESPECIAL DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LOS DERECHOS HUMANOS

El Consejo adoptó la Decisión en 2012 de nombrar a D. Stavros Lambrinidis, cuyo mandato finalizó en febrero de 2019, y ahora nombra a D. Eamon Gil More, hasta febrero de 2021, con la posibilidad de controlar su función y en su caso acortar el mandato en función de una evaluación del Comité Político y de seguridad (CPS) y a propuesta de la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

Los objetivos que han de cumplirse con este nombramiento son fundamentalmente los de fomentar la eficacia, presencia y visibilidad de la Unión en la defensa y promoción de los derechos humanos en el mundo, intensificando la colaboración con terceros países, socios, mundo empresarial, sociedad civil y organizaciones internacionales, mediante foros, que potencien el fortalecimiento de la democracia, el Estado de Derecho, y el buen gobierno, dando mayor coherencia a las acciones en este campo y en el exterior de la Unión.

El importe de la financiación es de 2.100.270.50 euros a ejecutar entre el 1 de marzo de 2019 y 28 de febrero de 2021, debiendo rendirse cuentas a la Comisión de todos los gastos.

VIII. DIRECTIVA (UE) 2019/692, DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 17 DE ABRIL, POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2009/73/CE SOBRE NORMAS COMUNES PARA EL MERCADO INTERIOR DEL GAS NATURAL

La Directiva tiene como finalidad el desarrollo de criterios de colaboración con terceros países y permitir que los estados miembros puedan establecer relaciones comerciales fomentando la libre competencia mediante un procedimiento coherente y ordenado.

Las negociaciones con terceros países deberán ser autorizadas por la Comisión, que velará por el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Directiva. Esta autorización no se concederá cuando pueda entrar en conflicto con el derecho de la Unión, cuando sea perjudicial para el funcionamiento del mercado interior del gas natural, socave los objetivos de negociaciones pendientes sobre acuerdos intergubernamentales, o cause discriminación.

Igualmente, las decisiones autorizando o rechazando esas negociaciones se adoptarán de acuerdo con un procedimiento consultivo, en el que la Comisión podrá proporcionar orientación, y solicitar la inclusión de cláusulas concretas en el acuerdo, para lo que deberá estar en todo momento informada de la marcha de las negociaciones.

IX. DIRECTIVA (UE) 2019/633 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 17 DE ABRIL, RELATIVA A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN LAS RELACIONES ENTRE EMPRESAS EN LA CADENA DE SUMINISTRO AGRÍCOLA Y ALIMENTARIO

Los desequilibrios que se producen entre proveedores y compradores en la cadena alimentaria, exigen la corrección de posibles excesos por parte de las grandes compañías y la defensa de las posiciones más débiles. La Directiva tiene como finalidad la introducción de garantías en estas relaciones comerciales, defendiendo a los proveedores frente a empresas de fuerte posición económica.

Los contratos de suministros deberán adaptarse a esa normativa en el plazo de un año. Las prácticas consideradas como desleales son:

- Un plazo mayor de 30 días para abonar al proveedor el importe de su facturación.
- Que no esté prefijada la fecha de entrega de los productos.
- Que se pueda cancelar un pedido en un plazo tan breve que no permita al proveedor encontrar una alternativa de posicionar su mercancía.
- La modificación de condiciones pactadas sobre lugar, calendario, método, frecuencia o volumen de suministro.
- Abonos por deterioro o pérdida de la mercancía.
- La negativa a confirmar por escrito los términos de la contratación.
- La divulgación de datos sobre el proveedor sin autorización de este.

-La amenaza de represalias por parte del comprador que desprestigien al proveedor sobre su mercancía. Las exigencias de compensación sin justificación de pérdida o deterioro de mercancía.

Igualmente, por parte de los estados debe garantizarse una legislación que prohíba prácticas comerciales que permitan al comprador la devolución de la mercancía sin justificación, gastos de almacenamiento, o costes de promoción de la mercancía, publicidad o acondicionamiento de locales de negocio.

Cada estado deberá nombrar una autoridad de ejecución de su propio estado que velará porque se cumplimente la Directiva y tomará las medidas necesarias para impedir los abusos. Se fomentará la mediación como método de resolución de conflictos y cada año se enviará un informe a la comisión con una valoración de seguimiento de esta Directiva.

X. DIRECTIVA (UE) 2019/713 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO, DE 17 DE ABRIL, SOBRE LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA FALSIFICACIÓN DE MEDIOS DE PAGO DISTINTOS DEL EFECTIVO Y POR LA QUE SE SUSTITUYE LA DECISIÓN MARCO 2001/413/JAI DEL CONSEJO

Esta Directiva tiene como objetivo fundamental el control del fraude informático en instrumentos de pago dinerario distinto al efectivo. Para ello tipifica dos delitos, el de "la utilización fraudulenta de un instrumento distinto del efectivo que haya sido objeto de robo o de otra forma de apropiación u obtención ilícita", y el de "la utilización fraudulenta de un instrumento de pago distinto del efectivo falsificado o alterado".

Y atribuye a los estados miembros la tipificación de conductas relacionadas con la sustracción o cualquier forma de apropiación ilícita de un instrumento de pago material distinto del efectivo, la falsificación o alteración fraudulenta de un instrumento de pago material distinto del efectivo, la posición para su utilización fraudulenta de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido objeto de robo u otra forma de apropiación ilícita, o de falsificación o alteración, y finalmente, la obtención, para sí mismo o para otra persona, incluida la recepción, apropiación, compra, transferencia, importación, exportación, venta, transporte o distribución, de un instrumento de pago material distinto del efectivo, que haya sido robado, falsificado o alterado para su utilización fraudulenta.

En relación con los medios de pago inmateriales, también deben tipificarse por parte de los estados miembros, los actos de obtención ilícita de un instrumento

de pago inmaterial distinto del efectivo, al menos que se trate de infracciones consideradas en la Directiva 2013/40/UE, la falsificación de un instrumento de pago inmaterial, o la posesión de un instrumento de pago obtenido de manera ilícita si se conocía por esa persona que se trataba de un medio ilícito. Finalmente, se penalizará la obtención para sí mismo o para tercera persona de instrumento de pago inmaterial que haya sido falseado o alterado para su utilización fraudulenta.

Igualmente, respecto de los sistemas de información, se tipificarán las conductas que consistan en transferencias con ánimo defraudatorio y perjuicio patrimonial cuando se cometan interfiriendo en el funcionamiento del sistema o se ejecuten alterando, borrando, o suprimiendo indebidamente datos informáticos.

En relación con las personas jurídicas, se penalizarán estas conductas con medidas de exclusión de ayudas públicas, financiación o inhabilitación del ejercicio de actividades comerciales, o intervenciones judiciales o clausura de los establecimientos.

La competencia para el conocimiento de estas denuncias y conductas se someterá a la regla de competencia y jurisdicción territorial sin perjuicio de la cooperación de los estados miembros para el esclarecimiento de hechos y situaciones que sean necesarios.

Finalmente, el apoyo a las víctimas se facilita mediante procedimientos destinados a favorecer la formulación de las quejas y el asesoramiento necesario para llevar las a cabo.

XI. DIRECTIVA (UE) 2019/789 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 17 DE ABRIL, POR LA QUE SE ESTABLECEN NORMAS SOBRE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES APLICABLES A DETERMINADAS TRANSMISIONES, EN LÍNEA DE LOS ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN Y A LAS RE-TRANSMISIONES DE PROGRAMAS DE RADIO Y TELEVISIÓN, Y POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 93/83/CEE

Esta Directiva establece normas destinadas a mejorar el acceso transfronterizo a un mayor número de programas de radio y televisión, facilitando la obtención de derechos para la prestación en línea que son accesorios a la emisión de determinados tipos de programas de radio y televisión.

Estos servicios consistirán en programas de radio, y programas de televisión de noticias y actualidad, o producciones propias del organismo de radiodifusión, en un servicio accesorio en línea por parte de ese organismo o bajo su control y responsabilidad, así como los actos de reproducción de dichas obras u otras prestaciones.

XII. DIRECTIVA (UE) 2019/790 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 17 DE ABRIL SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL Y POR LA QUE SE MODIFICAN LAS DIRECTIVAS 96/9 CE Y 2001/29/CE

La Directiva contiene una larga motivación respecto de la necesidad de establecer normas de armonización en la materia, y también una compleja estructura en su articulado, distinguiendo entre las disposiciones generales, y en los sucesivos títulos, las medidas dirigidas a adaptar las excepciones y limitaciones al entorno digital y transfronterizo, la concesión de licencias y la garantía de un mayor acceso a los contenidos, y las de garantía del funcionamiento del mercado de los derechos de autor.

El Título I se dedica a las cuestiones generales sobre el objeto y el ámbito de aplicación, definiendo los términos más usuales, en relación con el mercado digital.

En el Título II se consideran las medidas a adoptar para la adaptación de las excepciones y limitaciones al entorno digital y transfronterizo. Así, las copias y material deberán ser tratados y almacenados en condiciones de seguridad, y la conservación de datos y textos.

El material deberá ser utilizado por responsables de los centros de enseñanza, con disponibilidad de su uso, referencias visibles de sus autores y correcta determinación de sus fuentes, y posibilidad de utilización a las autoridades responsables del patrimonio cultural.

En el Título III se regula el uso de las obras, como prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural, con la posibilidad de que los estados miembros puedan establecer requisitos específicos, como fechas límite o licencias especiales.

Se establecen mecanismos de mediación para los problemas que puedan surgir en el acceso y disponibilidad de obras audiovisuales en plataformas de video a la carta, estableciendo un organismo imparcial, que prestará asistencia a los negociadores, pudiendo presentarles propuestas e intermediar en la negociación.

En el Título IV se establecen medidas para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de autor. Así en materia de protección las publicaciones de prensa, en su uso en línea, se exceptúan de las reglas generales de las Directivas anteriores permitiendo una mayor liberalización de los contenidos, y la percepción de cantidades adicionales a las pactadas para los autores en los casos de mayor difusión.

Finalmente se establecen algunos mecanismos como las garantías de la transparencia informativa, el abono de cantidades a los autores en función de las emisiones, o los derechos de revocación.

XIII. DIRECTIVA 2019/770 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 20 DE MAYO, RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

Esta Directiva tiene como objeto la contribución al correcto funcionamiento del mercado interior, proporcionando un alto nivel de protección de los consumidores, a través del establecimiento de normas comunes sobre determinados aspectos relativos a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores para el suministro de contenidos y servicios digitales.

La Directiva se aplica a todo contrato en virtud del cual un empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor, y este, paga o se compromete a pagar un precio.

Al objeto de mantener una uniformidad básica en el derecho de la Unión en esta materia, el art. 4 exige a los Estados que no introduzcan en su derecho nacional disposiciones que se aparten de las establecidas en la Directiva, salvo que expresamente se permitan en ella.

En relación con los requisitos de las partes, se prevén exigencias como la de que los artículos sean acordes con la descripción, cantidad, y calidad; adaptación a los fines que han de cumplir, y entrega en condiciones de ser expuestos, con accesorios e instrucciones precisas, que se detallan exhaustivamente en todos los artículos.

Y se regulan aspectos procesales de los posibles litigios, como la carga de la prueba, los derechos de terceros y la responsabilidad empresarial, o el posible derecho de repetición.

XIV. DIRECTIVA (UE) 2019/1 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 11 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE DOTA A LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA PARA APLICAR LAS NORMAS Y GARANTIZAR MÁS EFICAZMENTE EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO INTERIOR

Para ello, se recomienda en los primeros artículos que los Estados miembros velen por la preparación y capacidad de sus autoridades respectivas para conocer el derecho y las normas de aplicación de los art. 101 y 102 del TFUE, así como que tengan los efectivos suficientes para trabajar con solvencia profesional.

En relación con las inspecciones técnicas, se debe intentar que las autoridades nacionales tengan esa cualificación, y puedan realizar auditorías e inspecciones en las empresas al objeto de constatar los extremos necesarios en su función inspec-

tora. Igualmente, en relación con entrevistas, tanto en relación con la solicitud de información a las personas representantes de las empresas a las que entrevisten, como a las que necesariamente hayan de solicitarles información.

En los casos de necesitarse medidas cautelares contra empresas que puedan producir daños irreparables o perjuicios a terceros, debe garantizarse la legalidad de las medidas, con interdicción de toda arbitrariedad, igual que en la actividad sancionatoria, que deberá ajustarse a criterios de seguridad jurídica.

Las multas que pueden imponerse por infracciones cometidas, tendrán en cuenta el volumen de negocio y su estado de solvencia, así como la solicitud de exención del pago de estas.

La prescripción de las faltas cometidas debe de tener en cuenta los plazos de cómputo de fechas sin perjuicio de los de las normas procesales de ámbito nacional.

XV. REGLAMENTO (UE EURATOM) 2019/493 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 25 DE MARZO POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO (UE EURATOM) 1141/2014, EN LO QUE RESPECTA A UN PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN RELATIVO A LAS INSTRUCCIONES DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL CONTEXTO DE LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO

El Reglamento establece algunas modificaciones respecto de la normativa anterior y crea la figura de una Autoridad que pueda desempeñar las funciones de protección de la integridad del proceso electoral en condiciones de neutralidad.

Aquellos partidos políticos que no respeten las normas en materia de protección de los datos personales, serán sancionados en función de lo que establece un art. 10 bis de este Reglamento, que activa el mecanismo sancionatorio.

Y el art. 27 recoge y tipifica una conducta punible añadiendo un inciso al punto a) del apartado 2 letra a) que establece dice textualmente que se incurrirá en este supuesto "cuando de conformidad con el procedimiento de verificación previsto en el art. 10 bis, se considere que un partido político europeo o una fundación política ha influido o ha intentado influir deliberadamente en el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo provechándose de una infracción de las normas aplicables en materia de protección de datos personales".

XVI. DECISIÓN DEL SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS DE 2 DE ABRIL DE 2019, RELATIVA A LAS NORMAS INTERNAS SOBRE LAS LIMITACIONES DE DETERMINADOS DERECHOS DE LOS INTERESADOS, EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES EN EL MARCO DE LAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS

La Decisión contiene normas relativas a las condiciones en que se puede limitar la aplicación de los artículos 14 al 20, 35 y 36, y el art. 4, sobre la base del art. 25 del Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativo a la proyección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos.

La Decisión admite la limitación de esas normas en casos determinados como se lleven a cabo procedimientos disciplinarios, o irregularidades graves sobre corrupciones que conlleven denuncias, de forma confidencial.

Toda restricción habrá de respetar los derechos fundamentales, y se hará conforme a la proporcionalidad y medida exigidos en una sociedad democrática.

Resumen

Durante este semestre, la legislación producida por la UE ha estado condicionada por la situación del Reino Unido, lo que ha generado un importante número de Decisiones para facilitar la transición. También se han producido importantes Directivas, en las que se modifican las normas comunes para el mercado interior del gas natural, el control de prácticas comerciales desleales, mecanismos de erradicación de fraudes en las operaciones comerciales por internet, la protección de los consumidores en el comercio exterior, la defensa de los derechos de autor, y un Reglamento sobre protección de datos en el proceso electoral recientemente celebrado a las elecciones del Parlamento Europeo.

Palabras claves

Brexit, mercado interior, fraude, consumidores, derechos de autor, protección de datos.

Abstract

During this semester, the legislation produced by the EU has been conditioned by the situation in the United Kingdom, which has generated a significant number of Decisions to facilitate the transition. There have also been important Directives, which modify the common rules for the internal market of natural gas, the control of unfair commercial practices, mechanisms for the eradication of fraud in commercial transactions over the Internet, the protection of consumers in commerce, the defense of copyright, and a the

regulation on data protection in the electoral process recently held in the European Parliament elections.

Keywords

Brexit, internal market, consumers, copyright, data protection.

Recibido: 15 de junio de 2019

Aceptado: 17 de junio de 2019

Foro

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SIN FRONTERAS¹

The principle of legality without frontiers

VASCO PEREIRA DA SILVA

*Profesor de Derecho Público. Universidad de Lisboa**

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. De lo global a lo individual. El principio de legalidad sin fronteras.
- III. Palabras finales.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quiero agradecer profundamente el título de doctor honoris causa que me entrega hoy la Universidad Leibniz de Hannover, a propuesta de su Facultad de Derecho. Es para mí un gran honor este reconocimiento por parte de una universidad distinta a la mía y de un país europeo que no es el mío. Ser profesor es lo único que sé hacer: enseñar e investigar ha sido mi tarea a lo largo de la vida, y lo que todavía hago con gran satisfacción y alegría. Fue Roland Barthes el que dijo que un profesor no tiene otra labor que "investigar y hablar", su investigación es "soñar en voz alta"². También se trata de soñar despierto y contar a los demás esos sueños. Para mí investigar es hacer realidad un sueño y compartir ese sueño con los demás.

En este momento pienso en mi familia, a la que he de agradecerle todo. Mis padres me han hecho lo que soy. Mi padre, Nuno António, también fue jurista, notario concretamente, y de él aprendí el sentido del derecho y de la justicia. Mi madre, Maria Regina, fue maestra y de ella aprendí lo importante que es la dedicación a los

* Traducido del alemán y del inglés por Miguel Azpitarte Sánchez.

1 Este texto recoge el discurso de aceptación del Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Hanover (Alemania).

2 R. BARTHES, *Leçon Inaugurale de la Chaire de Sémiologie Littéraire du Collège de France prononcée le 7 Janvier 1977*, Seuil, Paris, 1978, p. 9.

alumnos y que la enseñanza exige pasión. Si estuviesen vivos, estarían especialmente felices de poder compartir este momento con nosotros.

Mi mujer Maria João, el amor de mi vida, es también mi colega, en tanto que profesora de derecho público. En broma me gusta decirle que nuestro matrimonio es "una comunidad en separación laboral". Algo que en realidad no es verdad, pues la vida en común obliga a compartir los malos y buenos ratos del mundo académico.

Nuestra hija Sofía, nacida en el año 2000, esto es, al cambiar de siglo, ha cumplido recientemente 18 años y ha logrado superar el "Abi" con la máxima nota en el Colegio alemán de Lisboa. Ahora va a la Universidad, un momento importante en el que se toma una decisión de por vida. Su elección ha sido la bioquímica, apartándose de la monotonía de la familia. Su sueño es una carrera como investigadora. Mi esperanza es que con la compañía adecuada (también la de sus padres) logre este objetivo y realice su sueño. Con todo el corazón dedico a "mis chicas" este honor académico.

Me acuerdo de mi primera estancia en Hannover, en 1990, cuando participé en un encuentro del grupo de ELPIS. Me encontré entonces con el Profesor Hilmar Fenge, el "padre fundador" del grupo de ELPIS, que nació en el año 1984, gracias a sus relaciones académicas con diversas Facultades europeas. Hoy día ELPIS es el grupo académico más grande e importante, que, en el marco del Programa Erasmus, organiza el intercambio de estudiantes, profesores y personal administrativo de países europeos y algunos no europeos. ELPIS es un acrónimo del término inglés "European Legal Practice Integrated Studies", pero, en griego clásico, también significa esperanza, y esta es la característica que mejor distingue a la Universidad (ayer y hoy). De la red ELPIS ("Erasmus ELPIS Network") surgió en 2006 un Máster, también llamado ELPIS, que es ofertado por las Facultades de Derecho de Hannover, Lisboa, Rouen y Vilnius (la Universidad Mykolas Rome-ris), siempre con el objetivo de formar verdaderos juristas europeos (y financiado con el Programa Erasmus Mundus).

Cuando llegué por primera vez a Hannover, en esos días de invierno de 1990, nunca hubiera pensado en que años después, en 2015, sería sucesor de Hilmar Fenge y Bernd Oppermann en la dirección del ELPIS, y que de ellos aprendería la tarea de coordinar "la esperanza" (esto es, el ELPIS) y contribuir a fundar la "Europa de las Universidades".

La Universidad de Hannover es conocida por sus excelentes profesores, empezando por el que le da nombre, Gottfried Wilhelm Leibniz, jurista, filósofo, matemático y científico, que a lo largo de su vida intentó, con la doctrina de las

mónadas, armonizar la unidad con lo infinito, lo individual con el todo. En el ámbito del derecho, con su trabajo "Un nuevo método para aprender y enseñar la jurisprudencia" («Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae»), introdujo una tradición que desde entonces han seguido las Facultades de derecho, intentando vincular fondo y método, teoría y praxis, derecho alemán con europeo, lo internacional con lo global.

Puedo constatar que esta tradición que viene de Leibniz ha tenido continuidad a través de importantes profesores de la Universidad de Hannover, a los que he conocido a través de mis estancias docentes y diversos coloquios. Como ya he dicho, Hilmar Fenge fue el primer coordinador del ELPIS; pero además es un magnífico profesor de derecho civil y derecho procesal civil. Es un verdadero europeo, un precursor y pionero del Programa Erasmus. En muchas ocasiones ha sido docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.

Su sucesor en la coordinación del ELPIS, el profesor Bernd Oppermann, es especialista en derecho civil y mercantil, pero también en derecho europeo e internacional. En ese sentido se mantiene fiel a la tradición cosmopolita de Leibniz. Con él he participado en muchos coloquios, conferencias y encuentros, desde China a Brasil, pasando por otras ciudades europeas y mundiales. El profesor Oppermann acude con regularidad a la Facultad de Derecho de Lisboa para enseñar a través de seminarios intensivos el derecho de la competencia de la Unión; y estuvo presente en la Conferencia internacional con ocasión del centenario de mi Facultad (2010).

En Hanover también he tenido el placer de conocer al profesor Heiko Faber, que ha compartido conmigo algunas lecciones sobre derecho administrativo y derecho procesal administrativo. De él he tomado el concepto "infraestructura administrativa", típica del Estado postsocial, concepto que a menudo uso en mis tareas docentes. Y asimismo he conocido en Hanover al profesor Epping, cuyos escritos sobre derechos fundamentales han influido en mi concepción jurídica. Al profesor Veith Mehde, con quien he compartido muchas mesas redondas en la Universidad de Rouen. Al profesor Germelmann, destacado experto en derecho de la Unión, que vendrá este año a Lisboa para dar un curso intensivo sobre derecho a la energía. Estuve con él recientemente en las reuniones de ELPIS y la SIPE (a los que ambos pertenecemos) y ha tenido hoy la amabilidad de realizar la *laudatio* junto al profesor Oppermann, de lo que estoy muy agradecido.

Mi conferencia de agradecimiento se ocupa de una cuestión que me interesa profundamente; es además la continuidad de otra que di aquí en Hanover en enero de 2018. Como saben, soy profesor de derecho público, que ha ocupado su

docencia e investigación preferentemente en el ámbito del derecho administrativo y del derecho procesal administrativo, pero que de ningún modo ha descuidado el derecho constitucional (en especial los derechos fundamentales), así como ámbitos jurídicos novedosos, por ejemplo, el derecho medioambiental o el derecho cultural. Sin embargo, en los últimos tiempos me ocupo de la cuestión relativa al "derecho público sin fronteras", en cuyo marco, mediante un análisis combinado de sus tres facetas, se intenta alcanzar una comprensión multilateral y cosmopolita del fenómeno del derecho público en su dimensión de la comparación jurídica, el derecho europeo y el derecho global. La conferencia que di aquí a principios de año se titulaba "The Impact of Administrative law without frontiers on Portuguese Administrative law". En esta ocasión quiero tratar las consecuencias del derecho administrativo sin fronteras sobre la teoría de las fuentes del derecho, en especial del derecho administrativo. Hay buenas razones para tratar este tema, pues desde la perspectiva del derecho público sin fronteras considero que el ciudadano europeo y cosmopolita debe reaccionar frente a este verdadero "huevo de la serpiente" (como afirma Ingmar Bergman en el film del mismo nombre)³ que supone el regreso del populismo a Europa y América.

Finalmente querría añadir algo sobre la lengua elegida para esta conferencia. He dudado mucho entre el inglés y el alemán. En otras ocasiones he usado una u otra, pero hoy (con el permiso de quien ha realizado la *laudatio*, mi "padrino" como los llamamos académicamente en Portugal), me he decidido por utilizar las dos, la alemana para esta introducción y las referencias finales, y el inglés para la parte científica. En este sentido, espero que la Universidad que me concede el doctorado honoris causa y el país en el que se encuentra acepten el uso del inglés, haciendo gala del cosmopolitismo de Hanover y de la Alemania actual, pues es el idioma del ELPIS, y de este modo el acontecimiento de hoy cobra una dimensión internacional. En verdad, citando a Umberto Eco, se podría decir que el idioma elegido no es una cuestión esencial cuando a la luz de la belleza y diversidad de las lenguas europeas se constata que la "verdadera lengua europea es la traducción".

II. DE LO GLOBAL A LO INDIVIDUAL. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SIN FRONTERAS

La evolución del principio de legalidad, entendido primero como la compatibilidad con las leyes y luego con la vinculación a la ley en un sentido amplio, esto

3 I. BERGMAN, "Das Schlangenei", 1977.

es, a los principios generales que estructuran el ordenamiento, es uno de los temas actualmente más fascinantes en la teoría de las fuentes en el derecho constitucional y administrativo. Pero también es indicativo de la transformación del derecho administrativo, que ha evolucionado desde un derecho puramente doméstico hasta un derecho administrativo sin fronteras⁴.

El principio de legalidad en el derecho administrativo, con su "difícil infancia"⁵, requiere un acercamiento psicoanalítico si queremos entender la evolución del sistema de fuentes. El "traumático proceso" que experimentó el derecho administrativo al desarrollar la relación entre la administración y la ley, pide en realidad un tratamiento enteramente nuevo de las fuentes del derecho público.

La construcción teórica del principio de legalidad fue la gran contribución de la época liberal al derecho administrativo. En opinión de los autores del momento, la administración pública había de tener un ámbito limitado, tanto orgánica como funcionalmente. De acuerdo con los liberales del XIX, la función de la administración era garantizar los derechos de libertad y propiedad a través de la seguridad pública. El deber específico de la administración consistía en salvaguardar la seguridad interna a través de la policía y la externa mediante las fuerzas armadas.

Desde este punto de vista, para el pensamiento liberal la administración se veía como limitadora de derechos individuales; se la habilitaba con autoridad y fuerza física para imponer sus decisiones; siguiendo a Bachof, se trataba de una Administración "agresiva" (*Eingriffsverwaltung*)⁶. En cierta medida era una construcción contradictoria, pues de un lado determinaba que el poder de la Administración estaba limitado por la ley, pero por otro, argumentaba que la administración era libre para actuar en todos los asuntos que no estaban expresamente regulados por la ley. De este modo, aunque los autores liberales querían construir el principio de legali-

4 V. PEREIRA DA SILVA, "The impact of Administrative Law without Frontiers on Portuguese Administrative Law", Facultad de Derecho de la Universidad Leibniz, Hanover, enero de 2018.

5 V. PEREIRA DA SILVA, "Zur Psychopatologie des Alltagslebens des portugiesischen Verwaltungsprozessrechts", en B. H. OPPERMAN, H. FENGE, V. PEREIRA DA SILVA, S. CALMES-BRUNET y R. VALUTYTE (eds.), *International Legal Studies III*, Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Wittenberg, 2016, p. 151; V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Constituição. Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 9; V. PEREIRA DA SILVA y A. SALGADO DE MATOS, "Die Grundzüge des Nationalen Verwaltungsrechts in Gemeinschaftlicher Perspektive – Portugal", en A. VON BOGDANDY, S. CASSESE y P. HUBER, *Handbuch Ins Publikum Europeum*, vol. V, C.F. Müller, 2014, p. 561-629.

6 O. BACHOF, "Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 30, 1972, p. 277.

dad como un instrumento de protección del individuo en su relación vis a vis con la administración, tal protección quedaba limitada y dejaba un amplio margen de actuación. Era algo más que discrecionalidad; era realmente actuación arbitraria por parte de la administración dada la escasa legislación sobre la libertad y la propiedad, y la existencia de pocos límites sobre el poder de la administración. Si el parlamento aprobaba una ley, la administración no podía actuar contradiciéndola, pero en todos aquellos asuntos no regulados por la ley, la administración era libre para hacer lo que quisiera y podía ejercer su poder de forma irrestricta.

Todo esto condujo a la construcción de un tipo de derecho administrativo concernido exclusivamente con el "ejercicio de poder" y que vio "la acción de policía" como el modelo de toda acción administrativa. El énfasis se marcó en el "acto administrativo", considerado el "centro" de un derecho administrativo restrictivo de derechos individuales, capaz de ejercerse coercitivamente contra la voluntad de sus titulares⁷.

Pero la verdad es que la mayoría de las acciones llevadas a cabo por la "administración proveedora de servicios" ("*Leistungsverwaltung*" en términos de Otto Bachof⁸), típica del Estado social, no puede ser implementada coercitivamente contra la voluntad de los individuos, precisamente porque otorgan un servicio, porque declaran derechos o distribuyen bienes y servicios entre los individuos. El destinatario individual desea la ejecución del acto. Por tanto, carece de sentido afirmar que es aplicado coercitivamente contra la voluntad de ese individuo. Y tampoco es apropiado hablar de ejecutoriedad puesto que no existe la posibilidad (física) de ejecutar una acción contra la voluntad del individuo. Y lo mismo ocurre con una medida administrativa multilateral, que es típica de la administración de la infraestructura (*Infrastruktur Verwaltung*) referida por Heiko Faber⁹, y que caracteriza nuestro Estado postsocial, en el que la multiplicidad de sujetos jurídicos afectados no es consistente con el carácter unilateral de la ejecución.

Los pensadores liberales concibieron el principio de legalidad como una suerte de "right in rem", siguiendo la imagen de la propiedad privada, una suerte de "propiedad" que se enfrentaba a otras propiedades (norte, sur, este y oeste)¹⁰. En conse-

7 V. PEREIRA DA SILVA, "Em Busca do Ato Administrativo Perdido", Almedina, Coimbra, 1996, p. 38.

8 O. BACHOF, *op. cit.*, p. 277.

9 H. FABER, *Auf einem Dritten Weg. Festschrift für Helmut Ridder zum siebzigsten Geburtstag*, Luchterhand, Munich, 1989, p. 291; "Verwaltungsrecht", *JuristenZeitung*, núm. 15/16, 1989.

10 Véase F. LUCAS PIRES, *O Problema da Constituição*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1970.

cuencia, el principio de legalidad era visto como un espacio reservado en exclusiva, un principio de "reserva de derecho" (similar a una reserva de caza) combinado con "un principio de preferencia" que era usado para descartar interferencias externas y dar primacía a las disposiciones legales.

Del mismo modo sería posible hablar de una "reserva de administración", de un área libre de las interferencias del poder judicial y que correspondería con los poderes discrecionales de la administración. Esta perspectiva, influida por los "traumas de la difícil infancia" del derecho administrativo, llevó a Marcello Caetano a argumentar que los poderes discrecionales constituyen una excepción al principio de legalidad¹¹, que es lo mismo que decir que se trata de un área dejada a la libre voluntad de la administración, dentro de un ámbito en el que puede hacer lo que quiera. Es una perspectiva "traumática", compartida por la mayoría de los académicos portugueses, que definen la discrecionalidad como un poder "libre" de la administración, como si la "libertad" pudiese ser atribuida bajo determinadas circunstancias a la autoridad pública. Por el contrario, la autoridad pública solo puede actuar de conformidad con la ley, sus decisiones están siempre determinadas por el ordenamiento y el resultado es que nunca son libres.

El entendimiento liberal de la legalidad ya no tiene sentido. La administración hoy no está sujeta solo al derecho formalmente legislado, sino al entero ordenamiento jurídico. Toda decisión de la administración es la realización, para un caso concreto, de una decisión del sistema jurídico. Por tanto, la administración no tiene libertad de elección. La administración debe aplicar en cada caso la elección del legislador, la elección del sistema legal en su conjunto.

Sin embargo, esto no significa que no quede un margen de maniobra para la administración; se espera de esta que tome decisiones dentro de los parámetros definidos por el legislador. El legislador no puede regular todo, ni puede hacerlo de manera exhaustiva, encargado como está de la regulación general y abstracta. Por tanto, cuando la administración construye y aplica una disposición legal, la recrea, teniendo en mente las circunstancias actuales y lo hace para el caso concreto. La administración concreta las normas y principios del ordenamiento y es responsable de las decisiones que toma.

La responsabilidad de la administración debería implicar también la posibilidad de una revisión judicial completa. Mientras que, de acuerdo con el pensamiento liberal, se daba por hecho que la administración era libre y de este modo los tribunales no podían intervenir en materias "reservadas", hoy se acepta de manera general, al

11 M. CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1980, p. 506.

margen del tipo de poderes, discrecionales o vinculantes, que se trata en cualquier caso de una cuestión de aplicación de normas para un caso. Por tanto, los tribunales siempre tienen algo que decir. Sea una cuestión de los llamados poderes discrecionales o de poderes vinculantes, tratamos con el ejercicio de potestades, vinculadas al principio de legalidad, y por tanto susceptibles de control judicial.

La comprensión actual de la legalidad no significa solo estar sometido a la ley aprobada por el parlamento, sino estar vinculado al conjunto del ordenamiento jurídico; la legalidad es sinónimo de aquello que en Alemania y Portugal llamamos "juridicidad". La expresión "*Grundsatz der Rechtsmässigkeit der Verwaltung*" fue acuñada y generalizada por los académicos alemanes. En Portugal, Rogerio Soares¹², entre otros, fue el responsable de su expansión.

De acuerdo con el artículo 3.1 del Código portugués de procedimiento administrativo, "los órganos de la administración pública deben actuar de acuerdo con la ley y el derecho". Es una fórmula feliz pues establece la correspondencia entre una dimensión estricta y otra amplia del principio de legalidad, pero sin limitarla al cumplimiento de la ley en sentido estricto, sino al conjunto del sistema jurídico. La administración, en sus diversos niveles, está sometida a todo el ordenamiento jurídico. En el nivel supra legal, la administración está sujeta al derecho constitucional, al derecho europeo, internacional y global. En el nivel legal, dentro del ordenamiento portugués, la administración está sometida a la ley aprobada por el parlamento, decretos-leyes del gobierno y decretos legislativos regionales (aprobados por los parlamentos autonómicos). En el nivel infra legal, la administración está vinculada por sus propios actos y acciones, sean planes, regulaciones, contratos o actos administrativos.

La administración está sujeta al principio de legalidad, que recoge vastas áreas, desde el derecho internacional hasta las propias decisiones de la administración. De resultas, el principio de legalidad debe abordarse de un modo distinto: la dimensión simplemente formal, típica del XIX, ya no es suficiente y debe ser entendida en un sentido material. Esto significa que la administración está sujeta al sistema legal y a

12 En el Derecho alemán, véase M. JESTAEDT, "Maßstäbe des Verwaltungshandelns", en H. U. ERICHSEN y D. EHLERS (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 2010, p. 239. En Portugal, véase R. G. E. SOARES, "Interesse Público, Legalidade e Mérito", Coimbra, 1955, p. 57; M. REBELO DE SOUSA y A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, Dom Quixote, Amadora, 2004, p. 155; V. PEREIRA DA SILVA, "Do Princípio da Legalidade à Juridicidade. O Sentido Atual das Fontes em Direito Público", *Osservatorio sulle fonti*, año X, núm. 3, 2017. Disponible en Internet: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

todos los principios contenidos en el conjunto de las fuentes del derecho, dando una nueva dimensión "sin fronteras" al principio de legalidad¹³.

Actualmente somos testigos de la transformación de un principio cerrado, en otro concepto material, abierto y flexible, por el cual la administración está sujeta a todo tipo de fuente del derecho. Como consecuencia de esta transformación del principio de legalidad, se ha de abandonar la perspectiva típica del liberalismo decimonónico, que afirmaba la autonomía de la administración –y su primacía– sobre todo tipo de fuentes más allá de la ley.

La actitud inicial de una administración vis a vis con la Constitución, respondía a una postura arrogante, que se hacía patente en las palabras de Otto Mayer, cuando dijo que "el derecho constitucional pasa; el derecho administrativo permanece" (*Verwaltungsrecht besteht, Verfassungsrecht Vergeht*)¹⁴. La idea que latía bajo esta afirmación suponía que el derecho constitucional era un "asunto para políticos" antes que para juristas y que los cambios políticos que implicaba la Constitución no eran relevantes para el derecho administrativo, pues se movían al margen de lo que realmente ocurría en el mundo. La comprensión de un derecho administrativo inmune a la Constitución encuentra su origen en el desdén del derecho administrativo, que se consideraba superior a todo, pero también fue el resultado de una cierta impotencia del derecho constitucional, incapaz de alcanzar en ese momento una verdadera normatividad.

Hay que esperar hasta el siglo XX (particularmente en la segunda mitad del siglo), cuando la justicia constitucional se convierte en una realidad, para que el derecho constitucional deje de ser político y comience a ser visto como la base del conjunto del sistema. Este cambio también condujo a la comprensión del "derecho administrativo como derecho constitucional concretizado" (Fritz Werner¹⁵). Sin duda, supone un cambio de paradigma esta transición desde la indiferencia a la dependencia del derecho administrativo en relación con el constitucional. Desde ese punto de vista, las Constituciones contienen normas y principios fundamentales relativos a la organización, actividad y control de la administración; por otro lado,

13 Véase M. RUFFERT, "Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts", en W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ARMAN y A. VOßKUHLE (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, Beck, Munich, 2012, p. 1165.

14 O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 1, Von Duncker & Humboldt, Berlin, 6ª. ed., 1969, p. VI.

15 F. WERNER, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", en F. WERNER, *Recht und Gericht unserer Zeit*, Carl Hermanns Verlag, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, 1971, p. 21

se convierte en misión de la administración concretar y aplicar esas normas y principios constitucionales.

En estas circunstancias se hace necesaria la "cooperación fructífera entre la doctrina constitucionalista y la doctrina administrativista", puesto que "el derecho administrativo existe, se transforma y desaparece, tanto en sentido material como formal, junto al derecho constitucional –y unido a él de manera indisoluble (P. Häberle¹⁶). Este "cordón umbilical" (P. Häberle¹⁷) entre derecho constitucional y derecho administrativo creó entre los dos una relación de "doble dependencia".

La razón de esta dependencia entre el derecho administrativo y el constitucional (y viceversa) reside en el hecho de que el derecho administrativo concreta las grandes opciones constitucionales de un país respecto a la organización, estructura, funcionamiento, actos, acciones, procedimientos y procesos de la administración. Basta con señalar las diferencias entre la administración de un Estado autoritario y la de otro democrático; la de un sistema de gobierno presidencial frente a la de otro parlamentario; o si el sistema está basado en el modelo alemán, francés, inglés o norteamericano. En resumen, la Constitución establece las líneas generales que debe seguir el derecho administrativo, para el que es imposible escapar de esas decisiones, contenidas en principios y reglas de obligado cumplimiento; en consecuencia, está en una relación de dependencia respecto al derecho constitucional.

Sin embargo, lo opuesto también es verdad: existe una dependencia del derecho constitucional respecto al administrativo. Se puede decir que el derecho constitucional depende del administrativo por la simple razón de que ha de ser concretado por el segundo para ser efectivo. En orden a que la Constitución pase de palabras a actos, que sea una realidad viviente y efectiva, debe ser aplicada y ejecutada por la administración pública y por tribunales administrativos. Sin esto, la Constitución no es más que una realidad muerta, una pieza de museo, sin utilidad legal. La aplicación de la Constitución depende de la administración pública respecto al modo y al tiempo de su concreción. Por tanto, la realización de la Constitución a través de la administración es un asunto fundamental ligado a su propia supervivencia. El resultado de la relación dialéctica entre derecho constitucional y derecho administrativo es necesariamente una evolución desde un primer

16 P. HÄBERLE, "Verfassungsprinzipien ""im"" Verwaltungsverfahrensgesetz", en W. SCHMITT GLÄSER, R. BOORBERG VERLAG, *Verwaltungsverfahren: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags*, Boorberg, Stuttgart-Munich-Hannover, 1977, p. 51

17 P. HÄBERLE, "Verfassungsprinzipien...", *cit.*

estadio de indiferencia a otro de doble dependencia dentro del marco del Estado postsocial en el que vivimos.

Las Constituciones son esenciales, pero no conforman el universo total de las fuentes del derecho. Se necesita también tener en cuenta que nuestras Constituciones son parte del marco constitucional de la Unión, así como del más amplio marco del derecho internacional, donde hallamos convenciones, tratados y costumbres constitucionales. Existe incluso un orden global, en el que los asuntos supranacionales se resuelven con la aplicación de normas de origen internacional, que se aplican directamente en el ámbito doméstico sin intervención de la administración.

En el orden internacional encontramos fuentes normativas como las convenciones y los tratados, junto a la costumbre internacional y los principios fundamentales del orden internacional ("ius cogens"). Todas ellas son fuentes del derecho que vinculan a la administración tan pronto como son incorporadas al orden jurídico.

Pero además de estas transformaciones internacionales, han surgido nuevos fenómenos de naturaleza global, tanto en el campo constitucional como en el administrativo. En la perspectiva tradicional del derecho internacional público (así como en el derecho constitucional) no tenía sentido hablar de "constitucionalismo internacional" o "constitucionalismo global" pues los únicos sujetos de derecho internacional eran los Estados y, consecuentemente, asumían la dimensión de las "relaciones externas", en donde los asuntos constitucionales solo surgían al nivel del Estado, y daban lugar a "relaciones internas".

Sin embargo, las premisas tradicionales han experimentado un cambio en relación con la moderna transformación del orden legal internacional. Hoy, la visión ordinaria es la siguiente: 1) las normas internacionales pueden ser directamente aplicables sin intermediación del Estado; 2) los ciudadanos individuales (y las organizaciones internacionales distintas al Estado) pueden ser sujetos activos del derecho internacional; 3) se reconoce el derecho de estos nuevos sujetos de derecho internacional a los tribunales y demás organismos que conceden protección jurídica, incluso frente a los actos de su propio Estado. Consecuentemente, en ciertas materias como los derechos fundamentales, donde los individuos pueden hacer valer sus derechos contra su propio Estado ante órganos jurisdiccionales internacionales, nos encontramos cara a cara con el llamado "constitucionalismo global" o "el derecho constitucional global", pese a que sin razón se sigue hablando de la "Constitución global"¹⁸.

18 V. PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a que Tenho Direito. Direitos Fundamentais e Cultura*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 43-44.

Dentro del campo del derecho administrativo se ha producido un desarrollo idéntico. En el esfuerzo por encontrar una base teórica para el derecho administrativo global, Sabino Cassese examinó dos casos paradigmáticos¹⁹ – "Southern bluefin tuna case" y "Shrimp-Turtle case"²⁰–, ambos vinculados de forma particular con el mar y la pesca. En los dos casos, un órgano judicial internacional apreció un conflicto transfronterizo que implicaba a entidades (públicas y privadas) de varios estados. Y en los dos se aplicaron a los afectados normas y estándares internacionales, como si estuviesen tratando una disputa de derecho administrativo (nacional).

En los dos supuestos, sobre la base de normas internacionales, el juez creó estándares de decisión tanto sustantivos como procedimentales, considerando que el derecho global implica "deberes de consulta y transparencia, la obligación de acatar el proceso debido, la revisión judicial, garantías para el ciudadano normales dentro del Estado; en otras palabras, conlleva el reconocimiento del principio de legalidad en la relación entre la administración pública y los ciudadanos de otros Estados" (Cassese)²¹. En el mismo sentido, tuvo en cuenta la existencia del principio de proporcionalidad, que vincularía a todos los sujetos a las relaciones transfronterizas.

Por tanto, junto a las fuentes reconocidas tradicionalmente, en el derecho público internacional debemos incluir también las generadas por el orden constitucional global y el orden administrativo global (algo que es extensible al resto de ramas del sistema legal). Y todas esas fuentes son vinculantes del mismo modo para la administración en tanto que constituyen una parte integral del principio de legalidad (entendido, como ya se ha dicho antes, en el sentido de un principio de legalidad sin fronteras).

No obstante, al margen de la esfera internacional general, también hay nuevas dimensiones internacionales de naturaleza regional, relevantes respecto a las fuentes del derecho, como es el caso de la Unión Europea, de la que formamos parte. La Unión Europea ya no es simplemente una organización internacional, una asociación de Estados, pues posee su propio sistema jurídico que desplaza el sistema jurídico de los Estados miembros (en virtud de los principios de primacía y de eficacia directa). Por ello este sistema legal tiene una dimensión constitucional que incluye normas y principios fundamentales relativos a la organización y separación de poderes, a la vez que el respeto a los derechos fundamentales.

De hecho, "el poder constituyente que en el origen del liberalismo ha estado vinculado indisolublemente al Estado, ahora ha tomado de forma adicional una

19 S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma, 2006, p. 38.

20 S. CASSESE, *Oltre lo Stato...*, *cit.*, p. 38.

21 S. CASSESE, *Oltre lo Stato...*, *cit.*, p. 68.

dimensión internacional, como ocurre en la Unión Europea, donde la existencia de reglas y principios fundamentales concernientes a la distribución de poder (referidas a las instituciones de la Unión entre ellas y con las instituciones del Estado) y la protección de los derechos fundamentales (véase la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión) constituyen una verdadera "Constitución europea" (al menos en su sentido material), aunque no significa que se deba hablar de un Estado europeo²². Esto es lo que hace necesaria una extensión del concepto de Constitución, que abarque y armonice los distintos niveles –en este caso el nivel europeo y el estatal– de la regulación básica que ordena la división de poderes (en conformidad, particularmente, con el principio de subsidiariedad) y la protección de los derechos fundamental al nivel europeo²³.

El Tratado de Lisboa es la Constitución material europea, puesto que establece los principios y las reglas fundamentales de la Unión Europea, pese a que formalmente no sea una Constitución²⁴. Esta "ley fundamental" es fruto de un poder constituyente difuso y material que incluye la intervención (directa o indirecta) de los órganos de la Unión y su ratificación por los Estados miembros, sea mediante el parlamento o por referéndum²⁵. Los Tratados son el resultado de una combinación entre el poder materialmente constituyente de la Unión con el poder materialmente constituyente nacional, incorporando este último no solo a los parlamentos nacionales, sino también a otras instituciones, incluido el pueblo mediante referéndum y los tribunales constitucionales (por ejemplo, la llamada "Sentencia Lisboa" del Tribunal Constitucional federal²⁶, seguida por otros tribunales constitucionales nacio-

22 V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicandlise – Ensaio Sobre as Ações no Novo Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, p. 100.

23 V. PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a que Tenho Direito...*, cit., pp. 45-47.

24 Habermas mantiene una perspectiva similar: en concreto, considera que la Unión Europea es un verdadero "proyecto constitucional". Véase J. HABERMAS, *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, Edições 70, Lisboa, 2012, p. 61.

25 Although the Treaty of Lisbon is formally the result of a mandate conferred by the governments of the Member States on the Inter-governmental Conference, there was a real (direct or indirect) involvement of all the organs of the European Union in the various phases of the process of drafting the European constitution.

26 En cuanto a la "Sentencia Lisboa" (das "Lisbon-Urteil"), véase D. GRIMM, "Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichungen Europäischen Union – Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts", *Der Staat*, vol. 48, núm. 4, 2009, p. 475; R. WAHL, "Die Schwebelage im Verhältnis von Europäischer Union und Mitgliedstaaten – Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts", *Der Staat*, vol. 48, núm. 4, 2009.

nales²⁷, que parece reclamar una parte de ese poder constituyente material y difuso). Se trata de un acercamiento mixto que consiste en el ejercicio complejo de un poder constituyente material en los niveles europeos y domésticos, en conjunción con la intervención variada de múltiples órganos y poderes (legislativos y judiciales)²⁸.

De forma secuencial, este derecho constitucional europeo se ha vinculado al derecho administrativo europeo por la simple razón de que la función administrativa es el corazón de la Constitución europea²⁹, que, al más alto nivel, el de los Tratados constitutivos, conlleva la tarea de implementar políticas públicas, cuyo desarrollo implica integrar el derecho y las instituciones europeas en las del Estado. De ahí que se hable de "cortar los nudos que ataban el derecho administrativo al derecho del Estado", así como ampliar el derecho administrativo de la Unión (Cassese)³⁰. Desde este punto de vista, la Unión Europea puede ser considerada una "comunidad de derecho administrativo", si adoptamos la sugestiva formulación de Schwarze³¹, puesto que sus objetivos y tareas son en gran medida de naturaleza administrativa. En un sentido material la función de implementar las políticas públicas europeas es administrativa; y también lo es en un sentido orgánico, a la luz de los organismos y agencias de la Unión o de los Estados miembros que juegan ese papel de "administración europea".

El fenómeno de la creciente europeización se manifiesta "desde un doble punto de vista: desarrollo del derecho administrativo a nivel europeo y convergencia de los sistemas administrativos de los Estados miembros de la Unión"³². En mi opinión

27 En cuanto a la jurisprudencia de las Cortes constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea, véase la tesis doctoral codirigida por F. Balaguer Callejón y V. Pereira Da Silva, de F. VECCHIO, *Primazia do Direito Europeu e Salvaguarda das Entidades Constitucionais*, Granada-Lisboa.

28 V. PEREIRA DA SILVA, "Na Senda de Häberle: à Procura do Direito Constitucional e do Direito Administrativo Europeu", en V. PEREIRA DA SILVA y F. BALAGUER CALLEJÓN, *O Constitucionalismo do Séc. XXI na sua Dimensão Estadual, Supranacional e Global* (e-book), ICJP, Lisboa, 2015, <http://icjp.pt/publicacoes/1/5103>

29 V. PEREIRA DA SILVA, "Na Senda de Häberle...", *cit.*

30 S. CASSESE, *Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale*, vol. I, Giuffré, Milan, 2000, p. 180.

31 J. SCHWARTZE, *Europäisches Verwaltungsrecht – Entstehen und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, vol. 1, Nomos, Baden-Baden, 1988, p. 3.

32 V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise...*, *cit.*, p. 102; V. PEREIRA DA SILVA y A. SALGADO DE MATOS, "Die Grundzüge des nationalen Verwaltungsrechts in Gemeinschaftlicher Perspektive – Portugal", *cit.*, pp. 561-629; F. WOLLENSCHLÄGER, "Constitutionalisation and Deconstitutionalisation of Administrative Law in view of Europeanisation and Emancipation", *Review of European Administrative Law*, vol. 10, 2017, p. 6.

requiere que "desde ahora el derecho administrativo sea visto como concreción del derecho de la unión"³³ (parafraseando a F. Werner, quien dijo que el derecho administrativo es "derecho constitucional concretizado")³⁴. Esto se debe entender en el sentido de que existe "una dependencia mutua entre el derecho europeo y el derecho administrativo" (adoptando aquí la perspectiva de Häberle³⁵ relativa a las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, una perspectiva, que en mi opinión podría extenderse para incluir el vínculo entre el derecho europeo y los sistemas administrativos nacionales).

Dicho de otro modo, existe una dependencia del derecho europeo respecto a la administración, puesto que el derecho europeo solo puede ser ejecutado a través del derecho administrativo, y viceversa, dado que la políticas públicas europeas se corresponden con el ejercicio de una función administrativa, y la naturaleza de las disposiciones que la establecen, a nivel europeo, es también administrativa; por otro lado, la aplicación y ejecución del derecho europeo tiene lugar a través de normas, reglas, instituciones y procedimientos de derecho administrativo en cada uno de los Estados que son parte de la Unión³⁶.

Del mismo modo, el derecho administrativo depende de Europa, y es cada vez más derecho europeo, debido a la múltiple relevancia de las fuentes europeas en el ámbito del derecho administrativo, que da lugar a una situación de pluralismo normativo en el marco de los ordenamientos nacionales³⁷; o por el incremento de la convergencia de los sistemas nacionales en este ámbito que ha llevado a un incremento de la similitud entre el derecho administrativo de los Estados miembros, todo ello bajo una triple perspectiva: substantiva, procedimental y procesual.

La administración europea depende de la administración de los Estados miembros, pero, por otro lado, los Estados miembros están llamados a aplicar políticas públicas europeas, y tienen que realizar la función administrativa dentro del marco de reglas y regulaciones delimitadas por la Unión. Consecuentemente, aquí encontramos otro tipo de subordinación del derecho administrativo al derecho

33 V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise...*, cit., pp. 103-104.

34 F. WERNER, *op. cit.*, p. 212.

35 Véase P. HÄBERLE, "Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht", *Bayerische Verwaltungsblätter*, núm. 24, 1977, pp. 745-746.

36 V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise...*, cit., pp. 103-104.

37 Véase M. CHITI, "Monismo e Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?", *Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo*, núm. 2, 2000, p. 305.

européico, cuyo efecto es que la administración ha dejado de estar exclusivamente sometida a reglas legales, dependiendo igualmente de la Constitución, el derecho europeo, el derecho internacional y el derecho global. Es claro, por tanto, que se ha producido una transformación radical de la racionalidad que sostiene el principio de legalidad³⁸.

Las principales fuentes de este nuevo derecho administrativo son la legislación y la jurisprudencia. En primer lugar y por encima de todo, el legislador que actúa diariamente para hacer reglamentos y directivas en todas las áreas de las políticas públicas europeas. De la competencia al medioambiente, de las tecnologías a la agricultura y pesca, del transporte a las comunicaciones, no hay sector de la administración pública que no esté regulado. Sin embargo, el papel de la jurisprudencia también es decisivo al identificar, interpretar y rellenar los vacíos del orden jurídico europeo, estableciendo estándares para la toma de decisiones, reglas comunes y principios sobre la base de la comparación entre el derecho de los Estados, reinterpretándolo a la luz del derecho europeo³⁹.

Existe también un nivel infra legal en relación con el principio de legalidad en tanto que la Administración queda vinculada a sus propios actos. Así, la aprobación de un plan o de un reglamento conlleva el establecimiento de reglas que la administración no puede orillar, al menos mientras que estén vigentes. Lo mismo respecto al acto administrativo, siendo irrelevante su carácter individual y concreto, pues es el resultado de un procedimiento en el que la administración ha ponderado el interés público respecto a los intereses de las personas concernidas; el acto no puede ser simplemente desplazado. Esta es la razón por la que la ley establece restricciones a la revocación o anulación del acto administrativo; su finalidad es asegurar la legalidad y salvaguardar el interés público sin poner en cuestión la buena fe o amenazar las expectativas legítimas de aquellos que pusieron su confianza en la administración (en Portugal, por ejemplo, el Código de Procedimiento administrativo, artículo 116 y siguientes). Y lo mismo se puede decir respecto a los contratos administrativos que son fruto del acuerdo de voluntades privado y público, y que hoy suponen una creciente fuente de derechos. No extraña, por tanto, que el derecho a resolver el contrato está regulado de manera estricta.

38 V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise...*, cit., pp. 103-104.

39 Véase V. PEREIRA DA SILVA, "O Impacto do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo Português", *Atas do XII Colóquio Luso-Espanhol dos Professores de Direito Público (25 e 26 de Novembro de 2016)* ", Lisboa, 2018.

En resumen, el principio de legalidad, que en sus inicios, bajo el Estado liberal, era meramente formal y limitado, hoy ha evolucionado en el Estado postsocial hacia un principio material y abierto; vinculado, por tanto, a todas las fuentes del derecho, sean de naturaleza supra legal (la Constitución, el derecho europeo, el derecho global o el derecho internacional), legal (sea aprobada por el parlamento o por cualquiera de los órganos que tienen poder para hacer normas de conformidad con la Constitución), o, finalmente, infra-legal (planes, reglamentos, actos administrativos o contratos).

Tal y como ocurre en el derecho constitucional, donde la presencia de varios niveles de protección lleva a hablar de "derecho constitucional multinivel" (Ingolf Pernice⁴⁰), deberíamos referirnos también a un principio de legalidad multinivel. Por tanto, no se trata ya del "bloque de legalidad" ("bloc légal", según la noción acuñada por Hauriou⁴¹), o simplemente de un "bloque de constitucionalidad" ("bloc de constitutionnalité", según Emeri/Seurin⁴² y Louis Favoreu⁴³), dos conceptos, que pese a tener un ámbito más amplio que la noción clásica de legalidad, sin embargo, no logran ajustarse a la realidad. Primero, porque la palabra "bloque" implica una lógica homogénea y compacta que ya no es compatible con la flexibilidad actual del sistema jurídico en sus distintos niveles y las variadas relaciones entre ellos; segundo, porque implica también una visión restrictiva del ordenamiento en tanto que ignora la dimensión global e internacional, así como la dimensión interna infra-normativa; y, tercero, porque da preferencia a reglas y estándares por encima de los principios legales.

Debe señalarse asimismo que la amplia comprensión del principio de legalidad requiere un escrutinio estricto por parte de los tribunales. En este sentido, creo que deberíamos aplaudir la reciente tendencia en Portugal –especialmente significativa en el Tribunal constitucional portugués (véase la llamada crisis de jurisprudencia

40 I. PERNICE, "Global constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously", en R. HOFFMANN y S. KADELBACH (eds.), "Law beyond the State. Past and Futures", Campus Verlag, Frankfurt-Nueva York, 2016, p. 151; I. PERNICE, "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action", Humboldt-Universität zu Berlin, *WHI-Paper*, núm. 2/09, <http://www.whiberlin.de/documents/whi-paper0209.pdf>

41 M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, Dalloz, 2002 [1993], p. 577.

42 C. EMERI y J. L. SEURIN, "Vie et Droit Parlementaire", *Revue de Droit Public*, núm. 86, 1970, p. 678.

43 L. FAVOREU, "Le Principe de Constitutionnalité. Essai de définition d'après la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, 1975, p. 35.

entre 2011 y 2014)⁴⁴, pero que se ha ido expandiendo lentamente, alcanzando a los tribunales administrativos –declarando nulas, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, normas legales y reglamentos que vulneran principios, sean principios constitucionales, de derecho europeo, derecho global o cualquier otro de los niveles del sistema legal.

En fin, lo expuesto denota un giro en la teoría de las fuentes del derecho público, y en especial del derecho administrativo. En sus inicios era esencialmente legalista y nacional. Ahora nos encontramos en una nueva dimensión "sin fronteras" como resultado de la integración del derecho global, internacional, europeo, constitucional, sea en forma de planes, regulaciones, contratos, normas individuales, principios o estándares relativos al proceso de decisión multinivel para la creación de normas.

III. PALABRAS FINALES

He llegado al final de la "parte científica" de mi conferencia y debo concluir mi intervención. Pero antes quiero confesar mi amor por la ciudad de Hannover.

Mis visitas habituales desde 1990 (casi anuales) han hecho que conozca y haga más las "costumbres locales". De este modo, Hannover se ha convertido en mi ciudad y a lo largo de los años ha surgido una relación pasional, que me une de por vida a Hannover. En este punto quiero recordar una película de Federico Fellini que me gusta especialmente, *Amarcord*⁴⁵, en la cual el director italiano recuerda con ternura y pasión episodios de su juventud. "Amarcord" significa "mi ricordo", esto es, me acuerdo. Y yo, por ejemplo, me acuerdo:

– De las visitas imprescindibles a la ópera. Recuerdo especialmente la representación navideña de "Hänsel y Gretel" de Humperdinck; o los "Maestros cantores de Núremberg", en una versión colorida y cosmopolita (2013); el provocador "Don Giovanni" de Calixto Bieito, con un espectacular Ferrari en el proscenio (2003); o la llamativa "Calígula" de Detlev Glanert (2015).

– Me acuerdo de una representación de ballet clásico con coreografía y ejecución de Mehmet Balkan (que tras pasar por Hannover, dirigió la "Companhia Nacional de Bailado" en Lisboa"); o el concierto de la "Biennale Neue Musik Hannover", o (last but not least) los conciertos de la Niedersächsischen Staatsorchester Hannover, por ejemplo, la Sinfonía núm. 4 de Bruckner que en enero de este año

44 V. PEREIRA DA SILVA, "Portugal – Table Ronde: Juge constitutionnel et Interprétation des Normes", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, núm. XXXIII, 2017, p. 417.

45 F. FELLINI, "Amarcord", 1973.

escuché por invitación del Dr. Dimitrios Parashu con los colegas y amigos Hilmar y Gertrud Fenge, Bernd y Tuk Oppermann, Claas-Friedrich Germelmann.

– Me acuerdo de las visitas a "mi museo" Sprengel, donde he visto a los famosos pintores de Hannover (Kurt Schwitters y sus amigos Merzgebietes, los pintores de la nueva figuración) y las exposiciones de clásicos como Pablo Picasso, Paul Klee, Max Beckmann, Max Ernst, Fernand Leger, Georg Baselitz. Sin olvidar las largas sobremesas con vistas al Maschsee (en invierno helado, en primavera y verano, lleno de "joggers" y paseantes, felices por el sol).

– Me acuerdo de las obras en la Casa del teatro y en Balhof, y especialmente de la obra de Thomas Bernhard "Inmanuel Kant", en 1997.

– Me acuerdo de la Expo de 2000 (justo después de la Expo de Lisboa en 1998) y de la estancia en la vecina Loccum, con su monasterio imponente, donde éramos invitados cada año, al ser tan difícil encontrar hoteles en Hannover.

– Me acuerdo de los paseos en el Herrenhüasergärten, la belleza del castillo y de los jardines barrocos, a principios del verano, del teatro al aire libre, y de los fuegos artificiales con ocasión de la celebración del hermanamiento entre Hannover y Bristol.

– Me acuerdo de la Galería Europa (que desgraciadamente ha cerrado sus puertas), donde compré un dibujo de Hans Joachim Klug, "La Virgen con el niño", que cuelga en mi dormitorio y que se me vendió a crédito, pues no tenía dinero suficiente y la tarjeta no me funcionaba. Me llevé el cuadro sin pagarlo, en un gesto de confianza que todavía agradezco.

– Me acuerdo de mis visitas a las librerías, en especial la Decius Buchhandlung, en busca de las novedades en el ámbito jurídico.

– Me acuerdo de mis paseos a lo largo del río, a través de la ciudad.

– Me acuerdo del mercadillo y del fascinante mercado navideño.

– Me acuerdo de la misa dominical católica en la Hochsulgemeinde en St. Clemen, así como de los conciertos en la Iglesia Evangélica de la Marktkirche, donde con sumo placer escucho desde hace años el oratorio navideño de Bach, o su pasión, con la interpretación de los instrumentos históricos de la Camerata de Hannover o del Norddeutschen Figuralchors.

– Me acuerdo de mis visitas a la Casa de Leibniz y a las casas gremiales de la parte vieja, y allí un restaurante en el que comí el ganso navideño. Quiero recordar mi última visita a la casa de Liebñiz (2015) y mi última visita a la ciudad en enero de 2018, cuando me alojé en la hospedería luterana Hans-Lilje, frente a la Marktkirche.

Y todavía puedo seguir con los recuerdos... Me atrevería a decir, y discúlpenme si suena demasiado familiar, que en la Casa Leibniz donde nos encontramos,

es como si fuese mi casa. ¡Mi querido amigo Leibniz, que suerte tienes de vivir en Hannover!

Finalmente, parafraseando al Presidente Kennedy en Berlín, durante la Guerra fría: ¡Soy un hannoveriano!

Soy un ciudadano y jurista portugués, alemán, europeo y cosmopolita, en un mundo sin fronteras.

Resumen

El presente trabajo, que recoge el discurso de aceptación del doctorado honoris causa por la Universidad de Hanover, analiza la evolución del principio de legalidad. Comienza repasando el peso de este principio en el Estado liberal y sus limitaciones, puesto que acababa dejando un cierto margen a la arbitrariedad. A continuación, da cuenta de la transformación de este principio, que pasa a limitar a la Administración, no solo desde la ley, sino desde el conjunto de todo el ordenamiento, con la Constitución al frente. Y, finalmente, estudia una nueva fase que se incardina en el derecho administrativo sin fronteras, centrado en construir límites para ordenar la acción administrativa transnacional.

Palabras claves

Principio de legalidad, derecho administrativo sin fronteras, Estado liberal, Estado constitucional.

Abstract

These paper is the written version of the speech given by the author in his acceptance of the honoris causa doctorate from the University of Hanover. It analyzes the evolution of the principle of legality or rule of law. It begins by reviewing the weight of this principle in the liberal state and its limitations, since it ended up leaving a certain margin for arbitrariness. Then it gives an account of the transformation of this principle, which limits the Administration, not through the law approved by Parliament, but from the whole law system, with the Constitution at the front. And, finally, it studies a new phase that is embedded in what it is called administrative law without borders, focused on building limits to regulate the transnational administrative action.

Key words

Rule of law, administrative law without frontiers, liberal State, constitutional State.

Recibido: 8 de mayo de 2019
Aceptado: 20 de mayo de 2019

Noticias de libros

**«BIG DATA». DESAFÍOS TAMBIÉN PARA EL
DERECHO, WOLFGANG HOFFMANN-RIEM,
EDICIÓN Y PRÓLOGO DE ANTONIO LÓPEZ PINA,
Y TRADUCCIÓN DE EDUARDO KNÖRR ARGOTE,
CUADERNOS CIVITAS / THOMSON REUTERS,
CIZUR MENOR (NAVARRA), 2018, 179 PÁGINAS**

Book Review

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

Bajo la atenta edición y Prólogo de Antonio López Pina (pp. 31-38)¹, y la no menos cuidada traducción de Eduardo Knörr Argote, el Profesor (y exmagistrado constitucional) Hoffmann-Riem² nos presenta en castellano su obra *Big data. Desafíos también para el Derecho*, en la que afronta las transformaciones y retos que el Derecho constitucional alemán está sufriendo al hilo de los acelerados cambios que la tecnología digital supone para los derechos y las libertades. Para aquellos que desde hace tiempo venimos trabajando estos temas³, no nos sorpren-

1 Con en el que nos introduce no sólo en la lectura de este libro, sino en la más genérica figura y obra del autor.

2 En la actualidad es Profesor de "Derecho e Innovación" en la *Bucerius Law School* de Hamburgo, desarrollando labores de docencia e investigación jurídica sobre las nuevas amenazas que la actual y tecnificada sociedad de la información supone para las libertades; y en cuanto a su paso por el *Bundesverfassungsgerichts* (de 1999, a 2008), ha contribuido asimismo como ponente en la formación de importantes Sentencias relativas a derechos fundamentales (como libertad de expresión y comunicación).

3 Así, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, y entre otros trabajos: "Sobre la Constitución normativa

de, ciertamente, la intensidad que de dicha transformación jurídica nos presenta el autor, mas sin dejar de reconocer, desde este mismo instante, la originalidad de algunas de la reflexiones que plantea (en especial, y por ejemplo, al respeto de la comprensión e importancia de los datos personales en el sistema jurídico, político y económico vigente y por venir)⁴; y todo ello, mientras va desmenuzando de manera crítica el régimen jurídico de la libertad informática a la luz del Derecho constitucional alemán y Europeo. Es así, por tanto, no sólo un gran trabajo acerca de las dificultades y complejidades del contenido y garantía de la libertad informática y de los propios derechos fundamentales ante los acelerados cambios tecnológico-digitales, y en especial al respecto del *big data*, sino del mismo Derecho constitucional en cuanto que abierto al Derecho europeo, de un lado⁵, como a las transformaciones que de la entera realidad (jurídica, política, económica, social y cultural) supone el progreso informático, de otro, pues este viene de manera dinámica y constante a alterar elementos claves del sistema constitucional hoy: piénsese, sin más, en la sustitución de decisiones humanas por los ordenadores a nivel de la actividad pública⁶.

y la tecnología", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 257-278; "El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional", *Estudios de Deusto*, vol. 64, núm. 2, 2016, pp. 225-258; o "Los fundamentos del «progreso informático» en la Unión Europea", *Revista de Derecho Político*, núm. 98, 2017, pp. 335-368. También de interés, y recientemente, el muy interesante estudio colectivo en torno a "Derecho Público, derechos y transparencia ante el uso de algoritmos, inteligencia artificial y big data", coordinado por A. BOIX PALOP y L. COTINO HUESO, y publicado en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1&numero=50 (24/06/2019).

4 Particularmente, y adelantamos, desde la comparación de estos con el "petróleo", y en cuanto que nueva fuente de riqueza y poder en el contexto actual; pero ello, no obstante, sin perjuicio de las notables diferencias que entre unos y otro advierte el propio autor (pp. 53-57).

5 También, y para el caso del Derecho constitucional español, *vid.* la reciente STC 74/2019, de 22 de mayo, al respecto del muy polémico art. 58. *bis.* 1 de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (e introducido por la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, disp. final tercera.dos), y en la que, al hilo de su declaración inconstitucional, se afirma como el Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos y la LO 3/2018 "configuran conjuntamente, de forma directa o supletoria, el desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal que exigen los arts. 18.4 y 81.1 CE" (FJ núm. 4).

6 Por ejemplo, pp. 68-70.

Bajo tal perspectiva, Wolfgang Hoffmann-Riem planifica este compacto e intenso libro en doce apartados o epígrafes⁷, comenzando por la propia "transformación digital" (1) desde su dimensión más técnica y social, y en particular con la tecnología del *big data* en cuanto que relativa a la reunión, el análisis y el tratamiento informático de ingentes cantidades de datos; y con ello, abriéndose a nuevas formas de resolver problemas con los que mejorar condiciones de vida, como a nuevos riesgos (sin embargo), para "el bienestar de los individuos y el mantenimiento de orden social justo" (p. 43). De ahí, luego (2), el paso de la referida "transformación digital" al "desafío para el Derecho"; y no ya en cuanto que mera necesidad de adaptación de normas y conceptos jurídicos a una realidad extraordinariamente cambiante, sino al respecto de alteraciones de paradigmas clásicos constitucionales como puede ser la toma digital de decisiones públicas de manos de la inteligencia artificial (p. 49).

Como siguiente apartado, se afronta el concepto de "datos" (3), su conversión en digitales y los más específicos datos personales (pp. 51-52), mientras que en el siguiente se los compara con el "petróleo crudo" (4) en cuanto que nueva fuente de conocimiento, riqueza, posibilidades y poder, más sin las limitaciones de aquél (pp. 53-57). Con ello, el Prof. Hoffmann-Riem se centra en el objeto de la tecnología del *big data*, a la par que adelanta el desafío que supone su oportuna y adecuada garantía, en especial ante los "algoritmos" (5) como nuevo germen de ordenación, gobierno y control social (pp. 67-72); y ello, aún más, a la vista de la referida "inteligencia artificial" y las posibilidades que esta origina, y puede originar, en uno u otro sentido (p. 73).

Luego es que Wolfgang Hoffmann-Riem vuelva al *big data*, y específicamente al "análisis de «big data»" (6) de carácter predictivo, por cuanto que destinado a influir "sobre actitudes y comportamientos" (p. 66). Con ello, claro, se evidencia no solo "la creciente importancia social de la digitalización" (7), pues los algoritmos además de instrumento de conocimiento lo son de predicción, conformación y gobierno (pp. 67-73), sino la necesidad de "protección de importantes bienes jurídicos individuales y colectivos" ahora, como son las libertades (8): y esto desde las dificultades que supone la transformación de la realidad a la luz del progreso digital (pp. 76-79), y en especial ante cómo buena parte de las relaciones de poder a las que se han de atajar constitucionalmente (a fin de garantizar aquéllas) quedan hoy fuera del dominio público ante el avance de sujetos privados en dicho contexto digitalizado (pp. 79-86)⁸; como de, y entonces, la necesidad de búsqueda de innovaciones

7 O capítulos, pues ni el índice, ni las páginas del libro ciertamente lo aclara.

8 Un reto, por cierto, en absoluto novedoso, a la vista de cómo hace casi cuarenta años se advertía ya del desafío que para el Derecho constitucional supondría la acumulación de poder en manos

ahora jurídicas con las que conseguir efectiva protección de bienes individuales y colectivos (particularmente derechos y libertades, pero no sólo), al respecto de lo cual la doctrina de los Tribunales (para el caso de estas páginas, la del BVerfG) se nos presenta como ariete catalizador de auténticos cambios constitucionales (pp. 86-94).

Sin embargo las dificultades para el "desarrollo de una protección jurídica eficaz" son muchas, según el Prof. Hoffmann-Riem (9): así, el carácter transnacional de las tecnologías, como de las propias redes de comunicación, globalizando e internacionalizando la cuestión, o la relativización tecnológica entre el *hardware*, el *software* y el *orgware*, y el cada vez mayor desvanecimiento de espacios, objetos y facultades entre lo público y lo privado (de "convergencias y difuminación de linderos" nos habla autor), dificultan terriblemente responder no ya a quién puede/debe regular tales materias, sino a cómo hacerlo (pp. 95-99); en conexión con lo anterior, y al hilo de concentraciones privadas con cada vez mayor capacidad de dominio y control sobre el *big data* y otras manifestaciones digitales a nivel mundial, es que la limitación constitucional del poder deba alcanzar la limitación de tales concentraciones (en tanto que "pugna con concentraciones de poder"), y al respecto de lo cual Europa resulta un espacio jurídico, político, económico y social indispensable (pp. 99-103); también la cambiante tecnología, como las prácticas y conductas de los agentes implicados en la "colecta y tratamiento de datos", exige constantes modificaciones jurídicas (a nivel normativo, como jurisprudencial) con las que adecuar la realidad a la ordenación que legítimamente queramos dar (pp. 104-121)⁹; además, y a la sombra de la extraordinaria trascendencia que supone en todos los órdenes la captura, el almacenamiento y el tratamiento de datos digitales (y en cuanto que no sólo personales), la aparición de una nueva exigencia de transparencia con la que adecuar la responsabilidad en relación a ello, mas sin perjuicio de advertir las numerosas dificultades y "déficits" normativos y de otra índole que hoy se dan (pp.

privadas al respecto de la potencial capacidad opresora de las, entonces, nuevas tecnologías; *cf.* M. CAPPELLETTI, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»", P. De Luis Durán (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, p. 12. Y un reto a su vez explorado desde hace décadas (y desde distintas dimensiones) a la luz de la labor de juristas como F. FROSINI, S. RODOTÀ o (y ya en España) A. PÉREZ LUÑO.

9 Y ello, en especial, al respecto de: los "requisitos generales de conformidad de Derecho de la colección y el tratamiento datos" (pp. 106-109); la "supresión de la aplicabilidad del Derecho por las condiciones mercantiles generales, en particular para el requisito del consentimiento" (pp. 109-117); las "dificultades en la aplicación de principios fundamentales del Derecho de protección de datos en aplicaciones de «big data»" (pp. 117-119); y la "protección también de intereses jurídicos colectivos" (pp. 119-121).

122-128); y esto último, todavía más, cuando la captura, el almacenamiento y el tratamiento de datos personales lo lleva a cabo el propio poder público y a modo de "vigilancia estatal", de forma que quepa efectivo control sobre él (pp. 128-130)¹⁰.

Llegados a este punto del trabajo, Wolfgang Hoffmann-Riem presenta unas "conclusiones provisionales" destacando la "necesidad de revisión del Derecho recibido", y en especial su idoneidad (10)¹¹, para luego dar el salto de plantear "soluciones posibles" (11), como son: una "redefinición del concepto de datos personales", con la que alcanzar datos agregados (no personales, pero de los que se pueden conseguir conclusiones de este ámbito), como permitir cubrir progresos técnicos que tiendan a superarlos, según acontece ya con las técnicas de desanonimización (pp. 140-142); la "mejora de la protección en el derecho de consentimiento en el tratamiento de datos", ante su insuficiencia en bastantes casos (pp. 143-145); el replanteamiento de la "aplicabilidad y nueva concepción de los principios del Derecho de protección de datos", como sucede precisa y especialmente con la referida transparencia (pp. 145-148) al respecto del "diseño técnico y utilizado y a los algoritmos" (pp. 148-151)¹²; el desarrollo de una "protección sistémica" que, sin perjuicio de ir más allá del ámbito jurídico (pp. 151-154), profundice en una mayor "vigilancia pública" sobre la actividad digital (pp. 154-157), y en la "tutela judicial" al respecto de la misma (pp. 157-159); la reducción de las "disparidades" existentes entre usuarios y empresas, como entre éstas (pp. 159-161); la evaluación de potenciales consecuencias y riesgos digitales (pp. 161-162), además de la previsión de "disposiciones cautelares para la mejora de la ciberseguridad" (pp. 162-166); cómo no, la previsión de ciertos márgenes de "autorregulación y corregulación" (pp. 167-170), y el registro de buenas prácticas (pp. 170-171); y una mayor protección, asimismo, "frente a la vigilancia estatal" (ya referida) al respecto de la intervención pública en la privacidad de las personas (pp. 171-172).

10 No obstante sus legítimas limitaciones, claro, al tratarse de cuestiones relativas a seguridad nacional y afectas a cierta reserva.

11 No es sólo que el Derecho deba afrontar los riesgos de la tecnológica digital, pues también ha de fomentar paralelamente las potencialidades positivas del progreso informático (p. 131); o cómo tal reordenación jurídica no se refiera únicamente al desarrollo tecnológico y sus inmediatas consecuencias, sino que ha de penetrar y irradiarse en el entero sistema social al verse éste transformado (pp. 134-136).

12 Sin duda, una de las partes más interesantes del libro (a nuestro entender), a tenor de las limitaciones que ello supone al respecto de los clásicos derechos de propiedad intelectual e industrial, como a la propia libertad de empresa, en tanto que motores fundamentales del progreso informático a nivel particular o privado.

Y de este modo viene a concluir el libro, con un alegato final a favor de una nueva "cohonestación" entre las diversas ramas del hoy "Derecho regulador", además del "desarrollo de estructuras apropiadas de forma de gobierno" más abiertas sustantiva y geográficamente (12), con las que procurar adecuar jurídicamente las ventajas y los riesgos que nos ofrece la tecnología digital presente y futura (pp. 173-179).

Como se ha mostrado en este apretado repaso del magnífico trabajo del Prof. Hoffmann-Riem, no son pocas las cuestiones tratadas; y es que los problemas y retos que se abren al Derecho constitucional a cada golpe de innovación tecnológica, y en particular de la informática, resultan innumerables, lo que exige del constitucionalista un ingente y extenuante esfuerzo tanto de puesta al día de tales innovaciones, como de las potenciales respuestas jurídicas al respecto. Es más, incluso de *dotes* prospectivas se requieren, como buenas muestras se ofrecen en el libro (al no limitarse a lo largo de sus páginas al estadio digital vigente, y al plantearse futuras innovaciones), si se pretende que dichas respuestas sean capaces regular la realidad (hoy tecnológica), en vez de ir meramente a su rebufo¹³; y más si, y como señala el autor, se busca potenciar las bondades que la tecnología, al margen de sus amenazas, genera. No es sólo un problema de contingencia e incertidumbre del Derecho, en general, y del constitucional, en particular, al hilo de progreso informático¹⁴, sino de, y como certeramente señala Wolfgang Hoffmann-Riem, la necesidad de atender desde nuevos postulados a una realidad ajena a buena parte del contexto en el que vino a desarrollarse y consolidarse un Derecho constitucional, por lo demás, hoy en crisis¹⁵; cómo, si no, entender la transcendencia de la amenaza que supone una tecnología digital al servicio del populismo¹⁶. Y así, entonces (y para terminar), la exigencia y responsabilidad de ampliar el análisis constitucional más allá de lo estrictamente jurídico (incluso de lo tecnológico), para penetrar en el plano social

13 Cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, "El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 26, 2016, en https://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/06_BARRILAO.htm (25/06/2019).

14 Cfr. nuevamente J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora "Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica", en AA.VV. *Retos jurídicos por la sociedad digital*, J. VALLS PRIETO (coord.), Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 32 y ss.

15 AA.VV. *Constitutional Democracy in Crisis?*, M.A. GRABER, S. LEVINSON y M. TUSHNET (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2018.

16 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, "Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 30, 2018, en https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm (26/06/2019).

y particularmente en la conformación cultural de una ciudadanía ya digitalizada, como al respecto de sus consecuencias económicas. Aquí Europa, la Unión Europea (y a pesar de sus crisis)¹⁷, como espacio mínimo de sustentación del Derecho constitucional necesario, por cuanto que capaz, para afrontar tales retos hoy globales¹⁸; y aquí también la obra del Prof. Hoffmann-Riem, como aportación doctrinal a ese Derecho constitucional al que desde hace más de quince años esta Revista procura contribuir¹⁹.

Resumen

En el presente trabajo se da cuenta del libro "Big data. Desafíos también para el Derecho" de Wolfgang Hoffmann-Riem, y en el que el autor analiza, de manera crítica, el impacto de las nuevas tecnologías informáticas en el Derecho constitucional alemán.

Palabras clave

Derecho constitucional, libertad informática, big data, inteligencia artificial.

Abstract

This review goes through "Big data. A challenge also for law" by Wolfgang Hoffmann-Riem, in which the author critically analyzes the impact of new computer technologies on German constitutional law.

Keywords

Constitutional law, computer freedom, big data, artificial intelligence.

Recibido: 8 de mayo de 2019

Aceptado: 20 de mayo de 2019

17 AA.VV. *La crisis de Europa*, M. CASTELLS (ed.), Alianza Editorial, Madrid, 2018.

18 Vid. P. HÄBERLE, "Il costituzionalismo come progetto della scienza", *Nomos*, núm. 2, 2018, en <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Haberle-ita.-conv-11.05.pdf> (25/06/2019).

19 Así, F. BALAGUER CALLEJÓN, "Presentación", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, en <https://www.ugr.es/%7Eredce/ReDCE1/ReDCEsumario1.htm> (26/06/2019).

**EL PENSAMIENTO ANTIPARLAMENTARIO Y
LA FORMACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EN
EUROPA. JOSÉ ESTEVE PARDO, MARCIAL PONS,
208 PÁGINAS, 2019**

Book review

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

En la última década hemos visto en Europa el vuelo electoral que han ganado movimientos, a izquierda y derecha (esta geografía clásica vuelve a cobrar vigor), cuya esencia política es la puesta en cuestión de la democracia constitucional. Esta se caracteriza, bien es sabido, por la premisa de una sociedad plural, cuya diversidad se articula a través de los partidos; se despliega dentro de un contexto de equilibrio de poderes; y en última instancia las decisiones que generan topan con la Constitución, norma suprema que fija el marco de la acción política. Frente a este postulado típico de la segunda mitad del siglo xx, se alzan ahora corrientes que, aceptando algunos de los cimientos, principalmente la utilidad del juego electoral, niegan otros, en especial el principio de que la decisión de la mayoría parlamentaria pueda ser ceñida jurídicamente. Para estos sectores, la mayoría parlamentaria es soberanía delegada y solo puede ser constreñida por el propio pueblo, que se manifiesta en referéndum o en forma de multitud que conquista la calle.

Este es el tiempo en el que nos toca vivir. Su análisis es abordable al menos desde tres perspectivas: la teoría de las ideas, la jurídica y la histórica. La primera sería aquella que pone el acento en los factores de orden filosófico, esto es, en las distintas cosmovisiones que impulsan o explican determinados hechos. La segunda intenta analizar en qué medida el ordenamiento ordena los impulsos de transforma-

ción sometiéndolos a límites formales y materiales, o los hace suyos con reformas normativas. Y, la tercera, se concentra en visitar los datos del pasado que fueron descollando hasta conformar nuestra realidad presente. Es factible, asimismo, una mezcla inteligente de las tres perspectivas, que es la utilizada por el profesor José Esteve Pardo. Va seleccionando acontecimientos pretéritos ligados específicamente al pensamiento de los juristas para recordarnos de dónde vienen las piezas que hoy definen nuestra democracia constitucional.

Debe advertirse, sin embargo, que en este libro modélico el título puede llevar a confusión; no en vano, el autor, consciente de ello, la desbarata en la primera página:

"La trama se centra en lo que de manera un tanto convencional doy en llamar el pensamiento antiparlamentario, que no es necesariamente pensamiento de orientación autoritaria, dictatorial, antidemocrática o pensamiento fascista".

Sin duda, el antiparlamentarismo europeo evoca en el imaginario los impulsos que desbancaron las incipientes formas democráticas y exploraron caminos alternativos en el acuciente reto de superar el conflicto social recrudecido al comienzo del siglo xx. Es precisamente ahí donde comienza este libro. El primer capítulo sintetiza las articulaciones institucionales que se prueban en entreguerras. La del catorce finiquitó el largo siglo xix, en el que se intentó sin éxito fraguar un acomodo para la monarquía junto al principio representativo. Tras ella era menester apuntar soluciones más allá de la monarquía parlamentaria. El libro explica perfectamente cómo la impostada solución alemana forzada por su derrota bélica, buscó un equilibrio entre parlamentarismo y presidencia de la república. Sirvió de freno al comunismo, pero careció de tradición y fuerza para desmontar las bases burocráticas, militares y judiciales que habían sostenido el Imperio. La imagen que el libro ofrece de la situación francesa es la de una Tercera República, que, si bien implantó de forma duradera una estructura parlamentaria, no acabó de afrontar los problemas sociales del momento, convirtiéndose prácticamente en un régimen de clase. España, según el autor, se movió primero en la lógica dictatorial de Primo de Rivera, con su modelo corporativista; y luego en la apuesta de la Segunda República, que intentó también que la presidencia de la república fuese un contrapeso al parlamento. Finalmente se señala cómo Portugal transitó directamente de la fracasada solución decimonónica a la dictadura de Salazar.

Es a partir del segundo capítulo, donde el autor va definiendo su camino, dejando a un lado otras posibilidades. En este punto Esteve vuelve sobre una cuestión clásica, la irrupción de "las masas" en la escena política y su articulación a través de ese nuevo actor que es el partido político (y deberíamos añadir el sindicato, cuyo va-

lor para la construcción de la democracia constitucional debe subrayarse). Sin duda, el autor escoge el término "las masas" para reflejar la confusión de sentimientos que provocó la paulatina generalización del sufragio universal (al menos masculino), acentuando el larvado conflicto de clases. Bajo ese contexto, el libro pone su mirada en un aspecto concreto, la pérdida de poder de las élites universitarias, que hasta entonces habían condicionado en parte el devenir, al menos técnico, de la actividad política. Ciertamente esta tesis tiene una fuerte impronta alemana, pese a que dedica un breve epígrafe a los académicos franceses y españoles, aunque más bien es un estudio de la influencia de la Universidad alemana en estos profesores. Tal circunstancia creo que no empecé la tesis del libro, porque en el fondo me atrevo a pensar que está exponiendo un caso singular del problema mayor que planteó Max Weber en su texto sobre el Científico y el Político. Dos formas de vivir la realidad que se antojaban incompatibles y que en el momento de entreguerras los profesores vivirán agónicamente —desplazados por el impulso retórico y vitalista de la nueva política— pero que, curiosamente, en la segunda guerra se darán la mano uniendo irracionalismo y ciencia al servicio del Estado bélico. Y aquí es oportuno recordar otros libros del profesor Esteve, como por ejemplo *El desconcierto del Leviatán* o *Técnica, riesgo y derecho*. En ellos estudia la influencia recíproca de la ciencia y el derecho (por ende, de la política), en el renovado contexto que ofrece la segunda mitad del siglo xx, y en el que parece que, al menos en sus primeras décadas de desarrollismo, el científico acaba ganando preeminencia (un científico, que como ha señalado el profesor Esteve, no necesariamente es sinónimo de universitario, sino que en muchas ocasiones es sinónimo de empresa).

En el Capítulo III, el libro ofrece algunos apuntes personales sobre los teóricos del momento, tomando a Maurice Hauriou como ejemplo con el que personificar un modo de ser de la academia de entonces. Repasando la biografía intelectual de este autor destaca su diálogo permanente con otras ciencias del espíritu, singularmente con la filosofía y la sociología, lo que fue un rasgo común de los grandes iuspublicistas de aquellos años (y en general de todos los campos científicos, pues la filosofía ostentaba de facto un lugar de primacía del que caerá con el vertiginoso avance las ciencias de la naturaleza). Creo que en esta conexión multidisciplinar late la necesidad de romper con la influencia de la dogmática propia del derecho privado, que había ayudado en el xix a dar base conceptual al derecho público, pero cuyo instrumental se hace inútil para afrontar una construcción democrática del ordenamiento.

Se encuentra en este Capítulo III una afirmación enigmática (página 75), que, cogiendo el hilo ofrecido por Sosa Wagner, resalta las convicciones religiosas de la

mayoría de los juristas relevantes de ese periodo. Digo que es enigmática porque el profesor Esteve no acaba de alcanzar una conclusión al respecto. El lector se queda en tierra de nadie, sin saber si al destacar el hecho religioso, simplemente da cuenta de un dato personal más, que no necesariamente influyó en la obra de los autores, o si bien quiere trazar una conexión necesaria entre fe religiosa y derecho público. No es este un tema menor. Parafraseando el reciente libro de Horst Dreier, "Staat ohne Gott" (2018) y a la luz de los problemas que todavía hoy plantea la secularización del Estado y de la sociedad, el inacabado apunte del profesor Esteve interroga sobre la hipótesis de una "Academia sin Dios" (y podríamos ahondar en el problema recordando la novela de Ödön von Horváth, "Juventud sin Dios"). Queda, por tanto, abierta una veta en relación a la importancia del hecho religioso en la construcción del derecho público a lo largo del siglo xx. La idea más extendida, creo, es aquella que mantiene una separación entre circunstancias religiosas personales y labor académica, más allá del singular caso de los autores demócratacristianos italianos (y de algún alemán). Pero no cabe olvidar el debate político e intelectual que abrió Joseph Weiler al reclamar la importancia, según él, de las raíces cristianas de Europa.

Los capítulos IV y V se leen sin solución de continuidad. En ellos hilvana el profesor Esteve las principales posiciones teóricas de lo que ha venido a llamar el pensamiento antiparlamentario. Comienza por el objeto de crítica. En este sentido, los diversos autores que analiza compartieron un rechazo a la simplificación del fenómeno político que conllevaba el antagonismo Estado e individuo, articulado a través de los derechos subjetivos. Toma el ejemplo paradigmático de Duguit, con sus alegaciones radicales contra el derecho subjetivo y su defensa de la comprensión objetiva del ordenamiento. En el libro se apunta a Rousseau como objeto final de una crítica que se benefició de los avances en sociología y psicología, que exponían la complejidad del ser humano, tanto en su relación cooperativa con otros, más allá del Estado, como en la construcción interna de la subjetividad, que lanzaba sombras sobre la idea de una voluntad puramente racional.

Desde esta premisa se puso en cuestión lo que hasta entonces se tenía como una consecuencia natural del paradigma del individuo racional y libre: la teoría de la representación y su manifestación institucional en el parlamentarismo. El libro señala las tres alternativas que se ofrecieron en aquel entonces: la que miraba al pasado para restaurar la monarquía parlamentaria; la que quería superar el parlamentarismo y que finalmente desembocó en el fascismo; y la que buscó mecánicas de contención, que es la analizada en el libro. Inevitablemente, la discusión sobre el parlamentarismo puso a su vez en cuestión el concepto de ley como manifestación de la soberanía que incorpora normas con una estructura general y abstracta. Los reparos fueron

dos. De un lado, los diversos autores que se tratan en el texto señalaron la existencia de expresiones normativas que concurrían con la ley parlamentaria. De otro, empezaba a germinar la propuesta de estipular límites jurídicos destinados a frenar la actuación del legislador.

Luego, en el Capítulo V, el profesor Esteve va recomponiendo las líneas maestras de las principales aportaciones que realiza el "pensamiento antiparlamentario". De este modo, si uno de los reproches fue cuestionar la primacía absoluta de la ley, se entiende que se buscasen "legitimidades y espacios" al margen del legislador parlamentario, entre los que el libro señala lo que hoy son temas clásicos: las situaciones especiales de sujeción, la reserva de administración y las normas gubernamentales con rango de ley. También se destacan las teorías, en especial la del servicio público, que quisieron afrontar los retos del momento centrados en la responsabilidad del Estado para con los ciudadanos, lo que empujó a poner la atención en el Gobierno y, sobre todo, en su Administración.

Por otro lado, no solo se postularon realidades político-institucionales al margen del Parlamento, sino que decididamente se comenzó a concretar la idea de limitar la acción legislativa de las Cámaras. El autor atiende con detalle, y de nuevo acentuando, el lugar de Hauriou, al pensamiento institucionalista que se origina en Francia y su traducción práctica en la categoría de la garantía institucional schmittiana. Pero como no podía ser de otro modo, dedica páginas de especial relieve a la discusión sobre el modo institucional de hacer real ese control del legislador. Las preguntas son dos (p. 153): en qué consiste la normatividad de la Constitución; y quién debe ser el defensor de la Constitución.

El último capítulo, que lleva por título "La transmisión de las ideas y las realizaciones", antes que cerrar el libro, abre el paso a importantes reflexiones. Discrepo en parte con las que dedica a la generación-puente en Alemania. Ciertamente los académicos vinculados al nazismo conservaron sus cátedras, al margen del peculiar caso de Schmitt, como bien explica el libro, cuyo peso se mantuvo por la autoridad de su pensamiento. Sin embargo, comparto la idea expuesta recientemente por Rainer Wahl (*Der Staat*, 2019), respecto a la escasa influencia de esa generación-puente en la reconstrucción del derecho público alemán. En mi opinión, más allá de Schmitt y, sobre todo, del brillante influjo de Leibholz (que nada tuvo que ver con el Tercer Reich) desde el Tribunal Constitucional, el derecho público de la segunda mitad del siglo xx es fruto de una nueva generación, que participó en la guerra, pero en sus años adolescentes o primera adultez, de manera que comienzan su labor intelectual ya bajo el contexto de la Ley Fundamental.

En este punto debe destacarse la magnitud de la figura de Konrad Hesse, principal responsable de abrir dos debates ausentes en Weimar. Primero, el de la fuerza normativa de la Constitución (que es algo distinto a la validez normativa de la Constitución), que exige una "voluntad de Constitución" a las instituciones y a los ciudadanos (y también a los académicos; y en este sentido habría que preguntarse cuál fue el compromiso de los profesores con la Constitución de Weimar). Y, segundo, íntimamente ligado a lo anterior, fue Hesse quien dinamizó la verdadera democratización del derecho público alemán, cuestión pendiente tras la entrada en vigor de la Ley Fundamental. A él se debe el cambio radical de perspectiva que llevó el derecho público alemán, desde el Estado a la Constitución. Arranca así una revisión profunda del derecho público, que atraviesa en especial la teoría de los derechos fundamentales, la función de la jurisdicción constitucional y la apertura internacional y supranacional del derecho constitucional.

Desde este punto de vista, para mí es difícil compartir la valoración que Esteve realiza de la obra de uno de los discípulos de Hesse, Peter Häberle, en la página 192, cuando dice de él:

"es también exponente de esta actitud hacia el pasado afectada por la amnesia: ya hemos visto como afirma que ha sido el legislador el principal atacante de los derechos fundamentales, pero no hay una mínima identificación de ese pasado, todavía muy próximo y traumático [...]"

Realmente, la tesis doctoral de Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (cito por la tercera edición de 1983) dedica las páginas 134-180 a revisar la historia en el XIX y XX que conduce a una desconfianza en el legislador como regulador de los derechos fundamentales; pero lo más importante es que todo su esfuerzo está encaminado a una reconstrucción democrática de la teoría de los derechos fundamentales que implica una función renovada del legislador en la configuración tuitiva de los mismos: sin ley no hay verdadera efectividad de los derechos fundamentales (p. 180-232). Peter Häberle es uno de los renovadores del derecho público alemán desde una clave democrática, que, además, en su caso, se construye con referencias permanentes a Smend y Heller, parte esencial de su formación intelectual (véase, por ejemplo, la entrevista con Francisco Balaguer Callejón, p. 24 y ss. en *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, comp. Diego Valadés, UNAM, 2006).

Más allá de estos matices, estamos ante un libro que desgrana con brillantez los hitos capitales de nuestro derecho público en un momento en el que muchas de sus piezas fundamentales son puestas en tela de juicio. Toda democracia constitucional

se enfrenta a momentos en los que su derecho, además de ser aplicado, debe volver a ser repensado. Solo así se revitaliza. Y esta es la gran contribución del profesor Esteve: nos recuerda de dónde venimos; nos abre el horizonte.

Resumen

En esta noticia se da cuenta del libro del profesor José Esteve Pardo sobre el pensamiento antiparlamentario en el que se recorren las personalidades y las tesis que fueron construyendo los elementos que hoy dan forma a nuestro derecho público.

Palabras claves

Antiparlamentarismo, derecho público.

Abstract

This book review goes through Professor José Esteve Pardo's new book on the anti-parliamentary thought. The book exposes in deep the personalities and the theses that were building the elements that today shape our public law.

Keywords

Antiparliamentary thought, public law

Recibido: 8 de mayo de 2019

Aceptado: 20 de mayo de 2019



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

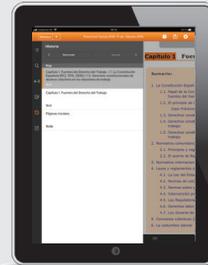
FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



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.



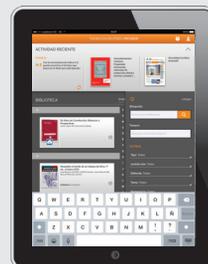
MARCADORES DE PÁGINA
Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



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.

The screenshot shows the 'DATOS PERSONALES Y DE REGISTRO' page. It includes fields for 'N.I.F.' and 'País' (set to 'España'). There are 'Enviar' and 'Cerrar' buttons. A checkbox indicates 'He leído y acepto la política de privacidad de datos'. Below the form, there is a note about mandatory fields and a confirmation message. On the right, there is an image of a book and a tablet. At the bottom, there is contact information for Thomson Reuters Arazadi and the Thomson Reuters logo.

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.

The screenshot shows a 'CORRECTO' confirmation page. It states 'Estimado cliente, el proceso de registro se ha llevado a cabo con éxito.' It provides instructions on how to access eBooks and mentions the availability of the application for tablets and desktop. There is a 'Volver a página de inicio' button. On the right, there is an image of a book and a tablet. At the bottom, there is contact information for Thomson Reuters Arazadi and the Thomson Reuters logo.

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.

