
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

34

Año 17, número 34, Julio-Diciembre de 2020

Fuentes del Derecho

THOMSON REUTERS
ARANZADI

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, José Antonio 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
Adoración Galera Victoria
Augusto Aguilar Calahorro

CONSEJO DE REDACCIÓN

Antonio Pérez Miras,
Miguel Arjona Sánchez
Giacomo Palombino
Eloísa Pérez Conchillo
Daniela Dobre
María Dolores Requena de la Torre
Luis Fernando Martínez Quevedo

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

Ángel Rodríguez
José María Porras Ramírez
Agustín Ruiz Robledo
Antonio de Cabo de la Vega
José Manuel Martínez Sierra

José A. Marín Gámez
Baldomero Oliver León
Concepción Pérez Villalobos
Ramón Orza Linares
María Dolores Martínez Cuevas

Francisco J. Durán Ruiz
Susana Ruiz Tarrias
Juan Ignacio Signes de Mesa
Valentina Faggiani

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

Ricardo Alonso García
Miguel Ángel Aparicio Pérez
(1943/2020)
Xavier Arbós Marín
Rainer Arnold
José Asensi Sabater
Javier Barnés Vazquez
Rafael Barranco Vela (1959/2013)
Paola Bilancia
Roberto Blanco Valdés
Carmen Calvo Poyato
Antonio Cantaro
A. Antonio Cervati
Manuel Contreras Casado
Javier Corcuera Atienza
Pedro Cruz Villalón
Lorenzo Chieffi
José Francisco Chofre Sirvent
Ricardo Chueca Rodríguez

Antonio D'Atena
Francesc De Carreras Serra
Francisco del Río Muñoz
Teresa Freixes Sanjuán
Miguel Ángel García Herrera
Manuel Gerpe Landín
José Joaquim Gomes Canotilho
Yolanda Gómez Sánchez
Tania Groppi
Christian Hillgruber
Javier Jiménez Campo
Jesús Jiménez López
Markus Kotzur
Fulco Lanchester
Diego J. Linañ Noguera
Juan Fernando López Aguilar
Alberto López Basaguren
Antonio López Castillo
Francisco López Menudo

Antonio López Pina
Jörg Luther
Gonzalo Maestro Buelga
Stelio Mangiameli
Miguel Martínez Cuadrado
Didier Maus
Gilmar Ferreira Mendes
Roberto Miccù
Lothar Michael
Lucía Millán Moro
Martin Morlok
Alessandro Pace
Miguel Pasquau Liaño
Vasco Pereira da Silva
Ingolf Pernice
Alessandro Pizzorusso (1931/2015)
José Antonio Portero Molina
José Carlos Remotti Carbonell
Paolo Ridola

Gil Carlos Rodríguez Iglesias
(1946/2019)
Giancarlo Rolla
Roberto Romboli
Francisco Rubio Llorente
(1930/2016)
Modesto Saavedra López
Remedio Sánchez Fériz
Sixto Sánchez Lorenzo
Ingo W. Sarlet
Helmuth Schulze-Fielitz
Angelo Schillaci
Antonio Torres del Moral
Alejandro del Valle Gálvez
Fausto Vecchio
Jaume Vernet i Llobet
Eduardo Virgala Foruria
Gustavo Zagrebelsky



Revista de Derecho Constitucional Europeo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.
Plz. de la Universidad, s/n. 18001 Granada.
redce@ugr.es - Telfs.: 958 24 34 51 - 958 24 34 55 - 958 24 62 92

ISSN: 1697-7890. DL: GR-1316/2004 · Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL
Editorial Aranzadi, S.A.U.
31190 Cizur Menor (Navarra)

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 17, número 34, Julio-Diciembre de 2020

Fuentes del Derecho

SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
 ESTUDIOS	
La teoría de las fuentes del Derecho del Estado constitucional.....	17
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
El Decreto Legislativo en la encrucijada	31
IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ	
El retorno de los límites constitucionales a la primacía: a propósito del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana.....	59
JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE	
 ARTÍCULOS	
El equilibrio de las categorías en los ordenamientos multinivel: la levedad de la dogmática	81
RICARDO MARTÍN MORALES	
La lectura garantista de las nuevas tendencias en la lucha europea contra la difusión de mensajes terroristas en Internet.....	95
GERMÁN M. TERUEL LOZANO	
Revisitación actualizada de la Directiva de servicios y de la libertad de establecimiento. Análisis de diversos procesos de transposición en España, Italia y Portugal	123
SONIA GAVIEIRO-GONZÁLEZ	

PERFILES/NOTICIAS

Memoria de Jörg Luther (1959-2020).....	157
PETER HÄBERLE	
“ <i>In memoriam</i> ” del profesor José Vida Soria: uno de los grandes juristas críticos europeos del derecho del trabajo y de la seguridad social	161
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	

TEXTOS CLÁSICOS

Ciencia y doctrina jurídicas, naturaleza y cultura, música y amistad. Un bosquejo autobiográfico de Peter Häberle, Bayreuth*	171
PETER HÄBERLE	

JURISPRUDENCIA

Prisión provisional y absolución: mismo daño (sic), misma indemnización (sic) (¿o no?) - breves notas a la STC 85/2019, de 19 de junio de 2019.....	195
ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ	

LEGISLACIÓN

Crónica de la legislación europea. Segundo semestre de 2020.....	217
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN	

FORO

El gobierno europeo de la crisis del coronavirus	229
MARCO DANI	
AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ	

NOTICIAS DE LIBROS

Noticia del libro: Francisco López Menudo. Obra escogida. Volúmenes I y II, 1180 páginas, Universidad de Sevilla, 2018. ISBN: 9788447220052.....	251
TOMÁS REQUENA LÓPEZ	
Noticia del libro: <i>Música callada</i> para un Derecho Administrativo incierto, María Jesús Montoro Chiner y Juan Manuel Alegre Ávila, Editorial Señor Ruc, Imprenta Salvadó, Barcelona, 2020, 51 páginas.....	255
MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES	

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Presentación



El número 34 de la *ReDCE* se publica cuando estamos ya en la tercera ola de la pandemia al tiempo que se están comenzando a aplicar las vacunas que han abierto la esperanza de superación de esta plaga terrible. Una plaga que ha provocado millones de muertos y todo tipo de desgracias, incluida una nueva crisis económica cuyo final es incierto, porque la recuperación tiene una fecha indeterminada de arranque, que no se conocerá hasta tanto no se supere eficazmente la crisis sanitaria. Se trata de un problema global que afecta a toda la humanidad y que solo se resolverá con un espíritu solidario de colaboración entre todos los países del mundo.

Los problemas globales deberían tener soluciones globales, acordada en el plano internacional. Si la solución global no es posible, cuando menos en Europa se debería procurar una solución europea, en el marco de la UE, ya que el nivel supranacional permitiría solventar las insuficiencias de la acción estatal. En la crisis sanitaria esto no ha sido así, al menos inicialmente, y los Estados han tenido que asumir aisladamente la gestión de la crisis. Sería deseable que para el futuro las instancias internacionales y las supranacionales pudieran contar con un marco regulatorio que les permitiera tener los instrumentos adecuados para poder impulsar la gestión de la crisis, favoreciendo así una mayor coordinación de los Estados y una mayor eficacia en su solución.

Que es posible controlar de manera eficaz la expansión del virus lo han demostrado claramente algunos países asiáticos, más allá de China, como es el caso de Japón, Corea del Sur, Taiwán o Australia. En el caso de China cabe plantear todos los reparos y las cautelas que se derivan de su condición no democrática. Pero en lo que se refiere a otros países asiáticos, esos reparos no son posibles, porque han evidenciado que desde sistemas plenamente democráticos se pueden promover políticas eficaces en el control de la pandemia. En el caso más eficaz de control, Taiwán, las cifras de víctimas mortales totales no han superado todavía la decena, con una

población de más de 20 millones de personas. Con una población similar, la mortalidad en Australia no ha superado hasta ahora las mil personas, mientras que en Corea del Sur, con más de 50 millones de habitantes, la letalidad no ha superado las mil quinientas personas.

Estas cifras evidencian que el control es posible a nivel estatal y debería ser posible también a nivel internacional con una regulación más eficiente de la OMS que tenga en cuenta las características de una situación de emergencia de este alcance para el futuro. Una regulación que debería implicar a más actores internacionales junto con supranacionales y estatales en la gestión de la pandemia, y no solamente a la OMS, aunque le corresponda a la OMS liderar la respuesta a las crisis sanitarias (algo que, lamentablemente, no ha hecho en esta ocasión).

La Unión Europea se ha visto tan sorprendida como los Estados y las instancias internacionales con la rapidez de propagación del virus y el alcance de la pandemia. En el caso de la Unión Europea, además, la lentitud tradicional de los procesos de decisión y la limitación de competencias ha sido un factor que ha contribuido a que la respuesta inicial fuera tardía. Mientras tanto, los Estados comenzaron a desarrollar políticas descoordinadas e insolidarias para hacer frente a la crisis. Políticas que generaron malestar por cuanto iban en contra de una mínima solidaridad europea, como ocurrió con el veto inicial de algunos países a la exportación de material sanitario a otros de la UE, posteriormente levantado, que hizo mucho daño a la imagen de Europa.

Ciertamente, la Unión Europea reaccionó ante el fuerte deterioro de su imagen y también países como Francia y Alemania cambiaron de posición asumiendo una actitud más solidaria tanto en el terreno sanitario como, sobre todo, en el económico. Pese al desenfoque inicial del BCE y el conflicto generado por Holanda con los países más afectados, la vertiente económica se resolvió el 21 de julio de 2020 con el impulso fundamental de Alemania y de la Comisión Europea mediante la aprobación del Plan para la Recuperación europea. Un Plan sobre el que la Presidencia alemana del Consejo de la Unión Europea llegó a un acuerdo definitivo con el Parlamento Europeo el 10 de noviembre de 2020.

La vertiente económica de la crisis sanitaria es de gran importancia, no solo para afrontar la crisis económica en la que ya estamos inmersos, sino también para facilitar la respuesta a la pandemia. Los Estados miembros de la Unión Europea en peor situación económica pueden adoptar medidas de confinamiento cuando son necesarias teniendo en cuenta que el daño a la economía podrá ser compensado en gran medida a través de la ayuda de la Unión. De alguna manera, la solidaridad europea, a diferencia de lo que ocurrió con la crisis económica de 2008, puede ahora

contribuir a facilitar una gestión más eficaz de la crisis. La tensión entre economía y protección de la vida y la salud no se percibe de una manera tan extremadamente dramática como en otros países que tienen que afrontar en solitario las consecuencias económicas de la lucha contra la pandemia.

Pero la tensión entre economía y protección contra la pandemia es en gran medida una consecuencia de la ausencia de medidas eficaces para el control de la pandemia. Buena prueba de ello es, de nuevo, el ejemplo de los países asiáticos, en los que el daño económico ha sido menor porque desde el principio adoptaron medidas que hicieron posible un control efectivo de la pandemia. Si esto hubiera ocurrido también en el ámbito europeo no estaríamos experimentando una crisis económica como la que ya se ha generado a partir de la crisis sanitaria.

A este respecto, no puede dejar de destacarse que la “no Europa” ha contribuido a dificultar la lucha contra la propagación del virus. Ciertamente, las competencias de la Unión Europea en esta materia son muy limitadas, tanto por lo que se refiere a la vertiente específicamente sanitaria cuanto al control de las crisis y las situaciones de emergencia. Con ese limitado marco normativo en materia de salud y de respuesta a situaciones de crisis, la Unión Europea ha reaccionado, tras los primeros momentos de confusión inicial, adoptando una serie de medidas en muchos ámbitos que no sólo implican las cuestiones estrictamente sanitarias ni tampoco las económicas. Se intentó realizar una coordinación más efectiva que permitiera superar las deficiencias y errores de los primeros momentos de estallido de la crisis, de manera que los Estados no siguieran actuando de manera unilateral e insolidaria. La acción de la Unión Europea ha sido muy extensa tanto en lo que se refiere a nuevas regulaciones cuanto a medidas de todo tipo destinadas a apoyar a los Estados en la lucha contra la pandemia y en las posibles soluciones a través de las vacunas que se están ensayado y que han sido objeto de distintos contratos para garantizar su abastecimiento.

El amplio alcance de las medidas adoptadas por la Unión Europea evidencia que, al igual que ocurre en el ámbito internacional pero todavía de manera más intensa en el supranacional, la crisis sanitaria no es únicamente un problema de salud pública y no puede ser abordada estrictamente desde esta perspectiva. Sus implicaciones son muy amplias en diferentes ámbitos competenciales y destaca sobre todas ellas su naturaleza de derecho de emergencia que tiene unas características específicas que no siempre son adecuadamente entendidas. Esta no ha sido una epidemia como las otras que se han desencadenado en los últimos tiempos. No puede ser abordada con medidas estrictamente sanitarias porque ha provocado una convulsión en todos los sectores de la acción pública y en todos los ámbitos de la vida.

Desde esta perspectiva y ante la previsión de futuras epidemias sería necesario, ante todo, reforzar las competencias de la Unión Europea en materia de salud para que pudiera tener capacidad de gestión de crisis en este ámbito. En esa línea va la propuesta de la Presidenta de la Comisión Europea de promover una “Unión Sanitaria Europea”, otorgando mayores facultades a la Comisión y a las Agencias europeas para que puedan afrontar mejor las crisis sanitarias. Como se indica en esa propuesta, el esfuerzo colectivo para superar la pandemia actual y otras que puedan venir en el futuro requiere incrementar la coordinación a nivel europeo para superar las deficiencias que se han puesto de manifiesto en la lucha contra la actual pandemia.

Pero también será necesario reforzar las competencias de la Unión en relación con situaciones de emergencia que requieran una capacidad de coordinación más amplia en ámbitos competenciales que no le son propios. Como en todo derecho de emergencia, en esos ámbitos decaerían las facultades utilizadas en el período de emergencia una vez que este finalice y perderían vigencia las normas dictadas durante ese período. Pero tendríamos la posibilidad de afrontar la crisis a nivel supranacional, facilitando una solución más rápida y efectiva.

Si esa competencia de gestión de crisis hubiera existido al estallar esta crisis sanitaria, Europa habría tenido una capacidad propia de actuación, con un marco regulador sólido en materia sanitaria, pero facultada también para adoptar decisiones estratégicas de alcance en el ámbito logístico o en materia de producción industrial, con facultades específicas para abordar situaciones excepcionales de este tipo. La Unión Europea podría haber coordinado de manera más efectiva los esfuerzos de los Estados, evitando tensiones entre ellos y habría establecido criterios y parámetros homologables en el ámbito europeo que habrían permitido conciliar la prioridad obligada a la vida y la salud de las personas con el mantenimiento de la actividad económica. Criterios para establecer el número de test necesario en función de las condiciones sanitarias, la información sobre la propagación del virus, la información sobre la letalidad provocada por la pandemia, las condiciones exigibles para imponer el confinamiento, los protocolos para las medidas de distanciamiento social, entre otros muchos ámbitos.

Ciertamente, las habilitaciones competenciales y la regulación del derecho de emergencia no pueden llegar nunca a agotar una realidad que es en cada caso diversa y que puede alcanzar una magnitud extraordinaria, como ha evidenciado la actual crisis sanitaria. Una perspectiva antiformalista es necesaria, basada en principios y, sobre todo, en la preservación de los bienes superiores, en este caso la salud y la vida de las personas. También desde esa perspectiva, una reordenación del sistema competencial de la Unión Europea sería positiva, para diferenciar las facultades que

pueden venir exigidas por situaciones de emergencia, que estarían sometidas a un criterio de provisionalidad, de las competencias que eventualmente podrían servir para racionalizar el sistema sanitario y prevenir situaciones de esta naturaleza.

En definitiva, sería conveniente reforzar las competencias de la Unión Europea en el futuro, no solo en materia de salud (la promoción de una “Unión Sanitaria Europea” es un paso positivo en ese sentido) sino también y, sobre todo, en la gestión de emergencias, haciendo posible que la Unión Europea pueda coordinar los esfuerzos de los Estados en esta materia con una regulación propia en todos los ámbitos en los que sea necesario para hacer frente a la crisis. Esa regulación debería estar sometida a los principios del derecho de emergencia: provisionalidad, proporcionalidad y control político y jurisdiccional.

La parte monográfica del número 33 de la *ReDCE*, está dedicada a las fuentes del Derecho, con tres trabajos sobre esta temática. El primero de ellos, “La teoría de las fuentes del derecho del Estado constitucional” tiene su origen en mi contribución a los *Scritti in onore di Antonio Ruggeri* y analiza algunos de los conceptos fundamentales que señalan la aportación de los grandes iuspublicistas italianos a la construcción doctrinal de la teoría de las fuentes del derecho. Le sigue el texto de Joaquín Sarrión Esteve sobre “El retorno de los límites constitucionales a la primacía: a propósito del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana” que aporta una visión moderada y conciliadora en relación con la reciente sentencia del TCFA del 5 de mayo de 2020. Cierra esta sección un trabajo de Ignacio Álvarez Rodríguez titulado “El Decreto Legislativo en la encrucijada” que aborda una temática ciertamente en declive, por diversas circunstancias que el autor señala en el texto, pero que merece una reflexión actualizada de su potencialidad como instrumento normativo.

La sección de artículos comienza con un texto de gran densidad teórica, el trabajo de Ricardo Martín Morales “El equilibrio de las categorías en los ordenamientos multinivel: la levedad de la dogmática” que se ha publicado previamente en Brasil y en Italia. Tuve la fortuna de poder asistir a su presentación como conferencia en el curso de un congreso y le pedí al Profesor Martín Morales que nos permitiera publicarlo en la revista. Le sigue el artículo de Germán M. Teruel Lozano “Una lectura garantista de las nuevas tendencias en la lucha europea contra la difusión de mensajes terroristas en Internet” que aborda un ámbito necesitado de regulación y, como bien indica su autor, de una ordenación que haga posible la garantía de la libertad de expresión. Por último, incluimos el trabajo de Sonia Gavieiro-González “Revisitación actualizada de la Directiva de servicios y de la libertad de establecimiento. Análisis de diversos procesos de transposición en España, Italia y Portugal”,

una temática en la que sigue quedando todavía mucho camino por recorrer y que está adquiriendo nuevos perfiles con la crisis sanitaria, como la autora destaca en su artículo.

La Sección “Perfiles” recoge en este número dos muy especiales. Por un lado, el que ha elaborado Peter Häberle, “Memoria de Jörg Luther” y que completa los dos que se publicaron sobre nuestro querido amigo Jörg en el número anterior, uno de ellos redactado por mí y el otro por Gustavo Zagrebelsky. Con el texto del Profesor Häberle se completa la publicación en nuestra revista de los recordatorios de los dos maestros, alemán e italiano, de Jörg Luther. Por otro, el de José Luis Monereo “In memoriam del profesor José Vida Soria: uno de los grandes juristas críticos europeos del derecho del trabajo y de la seguridad social” que evoca la figura del Profesor Vida Soria, que fuera, entre otras muchas cosas, Rector de la Universidad de Granada y miembro de la Comisión Constitucional Mixta Congreso-Senado durante el proceso constituyente en el que se elaboró la Constitución Española de 1978. Como alumno que fui del Profesor Vida Soria, durante el curso 1979-1980, la publicación de este perfil tiene para mí una significación especialmente emotiva.

La Sección de textos clásicos incluye uno muy reciente, preparado específicamente para nuestra revista. Debido a la entidad de su autor, del que hemos publicado ya anteriormente como textos clásicos otros escritos suyos de los últimos años, nos parecía que esta era la Sección más adecuada para alojarlo: “Ciencia y doctrina jurídicas, naturaleza y cultura, música y amistad. Un boceto autobiográfico de Peter Häberle, Bayreuth”. En este esbozo, Peter Häberle combina, de manera armónica, recuerdos personales y académicos de su trayectoria vital, investigaciones y publicaciones, planteamientos pedagógicos y teorías constitucionales propias, que forman parte ya del ADN del constitucionalismo. En su versión alemana se publicará en la segunda edición de *Peter Häberle. Ein Portrait*, que estamos preparando actualmente en la Fundación Peter Häberle y, dada la importancia que tiene para la comunidad häberliana en el mundo, es previsible que las publicaciones en otros idiomas no se demoren mucho.

La Sección de Jurisprudencia incluye el comentario a la STC 85/2019 realizado por Enrique Guillén “Prisión provisional y absolución: mismo daño (sic), misma indemnización (sic) (¿o no?) - breves notas a la STC 85/2019, de 19 de junio”. Una sentencia que, como bien dice Enrique Guillén supone una reconfiguración de la responsabilidad patrimonial en materia de restricciones legítimas de la libertad personal, al tiempo que suscita un amplio abanico de cuestiones, tanto por lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales cuanto por lo que atañe al fundamento constitucional del derecho indemnizatorio y a la relación entre daños y derechos.

En la Sección de Legislación, María Luisa Balaguer incorpora algunas de las iniciativas de la Comisión Europea sobre temáticas relacionadas con la igualdad o con el Estado de Derecho, así como las Conclusiones del Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre, que también están conectadas con el respeto al Estado de Derecho al incorporar la condicionalidad en materia presupuestaria (muy diluida, por cierto, respecto de las expectativas que había generado). Como bien indica la autora, resulta preocupante la generalización del control que se ha producido con el *nuevo mecanismo europeo sobre el Estado de Derecho*, que puede dar lugar a una interferencia absolutamente inapropiada de las instituciones europeas sobre cuestiones puntuales en las democracias consolidadas de la UE (cuando existen mecanismos constitucionales internos que permiten resolver esas cuestiones) mientras se debilitan los valores europeos al reforzar a los Estados que sí son hoy una amenaza para el Estado de Derecho en Europa como Hungría o Polonia.

El Foro de este número incluye una reflexión de Agustín Menéndez y Marco Dani sobre “El gobierno europeo de la crisis del coronavirus”. Nos parecía una valoración necesaria especialmente por lo que se refiere al *fondo de recuperación* y quién mejor para hacerlo que los autores de este texto, a quienes agradezco que atendieran a mi llamada. Como muy bien indican, siendo un paso importante y novedoso, es también insuficiente y puede dar lugar a la repetición de las malas experiencias que ya tuvimos con la anterior crisis económica, especialmente si tenemos en cuenta también la reforma del MEDE en curso. La inquietud que genera un posible remake de las políticas de austeridad de hace algunos años y de la condicionalidad económica impuesta por las instituciones europeas, está plenamente justificada.

En las noticias de Libros, la primera de ellas la ha preparado Tomás Requena López, sobre un precioso libro que han editado los discípulos del insigne jurista sevillano Francisco López Menudo, en homenaje a su obra y a su magisterio. La *Obra escogida*, en una edición muy cuidada, recoge algunos de los textos esenciales de un académico excepcional. Como bien dice Tomás, en ellos se proyecta una luz que ilumina el entendimiento del Derecho. El equipo de redacción de esta revista, con Gregorio Cámara y yo al frente, queremos sumarnos a ese merecido homenaje a Francisco López Menudo, a su finura y a su elegancia como jurista y como persona. La segunda noticia de libros ha sido elaborada por María Jesús García Morales, sobre la obra *Música callada para un Derecho Administrativo incierto*, de María Jesús Montoro Chiner y Juan Manuel Alegre. Como señala María Jesús, se trata de una conversación jurídico-musical poco común en lo formal, en lo metodológico y en lo material, de una obra que tiende puentes para el conocimiento (de la música y del derecho) y, en definitiva, de un trabajo singular que combina rigor jurídico y belleza estética.

El año 2020, tan terrible y dramático en tantos aspectos, se ha llevado también a un gran constitucionalista, maestro de varias generaciones desde su Cátedra de la Universidad de Barcelona y un amigo entrañable. El Profesor Miguel Ángel Aparicio Pérez nos dejó el 25 de septiembre, en medio de este paisaje desolado de la pandemia que tanto nos ha desconcertado. Quienes le conocieron saben que, además de un talento excepcional y de una capacidad de análisis de la realidad constitucional y social extraordinaria, tenía también un corazón enorme. En el plano personal, recuerdo siempre con emoción la dedicatoria que me escribiera en el ejemplar que me regaló de su libro sobre el *status* del Poder Judicial en el constitucionalismo español: “A Paco, testigo silencioso, a veces sonriente, de todas nuestras vidas”. El equipo de redacción de esta Revista de nuevo encabezado por el Profesor Gregorio Cámara y por mí mismo queremos dejar constancia de la tristeza y el dolor que compartimos con su hijo Marco y con su hermano Luís Felipe.

Como ya adelantamos en la Presentación del número 33 de la *ReDCE* este va a ser el primero que se publique en distintas versiones digitales (html, pdf, e-book) sin incluir ya la versión impresa. Algo ganará la protección del medio ambiente con la renuncia al papel, pese que el equipo de redacción de esta revista, en sus distintas generaciones, sigue teniendo una especial querencia al libro impreso. Los tiempos mandan y la vocación de esta revista es favorecer el intercambio académico, lo que exige cada vez más una orientación hacia los formatos digitales. Pese a ello, no podemos dejar de reconocer que en algún momento habrá que iniciar algún debate sobre la idoneidad de los nuevos formatos, tal y como están actualmente configurados, en la preservación del patrimonio cultural de la humanidad.

Por último, en el apartado de agradecimientos debemos incluir, en primer lugar, a Thomson Reuters y a la Fundación Peter Häberle. En el ámbito nacional hay que mencionar al Proyecto de Investigación DER2016-77924-P, “Los Derechos Fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado” y al Proyecto de Investigación PID2019-106118GB-I00 “La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la constitución”. en el ámbito europeo, a la Cátedra Jean Monnet “ad personam” de Derecho Constitucional Europeo y Globalización, al Proyecto Jean Monnet “The constitutional bases of Europe: building a *common European constitutional culture*” y a la Cátedra Jean Monnet “Integration of asylum-seekers and refugees in the European Unión”.

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

Estudios



LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
*Catedrático de Derecho Constitucional de
la Universidad de Granada*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Las transiciones del Estado legal al Estado constitucional de Derecho.
- III. Sobre efectividad y legitimidad constitucional.
- IV. Validez y eficacia de las normas.
- V. Disposiciones y normas.
- VI. Determinación de las fuentes del Derecho.
- VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio es, en primer término, un homenaje a Antonio Ruggeri, destinado a los *Scritti* en su honor. Pero también lo es a los iuspublicistas italianos, que contribuyeron decisivamente a la construcción de la teoría de las fuentes del Estado constitucional, que es lo mismo que decir a la construcción del Estado constitucional. Sin negar la contribución decisiva de la doctrina germánica, pese al repudio expreso de la Escuela de Viena del término “fuentes del derecho”, lo cierto es que difícilmente se podría decir que los grandes nombres de la teoría de las fuentes italiana se limitaron a declinar los planteamientos teóricos que procedían de Alemania y Austria. Por el contrario, generaron avances significativos, a veces en contradicción con los teóricos de origen germánico, a veces partiendo de lo ya construido por estos.

En este trabajo no hay espacio suficiente para dar cuenta de la complejidad de esas aportaciones. Intentaremos exponer algunos ejemplos significativos que afectan a aspectos claves de la teoría de las fuentes del Estado constitucional. Desde los propios fundamentos del sistema en la contraposición entre legitimidad y efectividad (Perassi), hasta la configuración del orden jurídico entre sistema y ordenamiento jurídico (Santi Romano), pasando por la diferenciación entre disposiciones y normas (Crisafulli), la configuración de la validez y la eficacia de las normas (Modugno) o la propia determinación de las fuentes del Derecho (Pizzorusso), encontramos

en la doctrina italiana de las fuentes referentes fundamentales para comprender la naturaleza y la estructura del Estado constitucional de Derecho en su vertiente específicamente normativa. No es posible hacer una relación de todos los grandes nombres que han contribuido a la formación de esa doctrina, aunque algunos se pueden mencionar, aparte de los anteriores, sin ánimo de exhaustividad: C. Mortati, N. Bobbio, el gran Carlo Esposito, A. D'Atena, E. Betti, L. Caiani, P. Calamandrei, F. Carnelutti, G. Capograssi, M. Corsale, D. Donati, S. Foderaro, R. Guastini, C. Lavagna, F. López de Oñate, M. Losano, C. Luzzati, T. Martines, G. Musacchia, A. Pace, L. Paladin, P. Piovan, F. Pergolesi, A. Predieri, S. Pugliatti, A. Sandulli, G. Silvestri, F. Sorrentino, E. Spagna Mussso, P. Virga, G. Zagrebelsky, G. Zanolini y, naturalmente, Antonio Ruggeri.

En el caso de Antonio Ruggeri su aportación a esta doctrina ha sido constante y esencial a lo largo de muchos años. En número y en calidad sus obras sobre esta materia no tienen competencia posible. Recuerdo bien que la segunda edición de mi libro de Fuentes a la altura del año 1994 quedó estancada cuando comencé a buscar la bibliografía que me permitiera realizar la correspondiente actualización. Desgraciadamente comencé por los trabajos de Antonio Ruggeri, que durante ese periodo de apenas tres años se contaban ya por decenas, así que desistí, porque me di cuenta de que no tendría tiempo para incorporar las nuevas referencias. Para alguien que, como yo, ha dedicado una gran parte de su vida al estudio de las fuentes del Derecho, participar en un homenaje a Antonio Ruggeri es un honor y una gran satisfacción. Es uno de nuestros clásicos vivos y representa el perfil del académico puro, el que ha dedicado toda su vida a la Universidad y a la ciencia.

II. LAS TRANSICIONES DEL ESTADO LEGAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La transición del Estado legal al Estado constitucional de Derecho es como una Matrioska rusa que lleva en su interior muchas transiciones de distinto alcance. La primera de ellas, la transición fundamental, de la ley a la Constitución como fuente principal del orden jurídico. Esa transformación esencial genera un período de incertidumbre y de crisis en la que será necesario encontrar los referentes teóricos del nuevo sistema cuando comienza a tomar forma, a principios del siglo XX. En realidad, no es algo muy diferente de lo que está ocurriendo ahora en el constitucionalismo europeo, con la necesidad de reconstruir la legitimidad de las constituciones nacionales frente al nuevo Derecho constitucional de la integración supranacional, al tiempo que se hace igualmente necesario construir la legitimidad de la Unión

Europea como proyecto de integración. En este punto de transición de la ley a la Constitución son muchos los nombres que habría que considerar aunque nosotros nos centraremos aquí en dos de ellos: Kelsen y Perassi.

La segunda transición se deriva de la diversa configuración del ordenamiento jurídico propia de la transformación histórica que está en la base del tránsito del Estado legal al Estado constitucional de Derecho. En el Estado legal el ordenamiento se articula en torno a un principio estructurador como es el de la jerarquía y a la fuerza de ley y la primacía de la ley en su relación con el resto de las fuentes. Esa articulación es coherente con una situación revolucionaria en la que el nuevo orden pugna por imponerse y lo hace a través de la ley y la fuerza de ley. Le jerarquía se configura, así como un principio que expresa la fuerza del grupo social que promueve el nuevo orden, la burguesía, y que se proyecta a través de la eficacia de la propia ley. En ese orden jurídico, los principios claves serán jerarquía, fuerza de ley y eficacia. Los conflictos jurídicos no se encuentran en lo que podríamos considerar “el nivel de legitimidad” de las normas del sistema sino en el “nivel de aplicación” de las normas del sistema. Es decir, no son conflictos de validez sino conflictos de eficacia, por más que la infracción del principio de jerarquía determine la nulidad de las normas contrarias a la ley, pero lo hace por su mera forma, por ser la expresión formal de un poder político que quiere ordenar todo el sistema desde la ley¹.

Al nivel de la legitimidad llegaremos justamente cuando la propia legitimidad de la ley se pone en cuestión y la Constitución del pluralismo, que ya no expresa solamente los valores e intereses de una fuerza social sino los del conjunto de la sociedad, sustituye a la ley como instrumento de legitimación del sistema. En ese momento la ley deja de tener una legitimidad propia, derivada de la fuerza de un grupo social, porque pasará a tener la que le atribuye la Constitución². Hasta el punto de

1 Un principio de jerarquía que, como indica Antonio Ruggeri, no desaparece con la implantación del principio de competencia: “il criterio della competenza ha un fondamento logico-positivo di natura gerarchica; presuppone l'esistenza della gerarchia ed opera non in alternativa rispetto a questa –così invece, nella comune opinione–, sebbene all'interno dei singoli gradi che compongono l'ordinamento. Tant'è che la lesione delle sfere di competenza positivamente prestabilite si risolve (e si dissolve) interamente in violazione della norma superiore che, per l'appunto, fonda e ripartisce le competenze tra le varie specie di fonti”. Cfr. A. RUGGERI, “Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)”, en *Politica e diritto*, núm. 2, junio de 1987, p. 208.

2 Sin que, naturalmente, como muy bien indica Antonio Ruggeri, los distintos tipos de ley existentes dentro del orden constitucional tengan una distinta fuerza de ley. Cfr. A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 167 y ss.

que una institución como la reserva de ley ya no será disponible para el legislador porque ya no será sólo una garantía o una prerrogativa sino también una responsabilidad y un límite. El tránsito de la reserva de ley como mera facultad disponible para el legislador a la reserva de ley como límite al legislador expresa mejor que nada la transformación del concepto de ley en el Estado constitucional de Derecho. En este punto se plantea la cuestión de la validez de la ley y de la relación entre validez y eficacia. En este punto también habría muchas referencias que hacer a la doctrina italiana, aunque nosotros nos centraremos en Kelsen y Modugno.

Una de las transiciones más interesantes es la de la posición del juez en el ordenamiento jurídico, desde el sometimiento incondicionado a la ley que se manifiesta a través del *référé législatif*³ a la posibilidad de interpretar y modular la ley, completando así el ordenamiento jurídico con la doctrina judicial así como, en lo que a la jurisdicción constitucional se refiere, de analizar la validez de la ley y determinar su nulidad por infracción de la Constitución. También aquí tendremos que referirnos nuevamente a Kelsen, con su formulación de la jurisdicción constitucional como “legislador negativo” que habría que completar por referencia Crisafulli, a la diferenciación entre disposición y norma y a la función normativa de las sentencias constitucionales que no puede limitarse ya a la meramente derogatoria o negativa.

De manera natural esta transición nos llevará también a la esencia de lo normativo que es lo mismo que decir la esencia de las fuentes del Derecho y, nuevamente aquí haremos mención a Kelsen, pero también a la doctrina italiana y, en concreto, a Pizzorusso.

III. SOBRE EFECTIVIDAD Y LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

La pregunta sobre la fundamentación última del sistema jurídico es algo que se plantea por los grandes teóricos del periodo de entreguerras y se corresponde con la crisis del Estado liberal y la necesidad de construir el ordenamiento sobre nuevas bases. A esa ambición responden la decisión política fundamental y la distinción entre Constitución y leyes constitucionales (Schmitt), la norma fundamental y la diferenciación entre la Constitución lógico-jurídica y la Constitución jurídico-positiva (Kelsen) así como la Constitución material (Mortati)⁴. Se trata, por cierto, de una

³ Recordemos que la Ley 16-24 de agosto de 1790 establecía, en su título II, art. 12, que los tribunales “ne pourront point faire de règlements, mais ils s’adresseront au Corps législatif toutes les fois qu’ils croiront nécessaire, soit d’interpréter une loi, soit d’en faire une nouvelle”.

⁴ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, Vol. I, 1991, Vol. II, 1992; F. BALAGUER CALLEJÓN (Coord.), G. CÁMARA VILLAR, J.F. LÓPEZ AGUILAR, M.L.

reflexión que tiene inevitables puntos de contacto con la propia de nuestra época de integración supranacional: la que se produce en relación con el concepto de identidad constitucional frente a la Unión así como con las diferentes concepciones que intentan superar el paradigma kelseniano para caracterizar el derecho constitucional de la integración supranacional en Europa (pluralismo constitucional, constitucionalismo multinivel, constituciones parciales de una comunidad constitucional, etc.).

De todos los planteamientos del período de entreguerras hay que destacar la influencia determinante de Kelsen en lo que se refiere a la configuración de una ordenación del sistema de fuentes basada en cadenas de validez estructuradas en torno a la idea de Constitución material, las normas que regulan la producción de otras normas⁵, lo que para Perassi serán las normas sobre la producción jurídica⁶. Sin embargo, la formulación específica del paradigma kelseniano en la teoría de las fuentes del Estado constitucional que termine imponiéndose en la doctrina no incluirá la norma fundamental, la pieza más peculiar de su teoría, que sustituye al poder constituyente o, más bien, lo transforma de postulado de ser (hecho) en postulado de deber ser (norma, aunque hipotética, en cuanto ficción jurídica) para poder articular de manera lógica el orden jurídico⁷.

BALAGUER CALLEJÓN, J.A. MONTILLA MARTOS, *Manual de Derecho Constitucional*, 14.ª ed., II vols., Tecnos, Madrid, 2019. En italiano: F. BALAGUER CALLEJÓN, *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*, Cacucci, Bari, 2012. Sobre la relación entre Mortati y Kelsen, que no es posible abordar aquí con detalle, *cf.* F. BALAGUER CALLEJÓN, "Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna", en F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, CEDAM, Padova, 2017, pp. 85-112.

5 "Verfassung wird hier in einem materiellen Sinn, das heißt: mit diesem Worte wird die positive Norm oder die positiven Normen verstanden, durch die die Erzeugung der generellen Rechtsnormen geregelt wird", H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, Viena, 1967, p. 228.

6 El concepto de normas sobre la producción jurídica será utilizado por Tommaso Perassi en su magistral *Introduzione alle Scienze Giuridiche*, publicada inicialmente como parte introductoria de sus *Istituzioni di diritto pubblico* en 1918-20. *Cfr.* T. PERASSI, *Introduzione alle Scienze Giuridiche*, CEDAM, Padova, 1967, pp. 34, 38, 57-8.

7 Kelsen, partiendo de la diferenciación radical, propia de la lógica de su época, entre el ser y el deber ser, entendía que toda norma, en cuanto expresión de un deber ser solo puede fundamentar su validez en otra norma, en otro deber ser. Este encadenamiento entre normas debe conducir necesariamente a un punto final, a una última norma superior en torno a la cual se construye la unidad de todo el sistema normativo, considerado como orden de validez de las normas. En el sistema kelseniano, esa norma no podía ser la última norma positiva (la Constitución) porque también ella debería fundamentar su validez en otra norma. Por tanto, junto a la Constitución en sentido jurídico-positivo (la Constitución real, vigente) debería existir otra norma, otra Constitución, en sentido lógico-jurídico,

En la formulación de Perassi, la ciencia del Derecho encuentra ante la pregunta sobre la juridicidad (la validez) del ordenamiento un límite que no puede traspasar. La determinación de la juridicidad de las normas, reconducida siempre a otras normas que la fundamentan, conduce finalmente a una norma primera, cuya juridicidad no puede explicarse, porque implica a su vez la juridicidad del ordenamiento jurídico, y que debe asumirse como un dato, un postulado del que necesariamente hay que partir en el análisis dogmático del Derecho⁸.

Siguiendo a Perassi, por tanto, podemos decir que, si bien la problemática del fundamento de validez de las normas es una perspectiva adecuada para analizar el sistema jurídico, y especialmente adecuada en relación con la teoría de las fuentes, esa perspectiva no exige la ficción de una Norma Fundamental distinta de las que ya existen en el ordenamiento jurídico. Por el contrario, la Constitución es generalmente la Norma Fundamental de la que se deriva la validez del resto de las normas

que permitiera reconducir el sistema a unidad. Esa norma lógico-jurídica es la Norma Fundamental del orden jurídico, que no es real sino presupuesta, porque constituye tan solo una condición lógica para articular todo el sistema. Es presupuesta en cuanto norma, pero expresa una realidad: la determinación de quién tiene el poder último para establecer las normas básicas del sistema. *Cfr. Reine Rechtslehre, cit.*, pp. 196, 201-2. En definitiva, no se trata de otra cosa que, del poder constituyente, que como hecho no sirve para la ordenación “lógica” del sistema jurídico por lo que se reconvertirá en norma hipotética en el sistema kelseniano.

8 “La posizione di postulato, che la giuridicità di un determinato ordinamento ha per la relativa dommatica, implica che nella spiegazione della giuridicità delle singole norme, che costituiscono tale ordinamento, la dommatica incontra necessariamente un limite, che si vede appena si considera il procedimento col quale si valuta se una norma è giuridica. La giuridicità di una norma è spiegata in base ad una norma preesistente dell’ordinamento giuridico: una norma, quindi, è giuridica in base ad un’altra norma, la cui giuridicità a sua volta dipende da una norma antecedente, e così via. La spiegazione della giuridicità delle singole norme di un ordinamento dà luogo ad una catena di giudizi, per cui da una norma si risale ad una precedente. Ora è evidente che questa catena di giudizi dovrà, tosto o tardi, arrestarsi ad un punto, non potendo proseguire all’infinito. Tale punto di arresto si avrà quando risalendo da una norma ad un’altra si avrà innanzi una norma prima, al di là della quale non è dato di ritrovare una norma preesistente dello stesso ordinamento, come norma su cui si fondi la giuridicità di quella. La dommatica si trova nell’impossibilità di spiegare perché quella norma prima sia giuridica, in quanto manca nell’ordinamento giuridico un’ulteriore norma come criterio di valutazione. La ragione di tale incapacità sta in ciò, che, a quel punto, in quella norma prima o principio si riduce l’ordinamento giuridico. Il problema della giuridicità di quella norma prima è il problema stesso della giuridicità dell’ordinamento. Per la dommatica la giuridicità di quella norma prima sussiste per postulato, perché per essa è un postulato la giuridicità dell’ordinamento giuridico”, T. PERASSI, *Introduzione alle Scienze Giuridiche, cit.*, pp. 40-1.

del sistema jurídico. Más allá de la Constitución, no hay normas jurídicas ni es necesario presuponerlas para un análisis lógico –en aquellos ámbitos en los que sea posible– del ordenamiento jurídico. No hay validez sino efectividad y legitimidad.

IV. VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS NORMAS

La relación de la Constitución con la legitimidad y la efectividad del ordenamiento nos permite reflexionar también sobre la diferente posición de las normas y del ordenamiento jurídico ante la validez. La validez de las normas indica la pertenencia de las mismas al ordenamiento jurídico, mientras que la validez del ordenamiento indica su existencia como complejo distinto de sus partes integrantes, como *prius* respecto de los elementos que del mismo reciben su cualificación y su existencia. Recordemos con Santi Romano que el ordenamiento jurídico es una entidad que se mueve en parte según las normas pero que, sobre todo, mueve a las propias normas, que son, más que un elemento de su estructura, el objeto y el medio de su actividad⁹.

La validez-existencia del ordenamiento jurídico consiste, en definitiva, en su pensabilidad previa y distinta de las normas que lo integran. La validez es sólo inmanente al ordenamiento, pero no a las normas, de las que es sólo un predicado. Esto es así porque la validez del ordenamiento se asimila a su eficacia o efectividad: un ordenamiento jurídico es válido si existe, y por tanto si es realmente efectivo. Por el contrario, como indica Modugno, no ocurre lo mismo con las normas, ya que en ellas la validez se disocia en dos ámbitos: validez en sentido estricto, esto es, existencia real como norma y validez en sentido amplio, esto es legitimidad o conformidad con el parámetro de validez¹⁰.

De acuerdo con la formulación kelseniana, sin embargo, la validez de una norma equivale a su existencia específica como tal, esto es, como deber ser en sentido amplio (mandato, autorización, permiso, derogación) que incluye las diversas funciones normativas que puede desarrollar¹¹. Ahora bien, frente a este planteamiento, no puede decirse que la validez de una norma, en cuanto existencia jurídica de la misma, sea algo inherente a la norma, de tal modo que una norma deba ser siempre

9 Cfr. S. ROMANO, *L'Ordinamento Giuridico*, Sansoni, Firenze, 1962, pp. 11 y ss.

10 Cfr., F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento Giuridico, Pluralità degli Ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 81 y ss.

11 Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, trad. M. G. Losano y M. Torre, Einaudi, Torino, 1985, pp. 5, 85, 107 y 267 y *Reine Rechtslehre, cit.*, pp. 9 y ss., 215 y ss.

válida o no ser norma¹². Por el contrario, la validez, en cuanto cualidad jurídica, es un atributo de la norma, que puede existir como tal, sin que, desde el punto de vista de su producción conforme al ordenamiento, esto es, de su legitimidad, deba considerarse necesariamente como válida. Ello es así porque toda norma (aun no siendo plenamente conforme con las normas sobre la producción jurídica) incorporada a una fuente del Derecho del sistema y reconocible por tanto como tal norma, puede considerarse válidamente producida (y en ese sentido legítima) mientras no se determine por los órganos de control correspondientes su invalidez¹³.

La validez implica la relación de la norma con las fuentes de su juridicidad, con las normas sobre la producción jurídica que determinan las condiciones de su producción y por tanto su pertenencia legítima al ordenamiento. Por el contrario, la eficacia de una norma supone su relación con las otras normas o las situaciones sociales que regula. En cuanto una norma desarrolla su eficacia sobre otra norma, puede fundamentar y condicionar la validez de esta última. Por eso la imbricación entre validez y eficacia es tan estrecha. Es difícil establecer donde termina la eficacia de una norma y donde comienza la validez de la otra.

Si la eficacia de una norma condiciona la validez de otra, y ello implica a su vez la determinación de la propia eficacia de ésta última, ello es porque la validez no es algo inherente a la norma, sino una mera cualidad de la misma. Ahora bien, en cuanto ese condicionamiento no impide la producción de normas que sean contrarias a las normas sobre la producción jurídica del ordenamiento (esto es, de normas cuyas determinaciones de validez, establecidas por otras normas, no son cumplidas), pueden existir normas eficaces que, sin embargo, carezcan de fundamento válido en relación con el ordenamiento.

De ahí la importancia de la diferenciación que hace Modugno entre la validez-existencia, que implica la pertenencia de la norma al ordenamiento, y por tanto el desarrollo de sus efectos (eficacia), y la validez-legitimidad, que implica la conformidad de la norma con el parámetro de juridicidad establecido por el ordenamiento. La ilegitimidad de la norma sólo la puede determinar el órgano de control habilitado para ello por el ordenamiento. Por eso esta contraposición entre validez-existencia y validez-legitimidad sólo se produce a partir de la declaración de ilegitimidad por parte del órgano de control. Hasta

12 Tal como hace Kelsen: “Una norma válida è un pleonismo. Una norma non in vigore, non valida, è una contraddizione in adjecto”, *Teoria generale delle norme*, cit., p. 268.

13 Cfr. a este respecto, F. MODUGNO, “Norma Giuridica. Teoria generale”, *Enciclopedia del diritto*, tomo XXVIII, 1978, p. 386. *Idem*, *Legge-Ordinamento Giuridico, Pluralità degli Ordinamenti*, cit., pp. 80 y ss., 97 y ss.

que no recaea esa decisión, todas las normas deben ser consideradas igualmente legítimas, si por su apariencia están dotadas de condición normativa, esto es, si se han incorporado al ordenamiento a través de una fuente del Derecho, siguiendo los procedimientos establecidos en las normas sobre la producción jurídica.

Esta es una diferenciación que tiene importancia también para la labor de la jurisdicción constitucional por cuanto atañe a los efectos de las normas y la propia eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad, si son *ex nunc* o *ex tunc*, si van unidas a la nulidad, si mantienen los efectos desarrollados hasta ese momento e incluso si siguen manteniéndolos en el futuro hasta que el legislador las modifique para evitar así lagunas en sectores clave del ordenamiento jurídico que pudieran lesionar la seguridad jurídica como consecuencia de la anulación de la norma.

V. DISPOSICIONES Y NORMAS

Desde el punto de vista de la relación entre el sistema jurídico y la jurisdicción constitucional, la diferenciación más relevante sigue siendo la que realizara en su momento Crisafulli entre disposición y norma¹⁴. La diferenciación entre disposición y norma puede servir para distinguir a su vez entre fuentes-acto y fuentes-hecho¹⁵, igualmente para precisar el concepto de norma respecto de los elementos que confluyen en su formación¹⁶, para distinguir entre el Derecho formalizado y el *Derecho*

14 Establecida inicialmente por V. CRISAFULLI, en “Atto normativo”, *Enciclopedia del diritto*, tomo IV, 1959, p. 258-260, precisada por este mismo autor en “Disposizione (e norma)”, *Enciclopedia del diritto*, tomo XIII, 1964 y mantenida en su *Lezioni di Diritto costituzionale*, vol. II, CEDAM, Padova 1984, pp. 39 y ss.

15 El concepto de *disposizione* se restringe así a las fuentes-acto (en cuanto derecho escrito), frente al concepto de *norma*, que abarca por igual a las fuentes-acto y a las fuentes-hecho (la costumbre). Cfr. V. CRISAFULLI, “Disposizione (e norma)”, *cit.*, pp. 95 y ss.

16 Básicamente esos elementos son disposiciones, ahora bien, de una disposición pueden deducirse varias normas, por un lado, y varias disposiciones pueden dar lugar a una sola norma por otro. Además, la disposición contenida en la fuente no es el único elemento que confluye a la formación de la norma “La disposizione, dunque, contenuta negli atti-fonte, e s'intende, la disposizione deducibile dalla formula linguistica, in quanto interpretata, non è la norma, ma una delle componenti della norma storicamente vigente: componente, tuttavia, decisiva, almeno in funzione di limite, insuperabile dall'interprete”, V. CRISAFULLI, “Atto normativo”, *cit.*, p. 259. La disposición es el contenido o el objeto del acto normativo, mientras que la norma es el resultado del mismo, la disposición es la fórmula normativa destinada a establecer una norma, perfectamente diferenciable de la norma formulada a partir de la misma. (cfr. V. CRISAFULLI, “Atto normativo”, *cit.*, p. 260, “Disposizione (e norma)”, *cit.*, pp. 195 y ss., *Lezioni di Diritto costituzionale*, *cit.*, vol. II, , pp. 41-2.

*vivo*¹⁷, para identificar fenómenos de producción del Derecho, diferenciando entre interpretación y producción¹⁸, o simplemente para plantearse con carácter general la problemática de la interpretación de las normas¹⁹. Además de lo anterior, la distinción entre disposición y norma ha sido de gran utilidad para el desarrollo de la Jurisprudencia constitucional²⁰.

Desde esa perspectiva tenemos que confrontar nuevamente a Kelsen con la doctrina italiana, en este caso con Crisafulli. En la formulación de Kelsen, la jurisdicción constitucional actúa como un legislador negativo. Esto no quiere decir, en contra de lo que habitualmente se afirma, que en esa función no realice una actividad creativa porque para Kelsen anular una ley es también una función legislativa²¹. Cuando la jurisdicción anula una ley está modificando el ordenamiento jurídico, por lo que su capacidad de innovación es innegable. La derogación es también una función normativa porque supone la pérdida de vigencia de normas preexistentes y, por tanto, la modificación de las previsiones contenidas en ellas acerca de los derechos y los deberes que el ordenamiento reconoce.

17 Cfr. V. CRISAFULLI, “Disposizione (e norma)”, *cit.*, p. 207, *Lezioni di Diritto costituzionale, cit.*, vol. II, p. 42. Sobre la recepción por la Corte Costituzionale del *Derecho vivo*, especialmente respecto de la práctica interpretativa de los tribunales ordinarios, cfr. A. ANZON, “La Corte Costituzionale e il *Diritto Vivente*”, en *Scritti su La Giustizia costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, CEDAM, Padova, 1985, pp. 7-14.

18 Cfr. R. GUASTINI, para quien algunas de las *normas sin disposición*, como es el caso de las normas tácitas o no expresas (así las que se generan mediante analogía) no son el fruto de la interpretación sino de la producción o de la integración del Derecho, ya que son elaboradas sin que exista disposición previa, por lo que “la distinzione tra disposizione e norma si presta anche a questo uso: tracciare una linea di demarcazione tra interpretazione di documenti normativi e integrazione del diritto”, en “Disposizione vs. norma”, *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, parte segunda, 1989, pp. 13-4.

19 Así, R. GUASTINI, para quien la disposición es un enunciado que constituye el objeto de la interpretación, mientras que la norma es un enunciado que constituye el producto o el resultado de la interpretación. Cfr. *op. cit.*, p. 6. Cfr., igualmente, V. CRISAFULLI, “Disposizione (e norma)”, *cit.*, pp. 208-9.

20 Como indica Silvestri, la distinción entre disposición y norma constituye la base teórica más ampliamente aceptada de las sentencias interpretativas. Cfr. G. SILVESTRI, “Le sentenze normative della Corte costituzionale”, en *Scritti su la Giustizia costituzionale, in Onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, CEDAM, Padova, 1985, p. 768. Cfr., igualmente, V. CRISAFULLI, “Disposizione (e norma)”, *cit.*, pp. 207-8; R. GUASTINI, *op. cit.*, pp. 7 y 14.

21 H. KELSEN, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public, T. XLV*, 1928, pp. 197 y ss.

A esa función normativa, específicamente kelseniana, se añadirá después la condición de “legislador positivo” de la jurisdicción constitucional, que se origina en la práctica mediante su intervención sobre los enunciados de las normas legales, que se configuran normativamente determinando el sentido específico en el que pueden ser aplicados como normas congruentes con la Constitución. A este respecto, la diferenciación de Crisafulli entre “disposición” y “norma” esclarece esa condición de la jurisdicción constitucional como legislador, no ya negativo que “deroga” normas legales, sino positivo que completa los enunciados legales otorgándoles una específica condición normativa.

VI. DETERMINACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

La caracterización más extendida de las fuentes del Derecho las define, siguiendo a Bobbio, como aquellos actos o hechos a los que un determinado ordenamiento jurídico atribuye la idoneidad (si se trata de hechos, como la costumbre) o la capacidad (si se trata de actos, en las fuentes formales) de producir normas jurídicas²². A partir de aquí se plantea el problema de la determinación de las fuentes del derecho, una cuestión que no está libre de polémica. Si bien existe un cierto consenso generalizado en torno a cuales deben ser consideradas inequívocamente como fuentes (la ley, el reglamento, la costumbre, aunque la eficacia normativa de esta última sea discutida) no se da el mismo acuerdo a la hora de determinar la inclusión o exclusión dentro del concepto de fuentes de otras categorías normativas: es el caso de la jurisprudencia, del negocio jurídico o de los principios generales del Derecho.

A este respecto, ciertamente las tesis de Kelsen resultan extremadamente sugestivas en orden a una visión global del ordenamiento superadora de algunos de los dualismos que tradicionalmente han dividido el mundo del Derecho²³. Pero los ordenamientos actuales no reconocen el carácter de fuente al negocio jurídico,

22 Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo Giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 189-190 y *Teoria dell'ordinamento Giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, pp. 34-5.

23 Recordemos que, como indica Antonio Ruggeri, frente a la tripartición propia de la teoría clásica de la separación de poderes, con Kelsen se abre paso un nuevo modelo basado en dos funciones: la creación y la aplicación del Derecho (cfr. A. RUGGERI *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative, cit.*, pp. 16 y ss.). Como es sabido, para Kelsen no cabe establecer una oposición absoluta entre producción y aplicación del Derecho. Cada acto de aplicación es a su vez un acto de producción y viceversa (con la única excepción de los actos coactivos de ejecución, que son sólo aplicación, y de la Norma Fundamental que es sólo producción, salvo que derive su validez del orden internacional). Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre, cit.*, p. 240.

ni admiten que las “normas individuales” producidas por la Jurisprudencia puedan integrar una categoría normativa autónoma. El Derecho constitucional ha roto en gran medida la frontera entre el Derecho público y el Derecho privado, entre la sociedad y el Estado, y por tanto también entre el carácter normativo de determinadas categorías y la ausencia de esa condición en otras. Pero mientras esos límites, en alguna medida difusos y discontinuos, se mantengan, procede dar cuenta de ellos.

Por lo demás, es claro que el criterio de la generalidad y la abstracción de las normas se correspondía más, como indica Bobbio, con una determinada ideología que con un presupuesto lógico inherente a la estructura de las normas, por más que se caracterizara de ese modo: la ley debe acabar con el privilegio jurídico para instaurar la igualdad entre los ciudadanos (esto es, para liberar de trabas jurídicas la producción y el tráfico económico) y, por tanto, debe ser general, e igualmente la ley debe hacer posible el conocimiento previo de sus destinatarios respecto de las consecuencias de sus acciones (esto es, debe hacer posible la seguridad jurídica, incluida la seguridad del tráfico jurídico), y por ello debe ser abstracta²⁴.

Los fines que pretendían la generalidad y la abstracción son ahora alcanzados, en la medida en que el ordenamiento los considere necesarios, por determinados principios constitucionales que garantizan la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos (bien que otra igualdad ciertamente). Por eso también la generalidad y la abstracción, no siendo ya absolutamente necesarias para la producción normativa, no pueden considerarse tampoco como elementos definitorios del Derecho ni de las fuentes del Derecho.

El camino por tanto es otro, y debe basarse en el análisis e interpretación de las normas sobre la producción jurídica. Esto es, las fuentes del Derecho deben determinarse en cada sistema jurídico a partir del Derecho positivo. Como es sabido, Pizzorusso nos indica, en ese sentido, un criterio básico de diferenciación. Puesto que las fuentes producen normas jurídicas, el medio para identificarlas consiste en determinar que debe entenderse por normas jurídicas. La cuestión esencial a este respecto consiste no tanto en definir los caracteres de la regla que se introduce en el ordenamiento mediante la fuente (generalidad, abstracción, capacidad de innovación, etc.), cuanto en determinar si esa regla tiene o no capacidad para generar efectos *erga omnes*. De ese modo, se puede decir que sólo son fuentes del derecho aquellas que introducen reglas que son eficaces con carácter *erga omnes*, respecto de todos los sujetos del ordenamiento jurídico (aunque no necesariamente sean aplica-

24 Cfr. *Teoria della Norma Giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, pp. 233-4.

bles a todos y a cada uno de esos sujetos). No tienen esa condición de fuente aquellos hechos jurídicos que producen reglas con eficacia *inter partes*²⁵.

Este criterio resulta además de extrema utilidad a efectos de caracterizar las normas que son elaboradas por la Jurisprudencia, permitiéndonos precisar en qué casos la actividad jurisdiccional puede considerarse como fuente del Derecho. Nos permite explicar además el motivo por el que no podemos considerar fuente del Derecho a los contratos de las grandes multinacionales y compañías globales que afectan a cientos e incluso a miles de millones de personas. Esos contratos siguen definiendo una relación bilateral entre dos partes, la empresa y cada uno de los individuos que lo suscriben, no tienen eficacia erga omnes.

VII. CONCLUSIONES

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la teoría de las fuentes del Derecho del Estado constitucional es, esencialmente, una doctrina italiana construida en parte sobre la base de una relación dialéctica con el constitucionalismo germánico y en parte sobre aportaciones propias que han hecho posible una comprensión más precisa de los fenómenos normativos de nuestra época. Queda pendiente para un próximo trabajo el análisis de la doctrina italiana de los últimos años, con nuevos nombres en parte distintos a los reseñados aquí, que abordan las cuestiones fundamentales de las relaciones entre ordenamientos en el contexto de la integración supranacional y la globalización. En ese texto habría que incluir muchas referencias al último Ruggeri que, como el gran maestro que es, ha sabido sintonizar siempre con los problemas jurídicos de cada uno de los momentos que le ha tocado vivir.

Resumen

Este estudio es, en primer término, un homenaje a Antonio Ruggeri, destinado a los Scritti en su honor. Pero también lo es a los iuspublicistas italianos, que contribuyeron decisivamente a la construcción de la teoría de las fuentes del Estado constitucional, que es lo mismo que decir a la construcción del Estado constitucional. Se exponen algunos ejemplos significativos que afectan a aspectos claves de la teoría de las fuentes del Estado constitucional. Desde los propios fundamentos del sistema en la contraposición entre legitimidad y efectividad, hasta la configuración del orden jurídico entre sistema y ordenamiento jurídico, pasando por la diferenciación entre disposiciones y normas, la configuración de la validez y la eficacia de las normas o la propia determinación de las fuentes del Derecho, encontramos en la doctrina

25 A. PIZZORUSSO, *Delle Fonti del Diritto. Commentario del Codice Civile, art. 1-9*, Zanichelli/Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, pp. 15 y ss.

italiana de las fuentes referentes fundamentales para comprender la naturaleza y la estructura del Estado constitucional de Derecho en su vertiente específicamente normativa.

Palabras clave

Antonio Ruggeri, doctrina italiana, fuentes del derecho, Derecho Constitucional.

Abstract

This paper is, in the first place, a tribute to Antonio Ruggeri, destined to the Scritti in his honor. But it is also an essay about the Italian iuspublicistas, who contributed decisively to the construction of the theory of the sources of law in the constitutional State, which is the same as saying to the construction of the constitutional State. Some significant examples that affect key aspects of the theory of the sources of the constitutional state are presented. We find in the Italian jurisprudence topics related to the very foundations of the system in the contrast between legitimacy and effectiveness, the configuration of the legal order as a system, the differentiation between depositions and norms, the configuration of the validity and effectiveness of the norms or the determination of the concept "sources of law". In all this matters, we find in the Italian doctrine the fundamental referential ideas to understand the nature and structure of the constitutional State in its specifically normative aspect.

Keywords

Antonio Ruggeri, Italian doctrine, sources of law, Constitutional law.

Recibido: 26 de noviembre de 2020

Aceptado: 15 de diciembre de 2020

EL DECRETO LEGISLATIVO EN LA ENCRUCIJADA

The legislative decree at the crossroads

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

*Profesor ayudante-doctor de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El Decreto Legislativo en perspectiva comparada y en perspectiva histórica.
- III. El Decreto Legislativo en la Constitución española de 1978.
- IV. El control del Decreto Legislativo.
- V. Conclusión final.
- VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Se procederá a continuación a recordar algunos aspectos básicos del Decreto Legislativo. Así, se abordará brevemente qué se entiende por tal, qué características le adornan y cuál es su todavía hoy discutida naturaleza jurídica.

1. Concepto

La figura del Decreto Legislativo se contempla en diversos preceptos de nuestra Constitución con la idea de regular minuciosamente una institución que se empleaba con cierta alegría por el régimen franquista anterior¹. Estamos ante una norma con fuerza de ley que dicta el Gobierno, previa habilitación del Parlamento en los términos que establece la propia letra constitucional, para regular determinadas materias y por ende fuente del Derecho cuyo principal rasgo característico es que la

¹ Para situar los preceptos en su debido contexto puede verse O. Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 2.^a edición; y J. Pérez Royo, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2007, 5.^a edición, *passim*. Un repaso a las principales influencias internas y externas que presenta el sistema de fuentes del siglo XXI puede verse en J.F. Sánchez Barrilao, *De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

norma que produzca el Gobierno gozará de rango y fuerza de ley, insertándose en el mismo plano jerárquico que las normas legales aprobadas por el Parlamento². En puridad estaríamos ante un reglamento al que la Constitución eleva a rango legal, siempre que se respeten las condiciones de la delegación (que, como es bien sabido, en ningún caso puede ser en blanco)³.

Tal y como se ha dicho mucho mejor que aquí, el hecho de que estas normas tengan fuerza de ley implica dos cosas. Por un lado, que gozan de fuerza activa, en el sentido de que pueden derogar a cualesquiera otras normas con rango de ley. Por otro, que gozan de fuerza pasiva, en el sentido de que sólo pueden ser modificadas o derogadas por normas del mismo rango (en otras palabras: resisten a la modificación que pretenda cualquier norma que quede por debajo de la ley, léase, un Reglamento)⁴.

2. Caracteres

Aunque profundizaremos en la cuestión en líneas posteriores, baste decir que el Decreto Legislativo forma parte de la llamada legislación delegada, esto es, la facultad genérica de que el Gobierno, en determinadas *situaciones* convenientemente tasadas por la Constitución, dicte normas con fuerza de ley previa delegación del

2 La doctrina ya advirtió hace años que la distribución de las fuentes está ligada a la del poder político, por lo que la “inserción relativamente armónica” del Decreto Legislativo en nuestra Constitución se explica mejor teniendo en cuenta que se inserta en un modelo parlamentario donde existe una gran disciplina partidaria y, en consecuencia, es más relevante el eje “mayoría-oposición” que la tradicional separación entre poder legislativo y poder ejecutivo. Véase F. Balaguer Callejón, “Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, p. 202 y ss.

3 La obra seminal es la de E. García de Enterría, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981, 2.ª edición (la 1.ª edición es de 1970). También puede verse F. Garrido Falla, “La fiscalización de los decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 60, 1969, pp. 109-124. Un comentario clásico puede verse en J.L. Villar Palasí, y E. Suñé Llinás, “Artículo 82. Legislación delegada. Leyes de Bases. Textos Legales refundidos”. “Artículo 83. Límites del ámbito de las Leyes de Bases”. “Artículo 84. Defensa por el Gobierno de las delegaciones legislativas en vigor”. “Artículo 85. Decretos Legislativos”, en O. Alzaga Villaamil (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1998, 2.ª edición, p. 110 y ss.

4 Véase O. Alzaga Villaamil et al.: *Derecho político español según la Constitución de 1978 (I). Constitución y Fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, 6.ª edición, p. 443 y ss.

Parlamento. En la regulación constitucional vigente existe la posibilidad de evacuar dicha legislación delegada en dos formas: el Decreto Legislativo y el Decreto-Ley⁵.

La primera característica del Decreto Legislativo es que sólo puede dictarse si el Parlamento autoriza al Gobierno a ello. La segunda característica es que, a diferencia del Decreto-Ley, no está pensado para acometer regulaciones que respondan a necesidades perentorias sino más bien para mejorar, en los términos que ahora veremos, la calidad del ordenamiento jurídico. La tercera característica es que tanto el Gobierno en el ejercicio de la potestad delegada como el Parlamento a la hora de llevarla a cabo deben respetar el marco constitucional. No cabría una delegación parlamentaria que vulnerase la letra de la Constitución, por más que sea en ejercicio de una potestad que la propia Constitución le reconoce. La cuarta característica tiene que ver con su alcance territorial. Porque, junto a los Decretos Legislativos que regula la Constitución, buena parte de los Estatutos de Autonomía en vigor reconocen a los Parlamentos autonómicos la posibilidad de delegar en el Ejecutivo autonómico que dicte excepcionalmente normas con rango de ley en sus respectivos territorios⁶.

Conviene dejar sentada una nota de alcance general. Y es que la justificación genérica de la delegación legislativa reside en la conveniencia de que las Cámaras parlamentarias se puedan descargar de la tarea de creación del Derecho que en principio les corresponde. Esto es: el Parlamento, en tanto que principal órgano representativo democrático, debe dedicarse a las tareas propias que toda democracia constitucional

5 La realidad del Decreto Ley en nuestro país goza del consenso doctrinal, donde la opinión más extendida es que los sucesivos Gobierno han hecho un uso desmedido de esta facultad, a lo que suele añadirse de seguido un control bastante lábil por parte de nuestro juez constitucional. Por todos, véase M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016.

6 Véase L.M. Díez-Picazo, *Ordenamiento constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; L. López Guerra, *La Constitución de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; N. García Gestoso, “Los Decretos Legislativos”, en A. Villanueva Turnes (coord.), *Las Cortes Generales*, Universitat, Madrid, 2019, pp. 257-273; y F. Pascua Mateo, “De Poticios y Pinarios. El declive de los decretos legislativos”, en B. Pendás, B. (dir.), R. Rubio y E. González (coords.): *España constitucional. Trayectoria y Perspectivas (1978-2018)*, CEPC, Madrid, 2018, pp. 2077-2091. También es interesante el comentario de E. Vírgala Foruria, “La delegación legislativa. Los decretos legislativos”, en M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, y M.^a E Casas Baamonde, (dirs.); *Comentarios a la Constitución*, Tomo II, Wolters-Kluwer-BOE, Madrid, 2018, p. 203-2018; y F. Martín Vázquez, “Sinopsis”, a los artículos 82, 83, 84, y 85 (actualizados por F. Galindo Elola-Olaso, 2011; y M. Cabrera, 2018 (en línea: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=81&fin=92&tipo=2>). Último acceso: 21/06/2020).

le confiere (ejercer la potestad legislativa, *stricto sensu*; ejerce la potestad de control del Ejecutivo; y ejercer la potestad presupuestaria). Será o debiera ser el Gobierno el órgano encargado del “desarrollo de los detalles”⁷.

3. Naturaleza jurídica

Existen diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del Decreto Legislativo. Haciendo un somero reparo por el debate doctrinal cuyo origen data de largo, la doctrina que ha estudiado en profundidad el asunto distingue hasta cinco tesis diferentes sobre la misma.

La primera de ellas entiende que estamos ante una norma con rango de ley porque la relación que media entre el Parlamento y el Ejecutivo permite que este aquel “mande” a este –apodere, más bien– en la medida en que ambos están vinculados por una relación de representación. En el marco de las democracias parlamentarias como la nuestra esto es palmario, dirán sus defensores, por lo que el Decreto Legislativo es la concreción de dicho mandato. La segunda tesis entiende que con el Decreto Legislativo el Parlamento realiza una transferencia de una potestad típicamente parlamentaria, la legislativa, al Gobierno, lo que confiere un blindaje normativo al producto que emane de este cuando lo dicte. Esto es: le transfiere la titularidad de la misma para que el Ejecutivo la desarrolle como mejor estime. La tercera es muy similar a la anterior, pero se diferencia en una cuestión capital: aquí no se transfiere la titularidad de la potestad sino el ejercicio de la misma. Esto es: el Gobierno tiene la capacidad de desarrollar la norma en cuestión, pero no conserva la decisión de hacerlo. Esta siempre vendrá de quien tiene originariamente conferida la misma por la constitución: el Parlamento. La cuarta tesis sostiene que la Constitución reconoce la potestad legislativa del Gobierno, pero la condiciona a una autorización concreta del Parlamento, siempre en los términos que la propia Norma suprema establezca. Esta teoría, aunque guarda *prima facie* bastante similitud con la anterior, se situaría a medio camino entre la segunda y la tercera.

Finalmente, merece comentario aparte la tesis del profesor García de Enterría, quien allá por 1970 enunció una hipótesis que ha gozado de amplia recepción y predicamento en nuestro ordenamiento, tanto doctrinal como normativamente hablando⁸. Y es que la delegación legislativa es un apoderamiento para que el Ejecutivo actúe en un espacio que, en principio tiene vedado, prestándole el Parlamento el

7 Véase O. Alzaga Villaamil *et al.*, *op. cit.*, p. 446.

8 Véase E. García de Enterría, *op. cit.*

rango de sus normas. Tal y como anota la doctrina más reciente, esta tesis ha tenido un notable influjo en la regulación que realiza nuestra actual Constitución de la materia en sus artículos 82, 83, 84 y 85, amén de en la jurisprudencia constitucional, así como en algunas regulaciones capitales de la legislación vigente. Valga el ejemplo del artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, donde se residencia el control de los tribunales de los Decretos Legislativos en la parte en que se excedan de la delegación y que reza así: “Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación”. También parece dejarse oír el eco de esta voz en el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuando establece que: “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”⁹.

II. EL DECRETO LEGISLATIVO EN PERSPECTIVA COMPARADA Y EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

La figura del Decreto Legislativo tiene reconocimiento tanto en algunas Constituciones de nuestro entorno como en los sistemas jurídico-políticos españoles que tuvieron vigencia antes de la Constitución de 1978. Antes de hacer algunas alusiones a ambas realidades, recordemos ciertas cuestiones que sirvan a los efectos de poner en contexto las mismas.

En eso que podríamos llamar constitucionalismo clásico, la delegación legislativa se entendía como un mecanismo con el que se consolidaba la posición constitucional del Ejecutivo. Aun exigiendo el concurso de la ley a la hora de regular determinadas cuestiones, el Gobierno podía proceder en tal sentido siempre que gozara de la autorización parlamentaria mediante una ley. En este constitucionalismo originario, esta ley delegante no estaba sometida al control de constitucionalidad, por lo que no era infrecuente el caso de que algún Parlamento se viera tentado de acudir a la técnica de la delegación, a veces incluso en blanco o de forma sumamente amplia, hasta el punto de que el Ejecutivo gozaba de un auténtico poder legislativo. Incluso si la ley delegante contenía restricciones, incluso aunque fueran severas, en la práctica los decretos legislativos que se dictaban por este eran cuasi-ilimitados y

9 Véase L.M. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 225 y ss.

podían contener cualesquiera disposiciones porque por aquel entonces no quedaban sujetos siquiera al control jurisdiccional ordinario. Algunos autores dan cuenta de cómo la doctrina más liberal se manifestó claramente en contra de estos desmanes, hasta el punto de que han conseguido formar un estado de opinión en la comunidad de expertos de nuestros días, en el sentido de que todavía hoy recelamos de unas disposiciones que en la práctica subvierten en favor del Gobierno una de las funciones tradicionales que ejercían los Parlamentos¹⁰.

Dicho lo anterior, dedicaremos ahora algún espacio a esbozar con brevedad las nociones comparadas del Decreto Legislativo¹¹ y acudiremos posteriormente a las regulaciones constitucionales españolas que la Historia ha deparado¹².

1. El Decreto Legislativo en perspectiva comparada

En ese sistema abierto que es la Constitución británica, la delegación legislativa se realiza mediante leyes que llaman al Ejecutivo para que las complete (los llamados *Statutory instruments*) que luego suelen ser sometidos a ratificación parlamentaria. Será la Cámara de los Lores, mediante dos comisiones parlamentarias creadas a los efectos, las encargadas de evaluar tanto la concesión de la autorización como el ejercicio de la misma. El decreto que apruebe el Gobierno queda sometido al control judicial, entre otros motivos, por *ultra vires* (excederse en el objeto de la delegación).

En Alemania, el artículo 80 de su Constitución, la Ley Fundamental de Bonn, prevé también la posibilidad de que se autorice al Gobierno federal, los ministros federales y los Gobiernos de los estados la posibilidad de aprobar decretos. No obstante, este tipo de delegación, de manera más clara aún que la británica, parece unificar la delegación legislativa con la atribución de una potestad reglamentaria *ad extra* al Gobierno, por lo que se aparta en cierta medida del modelo español, italiano y francés.

Dentro de los sistemas constitucionales más parecidos al nuestro en lo que a delegaciones legislativas hace, merece un breve apunte el caso italiano y francés. En Italia la delegación legislativa en favor del Gobierno se acoge expresamente en el artículo 76 de la Constitución de 1947 (a juicio de algunos sectores doctrinales, claramente inspirado en el artículo 61 de la Constitución española republicana

10 Véase O. Alzaga Villaamil *et al.*, *op. cit.*, p. 447 y ss.

11 Véase F. Pascua Mateo, “De Poticios...”, *cit.*; y T. Freixés Sanjuán, “La legislación delegada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 1990, p. 119 y ss.

12 Nos apoyamos en F. Pascua Mateo, *op. cit.*, en E. Virgala Foruria, *op. cit.*, y en F. Martín Vázquez, *op. cit.*

de 1931)¹³. Este precepto exige por lo demás que dicha delegación goce de objeto definido, se realice por tiempo limitado y se determinen los principios y criterios directivos de la delegación. El control de la adecuación del decreto legislativo a la ley de delegación se circunscribe a un control exclusivamente de constitucionalidad que debe ser ventilado por la *Corte Costituzionale*, a diferencia de lo que sucede en el caso español como se verá seguidamente.

Por último, debemos hacer una somera referencia al caso francés. El artículo 38 de la vigente Constitución de 1958 se aparta de la prohibición expresa contenida en la Constitución de 1946 y otorga legitimidad a la legislación delegada en favor del Ejecutivo, estableciendo la exigencia de un término para el ejercicio de la delegación, así como su aprobación por el Consejo de Ministros. Además, como sucede en el caso español, se requiere el dictamen previo del Consejo de Estado. A posteriori, en cambio, el sistema francés exige su ratificación expresa por el Legislativo. No se exigen, en cambio, requisitos de fondo. Su eventual control corresponde al *Conseil Constitutionnel*. Finalmente, podemos traer el ejemplo de la Constitución portuguesa, cuyo artículo 165 reconoce la facultad del Gobierno de dictar este tipo de disposiciones, en estos términos:

“2. Las leyes de autorización legislativa deben definir el objeto, sentido, extensión y duración de la autorización, la cual puede ser prorrogada. 3. Las autorizaciones legislativas no pueden ser utilizadas más de una vez sin perjuicio de su ejecución compartimentada; 4. Las autorizaciones caducan con la dimisión del Gobierno que las tuviera concedidas, con el fin de la legislatura o con la disolución de la Asamblea de la República”.

Cuando se ejecute, se somete a la fiscalización del Tribunal Constitucional portugués (artículos 277 y ss.).

2. El Decreto Legislativo en perspectiva histórica

En nuestra Historia constitucional parece existir cierto antecedente del Decreto Legislativo en el Estatuto Real de 1834, aunque será la propia monarquía isabelina la que ofrezca buenos ejemplos de cómo la delegación legislativa era una realidad, aunque una realidad que tendía a disolverse en la práctica dentro del mecanismo de otorgamiento de la confianza parlamentaria. Ejemplos de ello podría ser la legislación local de 1835 y 1845; la ley de Presupuestos de 1849 y 1850; o el Código Penal de 1848. La Constitución de 1876 seguía guardando silencio sobre la figura,

13 F. Pascua Mateo, *op. cit.*

pero la técnica de la delegación se empleaba a modo de costumbre. El ejemplo más significativo de la época es el Código Civil, norma que sigue en vigor, después de su aprobación mediante esta técnica en 1888. El Decreto Legislativo tuvo en la Restauración su edad de oro, al mejor decir doctrinal¹⁴.

El auténtico punto de inflexión llega con la Constitución republicana de 1931, cuya regulación es reflejo de la regulación constitucional más amplia de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. El artículo 61 era el encargado de plasmar tal delegación en los siguientes términos:

“El Congreso podrá autorizar al Gobierno para que este legisle por decreto, acordado en Consejo de Ministros, sobre materias reservadas a la competencia del Poder legislativo. Estas autorizaciones no podrán tener carácter general, y los decretos dictados en virtud de las mismas se ajustarán estrictamente a las bases establecidas por el Congreso para cada materia concreta. El Congreso podrá reclamar el conocimiento de los decretos, así dictados, para enjuiciar sobre la adaptación a las bases establecidas por él. En ningún caso podrá autorizarse, en esta forma, aumento alguno de gastos”.

Esta fórmula racionaliza el mecanismo de la legislación delegada y deja atrás los plenos poderes gubernamentales y la ausencia de límites y/o de controles.

Durante el régimen franquista la delegación legislativa conoció una notable expansión. Leyes como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en su artículo 10, de 1957; la Ley General Tributaria de 1963, en su artículo 11; el artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado, de 1967. Todas ellas reconocían, cada una a su manera y con mayor o menor extensión, lo mismo: la posibilidad de que el Gobierno dictase decretos legislativos. La primera norma era, en sí misma, un Decreto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado. Su artículo 10.4 decía que era competencia del Consejo de Ministros:

“Someter al Jefe del Estado proyectos de disposiciones con fuerza de Ley, cuando el Gobierno cuente para ello, en cada caso, con expresa delegación por Ley votada en Cortes y previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno”.

El segundo precepto decía así:

“Uno. Las delegaciones o autorizaciones legislativas que se refieran a las materias contenidas en el apartado a) del artículo diez de esta Ley precisarán inexcusablemente los prin-

14 El propio F. Pascua Mateo, *op. cit.*, da cuenta de que la figura del decreto legislativo ya se incluía en el anteproyecto de Constitución de 1929 (artículo 64).

cipios y criterios que hayan de seguirse para la determinación de los elementos esenciales del respectivo tributo. Dos. El uso de las autorizaciones o delegaciones se ajustará a los preceptos de la Ley que las concedió o confirmó. Habrá de darse cuenta a las Cortes de las disposiciones que a su amparo se dicten. Tres. Sus preceptos tendrán la fuerza y eficacia de meras disposiciones administrativas en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación o ésta hubiere caducado por transcurso de plazo o hubiera sido revocada¹⁵.

El último precepto decía: “El Gobierno podrá someter a la sanción del Jefe del Estado disposiciones con fuerza de ley con arreglo a las autorizaciones expresas de las Cortes”.

Con la llegada de la Constitución de 1978, la figura del Decreto Legislativo volvió a formar parte de nuestro sistema constitucional, con una regulación concreta cuyas líneas generales pasamos a esbozar.

III. EL DECRETO LEGISLATIVO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Es conocido que nuestra Constitución establece la regulación de la figura del Decreto Legislativo en los artículos 82 y ss. (con alguna añadidura proveniente del artículo 75). Evitando recordar lo obvio, vamos a exponer cuáles son las principales pautas que se extrae de dicha regulación siguiendo un esquema que se ocupará, en primer término, de la doble tipología en que se dividen; en segundo lugar, de los requisitos y límites que observan; y, en tercer lugar, se hará una breve evaluación con la vista puesta en su estado actual. Por lo demás, baste recordar que el hilo conductor de dicha regulación constitucional es patente: dejar muy claro que estamos ante normas con rango legal y no meramente reglamentario, con *nomen iuris* reservado a los efectos para no dar lugar a confusiones ni equívocos, puesto que recogen un acto de autoridad del Poder Ejecutivo (Decreto) adjetivado con la fuerza de ley exigible (Legislativo).

1. Tipología

Es pacífico en la doctrina defender que la posibilidad de implementar la legislación delegada obedece a una razón fundamental: hacer posible llegar a buen puerto regulaciones complejas para las que el Gobierno, órgano que suele disponer

15 Un análisis reciente de las tesis que surgen en torno a la teoría de la degradación del rango, que surge al hilo de este tercer apartado, véase L.M. Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 225 y ss.

de amplios recursos técnicos, económicos y humanos, está muy bien posicionado. Dentro de esa filosofía, la legislación delegada necesita en primer lugar una ley delegante y, después, subsumirse en alguno de estos dos tipos (texto articulado y/o texto refundido)¹⁶.

La ley de delegación es la norma que aprueba el Parlamento donde delega en el Gobierno la posibilidad de que apruebe un Decreto Legislativo. Esta ley debe ser adoptada de forma expresa por el Parlamento, lo que sirvió para que muy pronto nuestro Tribunal Constitucional interpretase que el Gobierno carece de una potestad *propia* de aprobar normas con rango de ley mediante esta técnica (STC 51/1982, de 19 de julio). La delegación debe hacerse directamente al Gobierno, no cabe delegarlo a “sub-órganos” tales como Ministerios o Comisiones Delegadas. El Gobierno tampoco puede *subdelegar* la delegación. Sabemos que la delegación debe ser por una materia concreta, pero esto ha sido interpretado de forma muy amplia por nuestro Juez de la Constitución, cuando dijo que la forma puede ser amplia siempre que sea clara, incluso sería constitucional que una ley posterior pudiera ampliar a posteriori el ámbito material de ésta (STC 13/1992, de 6 de febrero). También, en fin, ha aceptado nuestro TC que el plazo pudiera ser prorrogado, incluso si es la de Presupuestos Generales (STC 61/1997, de 20 de marzo).

Dicho lo anterior, existen dos tipos de delegación posible. Por un lado, el Gobierno realiza un *texto articulado*, donde aprueba una nueva regulación de una materia, innovando parcialmente el ordenamiento. Por otro, el Gobierno aprueba un *texto refundido* donde reúne en un único cuerpo legal varias disposiciones que están dispersas por el ordenamiento y que regulan la misma materia. Aquí no se da ningún tipo de innovación del ordenamiento, sino que recopila y simplifica lo que ya existe. Veamos con un poco más de detenimiento la cuestión.

1.1. Textos articulados

La ley delegante que autoriza textos articulados se denomina Ley de Bases, cuyo contenido constitucional necesario son las directrices y criterios que deben quedar bien definidos a seguir por el Gobierno (recordemos que el motivo que la justifica es una razón eminentemente técnica, no política). La prohibición de alterar la pro-

16 Uno de los ejemplos más o menos recientes de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, permite al Gobierno aprobar textos refundidos en materia de mercado de valores; Seguridad Social; Estatuto de los Trabajadores; empleo; estatuto básico del empleado público; ley del suelo; y prevención de riesgos laborales. Sólo dejó de refundirse este último. Véase O. Alzaga Villaamil *et al.*, *op. cit.*, p. 453, nota al pie 15.

pia ley de bases queda refrendada en nuestro texto constitucional, como sabemos, plasmando lo que la doctrina llama agudamente *cláusula Enrique VIII*; esto es, el mecanismo constitucional que evita tentaciones despóticas al Gobierno y que este pueda entenderse legitimado para entrar en frenesí regulativo y aprobar normas con rango de ley por doquier, modificando incluso la propia ley de bases si se terciase¹⁷.

A tenor de la regulación constitucional, surge la duda respecto a la eficacia de la eventual retroactividad, especialmente a juzgar por la irretroactividad tan atenuada que se ha establecido en la jurisprudencia que ha conocido de tal extremo. El criterio que se ha adoptado en nuestro ordenamiento es, dicho de forma muy resumida, que los textos articulados podrán tener efectos retroactivos en los términos del art. 9.3 CE (SSTC 6/1983, de 4 de febrero; y 41/1983, de 18 de mayo), aunque insistimos en que la cuestión ha sido ampliamente discutida por lo confuso de la redacción constitucional¹⁸. Por lo demás, el propio TC ha recordado que esta ley de bases no tiene que ver con la legislación básica a la que alude el artículo 149 CE, entre otras razones porque las que aquí se estudian no gozan de aplicación directa sino instrumental, a diferencia de las segundas, que sí gozan de la misma (STC 1/1982, de 28 de enero). La doctrina más reciente anota que en ocasiones estas leyes de bases obedecen a diferentes tipos, algunas realmente pormenorizadas, otras todo lo contrario, y entre medias otras que están medio camino. En todo caso, resulta no sólo constitucionalmente exigible sino plausible por mor de la claridad y la precisión que las bases sean claras en fondo y forma y no den lugar a equívocos.

Podría surgir la duda de qué sucede con la ley de bases una vez se ha ejercido la competencia legislativa por el Gobierno. Aunque algunos autores de la doctrina extranjera (Cervati) entendían que ambas normas se fusionan en una, no parece que nuestro Tribunal Constitucional haya entendido lo mismo en la STC 113/2002, de 9 de mayo, donde desestima una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por un tribunal ordinario frente a una disposición sancionadora contenida tanto en la ley de bases como en texto articulado resultante (de idéntica redacción). Para el Juez de la Constitución,

“(…) es claro, sin embargo, que en este proceso constitucional de control de la Ley sólo es relevante la norma legal de la que depende la validez de la sanción impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no la ‘base’ legislativa con la que –conforme al art. 82.2 CE– las Cortes Generales autorizaron la aprobación del texto articulado (…)” (FJ 1)¹⁹.

17 L. M. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 224; y O. Alzaga Villaamil *et al.*, *op. cit.*, p. 451.

18 O. Alzaga Villaamil *et al.*, *op. cit.*, p. 452.

19 Véase O. Alzaga Villaamil *et al.*, *op. cit.*, p. 452.

1.2. Textos refundidos

La ley delegante permite al Gobierno adoptar textos refundidos, delegación que debe ser comprendida a la luz de las dos subclases que existen. Una, la refundición que consiste en la aprobación de un cuerpo legal que reúne y compila varias regulaciones diseminadas, y que no altera sustantivamente su letra. Y otra, donde la refundición además armoniza y aclara la regulación de una materia y, en ese sentido, altera inevitable y materialmente la misma. Conviene tener presente que en el caso de que recaiga una declaración de inconstitucionalidad de una norma incluida posteriormente en un texto refundido, dicha declaración alcanza a este (STC 194/2000, de 19 de julio).

Finalmente, debemos mencionar algunas reglas que conviene no olvidar. Por un lado, el Gobierno podría negarse a la tramitación parlamentaria que tenga por objeto una delegación legislativa en vigor, lo cual constituye un ejemplo de parlamentarismo racionalizado porque la Constitución obliga al Parlamento a que no pueda negar la facultad de ejercer la delegación legislativa que ya ha concedido. Como contrapeso, podría salir de la propia Asamblea la posibilidad de presentar una proposición de ley para derogar total o parcialmente la ley de delegación. Esto es un ejemplo de *checks and balances* propio de una democracia constitucional heredera de la mejor tradición constitucionalista surgida de las cenizas de la II Guerra Mundial.

2. Requisitos y Límites

Como se puede deducir de las líneas anteriores, nuestra Constitución establece algunos requisitos subjetivos y objetivos a los Decretos Legislativos.

Respecto a los requisitos subjetivos, la relación se traba entre el sujeto delegante (Parlamento) y el sujeto delegado (Gobierno). Este último debe ser entendido en el sentido que le da el artículo 1.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, donde se establece, sin atisbo de duda, que: “El Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros”. Por lo demás esta norma legal especifica en su artículo 5.1.c) que corresponde aprobar los Decretos Legislativos al Consejo de Ministros, por lo demás término este sinónimo al de “Gobierno”, quedando claro que no puede ser ni un Ministerio ni varios Ministerios, ni tampoco las Comisiones Delegadas del Gobierno en quienes recaiga la delegación: sólo el Consejo de Ministros en pleno. Reza así su tenor literal: “1. Al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones (...) Aprobar (...) los Reales Decretos Legislativos (...)”.

En cuanto a los requisitos objetivos, estos se componen de los contenidos necesarios para que la delegación se entienda constitucionalmente adecuada. Ya sabemos que son fundamentalmente tres: la delegación debe realizarse de forma expresa, no tácita ni presunta; la delegación debe realizarse para una materia concreta y determinada, no vaga, abstracta o “en blanco”; y la ley de delegación debe establecer el plazo en el cual el Gobierno debe dictar el Decreto Legislativo en cuestión. En una interpretación poco discutida científica o judicialmente, el Tribunal Constitucional ha sido especialmente flexible a la hora de apreciar la observancia de estos requisitos en la práctica (SSTC 194/2000, de 19 de julio; y 166/2007, de 4 de julio).

Por si lo anterior pudiera no ser suficiente a la hora de poner coto a eventuales excesos gubernativos, la Constitución establece algunos límites muy claros a la hora de ejecutar la delegación. Primero, no cabe delegar aquellas materias reservadas a regulación por Ley Orgánica (por ejemplo, los derechos fundamentales, el tesoro más preciado en una democracia constitucional del siglo XXI cuya vigencia suele exigir mantenerlos a buen recaudo del Gobierno de turno). Segundo, la Constitución prohíbe la subdelegación. Y lo hace al menos en dos sentidos. Por un lado, la ley delegante que dicte el Parlamento sólo puede delegar en el Gobierno entendido en el sentido ya visto (no en ningún otro órgano gubernamental). Por otro, este no puede delegar en otros órganos, debe ser él mismo quien acometa la producción normativa encomendada. Huelga decir que el resto de funciones propias del Parlamento, tales como el nombramiento de Magistrados del Tribunal Constitucional, quedan proscritas en su eventual regulación gubernamental mediante esta técnica²⁰.

3. Evolución y estado actual

La evolución de los Decretos Legislativos pasa por hacer algunas consideraciones que tienen que ver tanto con su uso real como con el estado actual de la cuestión.

Lo primero que debemos anotar es que la regulación constitucional no parece haber planteado problemas a la hora de que el Parlamento confiera las delegaciones pertinentes para que el Gobierno afronte la tarea y articule y/o refunda textos normativos con rango de ley. La comunidad de expertos destaca que la letra de la Constitución ha regulado la cuestión con detalle por aquello de que, como Hans Kelsen dijo, siempre que uno aborda en profundidad cualquier asunto de Derecho Constitucional, anida detrás la Gorgona del poder. En este caso, el consenso doctrinal es absoluto y unívoco: detrás de la detallada y minuciosa regulación constitucional se

20 N. García Gestoso, *op. cit.*, p. 268.

esconde el deseo de tratar de evitar eventuales tentaciones despóticas del Gobierno de turno²¹.

Lo segundo tiene parcialmente que ver con esta cuestión. Y es que la doctrina ha detectado que estamos ante una institución que parece haber caído en desuso. Aunque el análisis pormenorizado debería tener en cuenta varios factores contextuales, los datos no suelen engañar: dependiendo de la Legislatura en cuestión podemos hablar de uso, pero no de abuso de esta herramienta. Siguiendo los datos que ofrece el profesor Pascua Mateo, durante el período constituyente no se aprobó un solo decreto legislativo en nuestro país²². Durante la I Legislatura se aprobaron sólo tres. Durante la II, tras los años en blanco de 1983 y 1984 y el único decreto legislativo aprobado en 1985, el año 1986 supone todo un resurgir de este tipo normativo, que desempeña el seguramente último gran servicio al ordenamiento español hasta la fecha porque a su través se adecuaron diversas normas estatales al ordenamiento comunitario. La experiencia acabó ahí porque sólo en ese momento –el de la adhesión a la Unión Europea– debía afrontarse una adaptación masiva al Derecho Comunitario²³.

Con posterioridad, la utilización de la delegación legislativa se ha circunscrito bien a la aprobación de textos aislados, bien a la refundición de varios grupos de normas, habitualmente al final de la legislatura correspondiente, sin ninguna sistemática o criterio que determine por qué en unos casos sí y en otros no se ha acudido a este mecanismo. Además, se ha prescindido casi por completo de la delegación más innovadora, esto es, la que permite aprobar *ex novo* textos articulados. Las disposiciones aprobadas son básicamente textos refundidos que ni tan siquiera agrupan diversas leyes o incluso reglamentos, sino que casi siempre se limitan a refundir un

21 Véase L.M. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 224.

22 Los datos han sido consultados del sitio web del Congreso de los Diputados, que ofrece la relación de todas las iniciativas legislativas aprobadas desde 1977 (www.congreso.es. Último acceso: 21/06/2020).

23 La Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, delegó en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley en el ámbito de las competencias del Estado, sobre las materias reguladas por las 36 disposiciones de rango legal incluidas en su anexo, a fin de adecuarlas al ordenamiento jurídico comunitario. Las 66 directivas y 4 decisiones citadas en el anexo II debían funcionar como principios y criterios a los que tenían que atenerse los textos articulados que se elaborasen en ejercicio de dicha delegación, otorgada por un período de seis meses. El resultado fue la aprobación de quince decretos legislativos, en materias de importante dentro del Derecho administrativo y del mercantil. El procedimiento de delegación “funcionó con éxito”. Véase F. Pascua Mateo, *op. cit.*

texto principal que ha sido objeto de una amplia reforma poco antes de la delegación. La evolución práctica expuesta puede demostrarse sin dificultad. Durante la III Legislatura, se aprobaron tres decretos legislativos, a razón de uno al año entre 1987 y 1989. En esta Legislatura, no obstante, aún se aprobaron algunos textos articulados (en materias tales como el tráfico y seguridad vial; el procedimiento laboral; y el impuesto sobre actividades económicas). Desde entonces, la delegación legislativa innovadora prácticamente ha desaparecido, de forma que, de los 39 decretos legislativos aprobados desde 1994 hasta la actualidad, sólo uno es un texto articulado. En cuanto a los textos refundidos, en 1995 se aprobaron dos. En 2000 son cinco los decretos legislativos publicados. En 2004, ocho. Entre finales de 2007 y primera mitad de 2008 se aprobaron otros cuatro, mientras que en 2011 son tres. En 2015 hablamos de ocho decretos legislativos, algunos con una nueva regulación de materias como el tráfico y la seguridad vial²⁴. Los últimos datos disponibles exponen a las claras la tendencia que se ha comentado. En 2016 se aprobó uno. Durante los años 2017, 2018 y 2019, no hay ningún Decreto Legislativo aprobado (coincidencia o no, los últimos lustros vienen siendo políticamente convulsos en España). En 2020 se ha aprobado el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, hasta la fecha el último del que se tiene constancia²⁵.

Finalmente, conviene recordar que la figura se ha extendido a nivel autonómico, con la inmensa mayoría de los Estatutos de Autonomía regulando la figura del Decreto Legislativo para sus respectivos ámbitos territoriales. La técnica normativa es desigual, porque mientras algunos se limitan a reconocer nominalmente esta institución y se remiten directamente a la regulación que hace la constitución a nivel nacional, otros han optado por seguir las pautas de cómo hacer normas del siglo XXI, con mucha literatura que tiene bastante de envoltorio y que bien podría resumirse en espacio bastante menor²⁶. Es este un fenómeno típico que se aprecia especialmente

24 Véase también L. López Guerra, *op. cit.*; 130 y ss.

25 Véase www.congreso.es (último acceso: 22/06/2020).

26 Uno de los análisis más recientes sobre la cuestión expone que la heterogeneidad interautonómica en la materia es relativa. Véase F.J. Donaire Villa, “El control de las asambleas legislativas territoriales sobre los decretos legislativos autonómicos: Similitudes y diferencias con el modelo estatal”, *Parlamento y Constitución*, núm. 19, 2018, pp. 60 y ss. La cuestión se trató hace tiempo en I. Lasagabaster Herrarte, “Consideraciones en torno a la figura de los Decretos Leyes y Decretos Legislativos en el Ámbito Autonómico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 2, 1982, pp. 97-126; y J.C. Duque Villanueva, “Los decretos legislativos de las Comunidades Autónomas”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 7, 1986, pp. 53-94.

en los de nuevo cuño, procedentes de la segunda oleada de reformas cuyo pistoletazo de salida lo marca 2006 con la aprobación del Estatuto de la Comunidad Valenciana y finaliza con la aprobación de la reforma del Estatuto de las Islas Canarias en 2018 (mediante la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias). Baste a título de ejemplo de lo que se acaba de decir el artículo 45 de este último:

“Artículo 45. Delegación legislativa. 1. El Parlamento de Canarias podrá delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley, excepto en los siguientes supuestos: a) Las leyes del presupuesto de la Comunidad Autónoma. b) Las leyes de instituciones autonómicas o que requieran mayoría cualificada del Parlamento. 2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases, cuando su objeto sea la formación de textos articulados, o por una ley ordinaria, cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. 3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. No podrá hacerse uso de la delegación cuando el Gobierno se encuentre en funciones por disolución del Parlamento. La delegación se agota por el uso que de ella haga al Gobierno, mediante la publicación de la norma correspondiente, que recibirá el nombre de decreto legislativo. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno. 4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio, no pudiendo en ningún caso autorizar la modificación de la propia ley de bases, ni facultar para dictar normas con carácter retroactivo. 5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. 6. El control de la legislación delegada se llevará a cabo en los términos establecidos en el Reglamento del Parlamento de Canarias, sin perjuicio del que le corresponde, según la legislación aplicable, al Tribunal Constitucional y a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Las leyes de delegación podrán establecer, además, otros mecanismos de control”. Creemos que sería menos farragoso y ganaría en sencillez, lo que es sinónimo de claridad, acudir a regulaciones como por ejemplo la del artículo 9.1 del Estatuto de Cantabria, que dice así: “El Parlamento sólo podrá delegar esta potestad legislativa en el Gobierno en los términos que establecen los artículos 82, 83 y 84 de la Constitución para el supuesto de la delegación legislativa de las Cortes Generales al Gobierno del Estado, todo ello en el marco del presente Estatuto”²⁷.

27 Según los datos que ofrece el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, algunos ejemplos pueden verse en los artículos 62 y 63 del catalán; artículo 109 del andaluz; artículo 24 bis del asturiano; artículo 9 del cántabro; artículo 19.3 del riojano; artículo 44 del valenciano; artículo 43 del aragonés; artículo 9 del castellano-manchego; artículo 45 del canario; artículo 21 del navarro; artículo

Y un último apunte, que como ha señala mejor doctrina, tiene que ver por entero con el comportamiento del régimen parlamentario, que es el existente tanto a escala como en su fiel reproducción autonómica. El razonamiento se basa en el criterio de que, si hubieran proliferado los gobiernos de coalición y hubieran resultado excepcionales las mayorías absolutas en el Congreso de los Diputados, la lógica política hubiera impuesto un recurso más frecuente a la delegación legislativa. En un régimen parlamentario que, en cambio, ha dado lugar siempre a gobiernos de un solo partido, respaldado en el Congreso de los Diputados por un grupo parlamentario con o sin mayoría absoluta, ello se consigue eludir ampliando lo que se entiende por “reglamento ejecutivo” a la par que se recurre en la práctica a leyes muy detalladas²⁸.

IV. EL CONTROL DEL DECRETO LEGISLATIVO

Los Decretos Legislativos no han sido una norma especialmente polémica en nuestro ordenamiento jurídico, extremo probablemente relacionado con el escaso uso y en ningún caso el abuso que se ha hecho de la figura. No obstante, se aprecia que será en esta materia del control donde la doctrina debata con cierta intensidad algunas cuestiones de importancia relacionadas sobre todo con qué tipo de controles existen, jurídicamente hablando, y hasta dónde llega su radio de acción²⁹. En ese sentido, podemos distinguir hasta tres tipos de control: el control preventivo; el control jurisdiccional; y el control parlamentario.

Antes de entrar en los pormenores de cada uno de ellos, conviene realizar algunas reflexiones generales previas. Y es que debe recordarse que los Decretos Le-

22 del extremeño; artículo 48 del balear; artículo 15 del madrileño; y artículo 25 del castellanoleonés. Se han consultado aquí: https://www.mptfp.gob.es/portallpolitica-territorial/autonomica/Estatutos_Autonomia/estatutos_materias.html (último acceso: 20/06/2020).

28 La explicación, mucho más detallada con la profundidad necesaria, puede verse en O. Alzaga Villaamil *et. al.*, *op. cit.*, pp. 449 y ss.

29 Véase I. Gutiérrez Gutiérrez, *El control de la legislación delegada*, CEPC, Madrid, 1995. F. Santaolalla López, “Tribunal Constitucional y control de legalidad de los decretos legislativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 132, 1993, pp. 209-222. También J. Jiménez Campo, “El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 10, 1981, pp. 77-105. Sigue siendo interesante la monografía de E. Virgala Foruria, *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos Legislativos como normas con rango incondicionado de Ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991. Véase también F.M. Ruiz-Risueño Montoya, “El control de los decretos legislativos en el ordenamiento español”, en M. Aragón Reyes (dir.) y A. Gómez Montoro (coord.), *El Gobierno: problemas constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 407-470.

gislativos están sujetos tanto a la Constitución como a los criterios que establezca la ley delegante. Si el Decreto Legislativo se dicta en infracción de esta, se dice que ha incurrido en *ultra vires*, que literalmente significa “por encima de su fuerza”, “más allá de lo que puede”, normativamente hablando. Huelga decir que para que esto produzca efectos prácticos es necesario que el Decreto Legislativo sea, bien expulsado del ordenamiento jurídico, bien aplicado al caso concreto. Sólo si el control es efectivo es control, en definitiva. Sucedió que antes de la aparición de los tribunales constitucionales era realmente complicado de que los tribunales ordinarios controlaran una norma que al fin y al cabo tenía rango de ley. En la práctica esto suponía unos límites amplísimos y en permanentes expansión por parte del Gobierno a la hora de dictar Decretos Legislativos. Es aquí donde se inserta el ya famoso discurso del profesor García de Enterría en su ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en el año 1970, el principal esfuerzo doctrinal para articular una teoría jurídica sobre el control de este tipo de normas, teoría que ha acabado por hacer fortuna en nuestro Derecho positivo, como ya sabemos. Un Derecho que, al entrar en vigor la Constitución de 1978 y especialmente el Tribunal Constitucional y su monopolio del control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, va a introducir serios cambios filosóficos y de todo tipo en el sistema de control de los Decretos Legislativos; sistema que, ahora ya sí, pasamos a tratar a continuación.

1. Control preventivo

Dentro del control preventivo destacaría algunas técnicas que dispone nuestro ordenamiento jurídico para pulir el producto final que tome la forma de Decreto Legislativo. En primer lugar, según el artículo 24 de la Ley del Gobierno, si estamos hablando de un Gobierno en funciones, las delegaciones legislativas que se hayan podido evacuar a lo largo de la Legislatura pertinente quedan suspendidas. Con otras palabras: un Gobierno en funciones no puede aprobar Decretos Legislativos. En puridad, acaso no estamos ante un mecanismo de control sino ante una limitación clara que el ordenamiento impone. En segundo lugar, debemos hacer alusión al *control* del Consejo de Estado, quien según el artículo 21 de la Ley del Consejo del Estado debe emitir un dictamen preceptivo y no vinculante sobre todos los proyectos de Decreto Legislativo existentes. Por tales razones la doctrina entiende que no estamos en realidad ante un control jurídico sino ante un auxilio del principal órgano consultivo que con su dictamen ayuda a pulir el borrador (también la jurisprudencia del TS, quien en su STS de 11 de mayo de 1988 relativiza bastante

este dictamen como medio de fiscalización)³⁰. Además, el proyecto de Decreto Legislativo debe respetar los criterios establecidos en las Directrices de Técnica Normativa, en su versión de 2005, así como recibir el informe favorable de la Oficina de Coordinación y Calidad normativa³¹. La lógica que se ha aplicado al dictamen del Consejo de Estado tiene si cabe mayor vigencia en estos dos supuestos (reza el viejo aforismo administrativista aquello de que *quien puede lo más, puede lo menos*): en el caso de que un Decreto Legislativo no cumpliera con algunas de estas reglas y fuese una norma con escasa calidad técnica y/o formal, esto no empecería a su entrada en vigor ni sería constitutivo de vicio de nulidad³².

2. Control jurisdiccional

El control jurisdiccional se refiere al control de los tribunales de justicia sobre los Decretos Legislativos, un asunto que ha dado lugar a ciertos debates doctrinales. Aquí habría que diferenciar dos tipos de control, porque según algunas normas de nuestro ordenamiento los Decretos Legislativos gozan de un doble control. Por un lado, el control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional, dado que estamos ante una norma con rango de ley y, por ello, sometida tanto al recurso como a la cuestión de inconstitucionalidad. Hace ya bastantes años, nuestro Juez de la Constitución dijo en la STC 61/1997, de 20 de marzo, que también se podía someter a este control no solo el producto normativo –el propio Decreto– sino la norma delegante –la ley de delegación–.

30 No obstante, los Dictámenes del órgano consultivo suelen ser documentos de alta especialización técnica, con indicaciones muy precisas que ayudan a pulir la versión final de la norma. Por poner un ejemplo, en el Dictamen núm. 1127/2019, de 26/03/2020, sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, realiza un exhaustivo estudio donde concluye que algunas partes del mismo incurren en *ultra vires*, señalando expresamente cómo podrían dejar de hacerlo.

31 Este órgano administrativo técnico, dependiente del Ministerio de la Presidencia y regulado en el Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, se encarga de “promover la coordinación y calidad de la actividad normativa del Gobierno” (artículo 1.1).

32 Nuestro Juez de la Constitución ha reiterado en diversas ocasiones que los procesos de constitucionalidad no son juicios acerca de la calidad técnica de las normas objeto de enjuiciamiento. Así, por ejemplo, puede verse la STC 40/2018, de 26 de abril (FJ 8); y la STC 102/2018, de 4 de octubre (FJ 4). Un estudio doctrinal de referencia puede verse en P. García-Escudero, *Manual de técnica legislativa*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado en demasiadas ocasiones sobre los Decretos Legislativos. Destaca un modesto acervo de sentencias dictadas, sobre todo, en las décadas de los ochenta y noventa del pasado siglo, amén de algunas en la primera del siglo XXI. El resumen que podríamos hacer de sus principales líneas jurisprudenciales serían las siguientes. En la STC 51/1982, de 19 de julio, confirma que el Gobierno no tiene per se potestad propia de aprobar normas con rango de ley y que dicha potestad viene conferida en la Constitución, quien atribuye al Parlamento la posibilidad de conferirla, a su vez, al Gobierno, y siempre en los términos que la propia Constitución establece. La STC 13/1992, de 6 de febrero, realizó dos matices a la necesidad de que la ley delegante lo sea para materia concreta. La fórmula puede ser amplia siempre que sea clara; y una ley posterior podría ampliar el ámbito material de ésta; resolución confirmada en la STC 205/1993, de 17 de junio. También ha admitido que el plazo pueda ser prorrogado, incluso por la ley de PGE, en la STC 61/1997, de 20 de marzo. La STC 194/2000, de 19 de julio, confirma, por lo demás, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma incluida luego en un texto refundido se comunica al correspondiente precepto de este. La teoría del *ultra vires* ha sido confirmada por las SSTC 51/1982, de 19 de julio; y 47/1984, de 4 de abril. Finalmente, en la STC 166/2007, de 4 de julio, el TC entiende que los textos refundidos deben servir para la depuración técnica del ordenamiento, respetando los materiales legislativos a refundir, resolución esta que también confirma que cuando se pronuncia la jurisdicción sobre los efectos *ultra vires* no hace falta confirmación por sentencia del Juez Constitucional. Es más, ya en el ATC 69/1983, de 17 de febrero, rechazó la admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad por entender que lo que se pedía al TC era controlable en sede jurisdiccional ordinaria, no constitucional. Las últimas sentencias donde se ha pronunciado sobre la materia, muy escasas por lo demás, como por ejemplo la STC 120/2018, de 31 de octubre; o las SSTC 40 y 41/2018, ambas de 26 de abril, no han cambiado los criterios sentados en aquellas.

Por su parte, tenemos un control jurisdiccional adicional, el control de los tribunales ordinarios, y en última instancia, el Tribunal Supremo, donde hay bastante más debate doctrinal. La tesis mayoritaria defiende que en todo aquello que el Decreto Legislativo supere la delegación, tales excesos *ultra vires* son controlables por los tribunales de lo contencioso-administrativo (los ya referidos artículos 1 LJCA y 6 LOPJ). Díez-Picazo lo ha explicado perfectamente: si se excede la delegación, el rango de la norma es reglamentario no legal, por lo que es un simple decreto. No es inválida, sino que su rango se degrada, lo que lleva a que cualquier tribunal en base a los preceptos citados puede y debe inaplicar al caso concreto un decreto legislativo

en aquello que se extralimite y repute contrario a norma una legal, además de que en vía contencioso-administrativa se anularía el Decreto en aquellas partes ultra vires (STS de 25 de junio de 1997)³³. Si hablamos del TS, este podría declarar nulas aquellas partes ultra vires que atenten contra el ordenamiento. En ninguno de estos dos supuestos es necesario que el TC confirme posteriormente tales aspectos (STC 166/2007, de 4 de julio).

Dentro de la jurisprudencia del TS destacan líneas jurisprudenciales que conviene tener en cuenta. Primero, la STS de 28 de marzo de 2012, Sala 3.^a, especialmente su FJ 8, donde realiza un repaso y aclara los términos del control jurisdiccional del alto tribunal sobre estas normas. Dicha doctrina se lleva a resoluciones recientes, tales como la STS de 21 de diciembre de 2017, Sala 1.^a, especialmente su FD 3.^o, cuyo epígrafe reza “control jurisdiccional de los decretos legislativos”.

Dice el alto tribunal que:

“El artículo 82.6 de la Constitución establece que, *sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control*. La mención a la ‘competencia propia de los Tribunales’ ha suscitado la duda de cuál puede ser el tipo de control que cabe que hagan los tribunales ordinarios, dado que, como los decretos legislativos son normas con fuerza de ley y están sometidos al control de constitucionalidad, el control primigenio corresponde al Tribunal Constitucional (art. 161.1.a CE), al que, en su caso, podrán elevar los tribunales ordinarios las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad (art. 163 CE).

Recuerda que el Tribunal Constitucional ha acogido la posibilidad de un doble control tanto por los tribunales ordinarios, como por el propio TC (...). Así, establece que cuando los decretos legislativos incurren en excesos en el ejercicio de la potestad delegada (decretos legislativos ultra vires), o en cualquier otro vicio, vulneran la Constitución, por lo que el TC sería el único competente para enjuiciar con tal criterio dichos decretos. Pero también permite que los excesos de la delegación legislativa achacables a los decretos legislativos puedan ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, por lo que correspondería al juez ordinario no aplicar los decretos legislativos en aquellos puntos en que la delegación hubiera sido excedida, o, para ser más precisos, el juez ordinario no debería conceder al exceso valor de ley, sino únicamente de reglamento, con lo cual podría entrar a valorarlo y proceder a su inaplicación, conforme a lo previsto legalmente”.

Lo resume bien en una frase:

33 Véase L.M. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 229 y ss.

“un decreto legislativo, si es correcto, tiene fuerza de ley, pero cuando la delegación ha sido excedida en todo o parte, se trata de una norma que, en todo o parte de ella, no puede tener ya fuerza de ley, pero sigue siendo una norma jurídica emanada del Gobierno, es decir un decreto sin más, que tiene un valor reglamentario. Y las normas reglamentarias sí que pueden ser enjuiciadas directamente por los tribunales ordinarios”.

También recuerda que:

“Conforme a lo expuesto, en cumplimiento de la previsión del art. 6 LOPJ sobre la inaplicación de los reglamentos ilegales, cualquier juez o tribunal, de cualquier orden jurisdiccional, puede y debe dejar de aplicar al caso las normas de un decreto legislativo que repunte contrarias a la facultad delegada (*ultra vires*). Además, los tribunales de lo contencioso-administrativo pueden anular con eficacia erga omnes las normas de un decreto legislativo que consideren extralimitadas con respecto a la correspondiente ley de delegación”.

3. Control parlamentario

Finalmente, sobre los Decretos Legislativos recae el control del Parlamento que delega la facultad normativa. Primero, un control que puede establecer la propia ley delegante y que, a la luz de la práctica española, no parece que haya sido un mecanismo especialmente querido por nuestro legislador. Esas “fórmulas adicionales de control” de las que habla la Constitución no se han estilado apenas en las leyes delegantes. Y eso a pesar de que, tal y como ha dejado escrito el profesor Díez-Picazo, este mecanismo es lo “verdaderamente peculiar” del régimen de los Decretos Legislativos³⁴.

Respecto al control parlamentario en sentido estricto, se encuentra regulado en los artículos 152 y 153 del Reglamento del Congreso de los Diputados. La regulación de aquel establece lo siguiente:

“El Gobierno, tan pronto como hubiere hecho uso de la delegación prevista en el artículo 82 de la Constitución, dirigirá al Congreso la correspondiente comunicación que contendrá el texto articulado o refundido objeto de aquella y que será publicado en el ‘Boletín Oficial de las Cortes Generales’”.

Por su parte, el artículo 153 dirá que:

“1. Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 82, 8, de la Constitución, las leyes de delegación establecieren que el control adicional de la legislación delegada

34 Véase L.M. Díez-Picazo, *op. cit.*, *passim*.

se realice por el Congreso de los Diputados, se procederá conforme a lo establecido en el presente artículo. 2. Si dentro del mes siguiente a la publicación del texto articulado o refundido, ningún Diputado o Grupo Parlamentario formulara objeciones, se entenderá que el Gobierno ha hecho, uso correcto de la delegación legislativa. 3. Si dentro del referido plazo se formulara algún reparo al uso de la delegación en escrito dirigido a la Mesa del Congreso, ésta lo remitirá a la correspondiente Comisión de la Cámara, que deberá emitir dictamen al respecto en el plazo que al efecto se señale. 4. El dictamen será debatido en el Pleno de la Cámara con arreglo a las normas generales del procedimiento legislativo. 5. Los efectos jurídicos del control serán los previstos en la ley de delegación”.

No se aprecia que la doctrina haya hecho *casus belli* alguno de esta regulación. Su criterio es unánime y ecuánime, dictaminando que estamos ante una letra constitucional pacífica y nada brumosa. El juicio que merece el Decreto Legislativo tiene que ver, más bien, con su ejercicio práctico, a su vez severamente influido por la escasa utilización que se hace de este tipo de delegaciones legislativas en nuestro ordenamiento jurídico; pero eso probablemente no es problema de la regulación constitucional sino, como suele suceder con tantas otras cosas de nuestra vida constitucional, con la actitud y actuación de quienes engrosan la nómina de cargos institucionales.

V. CONCLUSIÓN FINAL

Existe un consenso doctrinal bastante extendido sobre el hecho de que las delegaciones legislativas de este tenor están pensadas, o son especialmente idóneas, para regular cuestiones técnicamente complejas, para que el Gobierno proceda a regular minuciosa y exhaustivamente una materia, bien haciendo un texto articulado bien un texto refundido, cada uno desde sus requisitos y exigencias y desde su propia idiosincrasia que obedecen –también en esto la opinión de los expertos es compartida– a que el Gobierno no abuse de la facultad una vez conferida.

Nuestro legislador no ha sido ni especialmente abrumador a la hora de delegar en el Gobierno la elaboración de normas de este tipo, ni tampoco ha hecho uso de la herramienta constitucional puesta a su disposición en aras de establecer “fórmulas adicionales de control”. Quizá, como sostienen diversos sectores doctrinales, el escaso empleo de la figura se deba a que la necesidad de elaborar nuevas regulaciones amplias y técnicamente complejas sólo ocurre de cuando en cuando. Y cuando surge una necesidad extraordinaria y urgente, la Constitución atribuye al Gobierno la potestad de dictar Decretos-leyes, figura que presenta una utilización inversamente proporcional al del Decreto Legislativo, y que sirve para acometer esa situación de tanta urgencia.

En otras ocasiones, han existido motivos de oportunidad para no acudir a esta técnica. Baste el ejemplo de lo sucedido con la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, donde el Gobierno adujo para no acudir a la misma que era “más democrático” tramitarlo por completo en sede parlamentaria, lo cual el propio Díez-Picazo entiende un argumento seriamente cuestionable (y creemos que no le falta razón). Otro tanto se ha dicho respecto a la Ley General Tributaria de 2003. Ambas ocasiones parecían propicias para acudir a la técnica del Decreto Legislativo, pero finalmente no se activó esa vía. En fin, su escasa utilización ha conducido con cierta lógica –no todo es negativo– a que no haya habido grandes polémicas respecto a esta figura ni en el plano político ni en el plano jurídico-constitucional.

En alguno de los últimos trabajos doctrinales que se preocupan por los Decretos Legislativos se han apuntado algunas ideas que podrían revitalizar esta figura. Siguiendo al profesor Pascua Mateo, y partiendo de la base de que no estamos ante un instrumento especialmente eficaz, ágil o rápido, entiende que se podría aumentar su raigambre explorando dos vertientes de distinta índole. La primera es emplearlos para la incorporación anual de las Directivas de la Unión Europea (tal y como hace Italia y su *Ley Europea*), lo cual estimamos que podría plantear problemas adicionales que no conviene soslayar (nuestro sistema es monista moderado, no pluralista como el italiano, donde hay que convertir la norma a norma nacional para que esta tenga eficacia jurídica dentro de las fronteras transalpinas). La segunda es utilizarlos para la mera refundición de textos legales, tomando la mejor inspiración del caso de Francia, país vecino que aprueba así normas importantes como su Código Electoral o su Código de Medioambiente. Así podríamos compilar en el mismo corpus jurídico la regulación de una materia. Esto, teniendo en cuenta la hiperinflación normativa propia de nuestros días no se antoja un argumento menor (aunque las nuevas tecnologías que implementa la Agencia del Boletín Oficial del Estado hayan podido servir a tales efectos, gracias a herramientas como los *textos consolidados* de las normas)³⁵.

Desde luego que estas dos soluciones, como cualesquiera que puedan proponerse, están sometidas a las inercias políticas parlamentarias y a los acuerdos que se tejen

35 El Boletín Oficial del Estado, ya solo en versión en electrónica, goza de una herramienta muy útil, como es la rubricada bajo el rótulo “textos consolidados”, esto es, las normas vigentes en una rama del Derecho y las diferentes vicisitudes que sufren en forma de derogaciones, nuevas versiones, etc. Además, el propio BOE lleva algunos años compilando las normas sectoriales de todas las secciones y subsecciones del Derecho en vigor siguiendo la filosofía de los Códigos con la consabida permanente actualización. Todo es poco teniendo en cuenta la avalancha de normas que regulan hasta el más nimio de los detalles de nuestra vida. Véase <https://boe.es/> (último acceso: 20/06/2020).

dentro y fuera de nuestras Cámaras. No obstante, una cosa se antoja meridiana: en esta como en casi todas las vertientes en las que se manifiesta la democracia constitucional, convendría tener un acuerdo básico y común sobre los puntos sensibles y, trazada la política legislativa en sus líneas generales, acometer su producción. Una cosa es asumir que el juego y el debate político forma parte de cualquier democracia que se precie y otra bien distinta es aceptar que se dinamiten sus bases haciendo política anti-institucional desde dentro de las instituciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alzaga Villaamil, Óscar: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Marcial Pons, Madrid, 2016 (2.^a edición).
- Alzaga Villaamil, Óscar (et al.): *Derecho político español según la Constitución de 1978 (I). Constitución y Fuentes del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016 (6.^a edición).
- Aragón Reyes, Manuel; *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016.
- Balaguer Callejón, Francisco; “Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 69, 2003.
- Díez-Picazo, Luis María: *Ordenamiento constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Donaire Villa, FJ; “El control de las asambleas legislativas territoriales sobre los decretos legislativos autonómicos: Similitudes y diferencias con el modelo estatal”, *Parlamento y Constitución*, n.º 19, 2018.
- Duque Villanueva, Juan Carlos; “Los decretos legislativos de las Comunidades Autónomas”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 7, 1986.
- Freixés Sanjuán, Teresa; “La legislación delegada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 28, 1990.
- García de Enterría, Eduardo: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981 (2.^a edición).
- García-Escudero, Piedad: *Manual de técnica legislativa*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- Garrido Falla, Fernando: “La fiscalización de los decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n.º 60, 1969.
- García Gestoso, Noemí; “Los Decretos Legislativos”. En Villanueva Turnes, Alejandro (coord.); *Las Cortes Generales*, Universitas, Madrid, 2019.

- Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio: *El control de la legislación delegada*, CEPC, Madrid, 1995.
- Jiménez Campo, Javier: “El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos”, *Revista de Derecho Político*, n.º 10, 1981.
- Lasagabaster Herrarte, Iñaki: “Consideraciones en torno a la figura de los Decretos Leyes y Decretos Legislativos en el Ámbito Autonómico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 2, 1982.
- López Guerra, Luis; *La Constitución de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Martín Vázquez, Francisco: “Sinopsis”, a los artículos 82, 83, 84, y 85 (actualizados por Galindo Elola-Olaso, Fernando, 2011; y Cabrera, Mercedes, 2018), Congreso de los Diputados, Madrid, 2020.
- Pascua Mateo, Fabio; “De Poticios y Pinarios. El declive de los decretos legislativos”. En Pendás, B; (dir.); Rubio, Rafael; y González, Esther (coords.): *España constitucional. Trayectoria y Perspectivas (1978-2018)*, CEPC, Madrid, 2018.
- Pérez Royo, J; *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2007 (5.ª edición).
- Ruiz-Risueño Montoya, Francisco M: “El control de los decretos legislativos en el ordenamiento español”. En Aragón Reyes, Manuel (dir.); y Gómez Montoro, Ángel (coord.); *El Gobierno: problemas constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005.
- Sánchez Barrilao, Juan Francisco; *De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- Santaolalla López, Fernando: “Tribunal Constitucional y control de legalidad de los decretos legislativos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 132, 1993.
- Villar Palasí, José Luis; y Suñé Llinás, Emilio: “Artículo 82. Legislación delegada. Leyes de Bases. Textos Legales refundidos”. En Alzaga Villaamil, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1998 (2.ª edición).
- “Artículo 83. Límites del ámbito de las Leyes de Bases”. En Alzaga Villaamil, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1998 (2.ª edición).
- “Artículo 84. Defensa por el Gobierno de las delegaciones legislativas en vigor”. En Alzaga Villaamil, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1998 (2.ª edición).
- “Artículo 85. Decretos Legislativos”. En Alzaga Villaamil, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1998 (2.ª edición).
- Vírgala Foruria, Eduardo; “La delegación legislativa. Los decretos legislativos”. En Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M; y Casas Baamonde, M.ª E (dirs.); *Comentarios a la Constitución*, Tomo II, Wolters-Kluwer-BOE, Madrid, 2018.

- *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos Legislativos como normas con rango incondicionado de Ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

Resumen

El presente texto pretende tomar el pulso jurídico a una figura algo olvidada en nuestra praxis constitucional como es el Decreto Legislativo. Para ello, primero se recordarán algunos aspectos introductorios y se analizarán determinados aspectos históricos y comparados, que demuestran la raigambre de la figura en nuestra Historia constitucional, así como su plasmación en sistemas constitucionales vecinos. Posteriormente se aborda el análisis en profundidad de la regulación constitucional de la institución, con especial referencia a su estado y evolución actual. Acto seguido prestamos atención a sus sistemas de control, donde nada ha variado a la luz de los últimos (y muy escasos) pronunciamientos jurisdiccionales más recientes. Finalizamos con una conclusión final que apuesta por revitalizar el Decreto Legislativo y que este no se vea abocado a convertirse en una norma irrelevante.

Palabras clave

Constitución, Fuentes del Derecho, Decreto Legislativo, Legislación Delegada.

Abstract

This text intends to take the legal pulse of a forgotten figure in our constitutional practice such as the Legislative Decree. To do this, first some introductory aspects will be recalled and certain historical and comparative aspects will be analyzed, which demonstrate the roots of the figure in our Constitutional History as well as its expression in neighboring constitutional systems. Subsequently, the in-depth analysis of the constitutional regulation of the institution is addressed, with special reference to its current state and evolution. We then pay attention to their control systems, where nothing has changed in light of the latest (and very few) most recent jurisdictional pronouncements. We conclude with a final point that is committed to revitalizing the Legislative Decree and that it is not doomed to become an irrelevant norm.

Keywords

Constitution, Law Sources, Law Decree, Delegated Legislation.

Recibido: 1 de julio de 2020

Aceptado: 1 de septiembre de 2020



**EL RETORNO DE LOS LÍMITES
CONSTITUCIONALES A LA PRIMACÍA: A
PROPÓSITO DEL RECIENTE RUGIDO DEL
GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA**
**European Law primacy and the return of the
constitutional limits: on the recent roar of the German
constitution's guardian**

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE¹
Investigador Ramón y Cajal. UNED

SUMARIO:

- I. Planteamiento.
- II. El problema de la interpretación constitucional en el orden jurídico multinivel europeo: el pluralismo ante el espejo del diálogo constitucional.
- III. La importancia de la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión Europea.
- IV. El retorno de los límites constitucionales (contralímites).
- V. Consideraciones finales: el diálogo como necesidad.

*La verdadera amistad busca tres cosas: la virtud, por honesta;
el diálogo, como deleite; y la utilidad, como necesidad, Plutarco.*

I. PLANTEAMIENTO

Recientemente el Tribunal Constitucional Federal alemán ha declarado, en una sentencia de 5 de mayo (2020), de gran eco mediático, que el Tribunal de Justicia de

¹ Agradecimientos. El autor agradece el apoyo de la Ayuda del Programa “Ramón y Cajal” (RYC) 2015 (RYC-2015-188821), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación a través de la Agencia Estatal de Investigación (EAI), y cofinanciado por el Fondo Social Europeo. Asimismo, agradece las observaciones realizadas por los evaluadores anónimos, así como por el Secretario de la Revista, D. Miguel Azpitarte Sánchez, pues han permitido mejorar el texto; todos los errores remanentes son imputables al autor.

la UE en su decisión *Weiss y otros* (2018)² habría dictado una sentencia *ultra vires*, no siendo vinculante ni aplicable en territorio alemán³.

El Tribunal Constitucional Federal conoce en este caso de un recurso planteado por algunos grupos particulares en Alemania en el que se impugnan las decisiones de compras llevadas a cabo por Banco Central Europeo dentro del Programa de Compras del Sector Público (PSPP, por sus siglas en inglés), cuyo objetivo era la compra de bonos soberanos en mercados secundarios, para mantener la estabilidad tanto de los precios como de la inflación.

En opinión de los recurrentes estas decisiones constituían un acto *ultra vires* que infringía el reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, conforme a lo previsto en el art. 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁴, según el mandato del BCE del art. 127.1 y 2, así como en los artículos 17 a 24 del Protocolo (núm. 4) sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (Protocolo SEBC y BCE), y vulnerarían el artículo 123 TFUE⁵; así como también supondrían una vio-

2 Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2018, *Weiss y otros*, 493/17, EU:C:2018:1000.

3 Decisión de 5 de mayo de 2020, BVerfG, *PSPP*, 859/15.

4 Art. 119 TFUE: “1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá, en las condiciones previstas en los Tratados, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia. /2. Paralelamente, en las condiciones y según los procedimientos previstos en los Tratados, dicha acción supondrá una moneda única, el euro, la definición y la aplicación de una política monetaria y de tipos de cambio única cuyo objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la política económica general de la Unión, de conformidad con los Principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia. / 3. Dichas acciones de los Estados miembros y de la Unión implican el respeto de los siguientes principios rectores: precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable”.

5 Art. 123.1 TFUE: “Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo ‘bancos centrales nacionales’, en favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales”.

lación del principio democrático que consagra la Ley Fundamental, atentando contra la identidad constitucional de Alemania.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, cuando conoció del caso, planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, en el que preguntaba básicamente si las decisiones del BCE, en las condiciones en que se estaban ejecutando, infringían los artículos antes referidos del TFUE. En particular hacía énfasis en la posible falta de motivación de las decisiones y de la información posterior facilitada, e interrogaba también sobre las consecuencias de un hipotético impago por parte de un Estado miembro.

El Tribunal de Justicia examina estas cuestiones y no aprecia que exista ninguna circunstancia que afecte a la validez de las decisiones; no admitiendo la última de las cuestiones referida a un hipotético supuesto en el que un Estado miembro entrara en impago y se requiriera la recapitalización.

Es importante tener en consideración que la sentencia *Weiss* no estuvo exenta de críticas. Desde el principio se apuntó que mantenía básicamente los mismos argumentos que en *Gauweiler (2016)*⁶ y que reflejaba cierta dejación, falta de voluntad, o incluso una renuencia a revisar en sentido estricto las acciones del BCE, al prescindir o abstenerse de examinar los efectos reales o prácticos de la implementación de las medidas⁷; también se señaló que, en realidad, desarrollaba una especie de control de proporcionalidad procedimental (y por tanto no sustantivo) con cierta deferencia hacia la posición del BCE, lo que chocaba inevitablemente con la perspectiva del Tribunal Constitucional Federal alemán⁸.

Pero, sin duda, la crítica más dura ha venido precisamente en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal que resuelve el caso y la declara ultra vires, lo que no deja de llamar la atención si tenemos en cuenta que fue más deferente en la anterior ocasión cuando resolvió el caso *Gauweiler*⁹. Las palabras que utiliza el Tribunal Constitucional germano son duras. Entiende que la sentencia europea no ha revisado de forma suficiente la proporcionalidad de las decisiones de compra adoptadas

6 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2015, *Gauweiler y otros*, 62/14, EU:C:2015:400.

7 M. van der SLUIS, "Similar, Therefore Different: Judicial Review of Another Unconventional Monetary Policy in Weiss (C-493/17)", *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 46, núm. 3, 2019, pp. 263-284.

8 M. DAWSON y A. BOBIĆ, "Quantitative easing at the Court of Justice- Doing whatever it takes to save the euro: Weiss and Others", *Common Market Law Review*, vol. 56, núm. 4, 2019, pp. 1005-1040.

9 Decisión de 21 de junio de 2016, BVerfG, *Gauweiler*, 2728/13.

por el Banco Central Europeo, y por ello considera que la sentencia dictada es *ultra vires*, y no sería vinculante ni aplicable en Alemania.

La sentencia se ha recibido con una gran reacción crítica, tanto desde las instituciones¹⁰, como de la dogmática¹¹ siendo minoritarias algunas visiones positivas desde una perspectiva pluralista¹².

El propósito aquí no es tanto realizar un comentario o análisis jurídico de la sentencia alemana¹³, sino del reto que supone, desde la perspectiva pluralista, el retorno –si es que alguna vez se fue¹⁴– de la cuestión de la soberanía y los límites constitucionales con el nuevo rugido del guardián de la norma constitucional alemana.

10 Incluyendo al propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede verse el Comunicado de prensa a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Comunicado de Prensa núm. 58/20, 8 de mayo de 2020, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058es.pdf> [Consulta 23 de julio de 2020].

11 Véase en este sentido, D. SARMIENTO, y D. UTRILLA, “La Corte Constitucional de Alemania se ha vuelto nuclear”, *Euronews*, 15 de mayo de 2020, <https://es.euronews.com/2020/05/15/la-corte-constitucional-de-alemania-se-ha-vuelto-nuclear-punto-de-vista>; R. D. KELEMEN, P. EECKHOUT, F. FABBRINI, R. UITZ, “National Courts Cannot Override CJEU Judgements”, *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 26 de mayo de 2020, <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/>; A. MANGAS MARTÍN, “El Tribunal Constitucional alemán y su ‘fuego amigo’ sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE”, Real Instituto Elcano, *ARI* núm. 72, 2020; B. LOZANO CUTANDA, “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: ¿y ahora qué?”, *Gómez-Acebo & Pombo – Análisis*, mayo 2020, <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/05/La-Sentencia-del-Tribunal-Constitucional-Aleman.pdf> [Todos los enlaces, consulta 23 julio 2020].

12 M. AVBELJ, “The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision”, *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 6 de mayo de 2020, <https://verfassungsblog.de/the-right-question-about-the-fcc-ultra-vires-decision/>, con traducción en español de J.A. TELLO MENDOZA, en “La pregunta correcta sobre la decisión ultra vires del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, *Enfoquederecho.com*, 24 de mayo de 2020, <https://www.enfoquederecho.com/2020/05/24/la-pregunta-correcta-sobre-la-decision-ultra-vires-del-tribunal-constitucional-federal-aleman/> [Consulta 23 de julio de 2020].

13 Para un breve comentario de la misma, véase J. NOWAG, “The BVerfG’s Proportionality Review in the PSPP Judgment and its Link to Ultra Vires and Constitutional Core: Solange Babel’s Tower Has Not Been Finalised”, *Lund University Legal Research Paper Series*, núm. 1, 2020. Accesible en SRN, <https://ssrn.com/abstract=3634218>; así como el trabajo crítico de D. U. GALETTA, y J. ZILLER, “¿Karlsruhe Über Alles? La insostenible pesadez del Juez Constitucional Alemán (sobre la sentencia Zweiter Senat del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 5 de mayo relativa al programa PSPP del Banco Central Europeo)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 73-74, 2020, pp. 179-212.

14 A. BOBIĆ, “Constitutional Pluralism Is Not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice”, *German Law Journal*, vol. 18, núm. 6, 2017, pp. 1395-1428.

II. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MULTINIVEL EUROPEO: EL PLURALISMO ANTE EL ESPEJO DEL DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

El problema de la interpretación, no se puede negar, siempre ha preocupado al Derecho, también al Derecho constitucional¹⁵ y, por tanto, siempre está presente, más si cabe, cuando se goza, disfruta o vive bajo una Constitución normativa¹⁶; pues el carácter de la Constitución y, en este caso, la propia Constitución normativa, como manifestación de la última fase del constitucionalismo, incide sobre el núcleo de la ciencia jurídica, de su paradigma científico o su dogmática¹⁷; por más que uno no pueda ser ajeno a las dinámicas de tensión que para esta normatividad tienen los tiempos líquidos en los que vivimos¹⁸.

La interpretación que interesa no puede limitarse al texto constitucional, sino que se proyecta también a la interpretación constitucional de cualquier norma jurídica o, si se prefiere, del ordenamiento jurídico. Sin lugar a dudas, la teoría del ordenamiento jurídico de Santi Romano es útil –por el institucionalismo y el pluralismo– para poder explicar ordenes jurídicos complejos como el caso del europeo, y las relaciones en el ordenamiento jurídico de la Unión y los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹⁹.

15 Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, 4.ª edición, Sanz y Torres, Madrid, 2018, p. 211.

16 Conforme a la célebre adjetivación de Loewenstein, que diferencia, desde una perspectiva ontológica, entre constituciones normativas, nominales y semánticas, constituyendo las constituciones normativas aquellas que determinan el proceso político que se somete a las reglas y principios de la Constitución, de forma que las reglas de la misma se ajustan también a las necesidades del país. Véase K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2018.

17 F. BALAGUER CALLEJÓN, “El derecho constitucional de la integración supranacional”, en F. BALAGUER CALLEJÓN, (coord.), *Introducción al Derecho Constitucional*, 5.ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, p. 33.

18 I. VILLAVERDE, “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI”, *Revista de Ajuris*, vol. 45, núm. 144, 2018, pp. 529-555.

19 Sobre la tesis de Santi Romano, véase S. ROMANO, *Ordenamiento Jurídico*, edición de L. Martín-Retortillo, CEPCC, Madrid, 2013; S. MARTÍN RETORTILLO, “La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 39, 1962, pp. 39-78; F. FONTANELLI, “Santi Romano and L’ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations”, *Transnational Legal Theory*, vol. 11, núm. 2, 2018, pp. 67-117. Sobre una interpretación constitucional del ordenamiento, véase asimismo M.

Por ello, la perspectiva constitucionalista parte de la Constitución, pero se proyecta al resto de normas, que interpreta a la luz del texto constitucional; por ello, la interpretación, desde el propio paradigma de la Constitución, será necesariamente constitucional.

Ahora bien, en el marco del proyecto de integración supranacional que supone y constituye la Unión Europea, el texto constitucional no es cerrado, sino que se abre al propio Derecho de la Unión Europea, con sus principios y reglas que penetran en el ordenamiento jurídico interno hasta alcanzar, en algunos casos, rango constitucional, como ocurre con los consagrados principios de autonomía, efecto directo, primacía, e incluso interpretación conforme, que proclama la jurisprudencia del Tribunal de Justicia²⁰, y que permiten dotar de efectividad al ordenamiento jurídico europeo, y por tanto también, a los derechos que el mismo reconoce²¹.

Esto hace difícil, sino imposible, una visión radical tanto de la soberanía nacional –hoy limitada por la transferencia o cesión de competencias a la Unión Europea–, como de la supremacía jerárquica del Derecho de la Unión, y hace más necesario que nunca, tener en consideración los planteamientos pluralistas para una interpretación de las normas e instituciones jurídicas, en el ámbito del proyecto de integración europea.

Las posiciones pluralistas, desde la dogmática constitucional, *iuspublicista*, o incluso comunitarista, han tratado de explicar, desde un punto de vista ordinamental en la mayoría, sino en todos los casos, las relaciones entre el Derecho de la UE y el Derecho interno de los Estados miembros. Quizá son mayoritarias las teorías vinculadas con los llamados pluralismo constitucional (*constitutional pluralism*)²² y el constitucionalismo multinivel (*multilevel constitutionalism*)²³.

L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

20 Véase las Sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, EU:C:1963:1; de 15 de julio de 1964, *Costa*, 6/64, EU:C:1964:66; de 13 de diciembre de 1990, *Marleasing*, 106/89, EU:C:1990:395. Algunos autores consideran que estamos ante la proclamación, con autoridad, de principios calificados como constitucionales. G. DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo entre tribunales*, trad. P. Tenorio Sánchez, Civitas, Madrid, 2010, p. 120.

21 J. SARRIÓN ESTEVE, *La efectividad de los derechos en el (y del) orden jurídico de la Unión Europea y sus límites*, CEPC, Colección Foros y Debates, (en prensa).

22 Véase N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 703-750; y K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Para una revisión de la literatura sobre esta teoría, A. BOBIĆ, “Constitutional Pluralism Is Not Dead...” *cit.*

23 I. PERNICE, “Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Cons-

Cabe considerar que aunque ambas teorías pueden tener un origen y un desarrollo diferentes, como se ha señalado ya, comparten ciertas similitudes en términos de su fundamentación teórica y la solución que proporcionan al problema de interconexión de las normas²⁴. Así, ambas parten de una perspectiva ordinal, y tienen por objetivo tratar de explicar una arquitectura de relaciones entre ordenamientos jurídicos autónomos, cada uno con su respectiva norma fundamental que define los criterios de validez de sus propias normas y las relaciones con otros ordenamientos. Ordenamientos que están entrelazados de forma que llegan a ser interdependientes, desde una visión o perspectiva integradora y plural que permitiría superar los eventuales conflictos derivados de las teorías soberanistas a partir de un paradigma o teoría en el que los centros de poder y legitimación nacional y transnacional coexisten e interactúan²⁵; pudiendo calificarse, estos ordenamientos, y desde la teoría o paradigma multinivel, como subsistemas o subordenamientos que se integran en el complejo sistema u ordenamiento multinivel que los abarca e integra²⁶.

Al menos, estas teorías permiten una aproximación racional desde la dogmática constitucional a la compleja realidad jurídica en la que vivimos²⁷; además de no ser

titution-making revisited?”, *Common Market Law Review*, vol. 36, 1999, pp. 703-756, y “Multilevel constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, núm. 5, 2002, pp. 511-529; F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 133-158; T. FREIXES SAN JUAN, “Constitucionalismo multinivel e integración europea”, en: T. FREIXES SAN JUAN; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ; y A. ROVIRA VIÑAS (dir.), *Constitucionalismo Multinivel y relaciones entre Parlamentos: Parlamento europeo, Parlamentos nacionales, Parlamentos regionales con competencias legislativas*, CEPCC, Madrid, 2011, pp. 37-50; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, cit., pp. 45 y ss.

24 F. C. MAYER y M. WENDEL, “Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism”, en: A. MATEJ y J. KOMÁREK, (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, p. 151.

25 Sobre la comparativa entre la visión soberanista y pluralista, con cierta crítica al pluralismo, véase F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 15-25.

26 Por lo que se puede afirmar que “el *multilevel* puede configurarse como un paradigma autónomo en el arco del proceso de integración europea, dirigido a explicar esta complejidad jurídica, aplicable a los sistemas integrados por subsistemas que, en el constitucionalismo, pueden enlazarse con el federalismo y con la interpretación sistemática”, véase T. FREIXES SAN JUAN, “Constitucionalismo multinivel e integración europea”, cit., p. 41.

27 Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, cit., pp. 45 y ss.

meramente descriptivas, a pesar de las críticas recibidas en este sentido²⁸, sino que ofrecen pautas de resolución de las situaciones de conflicto, es decir, son prescriptivas o, si se prefiere, normativas²⁹. Así, estas teorías, se basan en la prescripción de un diálogo constructivo y flexible –en leal cooperación– que se debería dar entre Tribunal de Justicia y los jueces nacionales, en particular los jueces constitucionales, que no pueden quedar limitados a la mera obligación de inaplicación de la norma nacional en conflicto³⁰. De esta forma, el problema de la interpretación se colocaría en el centro del tablero y se haría necesario aumentar las ocasiones de diálogo, el cual no debería quedar limitado al diálogo formal a través de las sentencias, sino que debería incluir otros mecanismos como, por ejemplo, los encuentros periódicos entre Tribunal de Justicia y Tribunales Constitucionales³¹.

Otra solución parece difícil ante el “espejismo” de una separación entre ordenamientos³², sobre todo tras el Tratado de Lisboa que ha abierto un nuevo horizonte constitucional³³, lo que acredita tanto el ya frecuente planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de los tribunales con función constitucional, como el propio diálogo que se puede derivar, y la propia revitalización de la doctrina de los contralímites, reservas constitucionales, o límites constitucionales a la primacía del Derecho

28 Sus detractores suelen aludir a que son teorizaciones más bien descriptivas que no resuelven ni aportan soluciones a los conflictos prácticos. Véase precisamente una dura crítica a este respecto en R. D. KELEMEN, P. EECKHOUT, F. FABBRINI, R. UITZ, “National Courts Cannot Override CJEU Judgements”, que incluso llega de forma no muy velada a imputar a las mismas que el Tribunal Constitucional Federal Alemán se haya envalentonado para dictar su reciente sentencia.

29 D. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 352.

30 L. S. ROSSI, “La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter ‘creativi’ (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea”, *Federalismi.it Revista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 3, 2018, p. 9.

31 L. S. ROSSI, “Il ‘triangolo giurisdizionale’ e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana”, *Federalismi.it Revista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 16, 2018, p. 14.

32 I. BORRAJO INIESTA, “Las fricciones jurisdiccionales en la cooperación prejudicial: los tribunales constitucionales ante el Derecho Comunitario”, *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 95, 2007, p. 251.

33 Ciertamente, aunque esta perspectiva se consolidó con el fallido proyecto constitucional, el Tratado de Lisboa ha recogido ese horizonte constitucional, aunque no se llame Constitución. Sobre el nuevo horizonte constitucional abierto tras el Tratado de Lisboa remito a mi trabajo previo, J. SARRIÓN ESTEVE, “El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales”, *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, 121, 2011, pp. 53-102.

de la Unión Europea a la que asistimos³⁴; que no es sino manifestación del diálogo antes mencionado, en ocasiones más pacífico, en ocasiones más un debate subido de tono si se quiere, pero diálogo al fin y al cabo.

Piénsese, por ejemplo, en el tortuoso diálogo mantenido por el Tribunal de Justicia con el Tribunal Constitucional checo en *Landtová* (2011)³⁵, que acaba con la primera decisión de un tribunal constitucional declarando la sentencia europea como *ultra vires* (2012)³⁶, por más que haya parecido un alto en el camino de la cooperación³⁷; en el pacífico y conciliador diálogo con el Tribunal Constitucional español en el caso *Melloni* en el que el propio Tribunal Constitucional corrige su jurisprudencia para aceptar la primacía (2013-2014)³⁸; con el Tribunal Supremo danés en el caso *Danks Industri/Ajos* (2016) en el que respecto al principio general de Derecho de la UE de no discriminación por razón de edad, que el Tribunal Supremo danés no va a considerar aplicable al caso a pesar de la sentencia europea³⁹; con la

34 A este respecto, permítaseme remitir en extenso a J. SARRIÓN ESTEVE, *Los límites a la integración europea en la doctrina constitucional*, Comares, Granada, 2020.

35 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de junio de 2011, *Landtová*, 399/09, EU:C:2011:415.

36 Decisión del Tribunal Constitucional Checo de 31 de diciembre de 2012, Pl ÚS 5/12.

37 Siendo el único caso, parece que el Tribunal Constitucional Checo ha mantenido después una actitud mucho más cooperativa y conciliadora. Véase, A. BOBIĆ, “Constitutional Pluralism Is Not Dead...*cit.*”, pp. 1422-1423.

38 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni*, 399/11, EU:C:2013:107; y STC (Pleno) 26/2014, de 13 de febrero de 2014. Véase J. SARRIÓN ESTEVE, “Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni”, en J.M BAÑO LEÓN (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPCE, 2016, vol. 1., pp. 201-220.

39 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de abril de 2016, *Danks Industri*, 441/14, EU:C:2016:278; y Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de diciembre de 2016, caso n. 15/2014, DI actin for Ajos. Véase D. GONZÁLEZ HERRERA, “Dinamarca contraataca: el caso AJOS, un nuevo desafío para el diálogo judicial”, *European Papers*, vol. 2, núm. 1, 2017, pp. 329-338; M. MADSEN, H. PALMER, y U. SADL, “Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court’s Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation”, *European Law Journal*, vol. 23, núm. 1-12, 2017, pp. 140-150; M. BENACKOVA, “Ajos (Danks Industri)- A challenge to the primacy of EU law?”, KSLR EU Law Blog, 4 de septiembre de 2017, https://blogs.kcl.ac.uk/kslreuropeanlawblog/?p=1150#_ftn3 [Consulta 25 de julio de 2020], y más recientemente R. HOLDGAARD, D. ELKAN, G. K. SCHALDEMOSE, “From cooperation to collision: The ECJ’s Ajos ruling and the Danish Supreme Court’s refusal to comply”, *Common Market Law Review*, vol. 55, núm. 1, 2018, pp. 17-54.

Corte Constitucional italiana en la reciente y conocida saga *Taricco* (2015-2017)⁴⁰; o el diálogo con el Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la posición y funciones del Banco Central Europeo en *Gauweiler* y ahora *Weiss* (2015-2020), por destacar los ejemplos más conocidos⁴¹.

Por ello, se hace necesaria una profunda reflexión sobre el papel que deben asumir tanto el Tribunal de Justicia como los Tribunales Constitucionales y Supremos con función constitucional en diálogo constructivo del proyecto de integración europea, lo que requiere una especial atención desde la dogmática constitucional.

III. LA IMPORTANCIA DE LA PRIMACÍA Y LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

He mencionado que, como es conocido, algunos principios del Derecho de la Unión Europea, proclamados y desarrollados por el Tribunal de Justicia, pueden ser considerados como principios de rango constitucional. Así ocurre, desde luego, con los bien conocidos principios de autonomía, efecto directo, primacía, e interpretación conforme⁴² que, además, posibilitan o permiten dotar de efectividad al propio ordenamiento jurídico de la Unión, y a los derechos que el mismo reconoce.

40 Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015, *Taricco I*, C-105/14, EU:C:2015:555; y de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S, M.B.*, C-42/17, EU:C:2017:936; y Corte Costituzionale, 10 de diciembre de 2018, núm. 115/2018, IT:COST:2018:115. Sobre este diálogo se ha escrito muchísimo, puede acudirse a L. S. ROSSI, “How Could the ECJ Escape from the Taricco Quagmire?”, *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 21 de abril de 2017, <https://verfassungsblog.de/how-could-the-ecj-escape-from-the-taricco-quagmire/> [Consulta 22 de julio de 2020]; y V. FAGGIANI, “El diálogo jurisdiccional tras la sentencia del TJUE M.A.S. y M.B.: entre estándar europeo de protección y tendencias centrípetas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 60, 2018, pp. 639-676.

41 Sin duda, hay cierta revitalización de la doctrina constitucional de los contralímites o límites constitucionales a la primacía, muy vinculada al principio de identidad constitucional, y que se manifiesta también en cierta tendencia por parte de los tribunales constitucionales a manifestar nuevas resistencias a la aplicación de la primacía del Derecho de la UE, en mi opinión el peligro no está cuando se plantea una cuestión prejudicial y se mantiene un diálogo franco con el Tribunal de Justicia, por más que el diálogo pueda ser más o menos amistoso, dado que cada tribunal o corte está llamado ser guardián de su ordenamiento, y el mejor entendimiento deriva del diálogo a través de las sentencias; ahora bien, quizá se puede negar cierto peligro de que algunos tribunales constitucionales puedan obviar el diálogo para adentrarse en una senda unilateral de desarrollo de su identidad nacional. Véase G. HALMAI, “Abuse of constitutional identity: The Hungarian Constitutional Court on interpretation of Article E(2) of the Fundamental Law”, *Review of Central and East European Law*, núm. 43, 2018, pp. 23-42.

42 Sentencias *Van Gend & Loos*, *Costa*, y *Marleasing*, ya citadas.

La primacía funciona, desde la perspectiva del Tribunal de Justicia, como dowe-la central en la arquitectura del orden jurídico de la Unión, al servir como criterio de resolución de los eventuales conflictos que pueden surgir entre sus normas y las normas nacionales, dentro de las relaciones entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento nacional en el que el primero se integra. Esta primacía se puede manifestar en dos vertientes: una normativa (conflicto abstracto), y otra aplicativa (conflicto concreto), produciéndose esta última cuando en un caso concreto hay que elegir entre la norma aplicable, y no pudiendo optar por la interpretación conforme de la norma nacional⁴³; el operador debe aplicar la norma europea siempre que goce de efecto directo, desplazando la disposición nacional, con independencia de su naturaleza aunque tuviera rango constitucional⁴⁴, o de su carácter temporal anterior o posterior a la disposición europea⁴⁵. Si la norma o disposición europea careciera de efecto directo, y no fuera posible la interpretación conforme de la disposición nacional con la europea, entonces se abriría la puerta a la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión⁴⁶; y sin perjuicio de la obligación del Estado de proceder posteriormente a la modificación, anulación o derogación de la norma nacional constatada como incompatible⁴⁷; o en caso de mantenimiento del incumplimiento la posibilidad de que la Comisión Europea inicie un procedimiento de infracción del Derecho de la Unión (art. 258 TFUE).

43 D. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, cit. pp. 314 y ss. También cabe explicar el juego de la primacía con los llamados efectos de exclusión (se impide la aplicación de la norma nacional contraria), y de sustitución (se aplica la norma europea en sustitución de la norma nacional). Véase A. LÓPEZ ESCUDERO, “Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 64, 2019, pp. 795-796.

44 Por tanto, también respecto a normas constitucionales, véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, EU:C:1970:114, y *Melloni*, cit.

45 No estando el juez nacional obligado a esperar la modificación, derogación o anulación de la disposición nacional, ya sea por procedimientos legislativos o judiciales. Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, *Simmmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, apartado 24.

46 D. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 272.

47 R. ALONSO GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 5.ª edición, Civitas, Madrid, 2014, p. 92; que si bien quedaría en manos del Estado conforme a los principios de autonomía institucional y procedimental, es algo funcional para garantizar el efecto útil del Derecho de la UE, y por tanto, es controlable por el Tribunal de Justicia. Véase D.A. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Springer, Cham, 2011, p. 122.

Pero la efectividad del Derecho de la UE se garantiza al mismo tiempo con otros principios que complementan la primacía, y que están reconocidos en el TFUE, como son el principio de cooperación leal que obliga tanto a la Unión como a los Estados miembros para la consecución de los objetivos derivados de los Tratados (art. 4.3 TFUE)⁴⁸, y el principio de identidad nacional y constitucional cuyo respeto obliga a la Unión (art. 4.2 TFUE)⁴⁹.

Ahora bien, ¿quién debe determinar la identidad nacional y constitucional de los Estados miembros? ¿Es acaso cada tribunal con jurisdicción constitucional nacional el que debe, a la luz de su constitución normativa, delimitar el núcleo de su constitución, esto es, la identidad constitucional de su Estado?, ¿debe ser el Tribunal de Justicia el que delimite hasta qué punto la efectividad del Derecho de la UE, y por tanto la primacía debe ceder o verse limitada para preservar esta identidad, y por tanto definirla?

La Unión Europea está formada actualmente por 27 Estados miembros⁵⁰; por eso es muy sugestivo el razonamiento que hace Cruz Villalón en sus conclusiones a

48 Art. 4.3 TFUE: “Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. / Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. / Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”.

49 El principio de identidad nacional se introduce con el Tratado de Maastricht en 1992 (“La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros”, art. 6.3), pero se amplía con la reforma de los Tratados, y el actual art. 4.2 TFUE dispone “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”. Sobre este importante principio se ha escrito ya bastante: A. SANZ ARNAIZ y ALCOBERRO LIVIA (coords.), *National constitutional identity and European integration*, Intersentia, Reino Unido, 2013.

50 Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos (Holanda) que en 1951 firman el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) que entra en vigor el 23 de julio de 1952 por un período de 50 años; en 1957 los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA, o EURATOM), que entran en vigor el 1 de enero de 1958. El resto, que se incorpora en diferentes ampliaciones, son: Irlanda y Dinamarca (1973); Grecia (1981); España y

*Gauweiler*⁵¹, en el sentido de que: “me parece una tarea poco menos que imposible la de preservar esta Unión, tal como hoy la tenemos, si se la pretende someter a una absoluta reserva, apenas especificada y prácticamente a la libre disposición de cada uno de los Estados”, pues “dejaría muy probablemente al ordenamiento de la Unión en una posición residual”.

Y lo es porque, al mismo tiempo, si dejamos en las exclusivas manos del Tribunal de Justicia esta facultad, difícilmente sería posible la pervivencia de ciertas identidades constitucionales, que sucumbirían al arrastre de las tendencias centrípetas de la uniformidad y efectividad de un Derecho de la Unión más preocupado por preservar las tradiciones constitucionales comunes, o la cultura constitucional común, que no la idiosincrasia constitucional o nacional de algunos Estados miembros. En este sentido, si bien el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre esta cuestión en *Gauweiler*, el propio Cruz Villalón lo puso de manifiesto de una forma clara:

“Esa cultura constitucional común aparece como parte de la identidad común de la Unión, con la importante consecuencia, a mi juicio, de que la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del Derecho de la Unión debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros”⁵².

Es el diálogo entre Cortes el instrumento necesario, idóneo, para poder comprenderse y entenderse. El Tribunal de Justicia ha dado muestras de comprensión hacia la identidad constitucional de los Estados miembros, a veces de forma explícita, piénsese, por ejemplo, en *Omega* (2004)⁵³ respecto a la importancia que tiene

Portugal (1986); Austria, Finlandia y Suecia (1995); República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia (2004); Rumanía y Bulgaria (2007); Croacia (2013). Una nota particular merece el Reino Unido que, tras su incorporación en 1973 junto a Irlanda y Dinamarca, abandona la UE con efectos de 31 de enero de 2020.

51 Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de enero de 2015, *Gauweiler*, 62/14, EU:C:2015:7, apartados 59 y 60.

52 *Idem*, apartado 61.

53 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de octubre de 2004, *Omega*, 36/02, EU:C:2004:614.

la dignidad humana en la identidad constitucional alemana; en *Sayn Wittgestein* (2010)⁵⁴ en relación con el principio de igualdad en la identidad constitucional de Austria; o en *M.A.S, M.B* (2017) en el marco de la saga *Taricco* que antes hemos comentado, y donde habría aceptado la identidad como excepción a la primacía, de forma que no serían ni podrían ser comprendidos como conceptos antitéticos y llamados a la contradicción⁵⁵, aunque esta sentencia también puede ser leída de otra manera, ya que el Tribunal de Justicia obvia los contralímites y se apoya más bien en el concepto de las tradiciones constitucionales comunes, evitando de esa manera el conflicto directo entre primacía e identidad constitucional⁵⁶.

Tampoco parece que las decisiones *Gauweiler* (2016), y *Weiss y otros* (2018), ya en el diálogo con el Tribunal Constitucional Federal, puedan considerarse ejemplos de consideración hacia la identidad y los límites constitucionales de los Estados miembros, sino más bien sentencias enfocadas desde y para el Derecho de la UE, con el problema añadido de la deferencia, quizá excesiva, manifestada por el Tribunal de Justicia hacia la posición y funciones del Banco Central Europeo, cuestión de indudable relevancia para el Derecho constitucional europeo.

IV. EL RETORNO DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES (CONTRALÍMITES)

No se puede identificar, sin más, identidad nacional y constitucional con los límites constitucionales, contralímites o las llamadas reservas constitucionales; entendiendo como tales no tanto las reservas o límites formales que pueden existir en los textos constitucionales sino más bien una doctrina constitucional desarrollada por los tribunales constitucionales o tribunales supremos en algunos Estados miembros para la defensa de los principios del núcleo o corazón de su constitución, de forma que se aceptaría formalmente la primacía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, pero condicionada a la preservación de estos mínimos principios que formarían el corazón constitucional del ordenamiento.

El origen de esta doctrina es bien conocido, debiendo buscarla en Italia y en Alemania, donde a diferencia del resto de Estados fundadores, sus respectivos Tribunales constitucionales buscaron los recursos constitucionales necesarios para recono-

54 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2010, *Sayn Wittgestein*, 208/09, EU:C:2010:806.

55 V. FAGGIANI, *op. cit.*, p. 653.

56 L. S. ROSSI, "How Could the ECJ Escape from the Taricco Quagmire?", *cit.*

cer la primacía del Derecho comunitario, pero limitando su operatividad a través de los contralímites o las reservas constitucionales⁵⁷.

La importante doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal alemán es muy conocida⁵⁸, y parte desde *Solange I* (1974)⁵⁹, *Vielleicht* (1979)⁶⁰, *Solange II* (1986)⁶¹, *Maastricht Urteil* (1993)⁶², *Banana case* (2000)⁶³, *Arrest Warrant* (2005)⁶⁴, *Lisboa* (2009)⁶⁵, *Honeywell* (2010)⁶⁶, *OMT* (2014)⁶⁷, *Arrest Warrant II* (2015)⁶⁸, *Gauweiler* (2016)⁶⁹, y la reciente sentencia del caso *PSPP* (2020)⁷⁰.

57 Siempre una cuestión problemática al tratar de un análisis jurisprudencial que puede variar de forma dinámica tanto como consecuencia de una evolución jurisprudencial como debido a alguna modificación en el texto constitucional. En J. SARRIÓN ESTEVE, “En búsqueda de los límites constitucionales a la integración europea”, *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, núm. 131, 2011, pp. 81-142, se identifica el desarrollo de la doctrina de los límites constitucionales siguiendo el ejemplo de Italia y Alemania, en Bélgica, Irlanda, España, Dinamarca, Reino Unido (que aún formaría parte UE), Francia, Polonia, Chipre, y la República Checa. Me ocupo más en extenso en el reciente trabajo J. SARRIÓN ESTEVE, *Los límites a la integración europea en la doctrina constitucional*, cit. Hoy habría que prescindir de alguno de estos casos, incluyendo a Chipre por una modificación constitucional, y añadir otros casos como el de Hungría.

58 Se puede acudir a los excelentes trabajos de C. VIDAL PRADO, “Alemania”, en J. TAJADURA y J. DE MIGUEL (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal, Cuadernos y Debates*, CEPC, Madrid, 2008; y D. GRIMM, M. WENDEL, y T. REINBACHER, “European Constitutionalism and the German Basic Law”, en A. ALBI, S. Bardutzky (ed.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, vol. 1, Asser Press, Springer, The Hague, 2019, pp. 407-492.

59 Decisión de 29 de mayo de 1974, *Solange I*, BVerfG, 52/71.

60 Decisión de 25 de julio de 1979, *Vielleicht*, BVerfG, 4/168.

61 Decisión de 22 de octubre de 1986, *Solange II*, BVerfG, 197/83.

62 Decisión de 12 de octubre de 1993, *Maastricht case*, BVerfG 2134, 2159/92.

63 Decisión de 7 de junio de 2000, *Banana Market*, 1/97.

64 Decisión de 18 de julio de 2005, *Arrest Warrant*, BVerfG, 2BvR 2236/04.

65 Decisión de 30 de junio de 2009, *Lisbon Treaty*, BVerfG, 2 BvE 2/08. Sobre esta sentencia véase el excelente estudio de A. LÓPEZ CASTILLO, J.A. MENÉNDEZ, y C. VIDAL PRADO (coord.), *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, CEPC, Madrid, 2011.

66 Decisión de 6 de junio de 2010, *Honeywell*, BVerfG, 2BvR 2261/06.

67 Decisión de 14 de enero de 2014, *OMT*, BVerfG 2728/13.

68 Decisión de 15 de diciembre de 2015, BVerfG, *European Arrest Warrant II*, 2735/14.

69 Decisión *Gauweiler* 2728/13, ya citada.

70 Decisión de 5 de mayo de 2020, BVerfG, *PSPP*, 859/15.

En síntesis, se puede decir que en la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán podemos encontrar tres tipos de reservas constitucionales diferentes: 1) la referida a la protección de los derechos fundamentales, que se desarrolla en Solange II; 2) la referida al control *ultra vires*, que se manifiesta en el control de las competencias, desde la sentencia Maastricht, pasando por Lisboa, *Honeywell*, *OMT*; y 3) la reserva de identidad constitucional nacional, o la revisión de identidad, que sería a día de hoy el concepto quizá más difuso, y de la que se habría ocupado algo en *OMT*⁷¹.

La reciente sentencia del caso *PSPP* o *Weiss*, en la que declara *ultra vires* la sentencia del Tribunal de Justicia se incardinaría en el segundo tipo de reservas constitucionales; pero en el fondo la cuestión implícita es el consabido problema de la competencia de decidir la propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), manifestado en *Lisboa*.

A pesar de los recelos existentes, y de los miedos derivados del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana, que se han puesto de manifiesto en el planteamiento, no se trata de una doctrina novedosa, sino la aplicación práctica de los contralímites, quizá prescindiendo de la deferencia para atacar la falta de motivación y el juicio de proporcionalidad realizado por el Tribunal de Justicia en *Weiss*.

Creo, como Avbelj, que el problema en el reciente rugido constitucional no está en el pluralismo constitucional en sí⁷², sino que se trata de un grito en un debate de titanes, aunque ciertamente es mejorable todo diálogo y preferible cierta aterciopelada suavidad en el mundo del Derecho. Pueden buscarse fórmulas para mejorar este diálogo como, por ejemplo, potenciando el diálogo informal, al modo que propone Rossi, con encuentros entre jueces constitucionales a través de altas conferencias⁷³; o la propuesta de *lege ferenda* de Weiler y Sarmiento de crear una cámara constitucional mixta que pueda resolver los conflictos constitucionales⁷⁴; quizá el Tribunal de Justicia debería de haber realizado un escrutinio más riguroso sobre el ejercicio de las funciones constitucionales del BCE, pues todo poder conlleva responsabilidad y dar cuenta de la misma; y también el BCE debe estar sometido al control judicial.

71 D. GRIMM, M. WENDEL y T. REINBACHER, *op. cit.*, pp. 423-426.

72 M. AVBELJ, *op. cit.*, *in fine*.

73 L.S. ROSSI, "Il 'triangolo giurisdizionale' e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana", *cit.*, p. 14.

74 J.H.H. WEILER, y D. SARMIENTO, "The EU Judiciary After Weiss- Proposing a New Mixed Chamber of the Court of Justice", *eulawlive.com*, 2 junio 2020, <https://eulawlive.com/op-ed-the-eu-judiciary-after-weiss-proposing-a-new-mixed-chamber-of-the-court-of-justice-by-daniel-sarmiento-and-j-h-h-weiler/> [Consulta 28 de julio de 2020].

Asimismo, sería importante, para que pueda fructificar un diálogo cooperativo, que igual que los tribunales constitucionales han aceptado –aunque sea con matizaciones– el principio de primacía del Derecho de la UE, el Tribunal de Justicia pueda abrirse a dialogar sobre los contralímites o reservas constitucionales, pues aunque estén en algún caso implícito es mejor enfrentar el dilema de frente; como también debe hacer, aunque esto es más sencillo por su reconocimiento en el propio Tratado, en relación con el principio de identidad nacional y constitucional que, si bien hay que respetar su preservación, debe tener también sus propios límites.

V. CONSIDERACIONES FINALES: EL DIÁLOGO COMO NECESIDAD

El propósito de este trabajo ha sido realizar una pequeña aproximación al debate en torno a la primacía y efectividad del Derecho de la UE y sus límites, a través de los contralímites o límites constitucionales, desde una perspectiva abierta y pluralista.

La identidad nacional (y constitucional) no puede ser reconducida sin más, en mi humilde opinión, a la búsqueda de una síntesis de las tradiciones constitucionales comunes o de una cultura constitucional común europea que integre y subsuma las identidades constitucionales, pues esto implicaría la desaparición de algunas de ellas; las tradiciones constitucionales comunes, integran, junto con los principios constitucionales reconocidos en los Tratados o en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea esa cultura constitucional común, ese Derecho constitucional europeo que debe regir y determinar el Derecho de la Unión.

Pero uno de esos principios es el respeto a la identidad nacional y constitucional de los Estados miembros; y si bien cabe exigir que esa identidad se ajuste a unos mínimos constitucionales compartidos (Democracia, Estado de Derecho, Derechos Fundamentales y sus garantías, etc.), no por ello debe imponer, más allá de esos mínimos, lo común sobre la diversa identidad que responde a la historia constitucional de cada Estado miembro (estructuras territoriales, políticas constitucionales, principios constitucionales o derechos fundamentales singulares).

Precisamente, esta dinámica de tensión permanente entre lo común y lo diverso, entre la primacía y efectividad del Derecho de la UE y la identidad constitucional en el marco de los contralímites, que se manifiesta en el diálogo constitucional entre tribunales, es lo que puede permitir un avance significativo, y sin pausa, del proyecto común europeo con el indudable enriquecimiento de la dialéctica constitucional.

Y ello sin, al mismo tiempo, abrir la puerta de salida del proyecto de construcción común al diferente o minoritario. No debe asustar el diálogo franco o audaz, sino el silente desprecio por la primacía y efectividad del Derecho de la Unión, si se produjera, y ciertos riesgos que sin duda son manifiestos en algunos sistemas, pero frente a los que existen instrumentos que pueden garantizar la necesaria efectividad del Derecho de la Unión, que también puede permitirse respetar la identidad constitucional, porque en ello también está su propia efectividad, entendiendo el Derecho de la UE de una forma comprensiva, es decir, integradora de la diferencia, dentro los mínimos exigibles.

Así, el diálogo colaborativo e incluso competitivo, siempre para ser constructivo, y en aras de un mejor entendimiento y una mayor exigencia en la aplicación del Derecho, puede y debe ser bienvenido. Habrá que estar atentos al avance del mismo los retos que plantea.

Resumen

Recientemente hemos podido asistir a una revitalización del debate sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea y los eventuales límites de la misma que algunos tribunales constitucionales defienden para preservar la identidad constitucional y otros principios esenciales del orden jurídico interno.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha declarado, en sentencia de 5 de mayo de 2020, que la sentencia Weiss y otros del Tribunal de Justicia de la UE es ultra vires. La reacción mayoritaria institucional y doctrinal ha sido la de cuestionar la decisión del Tribunal alemán, así como el pluralismo constitucional que entienden está detrás de la misma.

Este trabajo, desde una perspectiva abierta y plural, trata de aproximarse al debate constitucional, identificar algunos de los problemas existentes en el orden jurídico multinivel europeo, y defender que, no siendo las cosas fáciles, se hace más necesario que nunca huir de posiciones absolutas y buscar el diálogo entre tribunales.

Palabras clave

Primacía, contralímites, identidad constitucional, pluralismo constitucional, constitucionalismo multinivel.

Abstract

There is a revitalization of the debate on the primacy of European Union law and the eventual limits defended by some constitutional courts in order to preserve constitutional identity and other essential principles of the internal legal order.

The German Federal Constitutional Court has declared recently, in a judgment of 5th of May of 2020, that the Weiss and others judgment of the EU Court of Justice is ultra vires. The major part of the institutional and doctrinal reaction has been to question the decision of the German Court, as well as the constitutional pluralism that they understand is behind this decision.

In this work, from an open and plural perspective, I try to make an approximation to the

constitutional debate, and to identify some of the problems of the European multilevel legal order, and I also defend that, although things are not easy, it is more necessary than ever to avoid absolute positions and to seek the dialogue between courts.

Keywords

Primacy, counter-limits, constitutional identity, constitutional pluralism, multi-level constitutionalism.

Recibido: 8 de octubre de 2020

Aceptado: 8 de noviembre de 2020



Artículos



EL EQUILIBRIO DE LAS CATEGORÍAS EN LOS ORDENAMIENTOS MULTINIVEL: LA LEVEDAD DE LA DOGMÁTICA

The balance of categories in multi-level systems: the lightness of dogmatic

RICARDO MARTÍN MORALES

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La tensión entre las propias categorías dogmáticas.
- III. La tensión entre las categorías dogmáticas y la realidad constitucional.
- IV. La tensión que soportan las categorías dogmáticas a causa de la naturaleza multinivel de los actuales ordenamientos.
- V. La tensión añadida por la configuración interdisciplinar del Derecho.
- VI. La tensión entre el observador de la norma y la norma observada.
- VII. Nota bibliográfica.

I. INTRODUCCIÓN

1. La máxima aspiración del jurista es ordenar las instituciones jurídicas y la máxima aspiración de la dogmática es contener el orden mismo de estas. El Derecho necesita procesar toda la información que genera la casuística en modelos abstractos compuestos por dogmas o tipos que se extraen del contenido de las normas jurídicas mediante operaciones lógicas. La dogmática le da un rostro al Derecho y lo hace científicamente reconocible. Estas páginas tienen por objeto exponer mis conclusiones acerca del comportamiento de las categorías dogmáticas en nuestros actuales ordenamientos.

2. Una investigación no comienza con una creencia, sino con una aproximación. Mi aproximación es esta: se piensa que la dogmática “es” y que la casuística “sucede”, pero la dogmática también “sucede”. Es cierto que la dogmática se presenta como algo estable y la casuística como algo que cambia, pero bajo la quietud aparente de las categorías dogmáticas también se desatan tensiones. Es así como se forma una mutación constitucional, o como se entreveran casi imperceptiblemente

el contenido esencial y el principio de proporcionalidad, o como aparece y desaparece prácticamente de la nada la naturaleza patológica de los hallazgos casuales, etc.

3. La dogmática también “sucede”, se hace y deshace constantemente, se hace a través de lo que se deshace. El Derecho necesita codificarse y descodificarse constantemente, se codifica a través de lo que se descodifica. Necesita avanzar y retroceder, pero la dogmática jurídica desarrolla más lo más desarrollado, construye sobre lo ya construido y le cuesta desandar.

4. Las tensiones que soportan las categorías dogmáticas son de los siguientes tipos:

a) La tensión provocada por la fricción entre las propias categorías (tensión natural).

b) La tensión entre toda categoría dogmática y la realidad constitucional (tensión dinámica).

c) La tensión inducida por la naturaleza multinivel de nuestros actuales ordenamientos (tensión multinivel).

d) La tensión añadida por la configuración interdisciplinar del Derecho (tensión interdisciplinar).

e) La tensión entre el observador de la norma y la categoría normativa observada (tensión interactiva).

II. LA TENSION ENTRE LAS PROPIAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS

5. Cuando dos derechos fundamentales friccionan entre sí decimos que se *limitan*. Cuando dos categorías dogmáticas entran en contacto hablamos de su *delimitación*.

6. Donde no llega la interpretación extensiva llega la integración analógica. Donde no llega la Constitución llega el bloque de constitucionalidad, que vuelve a ser “Constitución”. Donde no llega el principio de publicidad llega la regla de que la ignorancia del Derecho no exime de su cumplimiento. Donde no llegan los principios generales llega la analogía *legis* y donde esta no lo hace llega la analogía *iuris* para encontrarse de nuevo con los principios generales. Es la *levedad* de la dogmática.

Los juristas profesamos una visión perfecta del Derecho y de su dogmática. En el fondo creemos que sin nuestras categorías, tal y como las concebimos, desaparecería el Derecho.

7. Lo peor que le puede pasar a un derecho es verse *vulnerado*. Lo peor que le puede ocurrir a una categoría dogmática es hacerse *irreconocible*. Por eso todas las categorías luchan por buscar su espacio en el mapa de la dogmática. A veces no es

espacio lo que buscan, sino enfoque. Así, la idea del contenido esencial nos ayuda a comprender la teoría de los límites desde dentro de cada derecho fundamental y la idea del principio de proporcionalidad nos ayuda a comprenderla desde fuera. Una nos explica desde dentro lo que ocurre fuera y otra nos explica desde fuera lo que ocurre dentro.

No siempre resulta fácil determinar a partir de qué momento una categoría se hace *irreconocible*. La falta de reconocimiento constitucional de ciertos contenidos relacionados con la función social del derecho de propiedad, por ejemplo, traspasaría en el constitucionalismo europeo un punto crítico inexistente en otros constitucionalismos.

8. Hay espacios de la dogmática de los derechos fundamentales ocupados por categorías tan irradiantes que con su mera presencia impiden el crecimiento e incluso la aparición de otras categorías que aportarían más precisión dogmática. ¿Cuántos principios habrá escondidos dentro del *mega-principio* de proporcionalidad? El principio constitucional de intervención indiciaria es uno de ellos. La diferencia, a propósito de una investigación penal, entre una intervención restrictiva carente de indicios de ilicitud y una intervención desproporcionada no es de grado o proporción, sino de cualidad o naturaleza. La mayor o menor gravedad del ilícito investigado, la mayor o menor duración o intensidad de la medida restrictiva, etc. son elementos ajenos a la valoración indiciaria y característicos de la ponderación de la proporcionalidad.

Para frenar la indeterminación de principios tan irradiantes como el de proporcionalidad o el de interdicción de la arbitrariedad no conviene actuar directamente sobre ellos, porque durante esa travesía quedarían importantes ámbitos de libertad sin proteger, sino simplemente ir desarrollando poco a poco esos nuevos principios, los cuales, con su sola presencia, con la mera fricción, frenarán la indeterminación de aquellos.

9. La fragilidad de las categorías alcanza incluso a las mejor afianzadas en sus propios terrenos dogmáticos, como le ocurre a la categoría de la cosa juzgada, incapaz de explicar de forma completa, como ha indicado Díaz Cabiale, los problemas relacionados con el alcance de la eficacia material y procesal de las sentencias.

10. Otras veces la fricción entre categorías es más secuencial que espacial. Existen categorías que han adelantado inconvenientemente su secuencia temporal de aplicación, como le ha ocurrido al derecho a la presunción de inocencia. Cuando un medio de comunicación informa inverazmente sobre la culpabilidad del investigado no está conculcando el derecho a la presunción de inocencia, sino el derecho al honor. Y si los ciudadanos tienen derecho a no sufrir intervenciones de mera pros-

pección en sus domicilios, o en sus comunicaciones, o a ir por la calle sin ser objeto de indagaciones indiscriminadas o aleatorias, etc., tampoco es por imperativos del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). El derecho a la presunción de inocencia se vulnera realmente con la sentencia, en el momento mismo de la sentencia, no antes, cuando se dicta una sentencia sin pruebas o con pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales. Por eso, salvo alguna excepción, no son recurribles en amparo las resoluciones interlocutorias.

11. La dogmática pertenece a esa parte del Derecho que lo estructura y vehiculiza, es el “lenguaje del Derecho”. Pero hay veces en que la dogmática, como también le ocurre al lenguaje con la realidad que describe, no nos revela todo el significado del Derecho. Es el caso de las excepciones del nexo causal atenuado y del descubrimiento inevitable, ocultas dentro de la teoría de la conexión de la antijuricidad que formuló el Tribunal Constitucional hace veinte años, a pesar de tener aquellas excepciones mayor consistencia dogmática que esta teoría.

12. La dogmática jurídica tiende a generar un estado de constante complacencia entre los operadores del Derecho. Esa es otra de las características de la dogmática, su capacidad para complacernos. Porque en realidad las categorías dogmáticas pasan por múltiples vicisitudes: a) unas veces se *solapan*: piénsese en el frecuente solapamiento entre el principio de indispensabilidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, indicadores ambos del genérico principio de proporcionalidad; b) otras veces las categorías se *agotan*, como la categoría del abuso del derecho, que no aporta mucho más de lo que ya aporta la teoría de los límites, o la categoría de la inviolabilidad parlamentaria, que tampoco ofrece mucho más de lo que ya ofrece el estándar actual protección de la libertad de expresión, que es muy amplio; c) en otras ocasiones las categorías se encuentran *sobreprotegidas*, como le ha ocurrido durante muchos años al derecho a la protección de datos. Hay también categorías *sobrevaloradas*. Una de esas categorías a las que la dogmática le concede más espacio del que realmente le corresponde es la suspensión individual de derechos fundamentales, porque la contempla como si quedasen suspendidos más indicadores de constitucionalidad de los que realmente se suspenden. La suspensión individual de derechos no es más, en el fondo, que una restricción particularmente intensa.

13. No existe mejor sitio para esconder una categoría jurídica que dentro de otra categoría jurídica ¿A quién se le ocurriría mirar ahí? Es posible esconder contenidos irrenunciables del derecho a la vida de fetos en estado avanzado de gestación dentro del derecho a decidir de la mujer; u ocultar, para subvertirlo, el Estado de Derecho en el Estado democrático, burlando el concepto unitario de Estado social y democrático de Derecho; etc.

III. LA TENSIÓN ENTRE LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS Y LA REALIDAD CONSTITUCIONAL

14. Existe un segundo tipo de tensión, a la que están expuestas todas las categorías, que es la más visible y a la vez la más invisible de todas. Hablo de la tensión entre toda categoría dogmática y la realidad constitucional. Los modelos abstractos de la dogmática son casi perfectos, lo que contrasta con la realidad, que nunca es perfecta.

El Derecho llega a sus destinatarios y a sus observadores (los investigadores, en nuestro caso) a través de sus estructuras dogmáticas, que no flotan en el aire, como dice Carlos de Cabo, sino que conectan con una realidad histórica. Quiere ello decir que si encontramos en la dogmática algo que no nos gusta y miramos a esa sociedad, también deberíamos encontrarlo ahí. La fuerza de una dogmática reside en esa correspondencia. La construcción de la dogmática jurídica no tiene únicamente naturaleza técnica.

15. Si de algo está llena una Constitución es de principios. Mirar a una Constitución es buscar en sus principios. Pero cuando las democracias se cansan, los principios se van de las constituciones. Siguen estando ahí, pero ya se han ido.

16. La Constitución es la respuesta del Derecho constitucional, pero en la Constitución no están todas las respuestas. Las normas programáticas son preguntas sin respuesta. Incluso los valores superiores nos preguntan más que nos responden.

17. Parecen cansadas nuestras democracias, como si ya no hubiera un sitio adonde llegar. El declive de las democracias se produce en silencio. Se van quedando sordas con el ruido de sus cadenas. Algo no va y todos intentan explicarlo. Hay tantas explicaciones que no hay ninguna.

Si construimos una democracia de palabras, terminaremos reduciendo la democracia a una palabra. Irá perdiendo pulso hasta convertirse en una democracia de cartón.

Nada dicen las palabras de una Constitución sin una experiencia constituyente detrás. Si las Constituciones existen es porque la experiencia vivida por ese pueblo fue tan intensa que necesitó un medio de expresión.

18. De todas las categorías dogmáticas las que más tensión soportan son las que más sólidas parecen: los valores superiores. Son las que más sufren porque son las que más tienen.

Se denominan valores superiores porque constituyen un fin en sí mismos. La característica diferencial de los valores superiores, en relación con el resto de normas constitucionales, es esa. Su sentido está dentro de ellos, no fuera. El valor libertad es cierto en sí mismo, igual que el valor justicia, etc. Más allá de los valores superiores

no existe nada. Por esta razón no necesitan ser demasiado razonados, ni conviene razonarlos demasiado. La libertad, la dignidad, la justicia y la igualdad son las respuestas y esas únicas respuestas contestan a todas las preguntas del Derecho constitucional.

Los valores superiores llegan a los ciudadanos con mucha fuerza, pero luego se van yendo en silencio; cuanto más se habla de ellos menos cosas nos van diciendo, van agotando por pura repetición su capacidad para seducirnos. Cuando los valores superiores languidecen, las democracias se llenan de dogmas y no de sentido. Entonces las personas pasan a estar en poder de las cosas y los ciudadanos pierden el coraje de ser minoritarios.

19. La tensión entre las categorías dogmáticas y la realidad constitucional puede llegar a ser desconcertante. Recordemos –cito al Prof. Balaguer Callejón–, “la tremenda operación de ocultación de la realidad constitucional de la Unión Europea que se produjo con el Tratado de Lisboa”, cuando “los responsables políticos de democracias consolidadas le dijeron a su ciudadanía en el plazo de tres años que prácticamente los mismos contenidos que antes eran Constitución ya no lo eran”.

IV. LA TENSION QUE SOPORTAN LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS A CAUSA DE LA NATURALEZA MULTINIVEL DE LOS ACTUALES ORDENAMIENTOS

20. Existen diferencias en el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por unos Estados constitucionales y por otros, siendo la doctrina del *margin of appreciation* una de las reacciones del sistema frente a ello. En materia de derechos fundamentales, universales por definición, negar la uniformidad de contenidos genera lógicamente tensión, una tensión que ha llevado incluso a la jurisprudencia comunitaria a afirmar a veces, eufemísticamente, que la restricción de derechos en el caso que se enjuiciaba no le obligaba a intervenir porque solo afectaba a las “modalidades de protección” del derecho fundamental y no al derecho fundamental (STJUE (1.ª) 14/10/2004, C-36/02: “Omega”).

21. Pero no solo existen *diferencias de contenido* entre unas constituciones y declaraciones internacionales de derechos y otras, sino también *diferencias dogmáticas*. Por ejemplo, si en un texto no se reconoce expresamente el derecho al honor, otras categorías dogmáticamente cercanas de ese mismo texto normativo tenderán a ser delimitadas de manera diferente a como son delimitadas en otros textos normativos, ya que esos ámbitos de libertad deben quedar necesariamente salvaguardados.

22. El problema reside en que las categorías dogmáticas no pueden ser transportadas de un nivel a otro sin más, porque cada ordenamiento tiene que mantener sus propios equilibrios.

La interacción entre las dogmáticas interna y supranacional puede ocasionar, además de la desnaturalización de algunas categorías, la relativización de la línea iusfundamental, que es la que separa en algunos textos los derechos fundamentales de los derechos constitucionales no fundamentales.

Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha encontrado en el CEDH categorías preparadas para salvaguardar los contenidos medioambientales que quería proteger, se ha visto abocado en el ámbito de su jurisdicción a forzar otras categorías más o menos cercanas del Convenio. Estos contenidos, favorecidos por cláusulas como la del artículo 10.2 de la Constitución española, descienden después al ordenamiento interno y “aparecen” al otro lado de la línea iusfundamental, es decir, convertidos en auténticos derechos subjetivos. El resultado es que un problema de ruido o de humo, que es un problema medio ambiental (art. 45 CE), termina mejor garantizado, pero haciendo *irreconocible* el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).

23. El art. 5.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe la esclavitud y la servidumbre y su artículo art. 5.3 la trata de seres humanos. Por su parte, el art. 4.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos también prohíbe la esclavitud y la servidumbre, pero no se hace mención alguna a la trata de seres humanos. Esta circunstancia obligará al intérprete del CEDH a delimitar la categoría de la esclavitud de manera tal que la trata no se quede fuera de la prohibición genérica de esclavitud. El resultado es que la prohibición de la esclavitud como categoría dogmática termina teniendo unos contornos diferentes según se trate de uno u otro texto, porque, como vengo diciendo, cada declaración de derechos debe mantener sus propios equilibrios, a fin de no dejar a la intemperie relevantes ámbitos de libertad.

24. El artículo 10 de la Constitución española se encuentra fuera del ámbito iusfundamental. En otras declaraciones de derechos, como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en otras Constituciones, como la alemana, la categoría de la dignidad es tratada como un derecho fundamental autónomo.

En el Derecho de la Unión Europea la categoría de la dignidad se había venido articulando hasta la Carta de manera bastante laxa, ocupando a veces ámbitos de la dogmática que tradicionalmente estaban reservados a otras categorías. Se había utilizado la categoría de la dignidad a nivel comunitario para fundamentar, por ejemplo, la protección de menores en internet, o para garantizar los derechos de estos cuando

son llamados como testigos en un proceso penal; o bien en relación con el principio de no discriminación, para fundamentar las acciones positivas a favor de la mujer; etc.

Al Tribunal Constitucional español siempre le ha costado reconocer la dignidad de las personas jurídicas, por entender que estas “no tienen existencia física” ni “dignidad humana” propiamente dichas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nunca ha tenido esa dificultad. En la Unión Europea se ha venido configurando tradicionalmente la dignidad a través de sus vertientes profesional (dignidad profesional), laboral (dignidad del trabajador) o institucional (dignidad de la función pública comunitaria). Ahora, con la Carta, todo empieza a cambiar, porque con ella la dignidad se hace más humana y más física en la Unión Europea que antes.

El dilema de fondo en relación a la dignidad es, a cualquier nivel, siempre el mismo: si se llena de demasiado contenido la dignidad parece que sobran todos los derechos; si se deja medio vacía, para qué sirve.

25. Analicemos otra de nuestras grandes categorías constitucionales: la libertad. Esta debe ser configurada constitucionalmente alrededor de dos grandes ejes:

a) El binomio libertad/seguridad, que hace referencia a la libertad personal como límite frente a los excesos en las políticas de seguridad.

b) El binomio libertad/esclavitud, que utiliza la idea de esclavitud como contra-referente de la idea de libertad.

Pues bien, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra en su artículo 6 el “derecho a la libertad y a la seguridad” y en su art. 5 la “prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado”. El Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce la “prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado” en su artículo 4 y el “derecho a la libertad y a la seguridad” en el artículo 5. Por el contrario, la configuración de la libertad como derecho fundamental en las constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea suele prescindir de ese segundo eje vertebrador de la categoría, porque se consideró que la prohibición de la esclavitud era ya tierra conquistada, como si no existiesen las formas contemporáneas de esclavitud. Esta circunstancia termina incidiendo en la delimitación de toda una serie de categorías dogmáticas (el derecho a la libertad personal, el valor superior libertad, la dignidad, el derecho a no ser discriminado, el derecho a la integridad moral, etc.) que deberán ser delimitadas expansivamente porque ese ámbito de libertad debe quedar preservado.

26. Aprovecho para recordar que la mejor forma de educar en la respuesta contra la esclavitud y sus formas contemporáneas no es el silencio, aunque luego se

integren esas lagunas. Ya son bastante silenciosas las formas contemporáneas de esclavitud como para añadirles más silencio. Las Constituciones no solo nos *protegen*, sino que también nos *educan*, y las que más protegen son las que más educan.

27. Existen también en nuestros ordenamientos multinivel categorías que no terminan de tener un rumbo claro. Uno de los casos más evidentes es el de la garantía de la *interpositio legislatoris* cuando se contemplan intervenciones restrictivas de derechos fundamentales. Es cierto que esta garantía está ahí, refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 292/2000, FJ 16) y que el TEDH es uno de sus grandes valedores, pero todos somos conscientes de sus enormes dificultades de aplicación práctica, pues han sido muchas las medidas restrictivas de derechos fundamentales de las que la policía no puede prescindir en un Estado de Derecho que no han tenido, y que siguen aún sin tener, suficiente base legal interpuesta, siendo bien conocidas las dificultades de la integración analógica en estos casos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha acudido a la exigencia de *interpositio legislatoris* como una manera de armonizar la regulación de los Estados miembros, evitando dar la impresión de estar ejerciendo su jurisdicción sobre el vacío.

Pensemos también en la tensión dogmática que se produce entre esta garantía y la reserva de ley, una fricción tan intensa que dificulta al operador jurídico la comprensión de que el ámbito de aplicación de la garantía de la reserva de ley es el de la *configuración normativa*, mientras que la garantía de la *interpositio legislatoris* entra en juego en el contexto de las intervenciones materiales directas, administrativas o judiciales, en los derechos fundamentales.

V. LA TENSIÓN AÑADIDA POR LA CONFIGURACIÓN INTERDISCIPLINAR DEL DERECHO

28. Hemos hablado de los delicados equilibrios dogmáticos existentes en cada ordenamiento multinivel y en cada plano normativo dentro de cada ordenamiento. Pues bien, a toda esta tensión dogmática que podríamos denominar “vertical”, hay que añadir una tensión dogmática interdisciplinar o “transversal”.

29. El equilibrio entre las categorías dogmáticas también depende de la disciplina jurídica a la que pertenezca el operador jurídico. El penalista tendrá que fijar con precisión, y no de forma genérica, el objeto jurídico protegido por sus tipos penales. Son necesidades dogmáticas ineludibles. Sin embargo, el constitucionalista que opere con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no tiene esa necesidad, porque no tendría sentido, por ejemplo, estresar hermenéuticamente

el art. 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya que sus tres apartados gozan de igual protección e idéntico nivel de garantías.

30. Tampoco los constitucionalistas necesitamos trazar la tipicidad, medir con el mismo rigor la culpabilidad, ni determinar la punibilidad, casi nos basta conjugar la antijuricidad, porque el Derecho constitucional está orientado a proteger la libertad del sujeto titular más que a tasar la responsabilidad del sujeto activo.

31. Cuando los penalistas buscan en las categorías constitucionales el objeto protegido por sus tipos penales, no siempre encuentran en ellas lo que necesitan y frecuentemente intentan tensar hermenéuticamente las categorías de la Constitución, algo a lo que los constitucionalistas nos resistimos porque la Constitución debe mantener sus propios equilibrios.

32. Por su parte, los administrativistas tienen menos dificultades que nosotros para *irse* al Derecho global, porque, como diría Ortega Álvarez, el Derecho administrativo ha existido sin Constitución y el Derecho constitucional no y porque a los constitucionalistas siempre nos ha costado trabajar sin el *demos* bien determinado.

33. La categoría de la equidad, que es utilizada en la filosofía del Derecho como categoría complementaria de la igualdad, tiene un rendimiento dogmático menor en el Derecho constitucional, más acostumbrado a la dualidad igualdad formal o jurídica (art. 14 CE) e igualdad material, real o efectiva (art. 9.2 CE), sin ser tampoco coincidente con la equidad del art. 1690 del Código Civil, esa que permite al Juez modificar equitativamente la pena convencional en casos de incumplimiento parcial de una obligación.

34. Por citar otro ejemplo, el domicilio al que alude la categoría constitucional de la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE) se encuentra muy próximo al domicilio protegido por el Derecho penal y bastante alejado del domicilio del art. 40 del Código Civil y del domicilio fiscal.

VI. LA TENSIÓN ENTRE EL OBSERVADOR DE LA NORMA Y LA NORMA OBSERVADA

35. Hasta aquí he estado analizando los distintos tipos de tensiones a que se ven sometidas nuestras categorías normativas y dogmáticas, pero existe una última tensión que proviene de la observación misma de la categoría normativa por parte del investigador del Derecho constitucional.

36. Nos acercamos tanto a las normas, nos identificamos tanto con ellas, que llega un momento en que estas no nos dejan ver. El mapa de la dogmática observado

por los juristas se ha convertido en los propios ojos de los juristas. Por eso la investigación necesita distancia. La investigación “es” distancia.

37. No sólo con la mirada histórica al Derecho constitucional se abre esa distancia. También se abre con la mirada al Derecho extranjero desde el nuestro; o con la mirada a la casuística desde la dogmática; o a esta desde aquella; o con la mirada a la teoría desde la práctica, y al revés; o con la mirada a la utopía desde la realidad, y al contrario; o a la razón desde la intuición, y viceversa; etc. También está la distancia que marcamos con todo aquello en lo que nosotros mismos hemos creído en algún momento, es decir, con el jurista que fuimos.

38. Contemplamos las categorías legales desde las constitucionales, y al contrario. Si miramos la Constitución desde la ley, nos hacemos una pregunta, y si miramos la ley desde la Constitución, nos hacemos muchas preguntas. Contemplamos el ordenamiento interno desde el ordenamiento multinivel, y al contrario. Exploramos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en sentido inverso también.

La configuración multinivel de los actuales ordenamientos ha hecho más complejo el Derecho, pero nos ha rejuvenecido.

39. Al aproximarnos demasiado a la norma observada, desaparecen esos espacios, esa distancia, quedando el constitucionalista solo protegido por su técnica. La necesaria tecnificación de nuestro trabajo como constitucionalistas ha venido dando alas al Derecho constitucional, pero seguimos teniendo la extraña sensación de que, a la vez, nuestras categorías dogmáticas han ido perdiendo vuelo. Como dice el Prof. Balaguer Callejón, “nuestro trabajo diario, que se compone de pequeñas aportaciones a problemas concretos, se va pareciendo cada vez más a la labor de un técnico del Derecho, una labor que en algún momento debería diferenciarse claramente de la función creativa del jurista en cuanto científico del Derecho”.

Cuando nos hemos limitado a llenar de definiciones el Derecho constitucional, hemos terminado convirtiendo el Derecho constitucional en una definición. El Derecho constitucional, y el Derecho en general, es un producto de la razón donde lo más racional no es siempre lo más razonable, ni lo más intelectual lo más inteligente.

Esta investigación sobre las categorías normativas y dogmáticas pertenece, por así decirlo, a la “parte científica” del Derecho constitucional, pero los constitucionalistas somos científicos y somos algo más que científicos, sin contradicción, con equilibrio, porque cada parte de nosotros –la científica y la menos científica– nos identifica y de alguna manera también nos protege frente a la otra.

40. Concluyendo, el principio de coherencia es uno de los tres grandes principios articuladores de un ordenamiento jurídico, junto al principio de unidad y al

principio de plenitud. Pues bien, lo que se ha pretendido demostrar a lo largo de este trabajo es que la batalla por la coherencia no solo transcurre en el contexto de las normas y sus conflictos, sino también en el de la dogmática y sus tensiones.

VII. NOTA BIBLIOGRÁFICA

El contenido del presente trabajo se corresponde con la Ponencia presentada por su autor en el Congreso Internacional “Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel”, celebrado en el Paraninfo de la Universidad de Granada (España) los días 23, 24 y 25 de enero de 2019 y organizado por: Fundación Peter Häberle, Cátedra Jean Monnet “ad personam” de Derecho Constitucional Europeo y Globalización, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada (España), PPGD Pontificia Universidad Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, PPGD Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOES; CPJUS – Centro de Pesquisa Jurídica e Social, Universidade Positivo; PPGD Instituto de Direito Público, IDP, Brasil y la Università di Roma, La Sapienza, Facoltà di Giurisprudenza, Italia.

Algunas de las aproximaciones conceptuales que realizo en la *Introducción* se encuentran en mi monografía *Las propiedades paradójicas del Derecho constitucional*, Civitas-Thomson Reuters, 2013, p. 37.

Las alusiones que hago en el epígrafe primero referidas a la interpretación extensiva, la integración analógica, la regla de la ignorancia del Derecho, el bloque de constitucionalidad, la analogía legis y la analogía iuris han sido desarrolladas a partir de lo descrito en la p. 37 de la anterior obra, así como las relativas a la conexión entre el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial, p. 75.

Sobre la referencia a la categoría de la cosa juzgada, dentro de este mismo apartado primero, véase J.A. DÍAZ CABIALE, *La eficacia material y procesal de la sentencia civil más allá de la cosa juzgada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 72 a 100, donde mantiene este autor la tesis de que la eficacia material y procesal de la sentencia no se puede explicar solamente a través de la eficacia material de la cosa juzgada.

En relación al adelanto de la secuencia de aplicación del derecho a la presunción de inocencia y las interferencias de esta garantía con el principio constitucional de intervención indiciaria, *vid.* mi trabajo sobre “Los derechos fundamentales y su dogmática: una reflexión sobre el devenir y los nuevos desarrollos de nuestras categorías jurídicas”, en *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 631. El desarrollo de la afirmación de que la dogmática

no nos dice toda la verdad del Derecho se puede encontrar en *Las propiedades paradójicas...*, *cit.*, p. 51.

Sobre la naturaleza del principio de intervención indiciaria y sus relaciones con el principio de proporcionalidad y con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, véase VV.AA., *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, pp. 10 a 15, en relación con el principio de proporcionalidad, y pp. 17 a 20, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Las ideas recogidas en el apartado segundo han sido traídas o desarrolladas a partir de lo dispuesto en las pp. 55, 58, 67, 68, 63, 71, 72, 73 de mi monografía *Las propiedades paradójicas...*, arriba citada.

La referencia a la operación de “ocultación de la realidad constitucional de la Unión Europea que se produjo con el Tratado de Lisboa”, se puede encontrar en F. BALAGUER CALLEJÓN (dir.), VV.AA., *Manual de Derecho Constitucional I*, *cit.*, p. 240.

La alusión del apartado tercero a la jurisprudencia comunitaria está hecha concretamente a la Sentencia TJUE (Sala 1.^a) de 14 de octubre de 2004, caso C-36/02, *Omega*, fundamento 37.º: “No es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido”.

En relación con la garantía de la *interpositio legislatoris*, también en el apartado tercero, véase “Los derechos fundamentales y su dogmática...”, *op. cit.*, pp. 637 y 638.

También se han traído a esta ponencia, o desarrollado a partir de ahí, ideas contenidas en mis trabajos sobre “Las nuevas formas de esclavitud en los textos constitucionales y declaraciones internacionales de derechos”, E. PÉREZ ALONSO (dir.), VV.AA., *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 281 y ss., así como en VV. AA., “Constitución y medio ambiente”, *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 549 y ss.

Algunas de las ideas desarrolladas en el apartado quinto lo han sido a partir de las reflexiones contenidas en las pp. 16, 17, 23, 36, 38 de mi monografía *Las propiedades paradójicas...*, *op. cit.* La referencia que hago en este apartado quinto al Prof. BALAGUER CALLEJÓN se corresponde con su trabajo “Derecho y justicia en el ordenamiento constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011, p. 262.

Resumen

Recoge este trabajo un estudio sobre el comportamiento de nuestras categorías dogmáticas en los actuales ordenamientos multinivel. Partiendo de que el principio de coherencia es uno de los tres grandes principios articuladores de un ordenamiento jurídico, se llega a la conclusión de que la batalla por la coherencia de un ordenamiento jurídico transcurre en el contexto de las normas y sus conflictos, pero también en el de la dogmática y sus tensiones.

Las tensiones que soportan las categorías dogmáticas son de cinco tipos: 1) la tensión provocada por la fricción entre las propias categorías, 2) la tensión entre toda categoría dogmática y la realidad constitucional, 3) la tensión inducida por la naturaleza multinivel de nuestros actuales ordenamientos, 4) la tensión añadida por la configuración interdisciplinar del Derecho, y 5) la tensión entre el observador de la norma y la categoría normativa observada.

Palabras clave

Ordenamientos multinivel, principio de coherencia del ordenamiento jurídico, conflictos entre normas jurídicas y tensiones entre categorías dogmáticas.

Abstract

A study on the behavior of the categories within the current multilevel legal system. The coherence of a legal system depends not only on organizing the resolution of conflicts among laws, but also on understanding the tensions among the categories of the legal system.

The tensions that affect dogmatic categories are as follows: 1) the tension among categories, 2) the tension between a dogmatic category and the constitutional reality, 3) the tension induced by the multilevel nature of our current legal system, 4) the tension due to the interdisciplinary configuration of the science of law, and 5) the tension between the observer of the law and the law itself.

Keywords

Multilevel legal system, the coherence of the legal system, conflicts among legal norms, tensions among categories of the legal system.

Recibido: 1 de septiembre de 2020

Aceptado: 1 de octubre de 2020

LA LECTURA GARANTISTA DE LAS NUEVAS TENDENCIAS EN LA LUCHA EUROPEA CONTRA LA DIFUSIÓN DE MENSAJES TERRORISTAS EN INTERNET

New trends in the European fight against the spreading of terrorist messages on the internet. A constitutional reading

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

*Profesor contratado doctor de Derecho constitucional
Universidad de Murcia*

SUMARIO:

- I. La respuesta europea frente a la radicalización terrorista en Internet: introducción a la Propuesta de Reglamento europeo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea.
- II. Un primer escollo: la definición de mensajes terroristas como contenidos ilícitos.
- III. La autoridad competente para ordenar la retirada y bloqueo de contenidos: ¿reserva jurisdiccional?
- IV. La necesidad de un procedimiento garantista para la adopción de la decisión de bloqueo o retirada de contenidos terroristas.
- V. La posición proactiva de los prestadores de servicios y el riesgo de censura privada.
- VI. Conclusiones.
- VII. Bibliografía citada.

I. LA RESPUESTA EUROPEA FRENTE A LA RADICALIZACIÓN TERRORISTA EN INTERNET: INTRODUCCIÓN A LA PRO- PUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO PARA LA PREVEN- CIÓN DE LA DIFUSIÓN DE CONTENIDOS TERRORISTAS EN LÍNEA

Transcurridas casi dos décadas del 11-S, la lucha contra el terrorismo es hoy uno de los desafíos a los que se enfrentan las democracias occidentales. El terrorismo del siglo XXI ha superado las fronteras nacionales para adquirir una dimensión

global¹ y se caracteriza en muchos casos por alimentarse de un extremismo religioso que lo convierte en especialmente fanático². Sus atentados pretenden crear un clima de miedo y terror en toda la sociedad. Y para ello los terroristas han encontrado en Internet un medio extraordinariamente útil para desarrollar sus actividades y difundir sus mensajes. Como detalla la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito en su informe sobre “El uso de Internet con fines terroristas”, estos se valen de este medio para llevar a cabo actividades de propaganda –incluyendo reclutamiento, incitación y radicalización–, pero también de financiación, adiestramiento, ejecución de delitos y ciberataques³. Al final, el carácter global y descentralizado de Internet, sin un centro único de control, polifacético en las distintas formas de comunicación que permite, y donde reina la espontaneidad y el anonimato, han facilitado, como ha señalado el profesor Rafael Bustos, que Internet “no [sea] sólo el reino del pluralismo (que lo es); [sino que sea] también el reino del radicalismo más brutal, agresivo e irrespetuoso de los más mínimos valores de convivencia. Un caldo de cultivo perfecto para las organizaciones terroristas”⁴. Pues bien, son precisamente

1 J. P. Loof, “Restricting free speech in times of Terror: An ECHR Perspective”, en A. Ellian, y G. Molier (ed.), *Freedom of speech under attack*, 2015, Eleven International Publishing, La Haya, p. 202; Y. Ronen, “Incitement to terrorist acts and international law”, *Leiden Journal of International Law*, 23, 2010, pp. 659 y ss.

2 J.P. Loof, *op. cit.*, p. 202.

3 Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, *El uso de Internet con fines terroristas*, Naciones Unidas, 2013, pp. 3 y ss. En este sentido, puede verse la Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea [COM(2018) 640 final], que reconoce que “Los recientes ataques terroristas en el territorio de la UE han mostrado cómo los terroristas utilizan Internet de forma indebida para reclutar a seguidores y prepararlos, para planear y facilitar actividades terroristas, para glorificar sus atrocidades y para animar a otros a seguir ese ejemplo e insuflar el miedo en la opinión pública”. Véase también la Propuesta de Directiva relativa a la lucha contra el terrorismo [COM(2015) 625 final].

4 R. Bustos Gisbert, “Libertad de expresión y control de la Red”, en M. Revenga Sánchez (ed.), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 166. Sobre la radicalización y captación de terroristas a través de Internet véase la Estrategia revisada de la UE para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas de 19 de mayo de 2014 (9956/14) y las Conclusiones del Consejo Europeo sobre seguridad y defensa de 22 de junio de 2017, donde se reiteró el compromiso de los Estados para cooperar en la lucha contra la radicalización en línea, entre otras cuestiones. Asimismo, véase E. Rediker, “The incitement of terrorism in the Internet: legal standards, enforcement, and the role of the European Union”, *Michigan Journal of International Law*, núm. 36, 2015, pp. 323 y ss.

esos mensajes terroristas que se difunden en Internet y que sirven para la propaganda y para la radicalización los que preocupan a este trabajo.

Ante la difusión de estos mensajes terroristas, el reto de nuestras sociedades está en lograr dar una respuesta adecuada a este peligro sin abandonar los principios y garantías propios del Estado constitucional. Se hace necesario alcanzar un equilibrio entre la eficacia de las medidas que se diseñen para salvaguardar la seguridad de nuestras sociedades y el debido garantismo constitucional, más aún cuando están en juego distintos derechos y libertades fundamentales⁵. Además, resulta insuficiente que estas medidas se adopten a nivel nacional⁶, por lo que se reclama una colaboración entre países no siempre fácil. Así, entre las principales dificultades se encuentran, por un lado, lograr una definición jurídica común de terrorismo, pero también, por otro, de los límites a la libertad de expresión cuando de lo que se trata es de restringir la difusión de ciertos mensajes terroristas en un espacio global. De ahí que, sin desconocer los avances que se han ido produciendo, el estudio de la ONU antes citado sobre “El uso de Internet con fines terroristas” haya advertido que

“[p]ese a que en los últimos años se viene reconociendo cada vez más la amenaza que representa el uso de Internet por los terroristas, actualmente no existe ningún instrumento universal que se refiera específicamente a ese aspecto generalizado de la actividad terrorista”⁷.

5 En relación con la afectación a los derechos fundamentales por las medidas antiterroristas, *cf.* M. Carrasco Durán, “Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de Septiembre de 2001”, J. Pérez Royo (dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, pp. 13-56.

6 Sobre esta cuestión es ilustrativa la explicación de la subsidiariedad que se realiza en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea [COM(2018) 640 final].

7 Entre los avances en la concienciación sobre la necesidad de una intervención internacional a este respecto, puede verse la Resolución 164 (2005) del Consejo de Seguridad que afirmaba en su preámbulo “la importancia de que, en un mundo cada vez más globalizado, los Estados actúen en colaboración a fin de impedir que los terroristas se aprovechen de tecnologías, comunicaciones y recursos avanzados para incitar al apoyo a actos delictivos”. O, en el ámbito europeo, el Convenio Europeo para la prevención del terrorismo de 16 de mayo de 2005 y el Convenio Europeo sobre la ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001. Más aún, en el ámbito de la Unión Europea, a nivel normativo, podríamos destacar la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, que incluyó por primera vez el castigo de la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, y posteriormente la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo.

Asimismo, también se observa que tales medidas exigen la colaboración con los prestadores de servicios de Internet, no siendo suficiente con la mera actuación de los Estados para poder limpiar Internet de este tipo de mensajes⁸. Por ello debemos reconocer que las plataformas de Internet tienen una “particular responsabilidad social” para proteger a “sus usuarios frente a la exposición a contenidos terroristas y los graves riesgos de seguridad que esos contenidos entrañan para la sociedad en su conjunto”⁹.

Y, a este respecto, puede destacarse el esfuerzo que ha realizado la Unión Europea precisamente para dar respuestas ponderadas a estos desafíos: desde la armonización de los delitos de terrorismo y, en particular, de las conductas ilícitas en relación con la difusión de mensajes terroristas¹⁰, a la lucha contra la radicalización terrorista en Internet¹¹, pasando por medidas para hacer frente a los contenidos ilícitos en Internet en colaboración con los proveedores de servicios¹², especialmente a través del Foro de la UE sobre Internet y ahora con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea, presentada por la Comisión Europea en septiembre de 2018¹³ y sobre la que se centrará el presente trabajo.

En concreto, la propuesta de Reglamento pretende, como establece su artículo 1, ofrecer “normas uniformes con el fin de evitar el uso indebido de los servidores de alojamiento de datos para la difusión de contenidos terroristas en línea” y para

8 Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, *El uso de Internet con fines terroristas*, Naciones Unidas, 2013, pp. 135 y ss.

9 Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea [COM(2018) 640 final].

10 Cfr. Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, y previamente, como ya se ha mencionado, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, que incluyó por primera vez el castigo de la provocación a la comisión de un delito de terrorismo.

11 Cfr. Estrategia revisada de la UE para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas de 19 de mayo de 2014 (9956/14).

12 Pueden verse a este respecto la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra el contenido ilícito en línea de 28 de septiembre de 2017 [COM(2017) 555 final]; y su Recomendación de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea [C(2018) 1177 final]. También se preocupan por estas cuestiones la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital [2016/2276(INI)]; y las Conclusiones del Consejo Europeo de 22-23 de junio de 2017, y de 28 de junio de 2018.

13 COM(2018) 640 final.

lograrlo contempla una serie de “deberes de diligencia” que recaen en los prestadores de servicio de alojamiento de datos (art. 3) y de medidas que podrán adoptar los Estados para identificar contenidos terroristas y retirarlos de forma rápida. Especialmente, se prevén unas órdenes de retirada que deberá adoptar una autoridad pública (administrativa, policial o judicial) en virtud de las cuales los prestadores de servicio deberán en el plazo máximo de una hora retirar o bloquear los contenidos terroristas a los que vayan referidas (art. 4); y unos requerimientos que podrán enviar las autoridades competentes a los prestadores de servicios para que éstos evalúen “con celeridad” si los contenidos señalados violan los términos y condiciones de su servicio y, en consecuencia, decidan si los retiran o bloquean (art. 5). Además, esta propuesta normativa contempla que para proteger frente a la difusión de contenidos terroristas los proveedores de servicio deberán adoptar “medidas proactivas”, que habrán de ser “eficaces y proporcionadas”, entre las cuales pueden incluirse instrumentos automatizados (art. 6). Ahora bien, en tanto en cuanto se es consciente de que estas medidas pueden afectar a derechos y libertades fundamentales¹⁴, como ya se puede suponer, la propuesta de Reglamento también recoge toda una serie de garantías como son la conservación de los contenidos y datos conexos por si fuera necesario volver a publicarlos o hubiera que acceder a los mismos para investigar o prevenir delitos (art. 7), obligaciones de transparencia, de información y de motivación de las decisiones (arts. 4, 5, 8 y 11), garantías específicas ante las decisiones automatizadas (art. 9) y mecanismos de reclamación (art. 10). Por último, la propuesta de Reglamento pretende regular cuestiones referidas a la cooperación entre las distintas autoridades y agentes, y prevé establecer un régimen de sanciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones incorporadas en la misma (art. 18).

Así las cosas, una vez que ha sido presentada la iniciativa, es ahora el momento de analizar algunos problemas que desde el prisma constitucional pueden presentar estas medidas, en particular en su contraste con el respeto a la libertad de expresión y de información que, como sabemos, es un pilar esencial de toda democracia.

14 En este sentido, la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea [COM(2018) 640 final] reconoce que “La propuesta podría afectar a una serie de derechos fundamentales:

(a) Derechos del proveedor de los contenidos: derecho a la libertad de expresión; derecho a la protección de los datos de carácter personal; derecho al respeto de la vida privada y familiar, principio de no discriminación y derecho a la tutela judicial efectiva.

(b) Derechos del prestador de servicios: derecho a la libertad de empresa; derecho a la tutela judicial efectiva.

(c) Derechos de los ciudadanos: derecho a la libertad de expresión y de información”.

II. UN PRIMER ESCOLLO: LA DEFINICIÓN DE MENSAJES TERRORISTAS COMO CONTENIDOS ILÍCITOS

Para poder limpiar Internet de mensajes terroristas la primera cuestión a resolver es ser capaz de ofrecer una definición de aquello que se va a entender por este tipo de contenidos ilícitos. Partimos de una categoría porosa –“contenidos terroristas”– pero que debe delimitarse adecuadamente en la medida que va a usarse para justificar que los contenidos calificados como tales van a ser expulsados del espacio público y, por ende, excluidos del ámbito de protección de las libertades de expresión y de información amparadas por los arts. 11 CDFUE, 10 CEDH y por las diferentes constituciones nacionales de los Estados miembros.

En este sentido, la Propuesta de Reglamento define en su art. 2 apartado 5 los “contenidos terroristas” recogiendo una pluralidad de conductas que van desde la incitación a la comisión de los delitos y la apología, si se provoca con ello “un peligro de comisión de dichos actos”; a otros mensajes que contribuyan a delitos de terrorismo, o que promuevan actividades de grupos terroristas, fomentando su participación o dando apoyo a los mismos; y en última instancia los que instruyan sobre métodos o técnicas para la comisión de delitos de terrorismo. Para diseñar estas definiciones la Propuesta de Reglamento se ha basado, como reconoce en su Considerando 9.º, en los delitos diseñados por la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, que armoniza toda una serie de figuras delictivas como la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo (art. 5), la captación para el terrorismo (art. 6), y el adiestramiento para el terrorismo (art. 7).

Ahora bien, las definiciones ofrecidas por la propuesta de Reglamento resultan muy amplias, con acciones poco definidas como “incitar”, “fomentar”, “promover” o “instruir”. Es cierto que, a la hora de evaluar si unos contenidos pueden calificarse como “contenidos terroristas”, como explica el Considerando 9:

“las autoridades competentes y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deben tener en cuenta los factores como la naturaleza y la literalidad de las declaraciones, el contexto en el que se realizaron y su potencial de conllevar consecuencias nocivas que afecten a la seguridad y la integridad de las personas”.

Pero, al final, si nos atenemos al tenor del art. 2 sólo la primera de las definiciones, la de incitación y la de apología, prevé que tales mensajes deban provocar un peligro de actos terroristas. Y téngase en cuenta que dar lugar a “consecuencias nocivas” no es lo mismo que ser idóneas para incitar a que se cometan delitos de terrorismo.

Este matiz es importante porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido que los mensajes que puedan suponer una provocación o apología del terrorismo, pero también otras formas de identificación con una organización terrorista¹⁵, no estarán amparados por el Convenio si constituyen actos de incitación a la violencia a la luz de su tenor y del contexto¹⁶. Para que el mensaje

15 A este respecto, por un lado, cabría destacar un primer grupo de sentencias relacionados con condenas por incitación a la violencia terrorista en Turquía, entre las cuales destacaría SSTEDH 25.11.1997, *Zana c. Turquía*; de 9.06.1998, *Incal c. Turquía*; o las de 8.07.1999, *Sürek c. Turquía* (núm. 1); *Gerger c. Turquía*; *Sürek y Özdemir c. Turquía*; *Ceylan c. Turquía*; *Arslan c. Turquía*; y *Sürek c. Turquía* (núm. 3). Por otro, un segundo grupo por condenas derivadas de discursos apologetas del terrorismo, en donde la sentencia más relevante fue STEDH, 5.ª, 2.10.2008, *Leroy c. Francia*. Previamente, en la DTEDH 20.01.2000, *Hogefeld c. Alemania*. Por último, se han sucedido una serie de decisiones relacionadas también con Turquía a caballo entre la incitación al terrorismo y la apología: DTEDH 23.02.2010, *Taşdemir c. Turquía*; y las SSTEDH 2.02.2010, *Savgin v. Turquía*; de 8.06.2010, *Gül y otros c. Turquía*; de 29.02.2012, *Kiliç y Eren c. Turquía*; y de 17.12.2013, *Yavuz y Yaylali c. Turquía*. Sobre esta cuestión puede verse mi estudio “Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo”, *InDret* [en línea], núm. 3, 2018. Texto accesible en: <http://www.indret.com/pdf/1394.pdf>.

16 Por ejemplo, en la STEDH 25.11.1997, *Zana c. Turquía*, § 60, señalaba que el discurso enjuiciado “had to be regarded as likely to exacerbate an already explosive situation in that region” (cursivas mías). En este sentido fueron polémicas la STEDH 8.07.1999, *Sürek c. Turquía* (núm. 1), § 62, donde para justificar el carácter necesario de la condena tuvo en cuenta las palabras usadas y su contexto, concluyendo que las mismas expresaban “a clear intention to stigmatise the other side to the conflict by use of labels” y que suponían “an appeal to bloody revenge by stirring up base emotions and hardening already embedded prejudices which have manifested themselves in deadly violence”; y la STEDH 8.07.1999, *Sürek c. Turquía* (núm. 3), § 40, en la que advirtió que “In such a context the content of the article must be seen as capable of inciting to further violence in the region”. (cursivas mías). Muy expresiva es también la STEDH 17.12.2013, *Yavuz y Yaylali c. Turquía*, § 51: “La Cour relève que la propagande est souvent conçue comme une diffusion déterminée des informations à sens unique influençant la perception publique des événements, des personnes ou des enjeux. Le fait que les informations sont à sens unique n’est pas per se une raison pour limiter la liberté d’expression. Une restriction peut être prévue notamment pour empêcher l’endoctrinement terroriste des personnes et/ou des groupes susceptibles d’être influencés dont le but est de les faire agir et penser d’une manière voulue. Ainsi, la Cour accepte que certaines formes d’identification avec une organisation terroriste et surtout la glorification de cette dernière peuvent être considérées comme un soutien du terrorisme et incitation à la violence et la haine. De même, la Cour admet que la dissémination de messages d’éloge de l’auteur d’un attentat, le dénigrement des victimes, l’appel à financer des organisations terroristes ou d’autres comportements similaires peuvent constituer des actes d’incitation à la violence terroriste (voir paragraphes 24 et 26 ci-dessus). Dans ces circonstances, l’article 10 n’interdit pas en tant que telle

(incitación, apología, adoctrinamiento...) quede privado de protección debe apreciarse, no ya un peligro cierto, pero sí una idoneidad incitadora que evidencie la peligrosidad de que como consecuencia de su difusión pueden producirse actos terroristas.

Es por ello que considero que la regulación europea a la hora de definir los contenidos terroristas debería precisar que las conductas de fomentar delitos de terrorismo o de promover acciones de un grupo terrorista o de instruir sobre métodos o técnicas para cometer delitos sólo podrán restringirse en la medida que demuestren una idoneidad ofensiva concretada en un peligro no puramente presunto –igual que se prevé para los contenidos que inciten o hagan apología del terrorismo–. En ese peligro real creo que se encontraría el “justo equilibrio” al que se refiere el Tribunal Europeo entre el respeto a los derechos fundamentales y a la libertad de expresión y el derecho legítimo de una sociedad democrática a protegerse contra los actos terroristas¹⁷.

III. LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA ORDENAR LA RETIRADA Y BLOQUEO DE CONTENIDOS: ¿RESERVA JURISDICCIONAL?

Una vez definido aquello que puede entenderse por contenidos terroristas, uno de los elementos clave de la regulación europea es prever unas órdenes de obligado cumplimiento para los prestadores de servicios en línea que de forma expedita lleven a la retirada o bloqueo de estos mensajes. Pero ¿quién ha de ser la autoridad competente que pueda decidir sobre la ilicitud de un determinado mensaje? La propuesta europea deja esta cuestión abierta de forma que los Estados miembros son “libres para designar las autoridades competentes para esas funciones, que pueden ser autoridades administrativas, policiales o judiciales” (Considerando 13). Y es que a nivel europeo no hay ningún vínculo constitucional que imponga que estas medidas de retirada o bloqueo de contenidos tengan que ser tomadas necesariamente por una autoridad judicial. Eso sí, en la medida que estas decisiones suponen una “*interference by public authority*” en las libertades de expresión y de información, las mismas habrán de ser adoptadas en un proceso legal-

toute restriction. Cependant, une telle restriction sera soumise à un examen le plus scrupuleux de la Cour (voir, mutatis mutandis, Association Ekin, précité, § 56)”.

¹⁷ Entre otras, *cf.* SSTEDH 25.11.1997, *Zana c. Turquía*, § 55; 8.07.1999, *Ceylan c. Turquía*, § 28; y 2.10.2008, *Leroy c. Francia*, § 37.

mente establecido en tutela de ciertos derechos o bienes constitucionales –como ocurre en este supuesto aunque, como veremos, podamos cuestionar si el mismo prevé garantías suficientes– y, en todo caso, deberán superar un estricto test sobre su proporcionalidad y necesidad en una sociedad democrática, como ha afirmado el TEDH¹⁸.

Trasladada así la cuestión al ámbito nacional, debemos preguntarnos si de acuerdo con la Constitución española de 1978 existe alguna suerte de reserva jurisdiccional que obligue a que esta decisión deba ser adoptada por los jueces o si, por el contrario, cabe que la misma la tomen autoridades administrativas o incluso policiales. En particular, será necesario estudiar primero las garantías a la libertad de expresión y de información, concretamente la prohibición de censura previa y el secuestro administrativo de publicaciones, para poder concluir si las decisiones de retirada y bloqueo de contenidos previstas por la normativa objeto de enjuiciamiento se ven afectadas por las mismas¹⁹.

En este sentido, la Constitución española prohíbe de forma taxativa cualquier tipo de censura previa (art. 20.2). Algo que, en sentido estricto, ha sido definido por el Tribunal Constitucional como

“cualquier *medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu* que consista en el sometimiento a un *previo examen* por un *poder público* del contenido de la misma cuya *finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad*, de manera tal que se otorgue el plácet a

18 Véase STEDH 18.12.2012, *Yıldırım v. Turkey*, en relación a la orden preventiva de bloqueo dictada por las autoridades turcas de una página web considerada ofensiva, donde el Tribunal concluía “that such prior restraints are not necessarily incompatible with the Convention as a matter of principle. However, a legal framework is required, ensuring both tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse of power” (§ 64). A este respecto, véase también STEDH de 1.12.2015, caso *Cengiz and Others v. Turkey*.

19 Véase el denso comentario que hace a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre estas garantías I. Villaverde Menéndez, “Censura, secuestro y medidas cautelares en materia de libertad de expresión y de información”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4, 2001, pp. 1-31. Y, a este respecto, también pueden verse J. Urías, “Artículo 20.5”, en P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz (dir.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 485-497; V. Vázquez Alonso, “Capítulo I. Aspectos constitucionales del Derecho de la comunicación”, en E. Guichot (coord.), *Derecho de la comunicación*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 25-82; y lo que tuve la oportunidad de exponer en M. A. Presno Linera y G. M. Teruel Lozano, *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruà, Juritiba, 2017, pp. 165 y ss.

la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario”²⁰.

Una definición que permite extraer los elementos que caracterizan la censura previa proscrita constitucionalmente. En primer lugar, se extiende a cualquier intervención limitadora o restrictiva que actúe de forma preventiva, *ex ante* con respecto a la difusión de un mensaje, impidiendo el desarrollo de su proceso creativo o, una vez elaborado, la puesta en conocimiento público del mismo²¹. En segundo lugar, la medida limitativa, para ser auténtica censura, debe estar basada en el “examen crítico del contenido del mensaje”, sobre la base de unos valores abstractos tendentes a la restricción de la libertad²². Y, por último, ha de tratarse de una medida adoptada por un poder público por lo que, aunque su proscripción esté dirigida ante todo a intervenciones gubernativas o administrativas, no puede descartarse que los jueces o incluso decisiones legislativas violaran esta garantía²³.

20 STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ. 5 (cursivas mías). Véanse también, sobre la censura previa, SSTC 13/1985, de 31 de enero; 52/1983, de 17 de junio; 52/1995, de 23 de febrero; y 176/1995, de 11 de diciembre.

21 En cierto modo, como explica V. Vázquez Alonso, *op. cit.*, p. 43, “se debe llamar la atención sobre el hecho de que la censura opera durante la fase creativa o puramente intelectual del ejercicio de estos derechos. En ese sentido, constituye un atentado directo a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de los afectados y de ahí su total prohibición”. No obstante, como se ha dicho, considero que debemos extender la misma a ese espacio en el que la obra ha sido creada, pero se impone algún tipo de traba o de restricción preventivamente, la exigencia de un “plácet a la publicación” para poder difundirla legítimamente. Y es que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, “[e]l fin último que alienta la prohibición de toda restricción previa de la libertad de expresión en su acepción más amplia no es sino prevenir que el poder público pierda su debida neutralidad respecto del proceso de comunicación pública libre garantizado constitucionalmente (STC 6/1981)” (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ. 5). A este respecto véase también la STC 13/1985, de 31 de enero, FJ. 1.

22 STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ. 6. Como se verá a continuación, y así se recoge en los fundamentos de esta sentencia, la Constitución no veda el secuestro judicial de publicaciones, con carácter cautelar y siempre y cuando la obra esté ya elaborada –aunque todavía no se hubiera difundido–, lo que impide en todo caso es que, en relación con las libertades de expresión e información, se puedan “imponer cualesquiera limitaciones preventivas de su ejercicio con carácter permanente, y respondiendo a criterios de oportunidad, constitutivas –ésas sí– de ‘censura previa’ en su más evidente manifestación” (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ. 5).

23 *Cfr.* STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ. 5. En concreto, sostenía el Tribunal que: “La prohibición de todo tipo de censura previa, en el marco de la libertad de expresión no es sino garantía con el fin de limitar al legislador y evitar que, amparado en las reservas de ley del art. 53.1 y art. 81.1 C.E., pudiera tener la tentación de *someter su ejercicio y disfrute a cualesquiera autorizaciones, sea cual*

Lo que, por otro lado, sí que ha llevado a excluir de este ámbito ciertos supuestos de censura privada²⁴.

Así entendida esta garantía, las órdenes de retirada que prevé la normativa europea no creo que puedan ser consideradas como un supuesto de censura gubernamental vedado por el art. 20.2 CE. Ni siquiera, aunque se asuma una visión más amplia de la prohibición de censura que se extienda a otras medidas más “débiles o sutiles”²⁵ cuando éstas impliquen algún obstáculo previo a la publicación o difusión de un mensaje, como podían ser ciertas exigencias de registro o de autorizaciones²⁶. En primer lugar, porque las órdenes de retirada suponen una medida *ex post* que opera sobre contenidos que ya se han publicado, si bien en ocasiones exigen articular medios para evitar que estos vuelvan a publicarse y a reproducirse²⁷. Y, en segundo lugar, porque, aunque la decisión de retirada o bloqueo implica un examen del contenido del mensaje comunicativo, el fundamento de la misma se basa en la protección de otros bienes o valores constitucionales que se pueden ver lesionados o puestos en peligros por la difusión de estos mensajes terroristas, y no en un juicio censor sobre la oportunidad fundado en relación con ciertos valores ético-morales²⁸.

fuere su tipo o su carácter, aun cuando cimentadas en la protección de aquellos derechos, bienes y valores constitucionales jurídicos que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 20.4 C.E., funcionan como límite de aquella libertad en su doble manifestación”. Y añadía: “Sin embargo, el rigor de la prohibición se dirige en principio con toda su intensidad a la tradicionalmente denominada censura ‘gubernativa’ y no a la posibilidad de que un Juez o Tribunal, debidamente habilitado por la ley, adopte ciertas medidas restrictivas del ejercicio de las libertades de expresión e información” como se verá más adelante. (cursivas mías).

24 SSTC 13/1985, de 31 de enero, FJ. 1; y 187/1999, de 25 de octubre, FJ. 5.

25 En este sentido, *cfr.* 187/1999, de 25 de octubre, FJ. 5, con cita a jurisprudencia previa.

26 Así, la STC 52/1983, de 17 de junio, resolvió la impugnación del Gobierno de la Nación de una norma autonómica que imponía un deber de depósito previo a la difusión de determinadas publicaciones concluyendo su inconstitucionalidad. No obstante, en principio pueden entenderse admisibles algunas obligaciones de depósito administrativo previo cuando su finalidad en nada pretenda restringir el ejercicio de estas libertades, como ocurre con el depósito legal de publicaciones para proteger la propiedad intelectual (así, L. M. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 338). Asimismo, en principio tampoco debe reputarse como censura previa que el Legislador someta la creación de medios de comunicación a condiciones normadas y visadas por poderes públicos. A este respecto, entre otras pueden verse las SSTC 206/1990, de 17 de diciembre, FJ. 6; 119/1991, de 3 de junio, FJ. 5; 31/1994, de 31 de enero, FJ. 5.

27 Si las órdenes de retirada hubieran sido medidas preventivas, es decir, que operaran antes de la publicación del mensaje, entonces sí que entiendo que sería necesario que las mismas fueran adoptadas por una autoridad judicial.

28 STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ. 5.

A conclusión distinta se puede llegar al perfilar los contornos de la prohibición del secuestro administrativo de publicaciones prevista en el artículo 20.5 CE para ver si tales órdenes de retirada pueden considerarse como una forma de secuestro. Por secuestro en sentido constitucional²⁹ debe entenderse la incautación provisional del soporte o del medio que incorpora un mensaje comunicativo ya elaborado (publicaciones o grabaciones)³⁰ para evitar que permanezca al alcance de los ciudadanos o que sea puesto en circulación pública con carácter general³¹ en aras de tutelar cautelarmente, por motivos de urgencia, otros bienes o valores constitucionales³². Por tanto, a diferencia de la censura previa, no opera como un control *ex ante*, sino que exige que la obra ya esté creada, con independencia de si ya ha sido difundida³³. Eso

29 Como explica J. Urías, *op. cit.*, p. 486, “técnicamente, el secuestro es la incautación provisional de un bien por parte de la autoridad pública para asegurar el cumplimiento de la ley. No afecta a la propiedad, sino a la disponibilidad de la cosa por parte de su titular, y es cautelar, en el sentido de que es previo a la adopción de una decisión sobre el fondo”.

30 A este respecto el Tribunal Constitucional, ante unas medidas administrativas de precintado de una emisora de radio, concluyó que “no cabe calificar de secuestro una actuación que no se dirige contra publicaciones o grabaciones o cualquier otro soporte de una comunicación determinada, esto es, de un mensaje concreto, sino contra el instrumento capaz de difundir, directamente o incorporándolas a un soporte susceptible a su vez de difusión, cualquier contenido comunicativo” (STC 144/1987, de 23 de noviembre, FJ. 3). Previamente en la STC 52/1983, de 17 de junio, el Tribunal se había referido a las órdenes de secuestro para poner a disposición de la autoridad competente los impresos o publicaciones, así como los moldes, para evitar su difusión. Véase también la STC 62/1982, de 15 de octubre. Parece, como explica I. Villaverde Menéndez, *op. cit.*, p. 16, comentando otra sentencia del Tribunal –en concreto, la STC 52/1983, de 17 de junio–, que el secuestro iría referido a “los soportes físicos del mensaje perseguido”. Así las cosas, el Tribunal Constitucional ha descartado que puedan incluirse dentro de la prohibición del secuestro administrativo de publicaciones el precinto decido por autoridad gubernativa de los equipos de una radio en un procedimiento sancionador (STC 144/1987, de 23 de noviembre); ni el requerimiento de cese de actividad a una televisión por cable que emitían de licencia (STC 31/1994, de 31 de enero); ni las medidas administrativas de suspensión de la licencia para emitir a medios de comunicación contempladas en la Ley de Comunicación audiovisual de Cataluña por violación de las normas relativas al pluralismo y a los principios reguladores del audiovisual (STC 86/2017, de 4 de julio). A este respecto, *cf.* J. Urías, *op. cit.*, p. 490.

31 STC 11/2006, de 16 de enero. *Cfr.* J. Urías, *op. cit.*, p. 491.

32 *Cfr.* STC 144/1987, de 23 de noviembre, FFJJ. 5 y 6.

33 En este punto se puede encontrar un espacio donde el concepto de censura previa y el de secuestro se solapan: La censura pueda afectar a obras en fase de elaboración, el secuestro no; igual que el secuestro puede afectar a obras ya difundidas, la censura no. Pero tanto la censura como el secuestro pueden proyectarse, a mi entender, sobre obras ya elaboradas, pero todavía no difundidas. En este espacio es el elemento teleológico, el juicio censor, el que creo que diferencia a ambas. Además, las

sí, para poder ser considerado secuestro lo que en principio sí que debe tener, según lo ya dicho, es una naturaleza “cautelar”, es decir, ha de ser una medida adoptada antes de que se haya dado una resolución definitiva que determine la licitud o ilicitud de esos mensajes³⁴. Además, en el caso del secuestro de publicaciones su prohibición no es absoluta, como ocurría con la censura previa, sino que de acuerdo con el art. 20.5 de la Constitución lo que se prohíbe es que este tipo de medidas cautelares que implican la retirada de una obra o grabación o restringen su difusión sean decretadas por autoridades administrativas o gubernamentales, estableciendo una reserva jurisdiccional al respecto. Una decisión judicial que, en todo caso, deberá adecuarse a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad y, como ha detallado el Tribunal Constitucional, deberá estar motivada y habrá de dictarse en el curso de un procedimiento legalmente previsto, sin que sirva el 20.5 CE como habilitación genérica, en salvaguarda de un fin legítimo, y además deberá acordarse a instancia de parte, nunca de oficio³⁵.

Así las cosas, puede concluirse que las órdenes de retirada previstas por la propuesta de normativa europea entrarían dentro de lo que en sentido constitucional se

medidas de censura pueden ser definitivas, mientras que el secuestro se refiere a medidas adoptadas provisionalmente, según lo dicho.

34 En especial a la luz de la STC 144/1987, de 23 de noviembre creo que puede extraerse esa idea de que la prohibición de secuestro administrativo de publicaciones se proyecta siempre sobre medidas cautelares, de tal forma que, como concluye el Tribunal, sólo serían constitucionales medidas de urgencia adoptadas por órganos judiciales. Como han expresado A. Fernández-Miranda y Campoamor, y R. M. García Sanz, “Artículo 20: Libertad de expresión y derecho de la información”, en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1997, p. 540, el secuestro “no es una medida punitiva, sino una medida preventiva tendente a preservar en lo posible el bien jurídico protegido, evitando el incremento del daño”. En este sentido véase también J. Urías, *op. cit.*, pp. 496 y ss. Una conclusión que, a mi juicio, no debe verse empañada por la STC 62/1982, de 15 de octubre la cual se refiere al secuestro de publicaciones proyectándolo sobre medidas de decomiso de una obra ya a la venta y distribuida en librerías, pero que habían sido adoptadas de forma definitiva y no cautelar. Se trata de un caso único en el que quizá se haya dado un uso en cierto modo impropio del término a la luz de los hechos. Por otro lado, la STC 86/2017, de 4 de julio sí que admite la adopción de medidas administrativas cautelares como la suspensión de la licencia de emisión. Una posición que podría justificarse en que, como se ha dicho anteriormente, esta medida no encajaría en el concepto estricto de secuestro de publicaciones y en la menor intensidad de la protección que el Constitucional viene reconociendo al ámbito audiovisual. En cualquier caso, a mi entender, se trata de una lectura desafortunada por resultar excesivamente restrictiva de esta garantía.

35 En este sentido, *cf.* SSTC 144/1987, de 23 de noviembre, FJ. 6, y 34/2010, de 19 de julio, FJ. 4. Sobre los requisitos del secuestro judicial legítimo, véase también J. Urías, *op. cit.*, pp. 491 y ss.

considera secuestro de publicaciones: son medidas adoptadas de forma cuasi-cautelar por una autoridad pública, siguiendo un procedimiento expedito y que operan sobre el medio de publicación para evitar la difusión de un determinado mensaje. En este sentido, creo que la decisión de retirar un contenido o de bloquearlo es análoga al comiso de una publicación o de una grabación³⁶ y, por ende, tendría que ser adoptada por una autoridad judicial de acuerdo con el art. 20.5 CE. Más aún cuando, de acuerdo con la Sentencia 187/1999, de 25 de octubre, aunque no se trate de medidas de secuestro en sentido estricto, ha de reputarse constitucionalmente proscrito que “un poder público distinto al judicial” adopte “medidas de urgencia” “cuando impliquen un examen crítico del contenido del mensaje cuya difusión pueda negarse o restringirse”³⁷.

Incluso, aunque no se comparta que las órdenes de retirada son medidas susceptibles de encajar en la prohibición de secuestro administrativo de publicaciones, cabe plantearse entonces si podemos deducir de la Constitución implícitamente una suerte de prohibición constitucional de que sean autoridades administrativas las que asuman potestades de policía administrativa que les permitan decretar la ilicitud de un determinado mensaje y, en consecuencia, sancionar su difusión u ordenar su bloqueo y retirada³⁸. Porque, por mucho que cada vez sea más común encontrarnos con regímenes administrativos que prevén sanciones a conductas que *prima facie* suponen un ejercicio de la libertad de expresión, como ha descrito el profesor

36 Cuestión distinta es que nos encontráramos con otro tipo de medidas que permitieran el cierre de un tipo de páginas web por la actividad que desarrollaran (por ejemplo, una decisión administrativa de cierre de páginas que vendieran fármacos o de una red social para que jóvenes compartan fotos), donde, aunque pudiera llegar a estar en juego la libertad de expresión y de información, quizá no se pueda catalogar como una medida de secuestro en sentido propio.

37 En este mismo sentido se reconoce en la STC 34/2010, de 19 de julio, FJ. 4, que: “No cabe duda, por tanto, de que la Constitución permite que se adopten medidas cautelares que impliquen la interdicción de difusión pública de una obra, destinadas a asegurar la eficacia de la *protección judicial* de los derechos fundamentales” (cursivas mías). De lo que *a sensu* contrario debiera deducirse que sí que quedan excluidas las medidas cautelares administrativas equivalentes al secuestro.

38 En particular, con un estudio de las distintas críticas doctrinales, véase G. Doménech Pascual, “La policía administrativa de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)”, 2019, Texto pendiente de publicación y que actualmente se puede encontrar en Academia: https://www.academia.edu/38391193/La_policia_administrativa_de_la_libertad_de_expresion_y_su_disconformidad_con_la_Constitucion_, p. 6. Personalmente me ocupé de esta cuestión en “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 25, 2011, pp. 94 y ss.

Doménech –posición que aquí compartimos–, es posible deducir del art. 20 de la Constitución “la existencia de una reserva –implícita– de jurisdicción para castigar las manifestaciones expresivas o informativas constitutivas de infracción por razón de sus contenidos”, tanto por motivos relacionados con el respeto al principio de proporcionalidad como a través de una “interpretación teleológica y analógica” del propio texto constitucional³⁹.

Una interpretación que hoy por hoy choca con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha terminado legitimando el establecimiento de regímenes sancionadores en relación con el ejercicio de las libertades de expresión y de información, incluso con la posibilidad de adoptar medidas cautelares⁴⁰, siempre y cuando se trate de un “modelo represivo y no preventivo”, que actúe “ex post”, a través de la incoación y sustanciación del correspondiente expediente sancionador⁴¹.

Una decisión cuestionable, que apodícticamente rechaza el efecto disuasorio de estas sanciones administrativas y que justifica su legitimidad en que el procedimiento administrativo sancionador busca proteger bienes o valores constitucionales, salvaguardando de esta forma “la plena eficacia del derecho a la libertad de expresión e información”, también en su “perspectiva pasiva y colectiva del derecho, de aquellos que reciben la información, en definitiva del derecho del público (de los ciudadanos) al pluralismo”⁴². Por el contrario, a mi entender, por mucho que el Tribunal Constitucional haya reconocido en general la menor intensidad de la

39 G. Doménech Pascual, *op. cit.*, pp. 8 y ss.

40 A este respecto la 86/2017, de 4 de julio, FJ. 5.a declara: “Conviene recordar en este punto que *sin pluralismo no hay opinión pública libre y que las medidas cautelares cuya regulación se impugna están previstas, precisamente, para aquellos supuestos en los que se verifique un ataque contra ese pluralismo o contra los derechos fundamentales*; ataque que, por su urgencia (atendida la imposibilidad, entonces, de aplicar procedimientos y plazos normales) requiere de una intervención inmediata y cautelar para impedir la producción de un perjuicio irreparable” (cursivas mías). Y seguía: “Así, en primer lugar, la lectura de los apartados a) y c) del artículo 116.1 de la Ley 22/2005, en relación a su segundo apartado, pone de relieve que la adopción de medidas cautelares que puedan comportar la suspensión provisional de la licencia o la emisión de orden de cese de las actuaciones que incumplan las condiciones establecidas en la licencia se adoptan, en todo caso, en el marco del procedimiento sancionador correspondiente con las garantías que ello implica, sin carácter definitivo y como lógico (‘a priori’ proporcionado) corolario de una actividad sometida a una especial regulación por la intrínseca relación que mantiene con la formación de una opinión pública libre y con la libertad de expresión”.

41 STC 86/2017, de 4 de julio, FJ. 5.a.

42 *Ibidem*.

protección constitucional en el ámbito audiovisual⁴³, el establecimiento de límites a las libertades de expresión y de información basados en la protección del pluralismo y de los derechos del público contrasta con la dimensión personalista de la misma, que expresamente contempla que sean los derechos de la persona los que justifiquen estos, y no otros valores constitucionales⁴⁴. Al amparo de esos otros valores no han de adoptarse medidas represoras, en definitiva censoras, aunque sí que puedan justificarse otras políticas tendentes a la salvaguarda del pluralismo. Pero, sobre todo, en un espacio tan sensible como es la limitación de la libertad de expresión debe evitarse la injerencia de la Administración porque, por mucho que se haya avanzado en las garantías del procedimiento administrativo, la motivación de una resolución judicial y la independencia de los jueces ofrecen una seguridad que no da la Administración⁴⁵. No en vano los jueces son reconocidos como los garantes naturales de los derechos de la persona en todo Estado de Derecho.

Y es que, con independencia de que la restricción afecte de forma preventiva o no a la libertad de expresión, o de su naturaleza cautelar o definitiva, como reconoció el Tribunal Constitucional, es en el hecho de que el Estado puede predisponer medidas incluso de “gran sutileza”, que pueden terminar limitando las informaciones u opiniones que circulan,

“donde debe buscarse también la razón de que [la] interdicción [de la censura previa] deba extenderse a cuantas medidas pueda adoptar el poder público que no sólo impidan o

43 Por todas, STC 206/1990, de 17 de diciembre, FJ. 6.

44 Así lo he podido sostener en “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 114, 2018, pp. 13-45; en “El discurso del odio y el discurso negacionista: ¿ejercicio de una libertad o abuso de derecho?”, en V. J. Vázquez, y L. Alonso (dir.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Estudios críticos*, Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2017, pp. 152-168; y, de forma más extensa, en *La lucha del Derecho contra el negacionismo. Una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid, 2015.

45 A este respecto conviene recordar también la crítica que en su día hizo L. Martín Retortillo, *El via crucis de las libertades públicas y otros ensayos*, EDICUSA, Madrid, 1976, pp. 51 y ss. a este tipo de sanciones, por varios órdenes de razones: 1) Las sanciones administrativas no suelen imponerse por órganos colegiados; 2) Son funcionarios sometidos al principio de jerarquía quienes suelen imponerlas; 3) Suelen usarse fórmulas imprecisas a la hora de definir las conductas sancionadas; 4) Se dan cláusulas de extensión analógica; 5) Insuficiente desarrollo de las circunstancias de la personalidad. 6) Límites al principio de previa audiencia. 7) El recurso contencioso-administrativo comporta importantes limitaciones, ya que el mismo puede ser adecuado cuando el bien afectado es la propiedad, pero no cuando lo comprometido es la libertad. 8) Otros aspectos procesales como pruebas, retroactividad, etc., resultan menos garantistas que en el proceso penal.

prohíban abiertamente la difusión de cierta opinión o información, sino cualquier otra que simplemente restrinja o pueda tener un indeseable efecto disuasorio sobre el ejercicio de tales libertades (SSTC 52/1983, fundamento jurídico 5.º, 190/1996, fundamento jurídico 3.º), aun cuando la ley, única norma que puede establecerlas, pretendiera justificar su existencia en la protección de aquellos derechos, bienes y valores que también conforme al art. 20.4 C.E. constitucionalmente se configuran como límites a las libertades de expresión e información en nuestro orden constitucional, limitando así al legislador que pudiera sentir tal tentación o veleidad al amparo de las reservas de ley previstas en los arts. 53.1 y 81.1 C.E.”⁴⁶.

Y, en este sentido, la retirada o suspensión de la licencia de emisión o las graves multas que pueden imponerse a los medios de comunicación en virtud de la Ley que era objeto de enjuiciamiento constitucional, a diferencia de lo sostenido por el Constitucional, como también ocurre con las órdenes de bloqueo y retirada previstas por la normativa europea, creo dan lugar a un indudable efecto disuasorio en el ejercicio de las libertades sólo mitigable con el más amplio reconocimiento de las debidas garantías, entre las cuales entiendo que debe reconocerse que sea una autoridad judicial la que decida.

A mayor abundamiento, la necesidad de redefinir en sentido amplio estas garantías constitucionales se hace especialmente evidente en el ámbito digital⁴⁷. En primer lugar, en Internet no concurren las causas que podían justificar la mayor intervención estatal en el ámbito de las telecomunicaciones. Pero, además, como se ha señalado, el

46 STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ. 5. En este sentido, también puede destacarse la STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ. 5 donde reconocía: “Y precisamente por lo tajante de la expresión empleada por la Constitución para prohibir estas medidas, debe alcanzar *la interdicción a todas las modalidades de posible censura previa, aun los más ‘débiles y sutiles’, que tengan por efecto, no sólo el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su art. 20.1* (SSTC 77/1982, 52/1983, 13/1985, 52/1995, 176/1995)” (cursivas mías).

47 Para una relectura de la prohibición de censura, véase M.ª J., García Morales, “La prohibición de la censura en la era digital”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 237-276; y por mi parte también me he ocupado de la cuestión en “Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* [en línea], núm. 12, 2017, pp. 75-102. Texto accesible en: http://revista.jacoea.edu.mx/n12/4.Censura_en_Internet.German_Teruel.pdf; “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, *cit.*; y “El Legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, en L. Cotino Hueso (Ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 2011, p. 52-87: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>.

carácter abierto, horizontal, espontáneo e interactivo del medio dificultan cualquier intento de control preventivo. Una vez que una persona tiene acceso a Internet resulta muy difícil poder impedirle que difunda ciertos mensajes. Tecnológicamente, o se adoptan medidas drásticas para controlar el acceso a Internet con autorizaciones para su uso o incluso desconectando un territorio de la Red, o bien, lo que es más común, se configuran mecanismos para impedir el acceso a ciertos mensajes que están publicados en Internet a través de sistemas de filtrado o bloqueo. De ahí que en el mundo digital debamos enfatizar especialmente la necesidad de garantizar no sólo la dimensión activa de las libertades de expresión y de información –a la que hasta el momento se había ceñido la doctrina del Tribunal Constitucional⁴⁸–, sino también la pasiva, los derechos del público a acceder a los contenidos publicados en Internet e incluso a la posibilidad de compartir con otros diferentes datos (fotos, vídeos, música...)⁴⁹. Porque, como ciudadano, “*You have the right to seek, receive and impart information and ideas of your choice, without interference and regardless of frontiers*”⁵⁰.

Por ello mantengo mis reticencias a que el Legislador español pueda reconocer como autoridad competente para dictar tales órdenes de retirada a órganos administrativos, aunque se trate de autoridades independientes, y mucho menos a policiales. Por mucho que no se trate de medidas preventivas, las mismas suponen un enjuiciamiento muy sutil de aquello que es un mensaje terrorista –como ya se ha visto en el apartado anterior–, y, aunque sean reversibles y se prevean mecanismos de recurso, el procedimiento para su adopción es muy expedito, cercano a las medidas cautelares, y carece de las garantías mínimas –como se verá a continuación–. Todo lo cual abona que sea una autoridad judicial la que al menos adopte la decisión, asegurando así la mayor independencia⁵¹.

48 Así, en la STC 11/2006, de 16 de enero, FJ. 1, se afirmaba que “los titulares del derecho que garantiza el art. 20.5 CE no lo son los destinatarios de la obra o publicación que se dice secuestrada, sino sus autores o distribuidores (ATC 79/1999, de 8 de abril, FJ 3)”.

49 Como ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public’s access to news and facilitating the dissemination of information in general” (SSTEDH (4.ª sección) 17/01/2017, *Jankovskis v. Lithuania*, § 54 y (2.ª Sección) 19/01/2016, *Kalda v. Estonia*, § 44). Sobre la lectura de la libertad de expresión en el ámbito digital, me remito a mi trabajo “Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global”, *cit.*, pp. 77 ss.

50 Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users.

51 Como reconoce I. Villaverde Menéndez, *op. cit.*, p. 27: “Mientras que la Administración Pública puede obrar con criterios de oportunidad al tiempo que con pleno sometimiento al ordenamiento

IV. LA NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO GARANTISTA PARA LA ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN DE BLOQUEO O RETIRADA DE CONTENIDOS TERRORISTAS

Según se ha podido ver, y con independencia de que sea una autoridad judicial o administrativa la que tome la orden de retirada o bloqueo de contenidos terroristas, ésta deberá ser adoptada como resultado de un proceso legalmente previsto⁵². Sin embargo, la normativa europea, ha sido muy parca al respecto, en buena medida de forma deliberada habida cuenta de que su objeto es lograr la mayor celeridad en la retirada de estos contenidos. De ahí que la mayoría de las garantías que se prevean sean *a posteriori* con los mecanismos de reclamación previstos en el art. 10, los instrumentos de revisión de las decisiones automatizadas del art. 9 y el deber de conservar los contenidos del art. 7. A mayores, la obligación de motivación que en principio debe contener una orden de retirada se limita a explicar la tipología de contenido terrorista de que se trate (art. 4.3.b) y sólo se dará una motivación detallada si lo solicita el prestador de servicios (art. 4.4) o de forma general en la información que se ofrezca a los proveedores de contenidos de acuerdo con el art. 11. Se trata, por tanto, de una decisión que parece que será adoptada *inaudita parte*. Lo que sí que en principio quedaría abierta es la posibilidad de que la misma sea impugnada de acuerdo con la normativa nacional, como se deduce del art. 4.9 en el caso de las órdenes de retirada. Y, como se estudiará más adelante, si los contenidos han sido retirados o bloqueados como consecuencia de un requerimiento (art. 5) o de una medida proactiva (art. 6), el sistema de reclamación será otro.

Pues bien, tratándose de una medida claramente limitativa de una libertad fundamental, y por mucho que haya razones de eficacia que llamen a prever un procedimiento expedito para tomar la decisión de retirada o bloqueo de contenidos terroristas, considero que es exigible que se respeten unas garantías mínimas antes de su adopción⁵³. Como nos recordara el profesor Luis Martín Rebollo “la eficacia no

jurídico, lo que permitiría un actuar parcial sobre el proceso de comunicación pública, los órganos jurisdiccionales son, por el contrario, los únicos sujetos del poder público cuya función es hacer valer las normas del ordenamiento jurídico con absoluta independencia, es decir, con sometimiento exclusivo al imperio de la ley, e imparcialidad, a través de un proceso especialmente reglado con este propósito”.

52 Entre otras muchas, pueden verse SSTEDH 18/12/2012, *Yıldırım v. Turkey* y 1/12/2015, *Cengiz and Others v. Turkey*. Asimismo, *cf.* Comité de Ministros del Consejo de Europa, *Declaration on freedom of communication on the Internet*, 28 de mayo de 2003.

53 Aunque no se trate de un procedimiento sancionador en sentido propio, la orden de retirada de contenidos guarda indudables concomitancias con aquel y en la misma limita derechos fundamen-

puede ser la huida de las garantías y de los procedimientos de control [...] porque en tal caso se desvanece también la propia esencia del Estado de Derecho”⁵⁴. Ambos valores, eficacia y garantismo, han de combinarse y equilibrarse.

En especial, aunque pueden comprenderse las razones que llevan a no prever la audiencia de los interesados antes de tomar la decisión, lo cierto es que supone un importante menoscabo del estatus de cualquier ciudadano que ha de poder defenderse antes de sufrir una severa restricción a una libertad fundamental, por mucho que puedan llegar a reponerse los contenidos retirados o bloqueados. Cuestión distinta es que por motivos de urgencia se pudieran adoptar algunas medidas concretas de forma cautelar y sin dar audiencia al interesado. Y es que, adoptada la decisión, al proveedor de los contenidos ya sólo le queda el recurso, al que llega en una posición desventajosa. A mayor abundamiento, cualquier orden de retirada deberá ser motivada con detalle y suficiencia, debiéndose especificar no ya el tipo de contenido terrorista que se considera sino las razones que en concreto justifican el peligro que su difusión comporta. Y se tendrá que informar al interesado de las posibilidades de recurso que existan. Es por ello que tal y como está previsto el actual procedimiento quizá no superaría el correspondiente enjuiciamiento constitucional.

V. LA POSICIÓN PROACTIVA DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS Y EL RIESGO DE CENSURA PRIVADA

Las plataformas de Internet y los demás prestadores de servicios de alojamiento de datos en Internet, según se ha visto, son los principales destinatarios de la pro-

tales, por lo que creo que puede tomarse como referencia la extensión de las garantías constitucionales que ha hecho la jurisprudencia constitucional al ámbito de las sanciones administrativas de acuerdo con los arts. 25 y 24 CE: “Partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones sin observar procedimiento alguno, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del art. 24 CE. Sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar: el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión [...]; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba [por todas, SSTC 7/1998; 3/1999; 14/1999; 276/2000 y 117/2002]” (STC 59/2014, de 5 de mayo, FJ. 3).

⁵⁴ L. Martín Rebollo, “La Administración de garantías: vigencia y limitaciones”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, 1992, p. 32.

puesta normativa. Ellos serán los que tengan que dar cumplimiento a las órdenes de retirada (art. 4), igual que a los mismos también les corresponderá la evaluación del carácter ilícito de ciertos contenidos de acuerdo con “sus propios términos y condiciones” para decidir si se retira o bloquea el acceso a ellos cuando reciban un requerimiento de la autoridad competente (art. 5). Pero, sobre todo, los prestadores de servicios deberán adoptar “medidas proactivas para proteger sus servicios frente a la difusión de contenidos terroristas. Las medidas serán eficaces y proporcionadas” (art. 6). Lo cual evidencia las importantes funciones que asumirán para enjuiciar la “licitud” de los mensajes que se difundan a través de los mismos y para bloquearlos cuando concluyan que son “contenidos terroristas”. Se convierten así en censores de la Red con potestades semi-públicas, algo que debe preocuparnos también desde la perspectiva de la garantía de la libertad de expresión y del pluralismo.

Porque, aunque no se dude de que cualquier intento de dar respuesta al problema de la difusión de contenidos ilícitos en Internet exige la colaboración de los operadores privados –como ya se dijo en el primer apartado–, descargarse excesivamente en ellos y confiarse a sus códigos y condiciones de uso, presenta el riesgo de que pueda darse una “censura privada” de Internet⁵⁵. Como advierte la Declaración del Comité de Ministros sobre derechos humanos y Estado de Derecho en la Sociedad de la Información: “*ICTs provide unprecedented opportunities for all to enjoy freedom of expression. However, ICTs also pose many serious challenges to that freedom, such as state and private censorship*”⁵⁶. Y precisamente para conjurar este peligro, bienvenidas son las cautelas que prevé la propia propuesta de Reglamento. En concreto, la obligación de informar sobre los términos y condiciones de sus políticas para evitar la difusión de contenidos terroristas, incluyendo “una explicación sustanciosa del funcionamiento de las medidas proactivas, entre ellas del uso de instrumentos automatizados”, y la de publicar informes anuales con la información de las medidas adoptadas (art. 8). Asimismo, deberán poner a disposición de los proveedores de contenidos la información sobre la retirada o bloqueo de los mismos (art. 11) y cuando usen instrumentos automatizados deberán aplicar “garantías eficaces y adecuadas para garantizar que las decisiones tomadas en relación con dichos contenidos, en particular las decisiones de retirar los contenidos considerados terroristas o bloquear el acceso a ellos, sean precisas y bien fundadas”. Esta última garantía

55 Esta cuestión la he podido estudiar con más detalle en “Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global”, *cit., in toto*, y “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, *cit.*, p. 103-104.

56 CM(2005)56 final de 13 Mayo de 2005.

es particularmente importante si tenemos en cuenta que de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no resulta legítimo establecer bloqueos o sistemas de filtrado genéricos de ciertos tipos de contenidos o de webs⁵⁷.

Igualmente, la propuesta de Reglamento reconoce que las exigencias de medidas proactivas no conllevan “una obligación general de supervisión” (Considerando 16) y, además, declara expresamente que la aplicación del mismo no perjudica la exención de responsabilidad de la que disfrutaban los prestadores de servicios por los datos almacenados de acuerdo con el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE (Considerando 5). Lo contrario forzaría a los prestadores de servicios a que tuvieran que bloquear cualquier contenido que pudiera presentar alguna duda sobre su licitud para salvar su responsabilidad. Se generaría así una suerte de “celo censor” incompatible con el respeto del pluralismo que exigen las libertades de expresión y de información.

Y, en último lugar, debe destacarse que la propuesta de Reglamento haya previsto que para el caso de los requerimientos y de las medidas proactivas los prestadores de servicios tengan el deber de prever “mecanismos eficaces y accesibles que permitan a los proveedores de contenidos cuyos contenidos hayan sido retirados o hayan visto bloqueado su acceso [...] presentar una reclamación contra la actuación del prestador de servicios de alojamiento de datos en la que se solicite el restablecimiento del contenido”, las cuales deberán ser examinadas “rápidamente” (art. 10). Y es que todo aquel que vea bloqueados los contenidos que hubiera publicado debe disponer de medios accesibles para reivindicar la licitud de los mismos, más aún si la decisión se ha tomado *inaudita parte*, como ya se ha dicho. A mayores, considero que el Reglamento debería contemplar también el recurso ante los tribunales frente

57 Cfr. SSTJUE de 24/10/2011, C-70/10, *Scarlet Extended SA*, y de 16.02.2012, C-360/10, *Netlog NV*, y en particular la sentencia de 27.03.2014, C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH*. En esta última, en un caso sobre una página web que ponía a disposición del público películas sin el consentimiento de los titulares del derecho de copyright, el Tribunal de Justicia ha declarado legítima la orden que impone al Proveedor de Servicios impedir el acceso a esta página web, pero con la condición de que las medidas que se adopten “no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible” (C-314/12, § 63). Y añade: “A este respecto, las medidas adoptadas por el proveedor de acceso a Internet deben estar rigurosamente delimitadas, en el sentido de que deben servir para poner fin a la vulneración cometida por un tercero de los derechos de autor o de los derechos afines a los de autor, sin que se vean afectados los usuarios de Internet que recurren a los servicios de dicho proveedor para acceder lícitamente a la información. De lo contrario, la injerencia de ese proveedor en la libertad de información de dichos usuarios no estaría justificada a la luz del objetivo perseguido” (C-314/12, § 56).

a las decisiones de los prestadores de servicio que resuelvan las reclamaciones. Según lo ya visto, estos están cumpliendo unas funciones semi-públicas –en el caso de los requerimientos motivados directamente por una autoridad pública–, regladas normativamente, que hacen que el conflicto ya no sea un puro incumplimiento de los términos de un contrato entre privados.

Tanto es así que, aunque trascienda el problema estudiado en este trabajo que se refiere únicamente a la colaboración con los prestadores de servicios privados para erradicar de Internet contenidos ilícitos, quizá podríamos plantearnos los límites constitucionales a las condiciones de uso y códigos que imponen estos prestadores de servicios, y especialmente las redes sociales: ¿sería legítimo establecer legalmente unas exigencias de neutralidad y de respeto al pluralismo para estos códigos⁵⁸? ¿pueden estos operadores privados restringir libremente cualquier tipo de contenido –incluso por motivos ideológicos– o sólo aquellos que puedan considerarse ilícitos o como mucho nocivos?

Al final, en el ámbito de Internet, donde el mercado es tan imperfecto y existen tendencias monopolísticas con la preeminencia de unas pocas plataformas, se hace especialmente necesario reflexionar sobre la posibilidad de imponer cargas a los operadores privados. Pero no sólo para coadyuvar a la limpieza de Internet –como pretende la propuesta de Reglamento–, sino también para salvaguardar el pluralismo en la Red⁵⁹. Como en su día afirmara el Tribunal Constitucional con respecto a los medios de comunicación: “la preservación de la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado modo de producirse de los propios medios de comunicación social, *porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder, como al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión*. Por ello, teniendo presente que el pluralismo político se encuentra erigido en uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho que la Constitución crea u organiza, *podemos decir que para que los medios de comunicación se produzcan*

58 Como ha explicado I. Villaverde Menéndez, *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 84, los poderes públicos “ni pueden bloquear el proceso de comunicación pública ni tampoco deben permitir que los particulares lo hagan, aun cuando sea como consecuencia del ejercicio de sus libertades individuales. La garantía institucional del pluralismo, derivada del derecho de libertad de recibir información, se les impone como un límite”.

59 Cfr. A. Boix Palop, “Libertad de expresión y pluralismo en la Red”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, p. 179.

*dentro del orden constitucional, tienen ellos mismos que preservar el pluralismo*⁶⁰. Algo que reitero que podría justificar la intervención de los poderes públicos en aras de corresponsabilizar a los prestadores de servicios en Internet tanto con la lucha contra contenidos ilícitos como con el respeto de una neutralidad y del mayor pluralismo en el ágora digital.

VI. CONCLUSIONES

A la luz de todo lo estudiado se puede concluir que la propuesta de Reglamento ofrece una respuesta ponderada que trata de equilibrar las exigencias de seguridad derivadas de la lucha contra el terrorismo, en particular para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea, con las exigencias garantistas y el respeto de los derechos fundamentales afectados, especialmente las libertades de expresión y de información. No obstante lo cual, hay margen de mejora: cabría definir con más precisión los contenidos terroristas ilícitos, exigiendo que los mismos presenten una idoneidad para incitar o para dar lugar a actos terroristas; es deseable que las órdenes de retirada de contenidos en línea sean decididas por una autoridad judicial, en lugar de administrativa o policial a través de un procedimiento más garantista; y deberían contemplarse con más detalle las posibilidades de recurso judicial cuando se bloquee el acceso o se retire un contenido, incluso en los casos en los que la decisión haya sido adoptada por un operador privado. Adicionalmente, se ha propuesto que los poderes públicos velen porque las plataformas y a los proveedores de servicios en Internet respeten la neutralidad en Internet y salvaguarden su pluralismo, y no sólo se preocupen por colaborar con ellas para eliminar contenidos ilícitos.

Por último, el debate sobre la lucha contra la radicalización y contra la difusión de contenidos terroristas en Internet no puede terminar sin afrontar la pregunta acerca de si las medidas represivas o censoras son las más adecuadas para hacer frente a este problema. A este difícil equilibrio hace referencia la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, en su considerando 31, que se remite a su vez a la Estrategia revisada de la UE para luchar contra la radicalización y la captación para el terrorismo de 2014 y a las conclusiones del Consejo de Unión Europea sobre mejora de la respuesta judicial penal a la radicalización y la captación para el terrorismo, incluida la radicalización en línea. En ambas la Unión Europea plantea combinar medidas penales con políticas en materia de educación. Porque lo que parece seguro es que la pura represión, sin ir acompañada de otras

60 STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ. 6 (cursivas mías).

medidas, puede incluso presentar efectos contraproducentes⁶¹. Como ha expresado el Comité Económico y Social Europeo, resulta “oportuno crear instrumentos para prevenir la radicalización, en el marco de un programa más amplio dedicado a las causas sociales, económicas, culturales y políticas de la propagación de este tipo de amenazas. Estos instrumentos deberán coordinarse con las actividades para reprimir y combatir el terrorismo. No obstante, radicalización no significa necesariamente predisposición o incitación a la violencia. Las políticas y programas de prevención deben centrarse en las personas y grupos más proclives a la violencia con fines terroristas. La sociedad civil desempeña un papel crucial en el tratamiento de las condiciones que favorecen la radicalización y la propensión a la violencia”⁶².

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Boix Palop, A., “Libertad de expresión y pluralismo en la Red”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 65, 2002, pp. 133-180.
- Bustos Gisbert, R., “Libertad de expresión y control de la Red”, en Revenga Sánchez, M. (ed.), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Carrasco Durán, M., “Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de Septiembre de 2001”, Pérez Royo, J. (dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, pp. 13-56.
- Choudhury, T., “The Terrorism Act 2006: Discouraging Terrorism”, en Hare, I. y Weinstein, J., *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 463-487.
- Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
- Doménech Pascual, G., “La policía administrativa de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)”, 2019, Texto pendiente de publicación y que actualmente se puede encontrar en Academia: <https://www.academia>.

61 En este sentido, véase T. Choudhury, “The Terrorism Act 2006: Discouraging Terrorism”, en I. Hare y J. Weinstein, *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 463-487, quien estudia la eficacia de estos delitos en relación con la radicalización a través de Internet y cuestiona cómo en algunos casos las mismas pueden llegar a ser contraproducentes en la estrategia de lucha contra el terrorismo, ya que pueden dificultar la colaboración con las comunidades especialmente musulmanas para prevenir la expansión de estos discursos sin criminalizarlos.

62 Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social a la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo (2016/C 177/09), § 1.6.

- edu/38391193/La_policia_administrativa_de_la_libertad_de_expresion_y_su_disconformidad_con_la_Constitucion_.*
- Fernández-Miranda y Campoamor, A., y García Sanz, R. M., “Artículo 20: Libertad de expresión y derecho de la información”, en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1997, pp. 505-549.
- García Morales, M.^a J., “La prohibición de la censura en la era digital”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 31, 2013, pp. 237-276.
- Loof, J. P., “Restricting free speech in times of Terror: An ECHR Perspective”, en Ellian, A., y Molier, G. (ed.), *Freedom of speech under attack*, Eleven International Publishing, La Haya, 2015.
- Martín Retortillo, L., *El via crucis de las libertades públicas y otros ensayos*, EDICUSA, Madrid, 1976.
- Martín Rebollo, L., “La Administración de garantías: vigencia y limitaciones”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 13, 1992, pp. 31 y ss.
- Presno Linera, M. A. y Teruel Lozano, G. M., *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruà, Juritiba, 2017.
- Rediker, E., “The incitement of terrorism in the Internet: legal standards, enforcement, and the role of the European Union”, *Mich. J. Int'l L.*, n. 36, 2015, pp. 323 y ss.
- Ronen, Y., “Incitement to terrorist acts and international law”, *Leiden Journal of International Law*, 23, 2010, pp. 659 y ss.
- Teruel Lozano, G. M., “El Legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, en Cotino Hueso, L. (Ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 2011, pp. 52-87: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>.
- Teruel Lozano, G. M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 25, 2011, pp. 81-103.
- Teruel Lozano, G. M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo. Una peligrosa frontera*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- Teruel Lozano, G. M., “El discurso del odio y el discurso negacionista: ¿ejercicio de una libertad o abuso de derecho?”, en Vázquez, V. J. y Alonso L. (dir.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Estudios críticos, Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, pp. 152-168.

- Teruel Lozano, G. M., “Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* [en línea], n. 12, 2017, pp. 75-102. ISSN. 2007-3798. Texto accesible en: http://revista.jacobea.edu.mx/n12/4.Censura_en_Internet.German_Teruel.pdf.
- Teruel Lozano, G. M., “Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo”, *InDret* [en línea], n. 3, 2018. Texto accesible en: <http://www.indret.com/pdf/1394.pdf>.
- Teruel Lozano, G. M., “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 114, pp. 13-45.
- Uriás, J., “Artículo 20.5”, en Pérez Tremps, P. y Saiz Arnaiz, A. (dir.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 485-497.
- Vázquez Alonso, V., “Capítulo I. Aspectos constitucionales del Derecho de la comunicación”, en Guichot, E. (coord.), *Derecho de la comunicación*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 25-82.
- Villaverde Menéndez, I., *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Villaverde Menéndez, I., “Censura, secuestro y medidas cautelares en materia de libertad de expresión y de información”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 4, 2001, pp. 1-31.

Resumen

El objeto de este trabajo es estudiar desde la perspectiva constitucional la respuesta que se está diseñando en la Unión Europea frente a la radicalización terrorista en Internet y hasta qué punto la misma es respetuosa con la garantía de la libertad de expresión desde la perspectiva europea pero también nacional. En particular, se defiende la necesidad de definir con más precisión los contenidos terroristas prohibidos, exigiendo que los mismos presenten una idoneidad para incitar o para dar lugar a actos terroristas; que las órdenes de retirada de contenidos en línea sean decididas por una autoridad judicial, en lugar de administrativa o policial; y que se contemple con más detalle las posibilidades de recurso judicial cuando se bloquee el acceso o se retire un contenido, incluso en los casos en los que la decisión haya sido adoptada por un operador privado.

Palabras clave

Libertad de expresión, terrorismo, apología, incitación.

Abstract

The purpose of this work is to study from the constitutional perspective the response that is being designed in the European Union against terrorist radicalization on the Internet and to what extent it is respectful of the guarantee of freedom of expression from the European but also from the national perspectives. In particular, the author defends the need to define more precisely the prohibited terrorist contents, demanding that they have to incite to terrorist acts; that the online content removal orders must be decided by a judicial authority, instead of administrative or police; and that the possibilities of judicial appeal should be developed in more detail, even in cases where the decision has been taken by a private operator.

Keywords

Freedom of speech, terrorism, glorification, incitation.

Recibido: 15 de septiembre de 2020

Aceptado: 1 de noviembre de 2020

REVISITACIÓN ACTUALIZADA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. ANÁLISIS DE DIVERSOS PROCESOS DE TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA, ITALIA Y PORTUGAL

Revisiting the Directive on services in the internal market. Analysis of the transposition processes in Spain, Italy and Portugal

SONIA GAVIEIRO-GONZÁLEZ

T.A.E. del Ayuntamiento de Santurtzi

Doctoranda en la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko

Unibertsitatea

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La Directiva 2006/123/CE: principales previsiones respecto a la libertad de establecimiento y resoluciones jurisprudenciales europeas relevantes.
- III. Transposición de la directiva de servicios en España: breve recordatorio de las diferentes administraciones territoriales competentes y análisis de situación actual motivada por la covid-19.
- IV. Breve referencia a otros casos europeos de transposición de la Directiva 2006/123/CE en relación con la libertad de establecimiento: utilizando el derecho comparado como ejemplo.
- V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es recoger brevemente, por un lado, las principales previsiones de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, aprobada por el Parlamento europeo y el Consejo el 12 de diciembre de 2006, en relación con la libertad de establecimiento y las conclusiones que al respecto han adoptado las principales resoluciones judiciales europeas. Por otro lado, se pretende describir también sumariamente el proceso de transposición seguido en España por las distintas Administraciones territoriales competentes, para finalmente

referirnos a algunos otros países europeos; el motivo es encontrar posibles soluciones a las dudas suscitadas en la práctica en el Derecho comparado y la jurisprudencia europea que ha tenido tiempo de desarrollarse desde la aprobación de esta directiva. Incluso, cabe hablar de un tercer argumento derivado de la situación de pandemia en la que estamos inmersos con motivo de la COVID-19 ya que algunas Administraciones Públicas territoriales están tramitando normas de agilización del establecimiento de actividades.

II. LA DIRECTIVA 2006/123/CE: PRINCIPALES PREVISIONES RESPECTO A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES EUROPEAS RELEVANTES

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, de aplicación a los servicios dentro del mercado interior europeo, denominada “Bolkestein” en referencia al comisario europeo neerlandés Frits Bolkestein que presentó el primer proyecto de la misma, va más allá del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 49.1) y persigue homogeneizar el régimen de los Estados miembros¹ con el fin de crear un mercado de servicios sin restricciones² y con una cooperación administrativa eficaz interestatal³. Además de exigir simplificar los procedimientos a los miembros de la Unión Europea⁴, se requiere la desaparición de las autorizaciones que considera discriminatorias, siempre que no sean imprescindibles o no respondan al interés general, y de cualquier otro obstáculo jurídico o administrativo respecto al desarrollo de las actividades.

Como ya hemos indicado, nos vamos a centrar en el presente trabajo en la libertad de establecimiento. El artículo 1.1 de la Directiva busca facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación

1 Apartados 6 y 7 de la Directiva 2006/123/CE (publicada en el D.O.U.E. de 27 de diciembre de 2006).

2 Llegamos a esta conclusión leyendo el tercer párrafo del fundamento jurídico 4.º de la sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, del Tribunal Supremo (STS), núm. 1.944/2014, de 5 de mayo (ES:TS:2014:1944).

3 Así se expresa en el punto tercero del Dictamen de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, sobre las enmiendas del Parlamento Europeo a la posición común del Consejo relativa a la propuesta de esta Directiva [COM(2006) 718 final]. En este punto, recomendamos sobre los antecedentes y un estudio comparativo entre las diversas versiones del texto de la directiva a S. MANGIAMELI, “La liberalización de los servicios en la Unión Europea”, *ReDCE*, núm. 8, 2007, pp. 75-93.

4 Artículo 5 de la Directiva 2006/123/CE.

de estos últimos, manteniendo al mismo tiempo un elevado nivel de calidad en los mismos, mediante la simplificación de los procedimientos administrativos⁵, entre otros instrumentos. Todo ello intentando no afectar a la fiscalidad⁶.

Ahora bien, esta norma se aplica sólo a los servicios que representan una actividad económica, entendidos en el sentido de la jurisprudencia europea relativa al artículo 57 del TFUE, y que sean prestados por personas establecidas en un Estado miembro⁷. Es decir, afecta a las actividades económicas por cuenta propia ejercidas normalmente a cambio de una remuneración⁸ y, más en concreto, a los servicios de interés económico general⁹ (con la excepción de los servicios postales y los servicios de distribución de energía eléctrica, gas y agua, por su especificidad), a la actividad de comercio minorista de productos aunque se refiera a una situación en la que todos los elementos pertinentes (vendedor/a...) se circunscriben al interior de un único Estado miembro¹⁰, o a la actividad de arrendamiento de un bien inmueble amueblado destinado a vivienda a clientes de paso que no fijan en éste su domicilio, ejercida a título individual por una persona, física o jurídica, de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, se realice dicha actividad con motivo profesional o no¹¹. Por el contrario, no abarca a los servicios de interés general no económico

5 Artículo 5.1 y apartado 43 de la Directiva 2006/123/CE. Para un mayor desarrollo, Resolución legislativa del Parlamento europeo respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior de fecha 15 de noviembre de 2006, apartados 48 y 49.

6 En concreto, el artículo 2.3 de la Directiva 2006/123/CE dispone que esta “no se aplicará a la fiscalidad”. Interesantes reflexiones al respecto realiza D. ORDÓÑEZ, “Licencias, sanciones y tasas bajo sospechas: las ordenanzas municipales y la Directiva de servicios”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, 2011, pp. 722-723.

7 Art. 2.1 de la Directiva 2006/123/CE.

8 Art. 4, apartado primero, de la Directiva 2006/123/CE.

9 Este sería el caso de la profesión de deshollinador, ya que el Tribunal europeo considera no solo que se realizan actividades económicas privadas, sino también misiones incluidas en el concepto de “policía de incendios” (STJUE, de 23 de diciembre de 2015, *Gebhart Hiebler c. Walter Schlagbauer*, C-293/14, EU:C:2015:843).

10 STJUE de 30 de enero de 2018, *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort c. X BV y Visser Vastgoed Beleggingen BV c. Raad van de gemeente Appingedam*, asuntos acumulados C-360/15 y C-31/16, EU:C:2018:44.

11 STJUE de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments SCI y HX c. Procureur général près la cour d'appel de Paris y la Ville de Paris*, asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18, EU:C:2020:743, apartados 34 a 39. Atendiendo a los apartados 38 y 39 de dicha sentencia, no es óbice a dicha consideración como servicio del arrendamiento de los denominados “alojamientos turísticos”, que a veces se

(como son las actividades estatales “o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial”¹²), ni a las comunicaciones electrónicas, a los servicios postales regulados¹³ o a las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública¹⁴, entre otras; de hecho, el artículo 2.2 realiza una

preste el mismo “con fines de proporcionar vivienda a personas sin hogar y refugiados, siendo así que estas últimas actividades, de carácter no económico, están expresamente excluidas”.

Por otro lado, en relación con esta misma tipología de servicios, mencionaremos la STJUE de fecha 19 de diciembre de 2019, C-390/18, EU:C:2019:1112, en virtud de la cual, no se excluyen otras directivas aplicables; de manera que, “si bien es cierto que el servicio de intermediación prestado por Airbnb Ireland tiene por objeto facilitar el alquiler de un alojamiento, que efectivamente está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123, la naturaleza de los vínculos existentes entre tales servicios no justifica que se excluya la calificación como ‘servicio de la sociedad de la información’ del servicio de intermediación y, por consiguiente, la aplicación de la Directiva 2000/31 al mismo”.

12 Apartado 34 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior de fecha 15 de noviembre de 2006.

13 Artículo 2 de la Directiva 2006/123/CE. A su vez, en distintas interpretaciones del artículo 2.2.d) de la Directiva Bolkestein (que excluye el servicio de transporte), se han considerado también excluidas del ámbito de aplicación de esta norma las actividades de inspección técnica de vehículos y el servicio de intermediación “que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano” (SSTJUE, de 15 de octubre de 2015, C-168/14, EU:C:2015:685, y, de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, EU:C:2017:981, respectivamente). En cambio, no se considera servicio en el ámbito del transporte y, en consecuencia, no está excluido el servicio consistente en la recepción de pasajeros en un barco con el fin de realizar la visita a una ciudad por vías navegables en el marco de la celebración de un evento (STJUE, de 1 de octubre de 2015, asuntos acumulados C-340/14 y C-341/14, EU:C:2015:641).

Por su parte, la Resolución legislativa del Parlamento europeo respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior de fecha 15 de noviembre de 2006, en sus apartados 34 y 35, excluye también las actividades de deporte aficionado no lucrativas y defiende el análisis “caso por caso y a la vista de todas sus características, en particular la forma en que se prestan, organizan y financian en el Estado miembro de que se trate” esos servicios para concluir si se incluyen éstas o no, con arreglo a la jurisprudencia europea.

14 En este caso, el artículo 2.2.i) de la Directiva 2006/123/CE se remite al artículo 51 del TFUE (antiguo art. 45 TCE), que se refiere a las actividades que en ese Estado miembro concreto “estén relacionadas, aunque solo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”, habilitando al Parlamento y al Consejo para su definición concreta con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.

definición en sentido negativo más bien, señalando las actividades exceptuadas de la aplicación de la norma. Como defiende la doctrina¹⁵, esta forma *numerus apertus* de delimitar el concepto de servicios es prueba de las tensiones y debates habidos durante la tramitación de la Directiva 2006/123/CE, con tensiones entre diversas fuerzas sociales europeas y grupos políticos.

Al hilo del artículo 9, sólo se mantendrán las autorizaciones administrativas previas que cumplan las siguientes tres condiciones: ausencia de cualquier tipo de discriminación¹⁶, ser imprescindible (es decir, estar justificada por una “razón imperiosa de interés general”¹⁷, tal como el orden público, la seguridad pública, el cuida-

15 Así, S. DE LA SIERRA, “El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos: una plasmación de las mutaciones de la Constitución Económica Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 2010, pp. 224-225.

16 Atenderemos a la STS de 5 de mayo de 2014 antes citada, párrafos primero y segundo del fundamento jurídico 6.º que, respecto a las terrazas de veladores, establece que “no es discriminatorio porque se trata de establecimientos sustancialmente diferentes, en los que las diferencias esenciales se concentran en los horarios de apertura, en el impacto acústico que puede comportar, en el tipo de servicio que se presta en los diferentes establecimientos, y en la diferente actitud de los usuarios según el servicio que se presta en el interior del mismo. De manera que estas circunstancias son elementos diferenciadores que tienen indudable trascendencia jurídica, proporcionando al trato diferente de una justificación objetiva y razonable”.

17 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha definido y continúa definiendo dichas razones imperiosas de interés general, a través de la jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Siguiendo al Parlamento Europeo, en su Resolución legislativa del Parlamento Europeo respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior de fecha 15 de noviembre de 2006, apartado 40, dentro de esas razones se citan las del párrafo 40 de la Directiva de servicios: orden público, seguridad pública, la protección de los consumidores, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, o la conservación del patrimonio nacional histórico y artístico, entre otras. Leyendo la STJUE de 24 de marzo de 2011, antes citada, párrafo 73, “Las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo”. A ello añade la STJUE, de 5 de octubre de 2010, C-173/09, EU:C:2010:581, en su apartado 44, que este propósito “no pueda conseguirse el mismo resultado mediante normas menos rigurosas”.

Siguiendo con el apartado 74 de la STJUE de 24 de marzo de 2011 mencionada, “entre esas razones imperiosas reconocidas por el Tribunal de Justicia figuran la protección del medio ambiente (véase, en particular, la sentencia de 11 de marzo de 2010, *Attanasio Group*, C-384/08 (LA LEY 7040/2010), Rec. p. I-0000, apartado 50 y jurisprudencia citada), la ordenación del territorio [(véase,

do del medio ambiente o la lucha contra la criminalidad, entre otras¹⁸⁾ y la propor-

por analogía, la sentencia de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07 (LA LEY 187747/2009), Rec. p. I-9021, apartado 29 y jurisprudencia citada) y la protección de los consumidores (véase, en particular, la sentencia de 13 de septiembre de 2007, *Comisión/Italia*, C-260/04, Rec. p. I-7083, apartado 27 y jurisprudencia citada). En cambio, los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, *CIBA*, C-96/08 (LA LEY 16298/2010), Rec. p. I-0000, apartado 48 y jurisprudencia citada)". Por su parte, la sentencia del mismo órgano judicial de 24 de marzo de 2011, de la *Comisión c. España*, C-400/08, EU:C:2011:172, redonda en su apartado 98 en la prohibición de que existan motivaciones económicas entre estas razones imperiosas de interés general; además, en lo que respecta al objeto de nuestro trabajo destaquemos los apartados 87 a 99 de dicha resolución ya que habilita a exigir licencia de apertura para instalar un gran establecimiento comercial con motivo de la protección del medio ambiente, pero prohíbe la exigencia de presentación de un informe sobre el grado de implantación de este tipo de locales y la consideración de la existencia de otro establecimiento comercial en la zona a la hora de conceder la citada autorización.

18 El concepto de "orden público", según lo interpreta el tribunal europeo, abarcará la protección ante una amenaza auténtica y suficientemente importante que afecte a uno de los intereses fundamentales de la sociedad, pudiendo incluir, cuestiones como la protección de los menores y adultos vulnerables y el bienestar animal. Así se expresa la Resolución legislativa del Parlamento europeo respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior de fecha 15 de noviembre de 2006, apartado 41.

Respecto al concepto de ordenación del territorio, la jurisprudencia europea no lo ha considerado aplicable cuando la normativa nacional se refiere al acceso a determinadas formas específicas de arrendamiento de inmuebles (viviendas amuebladas a clientela de paso, por motivos profesionales o no, salvo que se alquile durante un período acumulado de menos de 4 meses al año un inmueble que constituya la residencia principal de quien sea arrendatario/a); así se expresa la STJUE de 22 de septiembre de 2020, antes citada, apartados 40 a 45. Esta última sentencia considera razón imperiosa de interés general la aprobación de una normativa nacional exigiendo autorización para los servicios de arrendamiento de los denominados "alojamientos turísticos" si su objetivo es "establecer un mecanismo de lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento, con los objetivos de dar respuesta al deterioro de las condiciones de acceso a la vivienda y al aumento de las tensiones en los mercados inmobiliarios y de permitir el incremento de la oferta de viviendas en condiciones respetuosas de los equilibrios de los territorios" (apartado 65).

Por lo demás, léase la STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Daniele Bisci y Ministero dell'Interno, Questura di Livorno*, C-660/2011, EU:C:2013:550, apartados 23 y 24. En concreto, de acuerdo con este último, "It should be borne in mind in that regard that, according to the Court's case-law, a licensing system may constitute an efficient mechanism enabling operators active in the betting and gaming sector to be controlled with a view to preventing the exploitation of those activities for criminal or fraudulent purposes (see *Placanica and Others*, paragraph 57)".

cionalidad (con autorizaciones adecuadas, necesarias y equilibradas¹⁹, sólo cuando no quepa otra medida menos restrictiva como, por ejemplo, un control posterior)²⁰. Por lo tanto, no desaparecerán las licencias, sino que deberá enjuiciarse y analizarse su posible existencia teniendo en cuenta los principios citados; en otras palabras, los redactores legales podrán condicionar la instalación de actividades mediante restricciones, pero sólo cuando éstas no sean irracionales, arbitrarias o desproporcionadas²¹. Incluso, el Parlamento europeo cita el ejemplo de permitir la entrevista de la persona solicitante con la autoridad competente para conceder licencia para determinadas actividades de servicios, siempre que el fin sea evaluar la integridad personal e idoneidad de esa solicitante para prestar el servicio concreto en cuestión²².

19 Para llegar a esas conclusiones, según N. BLÁZQUEZ ALONSO, “El nuevo urbanismo comercial trazado por la Unión Europea”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 1, 2011, pp. 79-87, p. 81: “el enjuiciamiento de la validez de esas medidas restrictivas de libertades comunitarias sólo deberá efectuarse a la luz del principio de proporcionalidad, esto es, deberá comprobarse que son adecuadas, necesarias y equilibradas. Se trata, por tanto, de someter a examen las restricciones normativas, cuyo ejercicio se ha dado a conocer con el nombre de ‘triple test’”.

20 En este mismo sentido se expresa el Parlamento europeo, el cual reconoce la posibilidad de mantener una autorización cuando no resulte eficaz el control *ex post*, “habida cuenta de la imposibilidad de comprobar a posteriori los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control a priori” (Resolución legislativa del Parlamento europeo respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior de fecha 15 de noviembre de 2006, apartado 54).

Por lo demás, en el mismo sentido de exigir que no sea posible otra medida menos restrictiva, citaremos la STS núm. 1.558/2016, de 28 de junio de 2016 (TS:2016:3009), Fundamento Jurídico 3.º; o la STJUE de 1 de junio de 2010, José Manuel Blanco Pérez y María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios y Principado de Asturias, C-570/07 y C-571/07 (EU:C:2010:300). Esta última, en sus apartados 104 a 119, considera proporcionada al objetivo de garantizar el acceso a los medicamentos la limitación por zonas o módulos poblacionales para instalar farmacias. La reciente STJUE de 22 de septiembre de 2020, citada en la nota al pie 11, apartados 70 a 75, se expresa en el mismo sentido, considerando que se cumple esta condición con los servicios de arrendamiento de los denominados “alojamientos turísticos”.

21 Para mayor profundidad, H. VILLAREJO, “Balance de una década de regulación de los grandes establecimientos comerciales en España. A decade of retail regulation in Spain”, *Ciudades*, núm. 10, 2007, pp. 39-66.

22 Resolución legislativa del Parlamento Europeo respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior de fecha 15 de noviembre de 2006, apartado 53.

En consecuencia, los Estados miembros deben analizar si las autorizaciones previas requeridas cumplen los requisitos aquí indicados, así como los de los artículos 10 a 13 de la misma norma²³. En palabras del TJUE, “las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, C-161/07)²⁴”. Ahora bien, esta Directiva no prevé cómo debe hacerse el citado análisis, ni prohíbe tener en cuenta durante el mismo las obligaciones de protección a la ciudadanía que derivan de los derechos fundamentales²⁵. Como medida de control, estaremos a las resoluciones de los órganos judiciales nacionales²⁶.

23 Recomendamos M. REBOLLO, “De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables”, *REALA*, núm. 11, 2019, pp. 6-28. En cuanto a la jurisprudencia comunitaria podemos citar la STJUE, de 4 de julio de 2019, asunto C-393/13, que permite exigir autorización a un centro que expida títulos de máster, si bien establece expresamente que corresponde al tribunal que plantea la cuestión prejudicial (en el caso concreto, el Tribunal de Apelación de Amberes) verificar si las condiciones de la misma son compatibles con el artículo 10.2 de la Directiva 2006/123/CE.

24 STJUE, de 24 de marzo de 2011, de la *Comisión c. España*, C-400/08, EU:C:2011:172, párrafo 83.

25 Art. 10.2 de la Directiva 2006/123/CE. Citemos, a modo de ejemplo, los apartados 76 a 108 de la STJUE de 22 de septiembre de 2020, mencionada en la nota al pie 11.

26 Apartado 59 de la STJUE de 22 de septiembre de 2020 mencionada. En su conclusión cuarta se ha considerado que la autorización previa requerida en ese caso en relación con los servicios de los denominados “alojamientos turísticos” cumpliría los criterios del artículo 10.2 de la directiva, incluso, cuando “encomienda a las autoridades locales la facultad de precisar, en el marco fijado por dicha normativa, las condiciones de concesión de las autorizaciones previstas por tal régimen, a la vista de los objetivos de diversidad social y en función de las características de los mercados locales de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de viviendas, acompañándolas, si fuera necesario, de una obligación de compensación en forma de transformación accesorio y concomitante en viviendas de inmuebles con otro uso, siempre que tales condiciones de concesión sean conformes con los requisitos establecidos por esa disposición y que tal obligación pueda satisfacerse en condiciones transparentes y accesibles”. Ahora bien, como el propio tribunal europeo reconoce, ese análisis concreto le corresponde a la autoridad jurisdiccional nacional competente.

Destaquemos en este punto la reciente sentencia del Tribunal Supremo (STS) núm. 1550/2020, de 19 de noviembre, en cuyo Fundamento Jurídico 9.º, partiendo de la STJUE mencionada, concluye que “la intervención normativa municipal estaba más que legitimada por cuanto tal intervención –ubicando la VUT en el ámbito urbanístico equipamental de la ciudad de Bilbao– iba claramente, y sin

De conformidad con el artículo 14 de la citada Directiva de servicios, cuando se desee instalar una actividad, los Estados miembros no podrán exigir requisitos discriminatorios sobre nacionalidad o domicilio, ni aval financiero o seguro con cierto prestador instalado en su territorio²⁷. A modo de ejemplo, el TJUE ha considerado incumplimiento de dicho precepto mantener los requisitos en materia de emplazamiento del domicilio social, así como requisitos en materia de forma jurídica y de posesión de capital, y la restricción de actividades multidisciplinarias que se imponía²⁸; incluso, prohíbe exigir conocimientos de la lengua oficial y un certificado de residencia. Podemos citar en este punto la reciente STJUE, de 11 de junio de 2020²⁹ que interpreta un incumplimiento de los artículos 9, 10 y 14 de la directiva por exigir un certificado de registro como residentes del país y un documento acreditativo de que su nivel de conocimiento de la lengua oficial les permitía mantener una conversación sobre cuestiones cotidianas y de ámbito profesional para permitir a una persona jurídica adquirir la propiedad de un terreno agrícola en aquellos casos en los que la mayoría del capital con derecho a voto de la sociedad y las personas a representarla fueran nacionales de otro Estado miembro. Tampoco se permite prohibir a un prestador de servicios (en el caso concreto, auditoría de cuentas) la captación directa de clientes ya que ello puede afectarle al privarle de un medio eficaz de penetración en el mercado nacional³⁰. Con los “requisitos prohibidos”, podemos deducir que la Directiva 2006/123/CE ha modificado de raíz el sistema de autorización previa, instando su evolución a otro en el que el control de produce *a posteriori*³¹.

duda, dirigida a la protección del ‘derecho a la vivienda’, digna y adecuada, en los términos requeridos por la Constitución española así como al control –evitando el deterioro– del denominado, por la Directiva de Servicios, ‘entorno urbano’. Avala en ese caso la exigencia de declaración responsable ante la Administración autonómica, competente en cuanto al aspecto “turístico”, y la necesidad de obtener informe urbanístico municipal de conformidad con el planeamiento por ser el Ayuntamiento el competente en cuanto a la materia “urbanística” (FJ 10.º).

27 Véase el artículo 14 de la Directiva 2006/123/CE (publicada en el D.O.U.E. de 27 de diciembre de 2006).

28 Así, STJUE, de 29 de julio de 2019, C-209/18, relativa a sociedades de ingenieros civiles, agentes de patentes y de veterinarios (EU:T:2019:377).

29 STJUE, de 11 de junio de 2020, C-206/19, EU:C:2020:463.

30 STJUE, de 5 de abril de 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c. Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*, C-119/09, ECLI:EU:C:2011:208, especialmente párrafo 42.

31 Así se expresa, proclamando el cambio de relación entre las licencias de apertura y las autorizaciones urbanísticas, J.F. GRANADOS, “Las licencias urbanísticas y los títulos habili-

Por último y una vez analizada la Directiva Bolkestein, podemos plantearnos si ésta ha logrado su objetivo de conseguir un auténtico mercado interior de servicios. La respuesta la encontramos en la comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010, donde se define como carencia el mercado único³². En palabras muy similares se expresa la comunicación del mismo órgano de 27 de enero de 2011 ya que concluye que “aún queda camino por recorrer”³³. Incluso, la respuesta negativa se sigue observando en los recientes Anexos de la Comunicación de la Comisión de 20 de octubre de 2020, en los cuales se afirma que la “Comisión adoptará las medidas que garanticen la plena aplicación de la Directiva de servicios”³⁴, además de rechazarse la propuesta formulada en la Comunicación COM(2016) 821 final de elaborar una nueva Directiva sobre la aplicación efectiva de la Directiva Bolkestein por no preverse posible el acuerdo al respecto.

III. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN ESPAÑA: BREVE RECORDATORIO DE LAS DIFERENTES ADMINISTRACIONES TERRITORIALES COMPETENTES Y ANÁLISIS DE SITUACIÓN ACTUAL MOTIVADA POR LA COVID-19

1. Breve recorrido del procedimiento de transposición estatal de la Directiva de servicios

La Directiva Bolkestein ha sido transpuesta por el Estado de forma bastante general mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio³⁵, la cual reproduce prácticamente el contenido

tantes para el ejercicio de actividades”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, pp. 204-236.

32 “las tendencias actuales muestran signos de fatiga de la integración y de desencanto con respecto al mercado único (...). Cada día, empresas y ciudadanos se enfrentan con la realidad de las trabas a las actividades transfronterizas, que persisten pese a la existencia legal del mercado único”, en palabras de la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010 [COM(2010) 2020, final], denominada “Europa 2020 Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, apartado 3.1.

33 Conclusión de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 27 de enero de 2011 [COM(2011) 20 final], “Hacia un mejor funcionamiento del mercado único de servicios, partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la Directiva de servicios”.

34 Anexos de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de octubre de 2020, “Programa de trabajo de la Comisión para 2021. Una Unión de vitalidad en un mundo de fragilidad”, p. 27.

35 Publicada en el BOE de 24 de noviembre de 2009.

de la norma europea citada, en un procedimiento similar por el que vamos a ver que también optó Italia. En este punto, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Valencia de 27 de abril de 2016 recuerda brevemente que el fin es impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo trabas injustificadas o desproporcionadas, simplificando los procedimientos y sin olvidar la calidad en los servicios³⁶.

La otra norma estatal relevante ha sido la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio³⁷, la cual modifica numerosas normas que se oponen al texto de la Directiva, constituyendo una opción elegida por Francia. De esta ley destacaremos su modificación de las Leyes 7/1985 Reguladora de Bases del Régimen Local (LRBRL) a los efectos de añadir los medios *ex post* de intervención en la actividad ciudadana, y 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común incorporando el artículo 71 bis con una escueta regulación de las comunicaciones previas y declaraciones responsables. Continuando con el ámbito local, el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales³⁸, en su artículo 5, reitera los nuevos medios de intervención en la actividad ciudadana y la posible nueva regulación que de las mismas realice la normativa local; la misma finalidad reside en la modificación del artículo 22.1 de dicho reglamento, al tratar de la apertura de establecimientos industriales y mercantiles.

En aras a la libertad de establecimientos, se aprobó la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, la cual busca cumplir el mandato de la Directiva³⁹ cuando elimina, con carácter general, la exigencia de autorización previa para la instalación de establecimientos comerciales, salvo que se cumplan los requisitos del mismo artículo 6 de la Ley 7/1996 en su redacción actualmente vigente (razones imperiosas de interés general, ...), así como cuando sujeta la venta ambulante a autorizaciones limitadas por la escasez del suelo público habilitado para ello⁴⁰. Más específicamente, mencionaremos el artículo 84 bis añadido a la LRBRL por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sosteni-

36 Véase la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Valencia, de 27 de abril de 2016, ES:JCA:2016:153, Fundamento Jurídico 1.º.

37 Publicada en el BOE de 23 de diciembre de 2009.

38 Publicada en el BOE de 29 de diciembre de 2009.

39 Disposición final segunda.

40 Art. 54 de la Ley 1/2010 de reforma de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, publicada en el BOE de 2 de marzo de 2010.

ble⁴¹, el cual, con carácter general, exige a las actividades de autorizaciones previas o licencias. Por su parte, el Real Decreto-Ley 8/2011 de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, con su nombre poco elocuente, somete a comunicación o elimina autorizaciones concurrentes en relación con diversas normas estatales sectoriales (sobre valorización energética de harinas de origen animal procedentes de la transformación de despojos y cadáveres de animales, aguas o responsabilidad medioambiental, entre otras)⁴². En relación con la apertura de locales y la realización de obras para ese tipo de actividades, no podemos olvidarnos de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, como norma sectorial específica que con carácter general establece el control *ex post* para la realización de obras y el inicio de las actividades de su anexo, por supuesto, con limitaciones en función del mayor riesgo⁴³, así como de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Volviendo al ámbito general, citaremos la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Esta norma reproduce con pequeñas variaciones el anterior artículo 71 bis de la Ley 30/1992 ya mencionada, hoy artículo 69 de la LPACAP⁴⁴, siendo su cambio más destacable

41 Art. 41 de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, publicada en el BOE de 5 de marzo de 2011.

42 Artículos 28 a 34 del Real Decreto-Ley 8/2011 aquí citado, publicado en el BOE de 7 de julio de 2011.

43 En este punto destacamos la STS núm. 3.630/2018, de 8 de octubre, ES:TS:2018:3630, cuyo Fundamento Jurídico 2.º *in fine* concluye que “la exigencia de comunicación previa para la iniciación de una actividad de servicio de pompas fúnebres no solo comprende la realización de las actividades administrativas o comerciales correspondientes a dicho servicio sino que incluye también la apertura de instalaciones con destino a velatorio-tanatorio, respuesta que para resolver el debate supone, en consideración a lo razonado, que una instalación de pompas fúnebres que incluya los servicios de velatorio-tanatorio se rige por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre”.

44 Para un mayor desarrollo del procedimiento de transposición estatal, recomiendo R. JIMÉNEZ, “El impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el Derecho local”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 2010, pp. 121-157. En relación con la regulación que la LPACAP realiza de las comunicaciones y declaraciones responsables, remito a S. GAVIEIRO, “Análisis de la jurisprudencia sobre las comunicaciones previas y declaraciones responsables de actividades comerciales o de servicios”, *RAP*, núm. 205, 2018, pp. 202-208.

la eliminación del calificativo de “previas” de las comunicaciones y el añadido de dos exigencias para la Administración sobre modelos fácilmente accesibles para la ciudadanía⁴⁵ y no acumulación de declaración y comunicación al mismo tiempo⁴⁶.

2. La transposición autonómica y local de la Directiva de servicios

Recordemos que este trabajo busca centrarse en el ámbito material de la libertad de establecimiento o instalación. A este respecto la mayoría de las autonomías se han esforzado ampliamente en su procedimiento de transposición de la Directiva 2006/123/CE, habitualmente, buscando la liberalización económica y la simplificación de trámites administrativos tanto para el inicio, como para el desarrollo de una actividad empresarial⁴⁷. Los títulos competenciales autonómicos los encontramos en relación con la economía y la protección medio ambiental⁴⁸, por supuesto, sin olvidar las competencias sectoriales autonómicas. Debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha considerado que la regulación de las técnicas de control *ex post* que realiza el artículo 69 de la LPACAP se encuadra dentro de la competencia estatal para la ordenación general de la economía (art. 149.1.13 de la Constitución)⁴⁹ en cuanto que con ella se persigue simplificar el régimen administrativo de control previo, facilitando la más ágil realización de una actividad económica; además de, obviamente, en relación con el aseguramiento de

45 Art. 69.5 LPACAP, *in fine*.

46 Art. 69.6 LPACAP.

47 Así se expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) núm. 70/2018, de 21 de junio, ES:TC:2018:70, Fundamento Jurídico 2.º Incluso, en el Fundamento Jurídico 8.º señala que el legislador autonómico (el recurso se interpuso contra la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 2/2017, de 13 de febrero, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y supresión de cargas burocráticas) “trata de conciliar su potestad de ordenación de la actividad económica con su competencia en materia de protección medioambiental, manteniendo el control preventivo general, a través de la autorización previa (licencia de actividad), para las actividades potencialmente lesivas del medio ambiente, pero resolviendo, al mismo tiempo, las situaciones de mora en el dictado de la resolución administrativa, relativa al otorgamiento de la licencia”.

48 Nos referimos a los artículos 148.1.9.ª (“La gestión en materia de protección del medio ambiente”) y 148.1.13.ª (“El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional”), si bien nosotros consideramos también relevante mencionar aquí el 148.1.3.ª de la Constitución (en lo que respecta a la competencia sobre urbanismo).

49 STC núm. 79/2017, de 22 de junio, ES:TC:2017:79, Fundamento Jurídico 18.º.

las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de un derecho (art. 149.1.1 de la Constitución) y con las relativas al procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 de la Constitución)⁵⁰.

Una vez sentadas estas bases, recordemos brevemente las autonomías que han transpuesto la Directiva 2006/123/CE y realizado el ejercicio de revisar sus autorizaciones previas. Por un lado, algunas de ellas han aprobado normas al estilo *ómnibus*, modificando su normativa incompatible con la europea; ha sido el caso de Andalucía, Aragón, la Comunidad Autónoma Vasca, Madrid, Illes Balears o Región de Murcia⁵¹. Por su parte, otras Comunidades Autónomas como Castilla-La Mancha y Cataluña han optado por la aprobación de leyes al estilo de la Ley “paraguas” ya citada⁵². También hemos visto otras estrategias: algunas autonomías han modificado su normativa relativa a las actividades (así, Canarias, Cantabria, Comunidad Valenciana, Galicia, la Rioja o Ceuta)⁵³ y otras han aprobado normativa sectorial ambiental

50 En concreto, la STC núm. 70/2018 citada, en su Fundamento Jurídico 11.º *in fine*, lo explica “al tratarse de una regulación general relativa a los contenidos mínimos y al régimen común de tramitación de cualquier tipo de declaración responsable, como pura técnica de intervención administrativa al margen del ámbito concreto en el que opere”.

51 Destacamos, por ser más recientes, la Ley 2/2017, de 13 de febrero, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas de la Región de Murcia, el Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía.

Respecto a la Comunidad Autónoma Vasca, debemos destacar una contradicción. Por un lado, el artículo 76 de la Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, añade un artículo 62 bis a la Ley 3/1998 General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, sustituyendo las licencias de apertura por comunicaciones. Por otro lado, su artículo 121, que modifica el artículo 207.1.s) de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo, sujeta a licencia la apertura de todo tipo de establecimiento.

52 Destacamos la Ley 7/2013, de 21 de noviembre, de adecuación de procedimientos administrativos y reguladora del régimen general de la declaración responsable y comunicación previa de Castilla-La Mancha y, en el caso de Cataluña, la “Llei 2/2014, del 27 de gener, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic” o la más reciente “Llei 18/2020, del 28 de desembre, de facilitació de l’activitat econòmica”.

53 Destacamos el Decreto 50/2014, de 18 de septiembre, por el que se amplía el catálogo de actividades comerciales y servicios a los que resulta aplicable la inexigibilidad de licencias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, y la “Lei 10/2017, do 27 de decembro, de espectáculos públicos e actividades recreativas” de Galicia.

para dar cabida a alguna de estas técnicas de control *ex post* (como Castilla y León y la Comunidad Foral Navarra)⁵⁴.

Por otro lado, siguiendo a Villalba Pérez (2010: pp. 182-183), las Entidades Locales también deben cumplir las siguientes obligaciones que en el ámbito de sus responsabilidades y competencias les exige la Directiva 2006/123/CE. Poco a poco han ido aprobando sus correspondientes ordenanzas, siempre buscando respetar la normativa europea y dentro del “sendero” indicado por el Estado y la respectiva Comunidad Autónoma. Resulta imposible analizar todas las ordenanzas aprobadas por Entidades Locales; ahora bien, sí podemos resumir brevemente los procedimientos de transposición seguidos. Algunos Ayuntamientos han aprobado ordenanzas al estilo “ómnibus”⁵⁵, otros han sustituido las licencias de apertura y ciertas licencias de obras por comunicaciones⁵⁶, y otros han creado un régimen de sometimiento de las actividades y ciertas obras a declaración responsable o comunicación debiendo presentarse, entre otra documentación, certificado emitido por una entidad colaboradora previamente acreditada por dicha Entidad Local⁵⁷.

Respecto a las Administraciones que todavía no han transpuesto la Directiva de servicios, ésta les resultaría directamente aplicable en virtud del efecto directo de estas normas europeas, tal y como ha establecido la jurisprudencia⁵⁸; de ma-

54 Decreto Legislativo 1/2015, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Prevención Ambiental de Castilla y León y, en el caso de Navarra, la Ley Foral 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación administrativa para la puesta en marcha de actividades empresariales o profesionales o la Ley Foral 17/2020, de 16 de diciembre, reguladora de las actividades con incidencia ambiental.

55 Así, en Madrid, por ejemplo, se aprobó el 30 de marzo de 2011 la Ordenanza municipal de adaptación al ámbito de la Ciudad de Madrid de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 8 de abril de 2011.

56 En el Ayuntamiento de Santurtzi, objeto de mis quehaceres habituales, se ha aprobado una Ordenanza reguladora del procedimiento de tramitación de actividades y obras sometidas al régimen de comunicación (publicada en el Boletín Oficial de Bizkaia de 28 de mayo de 2018) y una Ordenanza reguladora de obras sometidas a comunicación publicada en el mismo boletín de fecha 26 de marzo de 2019.

57 Destacamos por ser más reciente la Ordenanza reguladora del régimen de funcionamiento de las Entidades Colaboradoras de la Administración municipal en la verificación de las actuaciones urbanísticas en Alicante, aprobada inicialmente por el Ayuntamiento Pleno con fecha 29 de octubre de 2020, cuyo texto está disponible en <file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/24-ordenanza-enmiendas-aprobadas-cpu-26102020-firmado-remision-al-pleno.pdf>.

58 Es el caso de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (en adelante, STSJ), las Palmas de Gran Canaria, de 13 de octubre de 2010, o de Santa Cruz de Tenerife de 4 de mayo de

nera que la normativa autonómica entonces existente y no adaptada se considera incompatible y, en consecuencia, queda desplazada. Incluso, se entiende que carece de base jurídica alguna calificar la declaración responsable presentada en el supuesto concurrente como licencia de actividad clasificada ya que no “se pudo entender que lo que se pedía es una autorización previa cuando al impulsar el procedimiento este régimen de intervención administrativa en la actividad de los particulares ya no se ajustaba a la ley”⁵⁹. Más aún, teniendo en cuenta que, cuando en ese supuesto concreto se adoptó la resolución de denegación de la licencia sectorial de actividad ya había entrado en vigor la Ley 7/2011 de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias de Canarias que, en su artículo 28, reconoce la figura de la Comunicación previa, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 4 de mayo de 2016 llega a concluir que no se trata de perjudicar al interesado por un cambio legislativo por culpa de la tardía resolución administrativa y considera acertada la anulación de la resolución sancionadora recurrida por ejercicio de una actividad sin la preceptiva licencia de funcionamiento, con base en el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable que considera aplicable cuando la ley más favorable adquiere vigencia estando en fase judicial, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo.

3. Resurgimiento de Comunicaciones y Declaraciones Responsables con motivo de la COVID-19

La situación provocada por la actual pandemia mundial con motivo de la COVID-19, merece una mención aparte. Algunas Administraciones Públicas territoriales están tramitando normas con el fin de sustituir toda licencia relativa al establecimiento de una actividad por una comunicación o declaración responsable. La intención viene siendo acelerar el procedimiento de apertura de actividades o el inicio de posibles obras, con el fin de revitalizar en lo posible la economía y paliar, así, las graves consecuencias económicas que se están sufriendo por el cierre de actividades no esenciales o de hostelería.

2016 (TSJICAN:2016:1124). Asimismo, entre otras, las SSTSJ de Canarias de 21 de octubre de 2010, 3 de diciembre de 2010, 7 de diciembre de 2010, 21 de enero de 2011, 27 de julio de 2012, 28 de febrero de 2013 o 9 de julio de 2013 (TSJICAN:2013:2986).

⁵⁹ STSJ, de Santa Cruz de Tenerife, de 4 de mayo de 2016, citada en la nota al pie anterior, Fundamento Jurídico 2.º.

Podemos destacar el caso la comunidad andaluza, que cuenta con un Anteproyecto de Ley de Impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía cuya tramitación ha sido acordada por la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio el 14 de mayo de 2020. Atendiendo a este documento, es objeto de comunicación el cambio de titularidad de una licencia o declaración responsable, el inicio de obras o las prórrogas de éstas⁶⁰. Por su parte, resumidamente están sujetos a declaración responsable la primera ocupación de una edificación nueva terminada, la realización de obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica u otro tipo de obras o cambios de uso cuando no se contemple una actuación de transformación urbanística⁶¹; el resto de cuestiones exigirán la solicitud de una licencia⁶² con motivo de su mayor impacto posible.

Es de destacar los apartados 4 y 5 del art. 140 ya que se refieren a los motivos que imposibilitan continuar con la actuación objeto de declaración responsable o de comunicación, concretando todavía más los motivos que ya recogía el artículo 69.4 de la LPACAP. De hecho, no sólo se encuentran entre estas razones la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial, sino también la no presentación de la documentación requerida, la inobservancia de los requisitos normativos o el incumplimiento de los mismos⁶³. Es más, se aclara que la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial podrá tener lugar en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable; podríamos preguntarnos aquí si éste sería el supuesto de la ausencia de concreción del domicilio a efecto de notificaciones de la persona física firmante del documento, si bien no parece lo lógico si tenemos en cuenta la coetilla del “carácter esencial” (a modo de ejemplo, la ausencia de concreción del lugar de realización de la obra o actividad). Por otro lado, también debe destacarse la posibilidad regulada de pedir prórroga de los plazos de la declaración responsable cuando se refiere a actuaciones sin vigencia indefinida (tales

60 Art. 140.6 del Anteproyecto de Ley de Impulso para la sostenibilidad del territorio, disponible en https://www.juntadeandalucia.es/export/drupal/jda/normativa_en_elaboracion/20/05/200518_LIS-TA_Borrador%201.pdf.

61 Art. 140.1.

62 Art. 139.1.

63 Incluso, en este último supuesto del incumplimiento de los presupuestos se exige que la Administración adopte las medidas necesarias para el cese en un plazo de seis meses; de manera que, en caso contrario, se penaliza a ésta con la posibilidad de exigirle responsabilidad “de los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros de buena fe por la omisión de tales medidas” (art. 140.5.d).

como una obra) y de declarar la caducidad del documento en caso de finalización de los mismos⁶⁴.

De lo que no cabe duda es de que dichas opciones de declaración responsable, comunicación o licencia, según la clasificación aquí detallada, se encuentra dentro del ámbito de la Directiva Bolkestein y de sus exigencias: así, la autorización previa exigida en los supuestos aquí definidos por exclusión (aquellos para los que no se exija declaración responsable, ni comunicación) no es discriminatoria, está justificada por una razón imperiosa de interés general (el urbanismo) y su objetivo no puede obtenerse mediante una medida menos restrictiva⁶⁵. A su vez se cumplen el resto de requisitos de los artículos 10 a 15 de dicha norma europea: los criterios para su concesión son objetivos, claros y transparentes o la duración en los casos de obras (que no del establecimiento o apertura) está limitada previa con motivo de una razón imperiosa de interés general (el urbanismo nuevamente).

Por otra parte, la Comunidad de Madrid ha dado nuevo impulso y ha aprobado la reciente Ley 1/2020, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística. Queda claro que esta norma busca transponer el cumplimiento de la Directiva objeto del presente trabajo y dar cumplimiento a la normativa estatal básica en “en el ámbito de las actividades de uso del suelo y edificación” ya que así se indica en la Exposición de Motivos⁶⁶. Pero, además, la madrileña se autodefine como una decisión “de política económica y sectorial con el objetivo de evitar una mayor desaceleración” de la economía con motivo del “pronóstico económico esperado para este año 2020 así como para los próximos ejercicios, [que] señala un claro

64 La caducidad ha sido, de hecho, motivo de discusión doctrinal. En contra se han mostrado autores como F.J. GRACIA, “El uso de las Declaraciones Responsables para simular el cumplimiento de la legalidad urbanística”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10, 2018, p. 89. Mientras que a favor se han alineado juristas como M. REBOLLO, *op. cit.*, p. 27.

65 Art. 9 de la Directiva 2006/123/CE.

66 En concreto, se afirma que resulta imprescindible actualizar la intervención administrativa en el ámbito de las actividades de uso del suelo y edificación “para afrontar con eficacia y eficiencia los nuevos retos del siglo XXI, adaptándolo a la senda marcada por la legislación estatal básica descrita, que reconduce la utilización de la técnica autorizatoria previa a los supuestos en los que así lo exijan los mencionados principios de necesidad y proporcionalidad, lo que supone la reducción de gran número de licencias urbanísticas existentes en la actualidad y su sustitución por un sistema de intervención administrativa posterior a través de las declaraciones responsables”. La Ley 1/2020 ha sido publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 15 de octubre de 2020.

deterioro de los indicadores tanto macroeconómicos como sectoriales y de empleo, a raíz de la crisis sanitaria provocada por el virus COVID-19⁶⁷.

Esta Ley 1/2020 realiza una triple clasificación. Por un lado, sujeta a licencia urbanística actuaciones tales como movimientos de tierras, actos de edificación, talas de árboles, ubicación de casas prefabricadas, o las obras y usos provisionales⁶⁸, entre otras. Por otro lado, exime de todo título habilitante urbanístico las obras públicas excluidas por la legislación sectorial, las obras de urbanización amparadas en los correspondientes proyectos aprobados, actos de modificación de fincas incluidos en proyectos de reparcelación aprobados, actuaciones objeto de órdenes de ejecución, actos municipales dentro de su propio término o aquellos otros de menor entidad (sería el caso del pintado de un local, reparaciones puntuales de una cubierta, limpieza de un solar u otras análogas)⁶⁹. El resto de actuaciones no incursas en una, ni en otra opción precisará de la presentación de la denominada “declaración responsable urbanística”; así sucede, a modo de ejemplo, con las obras de edificación de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que se desarrollen en una sola planta y no planteen un uso residencial ni público, la primera ocupación de edificaciones, cualquier cuestión dentro del ámbito de la Ley 2/2012 de dinamización de la actividad comercial, el cambio de uso de edificaciones que no supongan alteración de su uso característico o la demolición de inmuebles no objeto de protección ambiental, histórica o artística, total o parcial⁷⁰.

Como aportaciones interesantes de esta reciente norma, debemos destacar que se ha concretado que, ante un supuesto de inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial de cualquier dato o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable, se dictará una resolución administrativa declarando el cese del ejercicio del derecho (cese de actividad, paralización de obra); además podrá este mismo acto administrativo determinar la obligación de restituir la situación jurídica al momento anterior, siguiendo el correspondiente procedimiento de restauración

67 Exposición de Motivos de la 1/2020, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística (en adelante, Ley 1/2020). Según esta, al eliminarse cargas administrativas innecesarias, por un lado, las empresas ganarán competitividad y productividad, favoreciendo su supervivencia y evitando la destrucción de empleo, y, por otro lado, la Administración Pública que interviene en estos procesos verá mejorada su eficiencia.

68 Art. 4 de la 1/2020, que modifica el artículo 152 de la mencionada Ley 9/2001.

69 Art. 12 de la antedicha Ley 1/2020 que modifica el artículo 160 de la citada Ley 9/2001.

70 Art. 7 de la Ley 1/2020, que modifica el artículo 155 de la meritada Ley 9/2001.

de la legalidad urbanística⁷¹. Igual que con la norma andaluza antes analizada, la madrileña también reconoce expresamente la posibilidad de prórroga⁷² y de caducidad de una declaración responsable urbanística, previa audiencia de la persona interesada⁷³. Pero una de las cuestiones realmente novedosas de esta ley es el mandato a los Ayuntamientos de regular mediante ordenanza el procedimiento de comprobación posterior de esta declaración responsable y la fijación de la misma tramitación, en defecto de dicha regulación municipal: con su posibilidad de requerir subsanación de deficiencias en los datos o documentos aportados o audiencia previa a ordenar la paralización de las actuaciones declaradas en el caso de incumplimientos o defectos esenciales no susceptibles de subsanación⁷⁴.

Pero, sin duda y aunque sea menos reciente que la norma madrileña, la más elocuente en cuanto al objeto de este epígrafe es la regulación aprobada por el Gobierno de las Illes Balears con el nombre de “Decreto-ley 8/2020, de 13 de mayo de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19”. Como se recoge en su Exposición de Motivos, es de vital importancia adoptar medidas valientes que estimulen la economía ya que “[a]ctualmente, la lucha contra los efectos de la COVID-19 está poniendo de relieve una intensa actividad de los poderes públicos para contener y mitigar los efectos de la pandemia. Y estas restricciones de movilidad han causado al mismo tiempo que se haya parado buena parte de la actividad económica y laboral”.

Si bien su artículo 3 resulta escasamente innovador al prever que los mecanismos de intervención administrativa alternativos a la licencia para el ejercicio de la actividad económica son la declaración responsable y la comunicación previa (sin concretar los supuestos concretos) e, incluso, manteniendo el apelativo de “previa” de la comunicación (adjetivo calificativo que ya había desaparecido en la LPACAP), sí es relevante en su artículo 5. De conformidad con este último precepto, se exige por regla general declaración responsable para la realización de los actos que se ejecuten en edificaciones o instalaciones en suelo urbano que sean conformes con la ordenación urbanística, sustituyendo expresamente y con carácter excepcional la anterior exigencia de licencia⁷⁵. Ahora bien, existen excepciones

71 Art. 9 de la Ley 1/2020, que modifica el artículo 157.7 de la Ley 9/2001.

72 Art. 158.3 de la Ley 9/2001, modificado por el art. 10 de la Ley 1/2020.

73 Art. 158.4 de la Ley 9/2001, modificado por el art. 10 de la Ley 1/2020.

74 Art. 11 de la Ley 1/2020, que modifica el artículo 159 de la Ley 9/2001.

75 Expresamente afirma este art. 5.1 que “Se pueden acoger al régimen excepcional de declara-

tales como las obras que cualquier norma sectorial estatal someta a autorización previa, actuaciones en la zona de servidumbre de protección de costa, en edificios fuera de ordenación u objeto de interés cultural o catalogados, la demolición total de construcciones, u obras de reforma integral que no mejoren la eficiencia energética de las construcciones e instalaciones afectadas, ni incorporen mecanismos de ahorro de agua⁷⁶.

Esta norma balear presenta varios aspectos novedosos. A modo de ejemplo, se exige que la declaración responsable se presente con una antelación mínima de quince días naturales respecto a la fecha en que se desee iniciar la actuación objeto de su presentación; es decir, ya no podrá comenzarse desde ese mismo momento⁷⁷. Por su parte, a diferencia de las anteriormente tratadas en este epígrafe, este Decreto-ley 8/2020 no contempla la caducidad de la declaración responsable, sino que simplemente indica que, al transcurrir el plazo para su ejecución (un máximo de cuatro meses, en este caso, desde su presentación), “pierde la vigencia y es necesario presentar una nueva, siempre que sea antes del 31 de diciembre de 2021, o solicitar y obtener una licencia urbanística, si es a partir del 1 de enero de 2022”⁷⁸. En cambio, no observamos diferencia alguna en la posibilidad de prórroga ya que aquí también se prevé esta posibilidad, “en los mismos términos previstos para las licencias”⁷⁹. Similar también es la regulación ante posibles incumplimientos, si bien sería deseable una mejor concreción del mismo; en concreto, se establece la suspensión de la actuación declarada, previa audiencia, ante la falsedad o inexactitud de lo presentado, “sin perjuicio de que, si corresponde, se pueda incoar un procedimiento de subsanación de deficiencias o, en su caso, sancionador”⁸⁰. Incluso, se establece la obligación para la Administración de emitir resolución declarando la imposibilidad para el administrado/a de continuar con ese acto en caso de inexactitud, falsedad

ción responsable previsto en este artículo los actos sujetos a licencia urbanística según el artículo 146 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Illes Balears”. El antedicho Decreto-ley 8/2020 ha sido publicado en el Boletín Oficial de las Illes Balears de 15 de mayo de 2020.

76 Arts. 5, apartados 2 y 3, del Decreto-ley 8/2020.

77 Art. 5.5, segundo párrafo, del Decreto-ley 8/2020.

78 Art. 5.5, tercer párrafo, del Decreto-ley 8/2020.

79 Art. 5.5, párrafo cuarto, del Decreto-ley 8/2020. Llama la atención en este punto el apartado 12 de este mismo precepto ya que fija un límite de una declaración responsable por edificación o vivienda cada seis meses; esto supone que, si perdiese la vigencia la presentada por transcurso del plazo inicialmente previsto, no se podría volver a presentar nueva declaración responsable.

80 Art. 5.8 del Decreto-ley 8/2020. Este mismo precepto excluye la necesidad de audiencia previa cuando haya riesgo para las personas o las cosas.

u omisión de carácter esencial, no presentación de la correspondiente declaración responsable o inobservancia de los requisitos normativos⁸¹.

Puede deducirse de lo planteado que esta sustitución de licencias por declaraciones responsables se encuentra dentro del ámbito de la Directiva de servicios y de sus exigencias ya que se ha eliminado el requisito de obtener autorización previa. Ahora bien, llama la atención que, si es posible permitir ese tipo de actuaciones sin esta necesidad de licencia; es decir, si existe una medida menos restrictiva (en este caso, permitiendo la presentación de una declaración responsable), por qué no se generaliza y se mantiene en el tiempo esa posibilidad que la norma balear aquí analizada plantea con carácter excepcional y hasta el 1 de enero de 2022.

IV. BREVE REFERENCIA A OTROS CASOS EUROPEOS DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: UTILIZANDO EL DERECHO COMPARADO COMO EJEMPLO

1. El caso de Italia

Si bien Italia traspuso parcialmente la Directiva de servicios por medio del artículo 38 del Decreto Legislativo núm. 112, de 25 de junio de 2008⁸², en lo que respecta al presente trabajo destacaremos la modificación del artículo 19 de la Ley núm. 241/1990, de 7 de agosto, realizada por el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Ley núm. 69/2009, de 18 de junio⁸³. Atendiendo a este último precepto, en su versión actualizada, en caso de que se desee ejercer una actividad de producción de bienes y servicios o la prestación de cualquier servicio dentro del ámbito de la Directiva Bolkestein, para la cual se debe presentar una declaración de inicio de actividad ("*dichiarazione di inizio attività*"), ésta podrá iniciarse a partir de la fecha de su presentación ante la Administración competente. Tras ello, esta última dispondrá de un plazo de treinta días para adoptar, en su caso, medidas cautelares y/o de restauración de la legalidad urbanística.

Ahora bien, el artículo 19 de la Ley núm. 241/1990 aquí citado sufre con posterioridad una nueva modificación por parte del artículo 49.4-bis de la Ley núm.

81 Art. 5.9 del Decreto-ley 8/2020.

82 Decreto Legislativo publicado en la Gazzetta Ufficiale de 25 de junio de 2008.

83 Ley núm. 69, de 18 de junio de 2009, "Disposizioni per lo sviluppo económico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile", publicada en la Gazzetta Ufficiale de 19 de junio de 2009.

122/2010, de 30 de julio⁸⁴. De conformidad con este último, en caso de que se desee ejercer este tipo de actividad se debe presentar un informe con una señalización de certificado de comienzo de actividad (*segnalazione certificata di inizio attività*) y resto de la documentación indicada en dicho precepto, todo ello salvo posibles riesgos ambientales, paisajísticos o culturales, entre otros. La actividad podrá iniciarse a partir de la fecha de presentación de la citada señalización a la Administración competente; esta última dispondrá de un plazo de sesenta días a contar desde la recepción de la señalización para adoptar, en su caso, medidas cautelares y/o de restauración de la legalidad urbanística. Se exceptiona el supuesto en que, en la medida de lo posible, quien promueva esa actuación se asegure de que la misma y sus efectos cumplen con la legislación vigente en el plazo fijado por la Administración (en ningún caso, menor de treinta días). Incluso, en caso de declaraciones falsas, se podrán imponer sanciones penales (*reclusione da uno a tre anni*)⁸⁵. Sin embargo, una vez haya transcurrido el plazo para la intervención administrativa antes señalado, ésta únicamente podrá actuar con motivo de daño al patrimonio artístico y cultural, al medio ambiente, a la salud, a la seguridad pública o a la defensa nacional, siempre justificando la imposibilidad de su protección ajustando la actividad de ese/a particular a la legislación vigente. Se ha de alabar, el claro procedimiento fijado por Italia, si bien debemos criticar la brevedad del plazo de la Administración para actuar en caso de documentación incorrecta.

Realmente la adaptación total se realizó mediante el Decreto Legislativo núm. 59, de 26 de marzo de 2010, precisamente denominado *Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*⁸⁶. En relación al establecimiento de actividades, destacamos el artículo 1 aplicable a toda actividad económica de carácter emprendedor o profesional, realizada sin vínculo de subordinación y destinada al intercambio de bienes o al suministro de otros servicios, incluidos los intelectuales⁸⁷; todo ello con excepciones como las relativas al ejercicio del poder público, la disciplina fiscal o los servicios sociales (arts. 2 a 7).

84 Dicha ley, denominada “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”, está publicada en la Gazzetta Ufficiale de 30 de julio de 2010.

85 Art. 19.6 de la Ley núm. 241/1990, de 7 de agosto, según el tenor literal del artículo 48.4-bis de la Ley núm. 122/2010, de 30 de julio.

86 Publicado en la Gazzetta Ufficiale de 23 de abril de 2010.

87 Artículo 1.1 del Decreto Legislativo de 26 de marzo de 2010. Para mayor concreción en la definición de servicio, iremos a su artículo 8.1.a).

Tras describir ciertas reglas relativas a los requisitos para el acceso o ejercicio de una actividad de servicio (prohibidos, motivo imperioso de interés general o condiciones para el mantenimiento de las autorizaciones)⁸⁸, el artículo 17 regula cláusulas generales relativas al procedimiento de concesión de las autorizaciones, prácticamente, transcribiendo el artículo 13 de la Directiva Bolkestein: respuesta expresa, contenido de la notificación a realizar tras la solicitud (plazo de resolución, recurso y régimen de silencio). La novedad reside en la exigencia de respuesta vía email en caso de solicitud presentada por vía telemática⁸⁹. En caso de resolución favorable, se obtiene una autorización que habilita para el ejercicio de la actividad en el territorio italiano; se justificará por una razón imperiosa de interés general la necesidad de obtención de una autorización específica para cada establecimiento⁹⁰. Por supuesto, se permite a la autoridad competente la verificación periódica del mantenimiento de las condiciones por las cuales fue concedida la autorización; de manera que, en caso de decaimiento de las mismas, se procederá a su caducidad, suspensión o revocación⁹¹.

La otra opción de procedimiento la observamos en los artículos 19 a 24 del Decreto Legislativo núm. 59 aquí citado: régimen de libre prestación de servicios, aplicable a actividades como el suministro de alimentos y bebidas al público, actividad de agente de comercio o lavandería, entre otras. Como mencionan estos autores, dichas actividades comenzarán una vez presenten la declaración o notificación de inicio de actividad (*denuncia di inizio di attività*). Como sucede en nuestro caso, también en Italia han surgido dificultades interpretativas al respecto atendiendo a la posible responsabilidad por “comunicaciones” falsas de cumplimiento de la legislación vigente o atendiendo a la posible protección de terceras personas que no dispondrían de un acto administrativo que impugnar, al contrario de lo que sucede con las autorizaciones administrativas.

Una solución a la última cuestión la observamos en la jurisprudencia italiana que propone la posibilidad de que esas terceras personas soliciten la intervención sancionadora o restauradora de la Administración Pública; en este sentido se expresa la sentencia núm. 4558, de 4 de mayo de 2010⁹². Esta misma resolución judicial defiende que el transcurso del plazo sin intervención administrativa supone una especie de consentimiento tácito (*la formazione di un'autorizzazione implicita*

88 Arts. 10 a 16 del Decreto Legislativo núm. 59.

89 Art. 17.5 del Decreto Legislativo núm. 59.

90 Art. 18.1 del Decreto Legislativo núm. 59.

91 Art. 18.3 del Decreto Legislativo núm. 59.

92 Sentencia citada en M.A. SANDULLI y G. TERRACCIANO, “La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 2010, p. 67.

di natura provvedimento); en ese caso este/a tercero/a disfrutaría de la opción de impugnación dentro del plazo general de interposición de los recursos ordinarios, sesenta días desde la notificación del perfeccionamiento de la declaración de inicio de actividad o desde que haya tenido conocimiento de la misma. Otros pronunciamientos como la sentencia núm. 2139, de 15 de abril de 2010, defienden el recurso a la autoridad judicial como medio de protección de terceras personas ya que se obliga a la Administración a actuar y ejecutar sus mandatos, ordenando la interrupción de la actividad que incumple las condiciones normativas y la posible restauración de la legalidad urbanística, todo ello independientemente del plazo perentorio de actuación administrativa. En cuanto a esta resolución citada de abril de 2010 destacaremos también que ha declarado que no es aceptable la calificación de la declaración de inicio de actividad como acto generador de un procedimiento implícito, sino como instrumento para la liberalización de las actividades económicas privadas ante el que ya no se precisa que se emita un título provisional de legitimidad.

Por último, del caso italiano podemos destacar que, al igual que en España, diversas regiones italianas han ido aprobando sus propias normas de transposición a la Directiva 2006/123/CE. Así, a modo de ejemplo, indicamos la Ley núm. 15/2010, de 16 de febrero, de la Región de Umbria, literalmente denominada *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti allá Regione Umbria dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea Attuazione della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12.12.2006 relativa ai servizi nel mercato interno*.

2. La trasposición de la Directiva 2006/123/CE en Portugal en relación con la libertad de establecimiento

Como cuestión previa, debe destacarse de Portugal su apuesta por la modernización y simplificación de la Administración de forma transversal con el establecimiento de objetivos concretos y la previsión de diversas medidas para ello, con plazos de ejecución definidos a través de los denominados “Programas SIMPLEX”. Estos programas, aprobados desde 2006 y con una duración anual, pretenden facilitar la vida de la ciudadanía y de las empresas en sus relaciones con la Administración y, simultáneamente, contribuir a aumentar la eficiencia interna de los servicios públicos. Si bien hemos afirmado que marcan pautas transversales de carácter general, no podemos olvidarnos de citar en estos momentos la existencia de otros programas “SIMPLEX” de carácter sectorial, relativos a materias concretas; es el caso del “Simplex Mar” sobre actividades marítimo-portuarias.

En lo que respecta a nuestra materia objeto de trabajo destacamos el tercer programa relativo a los servicios públicos, que persigue desarrollar un nuevo modelo de prestación de los mismos, multicanal⁹³. Además, debemos hacer referencia especialmente al programa “SIMPLEX 2010”, que busca desburocratizar los procesos de licencias, como una medida más de simplificación administrativa y de dar cumplimiento a la Directiva 2006/123/CE; de hecho, se afirma que la ventanilla única exigida por dicha norma se encuentra disponible en el *Catálogo de Licenças del Portal da Empresa*⁹⁴.

Tras más de diez años desde la aprobación del primer programa “Simplex”, se realizó una participación pública amplia (*Decorridos 4 meses, 10.000 kms depois, com 2.000 pessoas ouvidas e 1.400 participações recebidas*⁹⁵) y se aprobó el denominado “Simplex+2016”. Éste propone diecisiete medidas destinadas a simplificar el régimen de acceso a diversas autorizaciones, como es el caso del ejercicio de la actividad de joyería, de instalaciones eléctricas, o de instalación de gas en edificios, entre otras⁹⁶. Más allá parece dirigirse el programa “Simplex2017+” que, entre otras medidas, busca implementar un proyecto piloto en 13 municipios de la *Comunidade Intermunicipal do Médio Tejo* para armonizar procedimientos municipales en las áreas de urbanismo, de contratación pública y de licencias y regulación municipal, así como ocho medidas concretas con el objetivo de simplificar y reducir los procedimientos administrativos inherentes a espectáculos públicos o infraestructuras, entre otras⁹⁷. Por último, en lo que respecta a estos programas, afirmaremos que, si bien

93 De este programa destacamos, no solo el interés por las “Lojas do Cidadão” (oficinas de atención a la ciudadanía), sino especialmente de los portales “do Cidadão” y “da Empresa”. Una de las medidas fue la exigencia del artículo 28.1 de la Ley Orgánica del XVIII Gobierno Constitucional, aprobada por Decreto-Ley núm. 321/2009, de 11 de diciembre, de que todos los servicios de la Administración Pública y de las empresas públicas dependientes fuesen accesibles a través de una de estas dos vías de acceso online (norma publicada en el *Diário da República* de 11 de diciembre de 2009).

94 En el “Portal da Empresa” accedemos al catálogo de licencias con información relativa a autorizaciones a través de la búsqueda por tipo de actividad, de acontecimiento o de licencia, y con los contactos necesarios para su obtención. En mayo de 2011 debía ejecutarse el Subprograma “Licenzamento zero” dentro del “Simplex 2010”, Según M. MORA, “La simplificación administrativa en el Derecho comparado: el ejemplo de Portugal. Elementos exportables para una construcción sistemática del procedimiento administrativo desde la simplificación”, *Revista Vasca de Administração Pública*, núm. 97, 2013, p. 367.

95 Página 6 del análisis sobre el programa “Simplex+2016” accesible en el siguiente enlace <https://simplex.gov.pt/simplexmais/app/files/332c67abd4420decd48c1c6429667a35.pdf>.

96 Páginas 76 a 84 del análisis sobre el programa “Simplex+2016”.

97 Pp. 12, 62 a 65 y 142 y 143, todas ellas del análisis sobre el programa “Simplex+2017” accesible en el siguiente enlace <https://simplex.gov.pt/simplexmais/app/files/967ff098fcc6a0f72d2af69cfa-b39e70.pdf>.

consta aprobado el “Simplex+2019”, éste se refiere a materias emergentes tales como inteligencia artificial o blockchain, con lo que no entraremos en él.

Por otro lado, si bien hemos mencionado el carácter precursor de los programas “Simplex”, debemos decir, en cambio, que la norma de transposición de la Directiva de servicios sufrió cierto retraso; en concreto, ha tenido lugar mediante el Decreto-Ley núm. 92/2010, de 26 de julio⁹⁸. En lo que respecta al ámbito material de este trabajo, nos interesa fijarnos en los artículos 1 a 30 de dicha norma. En concreto, el artículo 3 de ésta defiende su aplicación a las actividades de servicios que se realicen mediante contraprestación económica o sean ofrecidos o prestados en el territorio nacional, descritos en el Anexo de la norma (así, agencias de viaje, autoescuelas o bares); seguidamente constan excepciones similares a las de los otros países aquí examinados (los prestados por entidades en el ejercicio de la autoridad pública)⁹⁹. Su realización y el establecimiento de oficinas, sucursales, filiales o agencias será libre en todo el territorio nacional, sin necesidad de exigirse permiso administrativo o comunicación previa (*comunicação previa*), salvo en los supuestos así establecidos en la misma norma¹⁰⁰.

Tras diversos preceptos propios de los objetivos de simplificación y desburocratización administrativas, llegamos al artículo 8 sobre permisos administrativos, estableciendo su exigibilidad cuando esa actividad no pueda ser prestada libremente a través de una mera comunicación previa, se requiera licencia, autorización, validación, autenticación, certificación o un acto emitido con posterioridad a la comunicación previa. Lo curioso del caso portugués es la diferencia entre *comunicação previa com prazo* y *mera comunicação previa*; de manera que en la primera estamos ante una declaración efectuada por quien preste el servicio que permite el inicio de la actividad cuando la Administración Pública no se pronuncia después de transcurrido un plazo determinado, mientras que en la segunda el ejercicio comenzará inmediatamente después de la presentación de la comunicación¹⁰¹. Ahora bien, aunque en nuestro caso no se diferencien nominativamente estos supuestos, sabemos que sí tenemos comunicaciones/declaraciones responsables demoradas y otras con efecto inmediato, según la previsión legal en cada caso.

Con posterioridad al análisis de condiciones y requisitos de las autorizaciones¹⁰², el artículo 16 establece la regla general de la duración indeterminada de los

98 Publicado en el Diário da República de 26 de julio de 2010.

99 Art. 3.3 del Decreto-Ley núm. 92/2010, de 26 de julio. Además, tenemos excepciones a la libre prestación de servicios en el artículo 12 de la misma norma.

100 Art. 4 del Decreto-Ley núm. 92/2010.

101 Art. 8.2 del Decreto-Ley núm. 92/2010.

102 Art. 8.3 a 15 del Decreto-Ley núm. 92/2010.

permisos administrativos; por supuesto, existen excepciones al respecto, como viene siendo habitual en las normas de transposición de la Directiva Bolkestein (plazos concretos en caso de suponer el uso de recursos limitados, ...). Nuevamente observamos aquí la referencia a la caducidad de las autorizaciones cuando dejen de cumplirse los presupuestos de los que depende su concesión, si bien ésta deberá ser declarada expresamente por la Administración; además, se impone a quien preste el servicio el deber de informar a la autoridad administrativa de dichas alteraciones¹⁰³.

Por su parte, el 1 de abril de 2011 se aprobó el Decreto-Ley núm. 48/2011¹⁰⁴ en el marco de la iniciativa *Licenciamento zero*, destinada a reducir las cargas administrativas sobre la ciudadanía y las empresas mediante la eliminación de licencias, autorizaciones, validaciones, actos emitidos seguido a las comunicaciones previas y otros actos permisivos; al mismo tiempo, se afirma un refuerzo del control sobre esas actividades que ven eliminadas este régimen de permiso previo¹⁰⁵. Existen distintas opciones. Por un lado, el régimen de mera comunicación previa de instalación y de modificación del establecimiento se aplica a los locales de bebidas o comercios descritos en las listas A) a E) del Anexo I de esta norma; como ya sabemos, en estos casos vale con la presentación de los datos señalados para poder comenzar la actividad o modificar la misma, siendo el cierre del local también de obligada comunicación a la Administración en el plazo máximo de 60 días¹⁰⁶. Por otro lado, el régimen de comunicación previa con plazo es exigible a las actividades de las listas F o G del Anexo I de la misma norma, a las actividades antes señaladas (de las listas A) a E)) cuando dependen de la dispensa previa de requisitos normativos aplicables a sus instalaciones, equipamientos o funcionamiento, y los servicios de restauración o dispensa de bebidas con carácter no sedentario descritos en el artículo 6; en este caso, se podrá proceder al inicio una vez transcurra el plazo de 20 días desde la presentación de la comunicación sin pronunciamiento administrativo o cuando la Administración emita orden de aplazamiento¹⁰⁷.

103 Art. 18 del Decreto-Ley núm. 92/2010.

104 Publicada en el Diário da República de 1 de abril de 2011.

105 Art. 1 del Decreto-Ley núm. 48/2011, de 1 de abril.

106 Art. 4.6 del Decreto-Ley núm. 48/2011. El mismo plazo de 60 días rige para comunicar la existencia de cualquier modificación de la actividad (art. 4.4).

107 Art. 5, apartados 1 y 2, del Decreto-Ley núm. 48/2011. La excepción viene prevista para los servicios de restauración o dispensa de bebidas en unidades móviles o semimóviles localizadas en espacios públicos o privados de acceso público, en cuyo caso, el plazo para el pronunciamiento de la Administración es de cinco días (art. 6.2).

V. BIBLIOGRAFÍA

- J.M. BAÑO, “Derecho al procedimiento en la relación administrativa multipolar (los derechos fundamentales como límite a la renuncia del legislador al control previo de actuaciones)”, *REDA*, núm. 189, 2018, pp. 47-64.
- D. BERBEROFF, “La Directiva 2006/123/CE y su contexto”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 2010, pp. 17-46.
- N. BLÁZQUEZ, “El nuevo urbanismo comercial trazado por la Unión Europea”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 1, pp. 79-87.
- A. CANTARO, “El trabajo en la Constitución Europea. De Tocqueville a Bolkestein”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, pp. 31-64.
- T. DE JESÚS, “El régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios: ¿Hacia un nuevo Derecho Administrativo?”, en *Círculo de Empresarios, Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, 2009, pp. 405-432.
- T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “Libertad de establecimiento y de Servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?”, *REDA*, núm. 146, 2010, pp. 221-263.
- S. DE LA SIERRA, “El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos: una plasmación de las mutaciones de la Constitución Económica Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 2010, pp. 209-248.
- B. DE WITTE, “Setting the scene: How did Services get to *Bolkestein* and Why?”, *European University Institute Working Papers*, núm. 20, 2007, pp. 1-11.
- L. ESCAJEDO, “La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2009, pp. 225-254.
- F. ESTEVE, “Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de servicios”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, pp. 21-56.
- T.R. FERNÁNDEZ, “Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo”, *REDE*, núm. 22, 2007, pp. 189-197.
- J.F. GRANADOS, “Las licencias urbanísticas y los títulos habilitantes para el ejercicio de actividades”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, pp. 204-236.
- V. HATZOPOULOS, “Que reste-t-il de la directive sur les services?”, *Cahiers de droit européen*, núm. 3-4, vol. 43, 2007, pp. 1-37.
- R. JIMÉNEZ, “El impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el Derecho local”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 2010, pp. 121-157.

- S. MANGIAMELI, “La liberalización de los servicios en la Unión Europea”, *ReDCE*, núm. 8, 2007, pp. 75-93.
- V. MERINO, “La Directiva de Servicios en clave municipal”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, 2011, pp. 87-106.
- R. MOMBERG, “Análisis crítico del proceso de armonización del Derecho contractual en la Unión Europea”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, núm. 1, vol. 22, 2009, pp. 9-33.
- M. MORA, “La simplificación administrativa en el Derecho comparado: el ejemplo de Portugal. Elementos exportables para una construcción sistemática del procedimiento administrativo desde la simplificación”, *RVAP*, núm. 97, 2013, pp. 349-378.
- P. MORENO, “La supresión de licencia administrativa con relación a determinadas actividades comerciales y de servicios, comentario de la Ley 12/2012 (parte I)”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34, 2013.
- E. MOREU, “La Administración ‘neopolicial’. Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 2010, pp. 249-295.
- S. MUÑOZ, “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, en *Círculo de Empresarios, Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, 2009, pp. 297-326.
- D. ORDÓÑEZ, “Licencias, sanciones y tasas bajo sospechas: las ordenanzas municipales y la Directiva de servicios”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, 2011, pp. 715-727.
- M.D. ORTIZ, “El principio de mutuo reconocimiento en el ámbito de la UE y los límites a la libre circulación ¿Mecanismo conciliador en tiempos revueltos?”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, vol. II, 2015, pp. 177-197.
- M. REBOLLO, “De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables”, *REALA*, núm. 11, 2019, pp. 6-28.
- A.S. RODRÍGUEZ, *et al.*, “The European directive of services: Bolkestein directive”, *Science Direct*, 2017, pp. 1.421-1.425.
- M.A. SANDULLI et G. TERRACCIANO, “La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 2010, pp. 47-80.
- J.M. SOCIAS, “El nuevo modelo de intervención administrativa en el ámbito local”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42, 2013, pp. 207-240.
- F.L. VILLALBA, “Nuevo marco jurídico para la gestión pública local”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 2010, pp. 159-206.

- H. VILLAREJO, “Balance de una década de regulación de los grandes establecimientos comerciales en España. A decade of retail regulation in Spain”, *Ciudades 10*, 2007, pp. 39-66.

Resumen

Este artículo analiza brevemente la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios del mercado interior en relación especialmente a la libertad de establecimiento, además del procedimiento de transposición de dicha directiva tanto en España, como en otros países europeos cercanos. Se incluye análisis de la jurisprudencia europea relevante al respecto. La finalidad es poner a nuestra disposición estas normas con el fin de conocer dónde acudir a la hora de poder buscar en el Derecho comparado y la jurisprudencia posibles soluciones a las dudas que se nos plantean en la práctica con las técnicas de control ex post al instalarse un local o actividad. Asimismo, se citan algunas de las normas más recientes que han dado nuevo impulso a las comunicaciones y declaraciones responsables con motivo de la situación provocada por la COVID-19.

Palabras clave

Directiva Bolkestein; transposición; COVID-19; control a posteriori.

Abstract

This article briefly analyzes Directive 2006/123 / EC on internal market services, especially in relation to freedom of establishment, as well as the procedure for transposing said directive both in Spain and in other nearby European countries. Analysis of relevant European jurisprudence in this regard is included. The purpose is to make these rules available to us in order to know where to turn when looking at comparative law and jurisprudence for possible solutions to the doubts that arise in practice with ex post control techniques when settling in a venue or activity. It also cites some of the most recent regulations that have given new impetus to responsible communications and statements due to the situation caused by COVID-19.

Keywords

Bolkestein Directive; transposition; COVID-19; post control.

Recibido: 4 de octubre de 2020
Aceptado: 4 de septiembre de 2020



Perfiles/Noticias



MEMORIA DE JÖRG LUTHER (1959-2020)*

A memory of Jörg Luther

PETER HÄBERLE

*Profesor emérito de Derecho constitucional. Forschungsstelle für
Europäisches Verfassungsrecht. Universidad de Bayreuth (Alemania)*

El 3 de marzo de 2020 nos dejó Jörg Luther, en Turín, tras una breve y grave enfermedad. Me había llamado anteriormente por teléfono, pero no me expresó con suficiente claridad la gravedad de la situación. El profesor F. Balaguer pudo visitarlo antes de su muerte en Turín y mantener una amplia conversación con él. La noticia de su muerte conmovió profundamente a nuestro círculo académico de amigos en todo el mundo. Desde entonces, se han publicado en su honor, tanto en España como en Brasil, dos ricos y también emotivos volúmenes conmemorativos como Libro Homenaje a Jörg Luther: *Derechos Fundamentales, Desarrollo y Crisis del Constitucionalismo Multinivel* (2020) y *Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinivel* (2020). Los hemos editado, entre otros, F. Balaguer, I. Sarlet y yo mismo. Especialmente conmovedor es el Capítulo “Perfiles de Jörg Luther” con aportaciones, entre otros, de G. Zagrebelsky, F. Balaguer, R. Balduzzi y H.J. Blanke.

1. *La juventud en Marburg/Lahn*. Jörg Luther (nacido el 26.09.1959) creció en el seno de una familia culta y muy armoniosa. Su padre era un respetado director de un instituto de enseñanza secundaria de humanidades. Jörg Luther accedió pronto a las lenguas antiguas y, además, a la música. Aprendió a tocar el violonchelo, lo que enriqueció mucho a su círculo de amigos, yo incluido, en Italia y España, así como en Alemania. Tenía varios hermanos y hermanas. Su familia era numerosa y variada en intereses y talentos. Su madre trabajó como pediatra, con mucho éxito, y aún vive en una residencia en la ciudad universitaria de Marburg.

* Traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón.

2. Jörg Luther estudió Derecho en Göttingen. Entre sus profesores de renombre se encontraban C. Starck y C. Link. Desde el principio desarrolló un gran talento para la amistad, y estuvo involucrado en numerosos círculos de amigos, también políticos. Estos círculos incluían a G. Nolte, actualmente juez de la Corte Internacional de Justicia y al político recientemente fallecido T. Oppermann. J. Luther aprobó los dos exámenes estatales en 1983 y 1989 en Baja Sajonia. Durante un corto período de tiempo también ejerció de abogado en Frankfurt. Como si ya hubiera intuido entonces su gran amor por Italia como “segundo hogar”, redactó su tesis doctoral, dirigida por C. Link, sobre el tema “La jurisdicción constitucional italiana. Historia, derecho procesal, jurisprudencia” (1989). En esta importante monografía se hace ya visible su talento para el derecho comparado en particular y para la ciencia en general. Después de completar su doctorado en la Universidad Georg-August de Göttingen, se trasladó a Italia. Ya en 1992 obtuvo (¡un alemán!) el título de “Dottore di ricerca” de la Universidad de Milán con una investigación sobre justicia constitucional y derechos fundamentales. De 1996 a 2001 trabajó como “profesor asociado” en la Universidad de Pisa. Después sería nombrado profesor y posteriormente Catedrático de la Universidad de Alessandria, un éxito sensacional para un profesor de derecho constitucional alemán. Su ingreso en la Asociación Italiana de Constitucionalistas (a la que yo también pertenezco) y su posterior ingreso en la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* fueron un honor merecido.

3. Jörg Luther combinó la investigación y la docencia en eterna lucha por la verdad, según el sentido de la clásica universidad alemana desde W. von Humboldt. También desarrolló puentes excepcionales entre la cultura jurídica alemana e italiana. En su entorno familiar de Turín, junto con su esposa Antonella, era un clásico *Pater Familias* para sus dos hijos. Era también, al mismo tiempo, un músico dotado y un científico destacado. Por último, pero no menos importante, debe mencionarse su talento para cultivar con lealtad amistades para toda la vida. Encontró en el prestigioso profesor G. Zagrebelsky (Turín), que más tarde se convirtió en magistrado y presidente del Tribunal Constitucional italiano, un amigo paternal, así como un pianista melómano como él.

El abanico de sus áreas de docencia fue amplio (desde 2010 enseñó también en la Universidad de Turín). Abarcó las instituciones de derecho público, el derecho administrativo, el derecho local y, sobre todo, los derechos sociales y culturales, así como la historia constitucional. Dominó, como pocos en Europa, el derecho comparado y el derecho europeo. Como relatan sus discípulos y doctorandos estaba totalmente comprometido con su misión pedagógica en las clases y atendía humanamente a sus alumnos. Supo percibir el “momento pedagógico” y se vio a sí mismo como un modelo que debía dar ejemplo. Su discípulo de la India, P. Kumar fue y es particularmente leal.

4. Las publicaciones de Jörg Luther se pueden situar principalmente en dos países, Alemania e Italia. Solo mencionaré unos cuantos títulos (se puede encontrar una bibliografía completa de Jörg Luther en el mencionado Libro Homenaje, 2020, pp. 945 y ss.). En primer lugar, sobre los escritos alemanes: pude incorporarlo como autor para el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, que edité durante 30 años. Escribió sobre “Die italienische Verfassung im letzten Jahrzehnt”, *JöR* 43 (1995), “Italienische Beobachtungen und Verarbeitungen des Grundgesetzes (1949 bis 2009)”, *JöR* 57 (2009), así como acerca del administrativista italiano C.F. Ferraris (1850-1924), *JöR* 56 (2008). Siguió caminos completamente nuevos en su obra: “Verfassungsentwicklung der Republik Somalia: Frieden durch Verfassung?”, *JöR* 53 (2005). De sus muchos trabajos sobre historia constitucional, cabe mencionar el artículo sobre H. Herrfahrdt, un profesor de derecho público alemán, *JöR* 62 (2014). También deben destacarse sus afortunadas contribuciones al debate en las reuniones de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (por ejemplo, en Marburg: VVDStRL 79 (2020), pp. 415 y ss.).

Sus numerosas traducciones de textos clásicos alemanes al italiano, por ejemplo, de R. Smend, H. Kelsen y E. Fraenkel, son únicas. El autor de este recordatorio le debe varias traducciones al italiano (por ejemplo, P. Häberle: “Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura”, 2001). Jörg Luther también fue muy activo como editor, por ejemplo, del Festschrift italiano de G. Zagrebelsky, 2016 (también me honró como colaborador en dos Festschrift alemanes dedicados a mí en 2004 y 2014: la originalidad de esta última aportación cautiva al lector ya en el título: “La cultura constitucional del *homo ridens*”). No menos fructífero fue su compromiso con la *cultura de la recensión*, que hoy está en peligro. Recensió a muchos autores italianos (por ejemplo, P. Ridola, F. Lanchester) como igualmente a autores alemanes (*cf.* referencias en el Libro Homenaje anteriormente citado, pp. 969 y ss.). En estos trabajos, también se distinguió por su excelente dominio de ambos idiomas, el alemán y el italiano. Siempre llegaba a los matices.

De sus numerosas publicaciones italianas, quisiera mencionar tres monografías: *Idea e storie di giustizia costituzionale nell’Ottocento*, 1990; *Practica di diritti fondamentali*, 2000; *Europa costituenda. Studi di diritto, politica e cultura costituzionale*, 2007. Debido a sus múltiples dotes, que incluían también el conocimiento de la historia de la cultura, tuvo acceso a todas las revistas jurídicas importantes de Italia y también a las españolas, como por ejemplo, la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, publicada en Granada. Su último ensayo fue sobre “La cultura de los derechos culturales” (publicado en el Libro Homenaje antes mencionado, pp. 643 y ss.). Las restricciones actuales de la vida cultural relacionadas con la pandemia (incluso en óperas, teatros, salas de conciertos, museos o cines) le habrían afectado profundamente, como a todos nosotros, especialmente en dos naciones de cultura como Italia y Alemania. La vida

cultural era para él algo crucial y fundamento de su existencia. Circunstancia que contrasta con la Alemania actual, en la que el “status culturalis hominis” se encuentra amenazado de forma masiva. Sin embargo, este estatus constitucional reconfigura toda la teoría clásica de los estatus de G. Jellinek, que también están en peligro.

En virtud de todas estas aportaciones, Jörg Luther se reveló como un verdadero “jurista europeo” y al mismo tiempo un humanista: con talento para los idiomas, culto, sensible, tolerante y con capacidad para escuchar a los demás.

5. Finalmente, merecen una mención específica sus numerosos *viajes científicos* a países cercanos y lejanos. Permaneció fiel a Alemania gracias en parte a la casa paterna en Marburg y a sus amistades. Viajo a Berlín, por ejemplo, para visitarme en el *Wissenschaftskolleg*, donde estuve en 1991/92, luego a Granada (donde dimos un concierto conjunto), y más tarde a un congreso de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* en Speyer (2015). También a su ciudad natal, Marburg. Sus viajes académicos fueron cada vez más numerosos y lejanos: viajó a Somalia e India, así como a Estados Unidos. También, junto con el matrimonio romano D’Atena y conmigo, realizó un viaje a Brasil (2005). Todos estos viajes produjeron valiosos resultados académicos para él y para nosotros.

De manera inimitable, Jörg Luther transmite mucha información sobre su vida en Italia y Alemania, sobre su humanismo y su moderado optimismo en el “El curso de la vida mía” que escribió durante su enfermedad en su casa de Turín. Su humildad fue proverbial. Solo quería ser un “buen jurista constitucional”. Lo fue hasta su último aliento: un ejemplo a seguir para todos nosotros, una “vida fructífera”, aunque con una muerte demasiado prematura.

Resumen

Este trabajo es un pequeño recuerdo del recientemente fallecido profesor Jörg Luther, Catedrático de la Universidad de Turín.

Palabras clave

Derecho constitucional, Derecho comparado, Jörg Luther.

Abstract

This work is a small remembrance of the recently deceased Professor Jörg Luther, Professor at the University of Turin.

Keywords

Constitutional law, Comparative law, Jörg Luther.

Recibido: 1 de septiembre de 2020

Aceptado: 15 de septiembre de 2020

“IN MEMORIAM” DEL PROFESOR JOSÉ VIDA SORIA: UNO DE LOS GRANDES JURISTAS CRÍTICOS EUROPEOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
“In memoriam”. Professor José Vida Soria: one of the great European jurists on labor law and social security from a critical perspective

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (Aesss)



“Nada os importe –decía Juan de Mairena– ser inactuales, ni decir lo que vosotros pensáis que debió decirse hace veinte años; porque eso será, acaso, lo que puede decirse dentro de otros veinte. Y si aspiráis a la originalidad, huid de los novedosos, de los noveleros y de los arbitristas de toda laya [...]”.

ANTONIO MACHADO, “Notas inactuales a la manera de Juan de Mairena”
(1938)

*“[...] Lleva tal delantera lo que ocurre
a nuestro pensamiento, que jamás
sabremos cómo pudo ser de veras.
no te avergüence estar entre los muertos
que siguieron constantes hasta el fin
(¿Qué es ese fin?) Tú cruza las miradas
con ellos, como tengan por costumbre:
nuestro duelo por ti no ha de cargarte
de modo que les seas raro. Aquellas
grandes palabras de otros tiempos, cuando
se veía a su acontecer, nos faltan.
¿Quién habla de vencer? Quedar es todo”*
RAINER MARIA RILKE, “*Requiem*” (1908)

1. El Profesor José Vida Soria ha fallecido el día 3 de enero de 2019, después de una rápida enfermedad. Tenía 81 años. El Profesor Vida Soria ha sido –sin duda– uno de los *Grandes Maestros del iuslaboralismo europeo y español*. Él ha sido ejemplo de jurista crítico del Derecho fuertemente comprometido con la democracia y la justicia social. Sus discípulos siempre hemos manifestado el reconocimiento a su labor y afecto hacia su persona. Debe destacarse su extraordinaria talla humana. Reconocimiento al que seguro se suman, sin duda, un importante número de profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de otras disciplinas en el campo de las ciencias sociales y jurídicas y otras personas del ámbito político, sindical y de la Administración. Todos los que nos hemos formado con él y, en general, todos los que le conocen bien, reconocemos la extraordinaria contribución que el Profesor Vida ha supuesto, desde el campo universitario, institucional, político y social, en la construcción del moderno y democrático Derecho Social del Trabajo en nuestro país”.

Cabe realzar que su obra científica es extensa (más de ciento cincuenta títulos), pese a que él siempre se consideró ágrafo, y es, sobre todo, intensa, rigurosa, crítica, aguda y sugerente. Muchas de sus obras son referentes nacionales e incluso internacionales y ponen de relieve, no sólo a un acreditado especialista en materia laboral y de Seguridad Social, sino también a un verdadero jurista, a un jurista integral, preocupado por comprender y explicar el Derecho, pero atendiendo también a una especial preocupación por la historia, la filosofía, la ciencia política y la sociología. El reconocimiento nacional e internacional de los méritos científicos del Profesor Vida

y su propia vocación internacionalista se tradujo en el desempeño de numerosas actividades de carácter institucional y técnico-jurídico.

Su visión metodológica (plasmada en el Programa para el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que se imparte en la Universidad de Granada, inicialmente redactado por él, y en los Manuales de Derecho del Trabajo, de Derecho Sindical y de Seguridad Social realizados en colaboración con algunos de sus discípulos) responde fundamentalmente al “realismo normativista” o “normativismo realista”. Su actividad de investigación jurídica y su actividad docente han estado presididas por el análisis del Derecho y la referencia continua a la realidad social en la que el fenómeno jurídico aparece, a partir de los esquemas básicos del normativismo esencial a la ciencia del Derecho.

Desde su Cátedra de la Universidad de Granada (y antes en las Universidades de Madrid y de Salamanca), su labor ha estado presidida por su *espíritu abierto y pluralista*, por su afán permanente de compartir saberes e inquietudes y, sobre todo, por el *compromiso* en distintos ámbitos.

Compromiso con sus *alumnos*, a través de una actividad docente ininterrumpida desde 1959, con su *empeño en educar hombres* y no en fabricar profesionales situados, por decirlo con palabras de Francisco Giner de los Ríos, y desde la perspectiva humanista de que la educación del hombre es condición previa para la realización de la justicia y la participación efectiva en la sociedad.

Compromiso con quienes hemos querido ser sus discípulos, haciéndole a él nuestro Maestro, despertándonos dudas, sembrando inquietudes, formándonos para la disconformidad, abriéndonos caminos y permitiéndonos recorrerlos desde el más absoluto respeto a la libertad de cada uno, pero sin dejar de expresar su propia opinión, y estando siempre dispuesto a prestar el consejo y la ayuda precisa.

Compromiso con la *Universidad*, participando activamente en la permanente y necesaria renovación universitaria y, especialmente, desde su dedicación como Rector de la Universidad de Granada, durante el período constituyente iniciado tras la aprobación de la primera Ley de Reforma Universitaria.

Compromiso igualmente con la *sociedad*, que le ha llevado a asumir importantes responsabilidades políticas, especialmente en momentos relevantes para la consolidación del Estado democrático en España. Basta reparar tan sólo en su condición de miembro de la Comisión Constitucional Mixta Congreso-Senado, encargada de dar la última versión de la Constitución española de 1978, siéndole concedida la Orden al Mérito Constitucional y la Cruz de San Raimundo de Peñafort.

El Profesor Vida pertenece a la categoría de los buenos profesores, de los maestros, de los que prenden fuego en las almas nacientes de sus discípulos, algo más

escaso que los artistas virtuosos o los sabios. Su *compromiso de vida ha sido una "lección de maestro"* (en el sentido preciso dada a esta expresión por George Steiner). Es lo cierto que una sociedad como la del beneficio desenfrenado y el cultivo de lo efímero, que no honra a sus Maestros, es una sociedad fallida, aparte de injusta.

Permítaseme reproducir aquí un texto especialmente querido por el Profesor Vida, de uno de sus libros de cabecera: "Juan de Mairena", de Antonio Machado. El primer día de clase de cada curso académico el Profesor Vida se presenta ante sus alumnos con estas palabras, de las que quiero realzar el párrafo final:

"Pláceme ponerme un poco en guardia contra mí mismo. De buena fe os digo cuanto me parece que puede ser más fecundo en vuestras almas, juzgando por aquello que, a mi parecer, fue más fecundo en la mía. Pero ésta es una norma expuesta a múltiples yerros. Si el empleo es por no haber encontrado otra mejor. Yo os pido un poco de amistad y ese mínimo de respeto que hace posible la convivencia entre personas durante algunas horas. Pero no me toméis demasiado en serio. Pensad que no siempre estoy yo seguro de lo que os digo, y que, aunque pretenda educaros, no creo que mi educación esté mucho más avanzada que la vuestra. No es fácil que pueda yo enseñaros a hablar, ni a escribir, ni a pensar correctamente, porque yo soy la incorrección misma, un alma siempre en borrador, llena de tachones, de vacilaciones y de arrepentimientos. Llevo conmigo un diablo —no el demonio de Sócrates—, sino un diablito que me tacha a veces lo que escribo, para escribir encima lo contrario de lo tachado; que a veces habla por mí y otras yo por él, cuando no hablamos los dos a la par, para decir en coro cosas distintas. ¡Un verdadero lío! *Para los tiempos que vienen, no soy yo el maestro que debéis elegir, porque de mí sólo aprenderéis lo que tal vez os convenga ignorar toda la vida: a desconfiar de vosotros mismos*" (Antonio Machado, "Juan de Mairena. Sentencias, donaires, apuntes y recuerdos de un profesor apócrifo (1936)". Editorial Castalia, Madrid, 1971).

Principio de la duda y de la autocrítica, necesario para vivir la vida de modo responsable y existencial. También advertía contra la soberbia e impostura intelectual de quien afirma ser "autodidacta". Lo que conecta, de nuevo, con el pensamiento de Machado: "Nunca os jactéis de autodidactos, os repito, porque es poco lo que se puede aprender sin auxilio ajeno. No olvidéis, sin embargo, que este poco es importante y que además nadie os lo puede enseñar" ("Juan de Mairena").

2. En el Profesor Vida Soria concurren la cualidad de una persona que ha gozado de reconocido prestigio académico, científico e investigador y social, tanto a nivel nacional como internacional, así como una destacada y continuada actividad de servicio a la Universidad de Granada, en la que ha venido desempeñando su actividad docente e investigadora desde cerca de cuarenta años y en la que ha ocupado diversos cargos de Gobierno dentro de la misma.

Es de realzar su proyección en todos los ámbitos realmente relevantes para que mereciera el doctorado “Honoris Causa” por la Universidad de Granada en 2008. Un doctorado que coronaba su impresionante hoja de servicios hacia la sociedad, como personalidad europea y española.

Algunos datos de su currículum que avalan lo expuesto son:

– Proyección Universitaria-Institucional:

El compromiso del Profesor Vida Soria con la Universidad en general y, en particular, con la Universidad de Granada siempre le impulsó a asumir diversos cargos de responsabilidad en la gestión, entre los que destaca el haber sido Rector de la Universidad de Granada durante el período de 1984 a 1989 (El primer Rector de la Democracia y, por tanto, en un periodo constituyente de la Universidad democrática). Precisamente en la fase constitutiva del proceso de democratización del conjunto de la Universidad española.

– Proyección Social y Político-Jurídica:

El compromiso social del Prof. Vida Soria le ha llevado a asumir importantes responsabilidades políticas, especialmente en momentos relevantes para la consolidación del Estado democrático en España.

Fue Senador en la Legislatura Constituyente (1977-1979), período durante el cual fue Presidente de la Comisión de Economía del Senado, en su primera formación; Presidente de la Comisión de Trabajo del Senado; Secretario Primero de la Comisión Constitucional del Senado; y Miembro de la Diputación Permanente del Senado.

Ha sido también *miembro de la Comisión Constitucional Mixta Congreso-Senado, encargada de dar la última versión de la Constitución española de 1978*, lo que le valió ser condecorado con la Medalla al “Mérito Constitucional”.

Fue Diputado en la Primera Legislatura (1979-1981); Vicepresidente segundo de la Comisión constitucional del Congreso de los Diputados; y Miembro de las Comisiones de Trabajo, de Sanidad y de Seguridad Social, del Congreso de los Diputados. Todos recordamos su compromiso y valentía (vinculada a su integridad moral) cuando entró por voluntad propia en el Congreso de los Diputados tras iniciarse el golpe de Estado del 23-F. Y ello pese a la advertencia que le hizo el General Prieto de la Guardia Civil en la puerta del Congreso: “Entra si quieres, te van a matar igual”.

– Reconocimiento internacional:

El reconocimiento internacional de los méritos científicos del Profesor Vida Soria y su propia vocación internacionalista se ha traducido en el desempeño de numerosas actividades de carácter técnico-jurídico de ámbito internacional:

Me gustaría destacar su condición de miembro del “Comité de Expertos Independientes para el seguimiento y control de aplicación de la Carta Social Europea” del Consejo de Europa (Estrasburgo), durante el período de 1984-1990 y nuevamente reelegido para un nuevo mandato durante el período 1990-1996, siendo Presidente de este Comité durante el período de 1992-1994. La Carta Social Europea ha sido desde su promulgación la verdadera “constitución social” europea del trabajo.

Ha sido también miembro “Experto Independiente” del “Observatorio de Relaciones Industriales” de la Comunidad Económica Europea (División V), con sede en Bruselas, 1986-1989; miembro de la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con diversas misiones internacionales; Comisionado del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como experto Independiente, en numerosas ocasiones para realizar una misión de “Contactos directos” ante diversos Gobiernos.

– Proyección científica e influencia de su pensamiento jurídico desde una perspectiva humanista:

En él se unifica vida y obra científica. Es de realzar su compromiso con los valores constitucionales y su defensa del socialismo democrático. Su fallecimiento coincide con una crisis de identidad del proyecto socialdemócrata. La obra científica del Profesor Vida Soria evidencia que no se trata sólo de un acreditado especialista en la materia laboral y de Seguridad Social, sino de un jurista integral que ha merecido el reconocimiento tanto en España como en el ámbito internacional. Ello es así desde el otorgamiento del título de Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (Primer Premio extraordinario, Sección Derecho Privado, 1962).

Su obra científica comprende más de 150 títulos, muchos de los cuales son referentes nacionales e incluso internacionales en materia socio-laboral (Seguridad Social, Relaciones Laborales, Derecho Sindical, Derecho del Empleo, Prevención de Riesgos Laborales, Derecho Administrativo Laboral; de ello queda constancia en su “Curriculum vitae”, hecho público). No es, sin embargo, el número de publicaciones lo importante, pues lo que realmente es relevante es su calidad y su influencia en el desarrollo del Derecho Social. En tal sentido es bien conocida su labor en la fase de edificación del sistema contemporáneo de la Seguridad Social (antes y después de la promulgación de la Constitución de 1978, en cuya versión definitiva, como se ha dicho, intervino directamente), y, asimismo, en la etapa de construcción del actual sistema de relaciones laborales (donde destaca su participación directa en la redacción de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, columna vertebral de dicho sistema, además de la participación en el conjunto de las normas sociolaborales básicas

de desarrollo legal de las previsiones constitucionales). Importa retener que su producción científica ha contribuido decisivamente a alumbrar el nuevo ordenamiento legal español en virtud de un conjunto de trabajos de investigación de singular valía.

Puede apreciarse en el Prof. Vida su inagotable defensa de la verdad y compartía el pensamiento de Antonio Machado cuando ésta a través de su heterónimo “Juan de Mairena” afirmaba que:

“No penséis que vuestro deber de retóricos (se refería a los que se consagran en a la política) es engañar al hombre con sus propios deseos; porque el hombre ama la verdad hasta tal punto que acepta, anticipadamente, la más amarga de todas”).

No es de extrañar que sus clases fuesen comunicativas, basadas en el diálogo y en la conversación con sus alumnos. Incitaban a pensar reflexivamente.

Su Magisterio se ha traducido en la formación de una importante Escuela científica que se proyecta ampliamente dentro y fuera de Andalucía; Escuela que cuenta con varios catedráticos que han sido directos discípulos suyos, y un plantel amplísimo de investigadores. Esta Escuela ha surgido –quizás incluso a pesar suyo, pues no es una persona dada a “crear” Escuelas de pensamiento– gracias a su extraordinaria capacidad crítica; su capacidad para la crítica “disolvente” para desmontar (des-construir, dicen los filósofos postmodernos) los modos de pensamiento supuestamente “fuertes” y cómodamente “establecidos”. Es la capacidad sana para la crítica. Nos enseñó en la práctica, con Baltasar Gracián, que no se nace hecho. Cada día uno se va perfeccionando en lo personal y en lo laboral, hasta llegar al punto más alto, a la plenitud de cualidades, a la eminencia. Nos enseñó la práctica, a venerar nuestra capacidad crítica, pues de ella depende que nuestra guía interior opine según la naturaleza y la razón (como decía Marco Aurelio en sus “Meditaciones”). A esta labor aporta un “método” –de uso particularmente intensivo en él–, a saber: “la provocación” y la reconducción al “extremo” de sus últimas consecuencias lógicas y prácticas de toda argumentación jurídica o sociopolítica. Para él la interdisciplinariedad no era una opción, sino una necesidad de la tarea en el campo del saber. Con los excesos de especialización, no crece el volumen total de la cultura, pues como decía, de nuevo, Antonio Machado: Esta concepción “es la ilusión y el consuelo de los especialistas. ¡Lo que sabemos entre todos! ¡Oh, eso es lo que no sabe nadie!” (“Juan de Mairena”).

Además, en virtud de su reconocimiento científico fue nombrado Consejero de Estado (Miembro electivo del Consejo de Estado), desde diciembre de 1990 hasta julio de 2003, y recibió la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort al Mérito Jurídico.

Para terminar, decir que el tiempo –ese “gran escultor” (“Le temps, ce grand sculpteur”), al que se refería Marguerite Yourcenar)– deja a cada persona en su lugar en el mundo. Tal vez un día comprendan todos que el Profesor Vida cumplió, como nadie, su deber nato de intérprete y analista de una parte de nuestra democracia constitucional, de nuestro siglo y del porvenir. El viaje aquí ha terminado, pero no termina en lo relativo a lo muchísimo que nos queda de su Magisterio, de su obra y de su papel en la construcción del sistema constitucional y de tutela internacional de los Derechos Humanos. ¡Adiós y hasta siempre! Descansa en paz querido Maestro y amigo; hemos sido distinguidos por tu afecto y amistad y copartícipes de decisiones existenciales; siempre estarás con nosotros.

Resumen

Este trabajo recuerda la figura del profesor José Vida Soria, que fue Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Granada.

Palabras clave

Vida Soria, Derecho del Trabajo, Seguridad Social, Constitución.

Abstract

This work recalls the figure of Professor José Vida Soria, who was Professor of Labor Law at the University of Granada.

Keywords

Vida Soria, Labor law, Social Security, Constitution.

Recibido: 15 de junio de 2020

Aceptado: 1 de julio de 2020

Textos clásicos



**CIENCIA Y DOCTRINA JURÍDICAS, NATURALEZA
Y CULTURA, MÚSICA Y AMISTAD. UN BOSQUEJO
AUTOBIOGRÁFICO DE PETER HÄBERLE,
BAYREUTH****

**Legal science and legal doctrine, nature and culture,
music and friendship. An autobiographical sketch of
Peter Häberle, Bayreuth**

PETER HÄBERLE

*Profesor emérito de Derecho constitucional. Forschungsstelle für
Europäisches Verfassungsrecht. Universidad de Bayreuth (Alemania)*

1. Desde la fecha de mi nacimiento, el 13 de mayo de 1934 en Göppingen (Württemberg), casi al pie del Kaiserberg „Hohenstaufen“, crecí en una familia culta, de clase media, singularmente melómana. Mi padre, el doctor Hugo Häberle, fue un exitoso internista, mi madre Úrsula, de soltera Riebensahm, de ascendencia hugonote por sus abuelos prusianos, cuidaba la casa, como era costumbre en ese momento, una casa grande abierta a muchos invitados, que no procedían solo de Suabia. Recuerdo la popular “pradera” ubicada frente a las puertas de la ciudad, que serviría de medio de vida, especialmente durante la guerra: una extensa finca plantada con numerosos árboles frutales y arbustos en los que se cuidaban muchos animales, a saber, cabras, conejos, gallinas y patos (desde las 6.30 de la mañana hasta las 7 de la tarde) ¡Yo quería ser granjero!

* La preparación de este esbozo me fue sugerida por el profesor F. Balaguer, a quien le quedo muy agradecido.

** Traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón.

En 1940 murió mi madre al dar a luz a mi hermana Úrsula: una catástrofe para los cinco hijos y para mi padre. Todos los hermanos tocábamos instrumentos musicales, violín, flauta y piano, con frecuencia juntos. Afortunadamente, también para nosotros, en 1946 mi padre se casó con una “nueva madre” cariñosa y culta. Mientras tanto, en 1943, una segunda catástrofe había golpeado a nuestra familia: mi hermano mayor Rolf murió en Rusia a la edad de 20 años. Cuando llegó la noticia de su muerte, vi llorar a mi padre por primera vez. La segunda vez que no pudo contener las lágrimas fue cuando mi otro hermano Manfred regresó de la guerra, con el uniforme hecho jirones, pero sano (mayo de 1945). Se convertiría después en médico.

También experimenté la guerra en nuestro prado: los cazabombarderos estadounidenses dispararon contra los agricultores en los campos. Partes de la ciudad de Göppingen se redujeron a escombros después de dos oleadas de ataques, y entre las víctimas se encontraron profesores de la escuela muy apreciados. Los niños conocimos a las fuerzas de ocupación estadounidenses desde el lado amistoso: los soldados estadounidenses nos mimaron con dulces (la hambruna después de la guerra fue grande). La Casa de América de la ciudad funcionó muy bien.

Ya en 1948, mi nueva madre, Liesel, me llevó a mi profesora de piano, la Sra. Erika Alle, que era una pedagoga de talento. Ella me familiarizó tempranamente, paso a paso, con R. Schumann, W.A. Mozart, F. Schubert, J.S. Bach y posteriormente con F. Chopin y M. Ravel. Sentó así las bases para los conciertos que pude dar, mucho más tarde, en Marburg, Augsburg y Bayreuth, así como en el extranjero (por ejemplo, en Roma, Granada y Ciudad de México). Mi profesora añadió después a I. Stravinsky, D. Shostakovitch y S. Prokofiev como compositores. Desde entonces he admirado la cultura rusa, independientemente del régimen político de cada momento.

En el Instituto Hohenstaufen de Göppingen, tuve suerte: todavía recuerdo a los mejores profesores con gran gratitud. Alemán, historia, latín y química, así como música, fueron mis materias favoritas. Como punto culminante tuve la experiencia vital de un intercambio escolar con Francia. Un joven francés vino a la casa de mis padres en Göppingen en 1952 y, en la primavera de 1953, poco después de graduarme de la escuela secundaria (con el premio Scheffel), pude quedarme con una distinguida familia en París durante un mes y luego en Auvernia. De esa época procede mi apego a la cultura francesa, especialmente a su música (J.B. Lully, J.P. Rameau, H. Berlioz, C. Debussy) y a su lengua (solo el italiano es todavía más musical G. Gabrieli, A. Vivaldi y D. Scarlatti, así como V. Bellini, G. Verdi y G. Puccini, ¡sólo podían venir de Italia!).

2. El salto a la Universidad lo daría en Tübingen (en el semestre de verano de 1953), la ciudad de F. Hölderlin (y G.W.F. Hegel). Inmediatamente me concentré

en los estudios jurídicos. En ese tiempo, sin embargo, no percibía a colegas que ya eran grandes, como tales, como O. Bachof y G. Dürig, pero sí a T. Eschenburg, en cuyo seminario de ciencia política me atreví a dar una conferencia sobre el sistema de gobierno en Francia. En 1954 me trasladé voluntariamente a Freiburg/Br. (mi hermano mayor vivía allí). La ciudad del sur de Baden, con su maravillosa catedral y sus viejas callejuelas, todavía me fascina hoy. La proximidad a la Selva Negra, la apertura a Suiza y los Vosgos fueron un privilegio para el joven estudiante. La Facultad de Derecho prosperó en esa época. Hay que mencionar en el derecho penal a H.H. Jescheck, en el derecho civil a F. v. Hippel, en la filosofía del derecho Erik Wolf. Asistí a casi todos los seminarios que se ofrecieron, incluido el seminario del politólogo A. Bergstraesser, uno de los grandes expertos en Goethe. Por supuesto, el punto culminante lo encontraría en el Seminario de K. Hesse. En 1956 impartió su célebre conferencia inaugural (“La fuerza normativa de la Constitución”) y comenzó a construir lo que R. Herzog llamó más tarde la “Escuela de Freiburg”. Me impresionó lo estructurado de su pensamiento, especialmente sus sesiones de seminario. Sin una palabra de más, combinando la altura teórica y la cercanía al caso concreto. Sobre todo, me fascinaba la manera de pensar “constitucionalmente”. R. Smend y H. Heller eran los clásicos en el Seminario de Hesse. Los seminarios de fin de semana en la Selva Negra fueron muy inspiradores. Había en ellos estudiantes que luego se convirtieron en profesores, como A. Hollerbach¹. Un seminario posterior nos llevó al BVerfG en Karlsruhe, con la temática de la financiación estatal de los partidos (E 20, 56)², allí escuchamos al entonces “jurista oficial” del SPD, A. Arndt, como abogado. Otro viaje nos llevó a Berna al seminario del entonces célebre profesor de derecho constitucional suizo H. Huber, con las jóvenes estrellas R. Bäumlin y J.P. Müller, que posteriormente se convertirían en colegas.

Pasé un solo semestre de invierno (1955/56) en Bonn, por mi interés en la política. Allí estaban nada menos que los profesores de derecho constitucional U. Scheuner y E. Friesenhahn. A menudo fui como oyente al Bundestag. Posteriormente, estudié durante unos cinco meses en Montpellier (1956/1957) como becario del gobierno francés. El decano de la Facultad de Derecho, G. Péquignot, me familiarizó con el trabajo del gran jurista M. Hauriou (lo que tuvo después consecuencias po-

1 En su obra reciente, quisiera mencionar: A. HOLLERBACH, *Öffentliches Recht an der Universität Freiburg in der frühen Nachkriegszeit, Aus Anlaß des 100. Geburtstags von Konrad Hesse am 29. Januar 2019*.

2 Cfr. mi trabajo: “Unmittelbare staatliche Parteienfinanzierung unter dem GG”, *Juristische Schulung*, 1967, pp. 64 y ss.

sitivas para mi Tesis Doctoral). En 1957 aprobé el primer examen estatal de derecho. Luego, con el apoyo de la *Studienstiftung des Deutschen Volkes*, comencé a trabajar en el tema que elegí para realizar mi tesis doctoral con K. Hesse, que sería más tarde magistrado del Tribunal Constitucional Federal³: La garantía del contenido esencial del artículo 19.2 de la Ley Fundamental. Se completó en 1961 y luego apareció en tres ediciones (1962, 1972, 1983). Las traducciones en el extranjero siguieron décadas más tarde en Italia, España y Perú (1993/1997/2003).

3. Completé mis prácticas jurídicas en la zona de Freiburg. Gracias a la buena nota del examen, pude elegir las “estaciones”: el mejor notario de la Selva Negra, la oficina de distrito bien dirigida en Emmendingen (las tareas fueron, por ejemplo, la redacción de un estatuto del cementerio y el diseño de las alocuciones) y sobre todo el excelente Juez de primera instancia en Waldkirch, Dr. G. Mall, así como la Sala Civil del Tribunal Regional Superior de Karlsruhe, en Freiburg. Al mismo tiempo, en noviembre de 1961, acepté el puesto de ayudante de investigación de H. Ehmke, que acababa de ser nombrado Catedrático en la universidad (literalmente me había “recuperado” de Hamburgo, donde yo era abogado en prácticas en la fiscalía de menores). El seminario de Ehmke era también atractivo (*cf.* mi recordatorio de H. Ehmke en JöR 66, 2018, pp. 487-493). Viajamos a Israel (1962) junto con el Seminario de E. Friesenhahn en Bonn, entonces magistrado constitucional. Probablemente fue el primer viaje de juristas desde Alemania. Nos recibieron con una gran hospitalidad. En la lejana tierra de Israel hubo momentos conmovedores, por ejemplo, en el lago Tiberíades y en el Mar Rojo (Jerusalén aún no era accesible en ese momento).

El servicio de prácticas jurídicas, que aprecié como un ensayo de la praxis en toda su diversidad, duraba tres años y medio en esa época. En 1964 aprobé en Stuttgart el temido segundo examen estatal, que en Alemania habilitaba para ser juez (el Ministerio del Interior de Baden-Württemberg me ofreció un puesto funcional inmediatamente después del examen oral). Antes de eso (1962) había pasado un semestre estimulante en el Instituto de Ciencias Administrativas de Speyer. Allí conocí al gran sociólogo A. Gehlen en una conferencia y también asistí a un seminario suyo. Me impresionó mucho su erudición y su perspicacia.

Ya en 1965, el camino hacia el trabajo de habilitación comenzó en Freiburg. Elegí el tema “El interés público como problema jurídico”. H. Ehmke, quien junto con K. Hesse me animó y me orientó bien, me dio suficiente tiempo. Desa-

3 Sobre él, *cf.* P. HÄBERLE/M. KILIAN/H.A. WOLFF (eds.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2018, pp. 1039 y ss.

fortunadamente, Ehmke entró en la política de Bonn ya en 1967, donde tendría éxito después como ministro federal con W. Brandt. La aprobación del trabajo de habilitación y su exposición en la Facultad de Freiburg el 1 de febrero de 1969 fueron un éxito. El texto apareció en 1970, en su primera edición, publicándose la segunda edición en 2006, que se agotó en poco tiempo, hasta hoy en que está disponible como libro electrónico (muchos años después, volví científicamente a la problemática del bien común, especialmente a la “jurisprudencia del bien común”). Inmediatamente después de la exposición del trabajo en la Facultad de Derecho de Freiburg, tuve el honor de recibir una invitación de la universidad de Tübingen para sustituir al gran profesor de derecho constitucional G. Dürig⁴ durante dos semestres. Su *Comentario de la Ley Fundamental*, especialmente sobre el artículo 1 LF, sigue siendo un texto clásico hasta el día de hoy, también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

4. La suerte del acceso a la primera Cátedra me llegó pocos meses después. A principios del verano de 1969, las llamadas de Marburg y Mannheim se produjeron casi simultáneamente. Me decidí, un poco desprevenido e ingenuo, por Marburg. La maravillosa ciudad, el famoso castillo, las riberas del Lahn y los hermosos alrededores me atrajeron con su magia. Por supuesto, no sabía que la generación del 68 había causado muchas disputas y disturbios en Marburg. Algunas clases se vieron gravemente perturbadas, otras se mantuvieron, como anteriormente me había ocurrido en el breve semestre de verano de 1969 como sustituto de G. Dürig en Tubinga (donde se originó mi amistad con el gran profesor de derecho civil J. Esser y con G. Dürig). Yo mismo tuve más tarde discusiones difíciles con estudiantes en Marburg (también como decano, desde 1974 a 1976). Sin embargo, mi seminario se mantuvo tranquilo.

También hay cosas positivas que mencionar: algunos de los estudiantes muy agresivos leyeron y estudiaron mucho, no solo a Karl Marx, Lenin y Mao; estaban muy motivados y animaron las clases. Por supuesto, a menudo había un conflicto de lealtad entre la vinculación con mis colegas por un lado y mi interés pedagógico en los estudiantes por el otro. Los agradables seminarios de fin de semana con acompañamiento musical, por ejemplo, en Dörnberg (norte de Hesse), se mantuvieron apacibles. Muy pronto se me acercaron estudiantes con talento que ahora son profesores establecidos e incluso eméritos, y que tienen también discípulos exitosos: H. Schulze-Fielitz, M. Morlok e I. Pernice. La casa de los padres de Pernice en

4 Cfr. sobre él, mi “Juristische Vignette zum 100. Geburtstag von Günter Dürig”, *Zeitschrift für Lebensrecht*, núm. 29, 2020, pp. 145 y ss.

Marburg, vecina a mi vivienda, en la parte alta de la ciudad, estaba amistosamente vinculada conmigo. Tuvimos muchos conciertos de música en casa.

Los años en Marburg fueron científicamente productivos incluso en retrospectiva. Pude concebir la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales” (1975), un atrevimiento hasta el día de hoy; luego trasladé esta idea a la “sociedad abierta de constituyentes” en el ámbito global (2014). Previamente, muy al principio de mi carrera, pude impartir una ponencia en la reunión de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* de 1971 en Regensburg: los temas clave eran: “los derechos fundamentales en el Estado prestacional” “derecho prestacional” y “protección de los derechos fundamentales a través del proceso” (*status activus processualis*). Traducciones de la ponencia de Regensburg se han publicado casi 50 años después en Perú y Brasil.

A pesar de la confusión derivada de 1968, pude reanudar en Marburg la tradición de los conciertos en casa, para deleite general de mis colegas y estudiantes. Un punto culminante del Seminario fue la conferencia nada menos que del afamado G. Burdeau de Francia, con su posterior contribución en *JöR* 32 (1983), p. 1 y siguientes: “Alternance et continuité”. K. Hesse y su esposa también aceptaron mi invitación a Marburg y fueron festejados con un concierto en casa (1975). Con el civilista de allí, H.G. Leser y su familia, mantuve una gran amistad hasta su muerte. Trabajó de forma especialmente intensa en el derecho comparado con especial atención a Estados Unidos y Japón. Era un erudito de la vieja escuela.

En 1972 recibí una llamada para Bochum. La Facultad de Derecho tenía muchos talentos en ese momento, como E. Schmidt-Aßmann y H.U. Erichsen. Pero finalmente rechacé la llamada. El norte de Alemania era demasiado extraño para mí, por muy atrayente que hubiera sido la proximidad a los Países Bajos y a Gran Bretaña. La muerte de mi padre ese mismo año nos afectó profundamente a mis hermanos y a mí. Afortunadamente, la amistad que comenzó en Bochum con el matrimonio Schmidt-Aßmann (más tarde en Heidelberg) continúa hasta el día de hoy.

5. El período posterior en Augsburg duró de 1976 a 1981. Decir adiós a Marburg fue más difícil de lo que pensaba. Inicialmente me atrajo la famosa *Freie Reichstadt* Augsburg y su hermoso casco antiguo y, por supuesto, el espíritu de la familia de Mozart. Tomé un apartamento en el centro de la ciudad, así que comencé a extrañar la naturaleza que tanto me gusta. Desafortunadamente, la universidad estaba en las afueras de la ciudad. Pero la Facultad de Derecho era joven y dinámica. Pude dar mis apreciadas conferencias para principiantes y establecer un Seminario. También di conferencias en el Instituto de Política de Munich (1978/80). Sin embargo, el clima en la Facultad de Derecho de Augsburg se empañó porque dos colegas compitieron entre sí en la elección del Rector de la universidad. En otro orden de cosas, fue un

honor para mí ser el nuevo coeditor del AöR. Durante décadas fui responsable informalmente de la sección “noticias de libros”. Especialmente destacable en ese período fue la visita de amigos y colegas suizos de Berna: P. Saladin y J.P. Müller (1979). En un seminario conjunto abordamos la lucha por una nueva constitución federal para Suiza (palabra clave: “revisión total”, sobre la cual, versaría más adelante mi trabajo en FS Maurer, 2001). Mi expresión “Werkstatt Schweiz” (1990), Suiza como laboratorio o como taller, lo dice todo.

Científicamente, descubrí el tema de la “cultura” ya durante mi estancia en Augsburg. Me sirvió de inspiración la preparación un discurso para el tradicional “Festival de la Paz de Augsburg”: *Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag* (política cultural en la ciudad –un mandato constitucional, publicado como libro en 1979)– así como *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat* (el derecho constitucional cultural en el Estado federal, 1980) redactado originalmente para una conferencia universitaria en Innsbruck. Otro tema fue la *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung* (Jurisprudencia constitucional anotada, 1979), una colección de mis reseñas de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal, que he mantenido durante muchos años. También estaba en preparación la antología *Verfassung als öffentlicher Prozess* (la constitución como proceso público, 1978; 2.ª edición 1996; 3.ª edición, 1998). Mi tratado *Staatskirchenrecht als Religionsrecht der verfassten Gesellschaft* (el derecho eclesiástico del Estado como derecho religioso de la sociedad constituida, 1976) suscitó mucha polémica. Hoy veo algunas cosas con más claridad: el muy alemán “derecho eclesiástico del Estado” sigue teniendo sentido, pero el marco general debe ser el “derecho constitucional religioso” que incluye, por ejemplo, los tratados del Estado con la comunidad judía o musulmana, así como la legislación pertinente de la UE. Mientras tanto, el término “derecho constitucional religioso” se ha asentado en la literatura y se ha independizado del autor (“Tulit alter honores”). Mi concepto de “reserva de Parlamento” (1972) también se ha vuelto común.

Debo también el concepto de “Möglichkeitsdenkens” (pensamiento de las posibilidades, 1977) a mi tiempo en Augsburg. Finalmente, senté las bases para el volumen paralelo a la *Kommentierten Verfassungsrechtsprechung* (Jurisprudencia constitucional comentada) a saber, la antología *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft* (ciencia del derecho constitucional recensionada, 1982), que apareció ya en el período de Bayreuth. En la actualidad, la cultura de la recensión jurídica en Alemania está, lamentablemente, en declive (¿cuáles son las razones? ¿falta de perseverancia para una lectura concienzuda?). La idea de un “estado constitucional cooperativo” nació ya en 1978 (*FS Schelsky*), considerada previamente como una contribución al debate en la reunión de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* en Basel

(1977). El volumen *Die Verfassung des Pluralismus* (la constitución del pluralismo, 1980) se publicó un poco más tarde y ya se han realizado varias ediciones en el extranjero.

6. El camino a Bayreuth se abrió con una convocatoria a la universidad recién fundada allí (1981), que fue construida de manera ejemplar, sobre todo por el colega y amigo, desde la época de Marburg, W. Schmitt Glaeser. Casi al mismo tiempo recibí una llamada a St. Gallen, que causó un gran revuelo entonces: ¡un profesor de derecho constitucional alemán, suabo, en Suiza! La decisión fue difícil para mí. St. Gallen era y es atractivo, estaría más cerca de amigos suizos como P. Saladin y J.P. Müller y posteriormente D. Thüerer, E. Kramer y J.N. Druey; pero habría tenido que quedarme en Suiza de forma permanente e incluso adquirir la nacionalidad. Así que rechacé St. Gallen, con dolor, pero luego pude convertir la convocatoria de la Cátedra de Derecho Público allí en un puesto de profesor visitante permanente de filosofía jurídica⁵ (posteriormente me nombraron “senador honorario” de la Universidad). Hoy sigo siendo miembro de la muy activa asociación suiza de profesores de derecho constitucional.

Desde Bayreuth viajé a St. Gallen cada dos semanas durante tres días en el semestre de verano (1981-1999). Desde entonces permanece el puente con Suiza (también gracias a una fundación en St. Gallen, presidida por B. Ehrenzeller). Admiro la humildad y diversidad de un país aparentemente pequeño, así como la naturaleza “pragmática” del derecho constitucional suizo, a la que se alude a menudo. Observé el arte del poder constituyente en muchas constituciones cantonales nuevas, incluido el proyecto privado Kölz/Müller (1984), y finalmente en la Constitución federal de 1999. Como editor del *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, pude documentar reiteradamente el “Werkstatt Schweiz”⁶, pero también en la propia Suiza, por ejemplo, en el *Neue Züricher Zeitung* y en la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (hasta en 2017). Igualmente, en el *JöR* documenté los *Textstufen in österreichischen Landesverfassungen* (niveles textuales en las constituciones de los Länder austriacos, *JöR* 54, 2006). Pronto apareció mi *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates* (El derecho comparado en el campo de fuerza del Estado constitucional, 1992).

Pero me estoy adelantando. Antes que nada, era importante adaptarse bien al pequeño Bayreuth. Esto resultó (a pesar de Richard Wagner; “el eterno Bach” y “el

5 Sobre mi “Rechtsphilosophischen Nebenstunden” en St. Gallen, *cf.*, *Kleine Schriften*, 2002, pp. 328 y ss.

6 “Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, núm. 34, 1985, p. 303 y ss.

divino Mozart” siguen siendo la medida de la música). Mi casa estaba y está en el campo, a poca distancia andando de la universidad. La Facultad de “Derecho y Economía” era joven y dinámica, y en ese entonces todavía era manejable. El profesor Schmitt Glaeser logró atraer a varios profesores establecidos a Bayreuth, como el conocido laboralista W. Gitter. Mi conferencia inaugural versó sobre el tema: “Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen” (Los preámbulos en el texto y el contexto de las constituciones”, *FS Broermann*, 1982). Las conferencias inaugurales son un género específico de la literatura académica. Pueden esbozar programáticamente planes de investigación futuros: para los preámbulos constitucionales, por ejemplo, la idea de que son culturalmente análogos a los prólogos, preludios y oberturas, lingüísticamente cercanos al ciudadano, y suenan festivos, procesando o formulando el pasado, el presente y el futuro. De los problemas del lenguaje (especialmente en las Constituciones) me he ocupado reiteradamente (por ejemplo, en 1989 y 1990, más recientemente en el primer Coloquio de la Fundación en la Universidad de St. Gallen, en 2005).

Mi actividad académica de Bayreuth incluyó la apreciada conferencia de principiantes para estudiantes de primer año (la comencé con las palabras: “Han elegido la carrera más hermosa del mundo, les felicito”). También pude continuar en Bayreuth mi Seminario, que ya se estaba desarrollando durante años. Impartí clases sobre “Derechos Fundamentales”, ocasionalmente sobre “Derecho Administrativo General”, “Derecho Local” “Filosofía del Derecho”, filosofía jurídica y, ocasionalmente, “Derecho eclesiástico del Estado”. El seminario fue y es una institución permanente a lo largo de todos los semestres, hasta hoy en 2020, abierto a estudiantes de todos los años, a estudiantes de doctorado y a postdoctorados. Entre los participantes de años anteriores se encuentran el último presidente del Tribunal Constitucional Federal, A. Voßkuhle, y el hoy juez federal, Dr. M. Herr, que fue estudiante de doctorado conmigo. Varios miembros posteriores del Bundestag y altos funcionarios públicos, así como abogados de éxito, fueron a menudo estudiantes durante muchos semestres en mi seminario (por ejemplo, C.CH. Dressel), que se enriqueció con viajes a “Karlsruhe” y al Tribunal de Justicia de Luxemburgo, así como al Tribunal Constitucional de Baviera en Múnich. El seminario ha sido y seguirá siendo una parte fundamental de mi actividad científica. En él se ponen a prueba mis nuevos planteamientos científicos contribuyendo a inspirar pedagógicamente a los jóvenes estudiantes. Por supuesto, esto solo funciona completamente como un evento presencial. Mi seminario ha existido como una institución permanente hasta el día de hoy (desde hace ya 50 años), y ahora continúa junto con el profesor M. Kotzur, quien emprende para ello el largo viaje desde Hamburgo y su Europa-Kolleg hasta el pequeño Bayreuth.

Desde el pequeño Bayreuth intensifiqué mis contactos en el extranjero, en amplitud y apertura (para citar a F. Hölderlin), una dialéctica personal y gratificante. Puedo identificarme con este Bayreuth hasta el día de hoy⁷. La Orden del Mérito de Baviera (2007) pertenece a este contexto – en justo equilibrio con la Orden del Mérito de “Gran Oficial” de la República Italiana (1996) y la Condecoración de Honor de Austria para la Ciencia y el Arte de primera Clase (2010). Las incorporaciones a varias academias nacionales y extranjeras (Heidelberg, Múnich, Salzburgo y Córdoba en Argentina) deben mencionarse como muestra de mi agradecimiento. Sobre todo, me enriquecieron las reuniones interdisciplinarias de la Academia de Ciencias de Baviera, en Múnich.

7. En este pequeño Bayreuth, aparentemente remoto, pude experimentar la felicidad de la reunificación alemana (1989) de una manera especial. Lo que había sido la “zona fronteriza” durante décadas se encontró de repente en el corazón de Alemania gracias a la apertura de la frontera. Con mis alumnos del seminario, incluso participé en las famosas manifestaciones de los lunes en Leipzig (otoño de 1989). El entusiasmo de la gente era grande en todas partes, en las calles y a lo largo de todo el país, casi eufórico. Después de la caída del Muro de Berlín, el famoso violonchelista M. L. Rostropóvich interpretó en el *Checkpoint Charlie* la suite número 2 para violonchelo de Johann Sebastian Bach. Una obra clásica retransmitida por la televisión en Berlín. Un vecino del lugar regaló plátanos a los ciudadanos de Alemania del Este que llegaban en “Trabis”. El acceso finalmente libre a Weimar y Leipzig, por ejemplo, fue un acontecimiento cultural que nos hizo felices a todos. Los colegas y estudiantes del sur de Alemania probablemente no tuvieron oportunidad de disfrutar de estas cosas tan positivas.

Yo mismo trabajé por la reunificación⁸ como miembro de un comité del Consejo de Ciencias que tenía que evaluar las universidades de Alemania del Este. En casos individuales, esta fue una tarea humanamente difícil (por ejemplo, para sorpresa de todos, un colega suizo reconoció a un colaborador de la Stasi en un profesor de Alemania Oriental que lo había espiado en Zúrich). Más tarde di cursos de introducción al sistema jurídico de Alemania Occidental en el castillo de Thurnau. La tarea

7 Cfr. “Die europäische Stadt – Das Beispiel Bayreuth”, *Bayerische Verwaltungsblätter*, 2005, pp. 161 y ss.

8 También científicamente, en la forma de mi trabajo “Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands – Ein wissenschaftlicher Diskussionsbeitrag im Vormärz 1990”, *JuristenZeitung*, 1990, pp. 358 y ss. Con el proyecto de Constitución de la “mesa redonda” de la RDA se puede encontrar documentación en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, núm. 39, 1990, pp. 319 y ss.

de evaluación de las universidades fue complicada, porque no se podía afirmar que todo lo que la gente había acumulado en sus biografías personales durante décadas era falso y sin valor. Se requería sentido del tacto y empatía. H. Kohl, el “Canciller de la Unidad”, que después sería ridiculizado de forma injusta, predijo acertadamente “paisajes florecientes”. De hecho, existen hoy, incluso si muchas de las dificultades de entonces parecen estar ahora en primer plano y se critica con razón el trabajo de la “Treuhand” en materia económica (palabra clave: “liquidación”). En el *JöR* pude documentar y comentar las constituciones de los nuevos Länder (*cfr.* *JöR* 41,1993; 42,1994; 43,1995). Al mismo tiempo, publiqué acerca de los procesos de desarrollo de los antiguos estados socialistas⁹. La documentación precisa de los textos constitucionales es indispensable para la teoría del desarrollo gradual de los textos.

8. Mirando hacia atrás, trabajé científicamente en tres líneas fundamentales sin poder proporcionar, en lo que sigue, una “biografía” detallada de los trabajos (los comienzos, en la forma de garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales desde 1962 – nueva fue en ese momento la teoría del “doble carácter” de los derechos fundamentales y la necesidad de configuración de todos los derechos fundamentales, así como mi ponencia en la reunión de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* de 1971 en Regensburg “los derechos fundamentales en el Estado prestacional”, el status activus processualis y el intento de estructurar la dimensión de participación se mencionan al menos entre paréntesis):

A Europa, en forma de teoría constitucional europea como primera línea fundamental: *Europäischen Verfassungslehre*. La primera edición se publicó casi puntualmente en el momento de mi jubilación (2001/2002, 7.^a edición 2011, 8.^a edición junto con M. Kotzur, 2016). Fue precedido por el “Derecho constitucional común europeo” (1991) –el posterior “ius commune americanum” (2003, Ciudad de México) es una formulación paralela– y el volumen *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien* (1999). Quería preservar el título de “teoría constitucional europea”. Trabajos más pequeños, por ejemplo, sobre “Europäische Öffentlichkeit” (el espacio público europeo, 2000), “Europäische Gemeinwohl” (el bien común europeo, 2002) ya se expusieron como conferencias en Berlín y Liechtenstein y luego se publicaron. El modelo del jurista europeo como “servidor del derecho” forma parte de esto. Thomas Mann ya habló de Europa como “comunidad cultural” y de la “Alemania europea”. Una teoría propia es la referida a la UE como “comunidad

9 Documentación de proyectos constitucionales y constituciones de los antiguos países socialistas europeos y asiáticos se puede encontrar en: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, núm. 43, 1995, pp. 105 y ss.; núm. 44, 1996, pp. 321 y ss.; núm. 45, 1997, pp. 177 y ss.; núm. 46, 1998, pp. 123 y ss.

constitucional” (2001). En esa comunidad, la Ley Fundamental alemana es solo una constitución parcial (2001). Más recientemente, caractericé a la ciencia jurídica europea como ciencia cultural (2017). Mi libro sobre la *Europäische Rechtskultur* (cultura jurídica europea, 1994) es un lugar común en la actualidad. Se dedicó un trato especial (2003) a los diversos proyectos de constitución de la UE, al igual que anteriormente al “nationalen Europaverfassungsrecht” (derecho constitucional europeo nacional, 1995), es decir, las cláusulas europeas en las constituciones nacionales o en los estatutos regionales.

El planteamiento de los estudios científico-culturales es la segunda línea fundamental, basado en la *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (la teoría constitucional como ciencia cultural, 1.ª edición, 1982, 2.ª edición, 1998). La cultura se ha convertido en el tema de mi vida. El racionalismo crítico de Popper puede abordarse así en términos de contenido. Actualmente todo esto no es tan nuevo como lo era hace casi 40 años. Muchos otros autores hablan ahora también de “cultura constitucional”, de “constitución como cultura” o de “cultura de la constitución”. Incluso hay fundaciones dedicadas a la cultura jurídica¹⁰. Para mí, la naturaleza y la cultura (esta como una “segunda creación”) están relacionadas entre sí, pero también el derecho y la cultura. (Los derechos específicos de la naturaleza, como en Ecuador, ya no son una utopía hoy). No existe la “libertad natural”, sino solo la libertad *cultural*. La cita “Natura artis magistra” es pertinente. También recordamos el dicho de Goethe: “la naturaleza y el arte parecen huir el uno del otro y haberse encontrado antes de que sea perceptible” - Goethe se convirtió en un “Hausgott” (“dios doméstico”) a una edad temprana. También intenté entender el federalismo y el regionalismo desde la perspectiva de la ciencia cultural (1996/97): como un ejemplo de pluralismo cultural, la separación vertical de poderes es solo un aspecto parcial.

Suiza en particular vive las tres manifestaciones de la cultura en el derecho: la cultura popular, las culturas alternativas y la alta cultura (de lo verdadero, lo bueno y lo bello), que ya está expresada en la Constitución bávara de 1946 (Art. 131, párrafo 2). Aquí la alta cultura se muestra junto al “sentido de responsabilidad por la naturaleza y el medio ambiente”, en una modificación constitucional, como base de la vida en el contexto de los fines educativos¹¹. Se puede hablar de “medios de vida culturales”, de cuya importancia hay más conciencia pública que nunca en esta

10 La antología *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982, marca la larga historia de desarrollo del tema en su reflejo en muchos autores.

11 Cfr., *Erziehungszielen und Orientierungswerten im Verfassungsstaat*, una temprana monografía de 1981.

época de la pandemia mundial del coronavirus. Las experiencias comunitarias específicas solo son posibles en la cultura vivida (servicios religiosos, veladas de teatro, conciertos, cine, festivales).

Los seminarios conjuntos en Liechtenstein con G. Batliner, su exjefe de gobierno, me enseñaron a valorar lo “pequeño” en Vaduz (mediados de la década de 1980). De ahí surge una teoría constitucional sobre los estados pequeños (1997) y el “territorio estatal” (en 1993). Me atreví a hacer una incursión directa en las “bellas letras” con el librito: *Das Grundgesetz der Literaten* (la Ley Fundamental de los escritores, 1983). Alcanzan una perspectiva filosófica el ensayo *Zeit und Verfassung* (Tiempo y Constitución, 1974, Lima 2017), así como la formulación de la conexión interna entre la dignidad humana y la democracia pluralista (1987). Por último, realicé algunas incursiones en el tema “referencias a Dios” (1987), así como en las utopías (1987), “Musik und Recht” (música y derecho, *JöR* 60 (2014) y en el tema *Poesie und Verfassung* (poesía y Constitución, *JöR* 65, 2017).

La tercera línea fundamental ha sido y es la comparación constitucional cultural (1982), que a veces alcanza una dimensión global. Intenté esto finalmente en los “estudios preliminares” de una teoría constitucional universal de 2013: *Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur* (el Estado constitucional cooperativo desde la cultura y como cultura), en el libro *Die Kultur des Friedens* (la cultura de paz, 2017) y en la *Afrikanischen Verfassungs- und Lesebuch* (constitución y libro de lecturas africanas, 2019). También cabe mencionar la pequeña monografía *Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat* (la cultura de la memoria en el Estado constitucional, 2011). El libro *Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, supuso una novedosa perspectiva para entender el derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto (1976/2014) fue una nueva perspectiva, al igual que la idea de calificar al Tribunal Constitucional Federal de Alemania como un “tribunal ciudadano” (1997). Los *Methoden und Prinzipien der Verfassungsinterpretation* (métodos y principios de interpretación constitucional, 2000) han sido una cuestión recurrente.

Las tres líneas o áreas temáticas que he señalado se superponen de muchas maneras y solo fueron posibles después de haber explorado otros temas parciales. Podemos mencionar la tesis sobre el contexto (1979), el derecho comparado como “quinto” método de interpretación (1989, un artículo citado con mucha frecuencia) y el paradigma del desarrollo de los niveles textuales (1989)¹², con la diferenciación

12 “Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates”, *Festschrift für Karl Josef Partsch*, 1989, pp. 555 y ss.

de los niveles textuales en los países en vías de desarrollo (1990). Una palabra sobre la tesis del contexto (1979), desarrollada de manera reiterada¹³ y entendida hoy a, través de la siguiente precisión, como: “interpretación a través del pensamiento reflexivo”, iluminando las conexiones, con el enriquecimiento recíproco de texto y contextos y la comparación constitucional como ciencia del contexto (2007). Sobre los *Klassikertexte im Verfassungsleben* (los textos clásicos en la vida constitucional, 1981, Brasilia, 2016) se puede decir que los textos clásicos son textos constitucionales en sentido amplio y su análisis desde esa perspectiva es muy productivo. También cabe mencionar el pequeño texto *Das Menschenbild im Verfassungsstaat* (la imagen del hombre en el Estado constitucional), que alcanzó cuatro ediciones en 20 años (1988/2008). Finalmente, debe señalarse el intento de interpretar el contrato intergeneracional como un contrato social concebido *en el tiempo* (1998) y de ver el envejecimiento y la edad de las personas como un problema del Estado constitucional (1993) y clasificar la economía social de mercado como un “tercera vía” (1993).

Estos planteamientos se desarrollaron en una serie de monografías que fueron elaboradas de manera paulatina: *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates* (las garantías de las fiestas oficiales como elementos de identidad cultural del Estado constitucional, 1987), *Der Sonntag als Verfassungsprinzip* (el domingo como principio constitucional, 1988/2006), *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates* (los himnos nacionales como elementos de identidad cultural del Estado constitucional, 2007/2013), *Nationalflaggen, bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole* (las banderas nacionales, elementos de identidad ciudadana democrática y símbolos de reconocimiento internacional, 2008). También traté de utilizar este enfoque cultural del derecho comparado en relación con países individuales como Croacia (1991), Ucrania (1996), Kenia (2010), Georgia (*JöR* 58, 2010), Argentina (*JöR* 60, 2012) y Túnez (2014). Lo mismo se aplica a Suiza (por ejemplo, *JöR*, 40, 1997) y a los Estados pequeños (1993). También en relación con la “Primavera Árabe” y la “Carta China 08” (ambas en *JöR* 60, 2012)), quizás con demasiado optimismo, pero ahora forman parte de mi precomprensión científica y sigue siendo indispensable en la actualidad.

En todo esto, me ayudó el hecho de que, como sucesor de G. Leibholz, me convertí en el editor del *Jahrbuchs des öffentlichen Rechts* desde 1983. Pude encargar artículos específicos, publicar buenos manuscritos que me enviaron y promocionar

13 Por ejemplo: “Die Verfassung im Kontext”, en D. THÜRER y otros. (eds.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, 2001, pp. 17 y ss.

a jóvenes talentos. En el *JöR* fundé dos nuevas secciones (después de una larga lucha con la editorial Tübingen): “La doctrina del derecho constitucional en autorretratos” (con contribuciones, por ejemplo, de W. von Simson, uno de mis mentores de Freiburg: “El Estado como experiencia”, *JöR* 32, 1983, pp. 31 y ss., posteriormente por T. Oppermann y W. Schmitt Glaeser) así como “Perfiles de jueces” (por ejemplo, T. Ritterspach: “H. Höpker Aschoff, el primer presidente del BVerfG”, *JöR* 32, 1983, pp. 55 y ss.). Dejé de editar el *JöR*, de manera voluntaria afortunadamente, con motivo de mi 80 cumpleaños en 2014, después de 30 años. Me sucedieron cinco colegas como coeditores. Por otro lado, el Premio de Investigación Max Planck que me fue otorgado en 1998 hizo posible, con la ayuda de la Universidad de Bayreuth, fundar el *Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht* (centro de investigación de derecho constitucional europeo) y continuarlo hasta el día de hoy.

9. A través de viajes y cooperación académica, por ejemplo, como profesor visitante, me fui abriendo progresivamente a los siguientes países: Italia de 1983 a 2002 (casi todos los años en marzo, como invitado del Instituto Goethe en Roma y como profesor invitado en una de las tres universidades; más recientemente me convertí en miembro de la asociación italiana de constitucionalistas). España desde mediados de los 80 hasta la actualidad, especialmente en Granada. El anfitrión ideal allí sigue siendo F. Balaguer con su “nueva escuela de derecho constitucional” en Granada (con muy buenos discípulos como, por ejemplo, M. Azpitarte, J.M. Porras, Augusto Aguilar y E. Guillén y colegas como G. Cámara Villar), así como su propia revista; también cabe destacar la creación de la Fundación P. Häberle en Granada, en 2011; igualmente, el Doctorado Honoris Causa por Granada que recibí en el año 2000). En Roma he desarrollado amistades muy cercanas y firmes con A.A. Cervati, A. D’Atena, P. Ridola, F. Lanchester y A. Schillaci, hasta el día de hoy. Se han celebrado diversos coloquios y congresos en mi honor que agradezco mucho. En Turín, tuve la oportunidad de conocer y apreciar a Jörg Luther, como “italiano alemán”. Su repentina muerte, en marzo de 2020, sumió a todo nuestro círculo internacional de amigos en un profundo dolor. J. Luther procedía de Marburg y llegó a ser catedrático de derecho constitucional en Italia. Hicimos algunos viajes académicos muy gratos, por ejemplo, a Marburg, Speyer y Brasil. Por último, pero no menos importante, estábamos unidos por la música: J. Luther era un violonchelista de primera clase. Dimos pequeños conciertos juntos en Granada, Catania y Turín.

Debo mi relación con Grecia, además de al conocimiento de P. Dagtoglou, a la amistad con D.T. Tsatsos en Atenas, el “griego alemán”, que vinculó de manera ideal a Alemania con Grecia en su persona (de manera similar a W. Skouris). Recibí mi primer Doctorado Honoris Causa en Tesalónica (1994). Previamente, había impartido con-

ferencias en Atenas y Tesalónica en la década de 1980. D.T. Tsatsos era un “genio de la amistad” que incluso vino a Bayreuth para mi conferencia de despedida en 2002 (el tema fue: “la ciencia jurídica como forma de vida”) al igual que K. Hesse con su esposa e invitados destacados de Ucrania, Italia, España y otros países. El reencuentro con Montpellier gracias a un congreso celebrado allí en mi honor en 2014 fue conmovedor (A. Viala/S. Pinon). El puente con Portugal gracias a los colegas J. Miranda, J.J.G. Canotilho y V. Pereira también demostró ser científica y humanamente muy firme.

Finalmente se produjo el “salto” a Latinoamérica. La chispa inicial fue la traducción de mi trabajo: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, 1975) por G. Mendes (1997) que se convertiría más tarde en prominente Magistrado y Presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Este enfoque, por ejemplo, brindó apoyo teórico al instituto brasileño del “amicus curiae”. Más tarde pude desarrollar una amistad científica con I. Sarlet (Porto Alegre) y M.A. Maliska (Curitiba). Desde entonces, muchos de mis libros y artículos se han traducido y publicado, especialmente en Brasil, pero también en Perú y Colombia (por ejemplo, la constitución como cultura, en Bogotá, 2002). La concesión de la orden “Cruzeiro do Sul” (2011) en su más alto grado en Brasil fue una alegría especial. También hay que mencionar la monografía sobre mí de R. C. Amaral (*Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional*, 2004), así como el libro publicado en mi honor (2019) que coeditó con C. P. Biagi y A. P. Gontijo. Recientemente he desarrollado una relación amistosa con la profesora M. R. Santiago en São Paulo. Ella hace mucho por la recepción de mis teorías en Brasil. ¿Cuál es el motivo de este amistoso eco? ¿Quizás mi planteamiento científico-cultural?

No menos relevante ha sido y es mi conexión personal y académica con el ilustre y noble profesor de derecho constitucional D. Valadés en la Ciudad de México. Gracias a él, se publicó en México una colección de entrevistas científicas (de Croacia a México pasando por Rumania, Perú, Argentina y España)¹⁴. El Premio Internacional Fix-Zamudio de la Universidad Nacional Autónoma de México (2014) supuso un inesperado reconocimiento y una ayuda para el centro de investigación de Bayreuth.

La entrevista científica es un género particularmente útil de la literatura científica. Se ha desarrollado principalmente en el extranjero y permite una conversa-

14 D. VALADÉS (comp.), *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, UNAM, Mexico, 2006; versión portuguesa, Brasilia, 2008; 2.ª edición, 2017, Mexico. Algunas entrevistas se pueden encontrar también en: *Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis*, 2016, pp. 263 y ss., así como en *Kleinen Schriften*, 2002, pp. 375 y ss. (editado por W. GRAF VITZTHUM).

ción más libre con acentos muy personales e ideas espontáneas („ensayo y error“). Siempre estuve muy feliz de poder expresarme de esta forma. Desde mi punto de vista, la monografía sigue siendo el género literario científico más importante. Desafortunadamente, es cada vez más infrecuente para muchos profesores de derecho constitucional alemanes en sus últimos años (falta el „tercer libro“). El “publicar o perecer” conduce a una abundancia de pequeños ensayos y aportaciones a coloquios. Mi deseo: “La universidad alemana no debe morir” (2007) sigue vigente.

Las relaciones con Argentina no son menos estrechas. Están centradas en profesores de Buenos Aires: R.G. Ferreyra y G. Zaffaroni. El primero también ha fundado un seminario permanente muy exitoso que se rige por sus propios estatutos. Al margen de este “círculo sagrado” también me concedieron un Doctorado Honoris Causa de la Universidad estatal de Buenos Aires (2009). Se acaba de publicar una edición latinoamericana de mi libro *Die Kultur des Friedens* (la cultura de la paz). Entre mis trabajos más pequeños algunos se han dedicado a la libertad de las artes y las ciencias (1985) e incluso al “deporte” (1993).

Tengo una larga amistad con el Perú gracias a D. G. Belaunde y su discípulo C. Landa en Lima (les debo un Doctorado Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú en Lima, 2002). El Prof. Landa pasó casi un año como “humboldtiano” en mi Cátedra en Bayreuth. Más recientemente conocí a un doctorando muy exitoso: Jorge Luis León Vásquez. Representa a la próxima generación de latinoamericanos, por así decirlo, y ahora enseña como profesor en Lima. Su Tesis Doctoral es digna de mención: “Jurisdicción constitucional, derecho procesal constitucional y pluralismo. Una contribución a la teoría de Peter Häberle sobre la jurisdicción constitucional como *función social* y el derecho procesal constitucional como *derecho del pluralismo y la participación*”, 2016. Fue dirigida por el Prof. M. Kotzur en Hamburgo.

Pude visitar otros dos continentes en una ocasión: África y Japón. En Sudáfrica también di conferencias como invitado en universidades para personas de color durante el tiempo de la segregación racial (1981). En Japón fui profesor invitado en Tokio (1999) y de una colección de ensayos míos se hicieron dos ediciones (2000/2006); ya existe una buena “literatura derivada”, incluso en Corea del Sur. Antes de eso, dos jóvenes profesores de Japón realizaron una estancia de investigación en Bayreuth como invitados: T. Hatajiri y N. Inoue (ya conocía al famoso profesor de derecho constitucional H. Kuriki de Freiburg). Hoy estoy conectado con Sudáfrica a través del intercambio científico con H. Botha (Universidad de Stellenbosch), que estuvo durante mi último semestre de verano en Bayreuth (2002).

Afortunadamente, no descuidé completamente a Europa del Este¹⁵. En Estonia colaboré en su proceso constituyente¹⁶, así como en Polonia (en Varsovia y Poznan¹⁷). Años después del “annus mirabilis 1989” un viaje a Ucrania me llevó a Kiev y después a Georgia. En Tiflis recibí mi último Doctorado Honoris Causa (2009). Todavía tengo buenos contactos con el entonces rector de la universidad G. Khubua en Tiflis, como también, posteriormente, con B. Cantaria, igualmente de Georgia. Lo mismo se cabe decir del profesor Z. Posavec en Zagreb (Croacia). En una ocasión invitó a todos los miembros de mi Cátedra y estudiantes de mi Seminario a Dubrovnik (incluido el Prof. Kotzur). Las visitas anuales a mi maestro K. Hesse¹⁸ en Freiburg y los viajes con el matrimonio K. e I. Hesse a Suiza y Francia (Borgoña y París) eran siempre lo más destacado del año (de 1969 a 2005).

10. En todo esto, no me he olvidado de dos tareas: por un lado, la formación de estudiantes de doctorado y posdoctorado. A estos últimos se unió A. Blankenagel de Munich. En Bayreuth, los hoy catedráticos L. Michael (Düsseldorf) y M. Kotzur (Hamburgo) maduraron en el seminario y más recientemente el actual profesor J.J. Vasel (Düsseldorf). Todos mis discípulos me han superado en sus campos respectivos. La responsabilidad de formar a investigadores jóvenes (incluso en “clases de prueba”) es tan hermosa como grande para un profesor alemán (*cf.* mis “Cartas pedagógicas” de 2011). Hay que hacerles justicia en todos los aspectos, pero también transmitir tu propia ciencia como modelo a seguir, especialmente el arte de trabajar en la investigación básica. Además, es importante darles oportunidades de publicar antes de preparar su trabajo de habilitación. Como maestro, tienes la responsabilidad al menos hasta que el candidato sea nombrado catedrático por primera vez en otra universidad. Por supuesto, este nombramiento a menudo tiene que trabajarse duro: a través de un alto nivel de compromiso y tomando en serio las relaciones personales.

15 *Cfr.* mi trabajo: “Verfassungsentwicklungen in Osteuropa”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 117, 1992, pp. 169 ss.

16 *Cfr.* algunos planteamientos provisionales y puntuales sobre el Proyecto de Constitución de Estonia, en: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, núm. 43, 1995, pp. 170 y ss. (también en: *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1996/1998, pp. 693 y ss.).

17 *Cfr.* algunos principios de política constitucional para configurar la “capacidad europea” de Polonia, en: *Die Verwaltung*, núm. 28, 1995, pp. 249 y ss. (también en: *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1996/1998, p. 738 y ss.; así como en: *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, pp. 305 y ss.).

18 *Cfr.* los *Ausgewählten Schriften* de K. HESSE (1984), editados por A. HOLLERBACH y por mí.

Por otro lado, es importante cultivar la pertenencia a la prestigiosa *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, que es una especie de “hogar” para alguien como yo. Cuando entré allí en 1969 (primera conferencia en Berna), llegué a conocer a los grandes de la época con el debido respeto, como U. Scheuner y P. Lerche, también H.H. Rupp (con quien más tarde formé parte de la junta directiva)¹⁹. El entonces todavía pequeño círculo de colegas tenía algo de familiar; aunque a veces también hubo discusiones profundas. Colegas de renombre como U. Scheuner solían abrir la discusión; su ordenación adecuada por parte del respectivo presidente era y es un arte en sí mismo. En mis escritos he tenido en cuenta muy pronto y con mucho gusto discursos destacados de otros. En la década de 1970, la disputa entre escuelas (C. Schmitt/R. Smend/H. Heller/H. Kelsen) todavía estaba latente, y también se percibían algunos antagonismos partidistas. Ambos se han desvanecido un poco hoy y han pasado a un segundo plano. En relación con esta temática, H. Schulze-Fielitz escribió el importante libro “Staatsrechtslehre als Mikrokosmos” (2013). Por último: como científico tienes que reconocer tus propios límites (estamos “sobre los hombros de gigantes” y, por tanto, vemos un poco más allá). Por lo que se refiere al género de los comentarios, solo contribuí a un comentario una vez, concretamente en Suiza (comentario sobre el Art. 6 de la Constitución federal Suiza)²⁰.

11. No sin orgullo debo mencionar los numerosos Seminarios y Coloquios honoríficos que se me han dedicado en el curso de mi vida académica. El primero fue en Suiza: en Disentis (Graubünden) con motivo de mi 60 cumpleaños (1994) bajo la dirección de T. Fleiner con muchos romanos como invitados (como A.A. Cervati, A. D’Atena, P. Ridola y el presidente de la Corte en Roma A. Baldassarre). También estuvieron presentes P. Saladin, J.P. Müller y K. Hesse. Las Actas del Congreso se publicaron en T. Fleiner-Gerster (ed.), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft* (la sociedad multicultural y multiétnica, 1995). El 65.º cumpleaños siguió con un coloquio en Baden-Baden, organizado por la editorial Nomos que dio lugar al libro: M. Morlok (ed.) *Die Welt des Verfassungsstaates* (2001). El 70 cumpleaños lo marcaron la publicación conmemorativa española *Derecho constitucional y cultura* (coord. F. Balaguer, 2004) y la publicación conmemorativa alemana *Verfassung im Diskurs der Welt: Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag* (2004) presentada en el *Wissenschaftskolleg zu Berlin*, en el que tuve una estancia

19 Cfr., sobre la *Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung*, mi contribución en *Festschrift für H. Maier*, 1990, pp. 327 y ss.; y *Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos*, 2003, pp. 164 y ss.

20 *Die Schweizerische Bundesverfassung*, edición de B. EHRENZELLER y otros., 3.ª ed., 2014, pp. 155 y ss.

durante 1992/1993 (un año muy estimulante al que le debo la monografía *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995, que ha sido traducida a cinco idiomas). El 75 cumpleaños me regaló el volumen *Verfassungsvergleich in europa- und weltbürgerlicher Absicht, Späte Schriften* (la comparación constitucional en perspectiva europea y cosmopolita, últimos escritos, 2009) editado por M. Kotzur y L. Michael. Finalmente, en mi 80 cumpleaños, recibí otra publicación conmemorativa (editada por A. Blankenagel: *Den Verfassungsstaat nachdenken. Eine Geburtstagsgabe* (2014) así como un libro electrónico sobre el congreso celebrado en Lisboa (*O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global*, editado por V. Pereira y F. Balaguer, 2015; en 2007 había recibido un Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Lisboa). El “álbum” editado por F. Balaguer (*Peter Häberle. Ein Portrait*, 2014) fue algo muy especial. Ahora están a punto de aparecer las Actas del coloquio en Hamburgo (2019), organizado de manera ejemplar por M. Kotzur y F. Balaguer. Los libros conmemorativos, a los que les dediqué un artículo específico (“Festschriften im Kraftfeld ihrer Adressaten” *AöR*, 1980) eran y seguirán siendo un tema científico por derecho propio y no deben dejarse morir.

Las amistades científicas (por ejemplo, con H. Maier y M. Stolleis, P. Cruz Villalón, A. López Pina, E. Mikunda y H. Maurer, así como W. Graf Vitzthum y los ya mencionados anteriormente) son la mayor felicidad para un investigador. Combinan la dimensión personal con la objetiva de una manera única: la tarea de una “búsqueda eterna de la verdad”. Si hay elementos artísticos, ya sea en el estilo lingüístico o en la interpretación conjunta de piezas musicales (por ejemplo, con L. Michael como violinista y con J. Luther en Turín como violonchelista, también con H. Hofmann como violonchelista en el Congreso de Konstanz en 1982), la felicidad es completa. ¡Cuántas veces he podido experimentar todo esto! No puedo expresar mi gratitud con palabras. A mi edad, cada día de logros es un regalo (esto también vale para las traducciones de mis textos a más de 15 idiomas, las más recientes al árabe y al inglés: M. Kotzur, ed., *Peter Häberle on Constitutional Theory*, 2018). La recepción de escritos constitucionales en otros sistemas constitucionales (“migraciones”) requiere de una formulación teórica específica, por ejemplo, de la designación de “mediadores de recepción” como son los tribunales y los colegas académicos, así como de la elaboración de los diferentes contextos. ¡Ningún texto sin contexto! Me ocupé de esta temática de los elementos de un “modelo de recepción jurídica” en un artículo publicado en *Juristenzeitung* en 1992.

12. Los “días de logros” son necesarios para un proyecto final: estructuras de una teoría constitucional universal. Gracias a la jurisprudencia universal, tal como está surgiendo en todo el mundo, por ejemplo, en los tribunales internacionales y en

el canon de los métodos jurídicos. También en la incorporación de los principios generales del derecho al derecho internacional, entendido este último como “derecho constitucional de la humanidad” con sus constituciones parciales, y el gran potencial del modelo de estado constitucional cooperativo para aunar la perspectiva científico-cultural. El valor constitucional básico “humanidad” es un fundamento “final” de validez del derecho internacional. Metodológicamente, se requiere un optimismo moderado, el “principio esperanza” aquí también, como precomprensión cultural optimista. En alusión a Hegel, las constituciones parciales deben entenderse como “su tiempo aprehendido en el pensamiento”. Se trata de los siguientes ámbitos:

- Culturas del preámbulo (derecho nacional, regional, internacional) - su lenguaje específico y su poder normativo.

- Espacio público (nacional, regional, internacional) desde el estado de naturaleza “salvaje” actual de las redes sociales hasta el estado cultural regulado.

- El canon de las fuentes del Derecho (palabras clave: pluralismo de fuentes legales, su *numerus apertus*, 1997).

- Principios generales del derecho (nacional e internacional).

- Los derechos humanos como derechos de la humanidad en todas sus numerosas dimensiones conocidas, incluido el *status corporativus* (1989), es decir, el lado colectivo de los derechos fundamentales. *Cfr.* el artículo 19.3 de la Ley Fundamental, el artículo 2 de la Constitución Italiana (“formaciones sociales”) y el Art. 9.2 de la Constitución Española (“grupos”).

- El derecho constitucional de la paz, en su vertiente internacional, europea y nacional - la cultura de la paz.

- El derecho constitucional cultural (nacional y mundial), por ejemplo, la protección nacional y universal de los bienes culturales y de símbolos como banderas e himnos, como también de la diversidad lingüística.

- Los fines educativos (universales y nacionales), por ejemplo, en materia de paz, democracia y medio ambiente. Palabras clave: principios constitucionales “como” objetivos educativos.

- Una doctrina constitucional del trabajo humano como cultura.

- La economía, entendida instrumentalmente como al servicio de las personas y su dignidad, elementos de la economía social de mercado.

- La salud como bien público y privado.

- El cambio climático como tema de las constituciones nacionales y del derecho internacional.

- Las jurisdicciones independientes como elementos de la separación de poderes (nacional, regional y universal).

– La responsabilidad de todos respecto de “un mundo” especialmente en tiempos de la pandemia del coronavirus.

El “derecho constitucional nacional mundial” ya existe de forma selectiva (análogo al derecho constitucional nacional europeo, art. 23 LF): por ejemplo, en el Preámbulo, en el artículo 1.2 y en los artículos 24 a 26 de la LF, en los artículos 10 y 11 de la constitución de Italia, en el art. 7 de la constitución de Portugal, en el preámbulo constitucional de España y en el preámbulo de la Constitución federal de Suiza (1999): “fortalecer la independencia y la paz con solidaridad y apertura al mundo”. Es una parte de la visión del mundo del Estado constitucional. Las percepciones nacionales sobre la constitución, como orden jurídico fundamental, como “estímulo y límite” o la constitución como cultura, deben ser proyectarse también sobre el mundo y la humanidad. Ya existe hoy una interrelación universal entre todas las constituciones parciales de nuestro mundo. Está por descubrir. El constitucionalismo universal basado en las constituciones parciales nacionales e internacionales (*JöR* 62, 2014) será posible y “necesario”.

Bayreuth, septiembre de 2020

Resumen

En este ensayo, el autor hace un repaso de su experiencia vital como académico. Sus comienzos formativos, su ingreso en la Universidad y, finalmente, el desarrollo de su investigación.

Palabras clave

Peter Häberle, Alemania, Universidad, Derecho constitucional, Derecho europeo.

Abstract

In this essay, the author reviews his experience as professor. His beginnings as an university student, his entrance into the University and, finally, the development of his research.

Keywords

Peter Häberle, Germany, University, Constitutional law, European law.

Recibido: 1 de julio de 2020

Aceptado: 15 de julio de 2020

Jurisprudencia



PRISIÓN PROVISIONAL Y ABSOLUCIÓN: MISMO DAÑO (SIC), MISMA INDEMNIZACIÓN (SIC) (¿O NO?) - BREVES NOTAS A LA STC 85/2019, DE 19 DE JUNIO DE 2019

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ
Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El artículo 294 LOPJ no es un supuesto de error judicial ni de funcionamiento anormal de la administración de justicia.
- III. Los daños de la prisión provisional seguida de absolución en la libertad personal.
- IV. El artículo 294 LOPJ distingue sin justificación objetiva y razonable con consecuencias desproporcionadas.
- V. El artículo 294 LOPJ constituye una lesión del derecho a la presunción de inocencia.
- VI. El fallo y sus efectos.
- VII. Los votos particulares.
- VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia que nos ocupa resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad que el TC plantea en el auto 79/2018 a propósito del artículo 294.1 de la LOPJ que establecía:

“Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”¹.

1 En sus numerales 2 y 3 el 294 LOPJ establece: “2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior”.

La autocuestión se plantea, tras las dudas generadas a consecuencia de un recurso de amparo en el que el recurrente denunciaba la vulneración de los artículos 17, 14 y 24.2 CE y 6.2 CEDH (Antecedentes 2 b) por la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que no accedió a la indemnización solicitada por el demandante quien, tras permanecer 358 días en prisión provisional, fue finalmente absuelto. En el planteamiento de la autocuestión las dudas se centran en si los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 pueden ser lesivos de los derechos reconocidos en los artículos 17 (derecho a la libertad personal), 14 (igualdad y no discriminación) y 24.2 (derecho a la presunción de inocencia). El ponente fue el magistrado Fernando Valdés Dal-Re y cuenta con dos votos particulares suscritos, el primero, por doña Encarnación Roca Trías y el segundo formulado conjuntamente por don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho.

El supuesto de hecho que está tras esta sentencia es, como hemos tenido la ocasión de observar, el del tratamiento jurídico anudado a la prisión provisional cuando la persona que ha sido objeto de la medida cautelar es posteriormente absuelta. Concretamente, se refiere a la procedencia o improcedencia de una indemnización hábil para reparar los efectos que la señalada prisión provisional pudiera haber causado.

A partir de la dicción literal del artículo 294 LOPJ se distinguen entre las causas de absolución y no se dan por supuestos perjuicios en caso de prisión provisional. Concretamente solo los supuestos de inexistencia objetiva (“inexistencia del hecho imputado”²) permiten articular un “derecho a la indemnización”, siempre que queden acreditados –conforme a la teoría de la responsabilidad patrimonial– perjuicios. Se ha de observar que el artículo 294 se integra entre un conjunto de disposiciones de la LOPJ englobadas a su vez en su Título V que lleva por título “De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de Justicia”.

La interpretación sistemática del conjunto normativo lleva a que no quepa duda de que estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial que surge

Venía siendo observada desde hace tiempo la parquedad del artículo 294 LOPJ lo que ha llevado a la doctrina a entender el porqué de la imprevisibilidad completa de las indemnizaciones otorgadas. *Cfr.* G. DOMENECH PASCUAL, “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento”, *InDret*, 4/2015.

2 Un caso paradigmático es el del llamado Crimen de Cuenca, como se recuerda en el Voto Particular de los Magistrados Narváez Rodríguez y Enríquez Sancho, en el que no hubo muerte alguna.

como consecuencia de una resolución judicial. Más esfuerzo requiere, sin embargo, determinar las vinculaciones entre el precepto cuestionado y el artículo 121 CE que, como es bien sabido, establece: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”. ¿Es el 294 LOPJ un caso de error judicial? Desde luego, lo son el 292 y 293 pero son dudosas y muy relevantes las conexiones entre el 121 CE y el 294.

Precisamente sobre este aspecto han versado algunas de las diferencias de criterio mantenidas por los jueces a lo largo del tiempo. Tal y como se pone de manifiesto en la sentencia (FJ 2) ha habido una sucesión de pronunciamientos jurisprudenciales sobre este artículo lo que obliga a considerar la evolución temporal, una evolución que ha pivotado de forma primordial sobre la jurisprudencia del TEDH.

Esta sentencia concita una serie de cuestiones de diverso orden que son todas cruciales, tanto las que se refieren a los mecanismos de definición y protección de los derechos fundamentales cuanto las que atienden al contenido propio de los mismos. Las primeras remiten a la posición del TEDH como último garante en materia de derechos fundamentales, aspecto que a estas alturas no suscita reparo alguno. Las segundas atañen al fundamento constitucional del derecho indemnizatorio, a la sustancia inequívocamente constitucional de determinadas formas de responsabilidad patrimonial, a las conexiones complejas e irresueltas entre daños –especialmente daño moral– y derechos³.

Pero hay más, ya que el encuadramiento del procedimiento del artículo 294 LOPJ permite reabrir el debate de cuáles son concretamente los procedimientos para exigir responsabilidad ante la administración de justicia. Piénsese, por ejemplo, que la abogacía del Estado, según consta en los antecedentes de hecho (núm. 6), viene a estimar que la supresión de los incisos cuestionados llevaría a configurar la indemnización en los supuestos de referencia en objetiva e ilimitable lo que supondría afectar a una decisión del constituyente. En definitiva, para el abogado del Estado la ampliación de la responsabilidad patrimonial frente a resoluciones judiciales es más de lo que la constitución permite en el artículo 121 que vendría entenderse como exhaustivo⁴. Es de suponer que la razón es la potencial afectación de la posición del

3 Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011.

4 Este argumento tiene una proyección en otra controvertida forma de responsabilidad patrimonial, la que afecta al legislador. ¿No establecerla expresamente es excluirla porque su actuación implicaría un límite a la ley con el que la Constitución no cuenta? Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA,

poder judicial. Ciertamente y esto es algo que se advierte en la propia sentencia –así como por algunos de sus comentaristas⁵– es una consecuencia bastante plausible de la misma que disminuyan las resoluciones que prescriban la medida cautelar.

Así las cosas, la sentencia de marras afecta a una materia sujeta a evolución sobre las que han concurrido diferentes jurisdicciones en distintos momentos (TS, TC y TEDH), trabando un diálogo que está bien lejos de estar cerrado sobre los derechos fundamentales y la indemnización como forma de reparación. En concreto puede señalarse que concita un conjunto de problemas de gran magnitud y trascendencia⁶, tanto teórica como práctica que versan por ejemplo sobre: a) La propia noción de daño y de indemnización⁷ b) La concurrencia o no de un derecho a ser indemnizado cuando se irroga un sacrificio espacial a un ciudadano en el ámbito protegido por un derecho fundamental; c) si el eventual derecho a la reparación deriva o no del propio derecho o debe ser concebido de manera autónoma⁸; sin descuidar, d), cuestiones

“El principio de ‘la responsabilidad de los poderes públicos’ según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *REDC*, núm. 67.

5 Esta sentencia “tendrá además la utilidad marginal de moderar el celo de jueces y fiscales a la hora de no acordar prisiones preventivas dudosas o claramente temerarias”. *Cfr.* L. RODRÍGUEZ RAMOS, “¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, *Diario La Ley*, Núm. 9477, Sección Tribuna, 13 de Septiembre de 2019, Wolters Kluwer.

6 Todavía se ve obligado a declarar el TC en esta sentencia: “el legislador ha dispuesto una compensación del daño a través de una indemnización, resarcimiento que este Tribunal ha considerado, además, vía adecuada de protección de los derechos fundamentales (SSTC 181/2000, de 29 de junio, FJ 8; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 4; 105/2004, de 8 de junio, FJ 3; 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4)”. FJ 5.

7 (de hecho hay una general acusación de incomprensión entre los diferentes interlocutores. Del TC al legislador cuando le dice que su dicción del 294 es prácticamente insostenible; de los VP a la opinión mayoritaria cuando se señala por ejemplo que se confunden indemnizaciones con compensaciones o cuando se niega incluso que en el supuesto de fondo haya no ya daño indemnizable sino ni siquiera daño).

8 “La falta de reconocimiento del derecho a la reparación como parte del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 17 CE cuando éste es legítimamente sacrificado llevaría a una contradicción de imposible entendimiento en un Estado social y de Derecho: la Constitución habría otorgado mayor protección a la propiedad que a la libertad, cuando esta última constituye el soporte del ejercicio de muchos otros derechos constitucionales y forma parte, como bien ha señalado el Tribunal constitucional de la dignidad humana en la que se fundamentan el orden político y la paz social”. S. DEL SAZ CORDERO, “La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado”, *Revista de administración pública*, Núm. 195, 2014, p. 74 y 75. No comparte este enfoque íntegramente G. DOMENECH PASCUAL, *op. cit.*

acerca de la determinación del daño y la precisión de las instancias que puedan llegar a señalar las eventuales consecuencias indemnizatorias⁹.

A juicio de alguna autora este ha sido seguramente –y ni más ni menos– el caso más relevante del que se ha ocupado el TC durante el año 2019¹⁰ y sin necesidad de compartir ese juicio sobre la posición en el ranking lo que no es discutible es que se trata de un pronunciamiento enormemente relevante con tres polos que se conectan entre ellos: los derechos fundamentales, la responsabilidad patrimonial de la administración de justicia y el derecho indemnizatorio. Como ya hemos indicado, la discusión no está ni mucho menos cerrada¹¹. De hecho, en el debate sobre la trascendencia constitucional del amparo que dio lugar al planteamiento de la autocuestión –de acuerdo con la doctrina de la STC 155/2009– el Tribunal alude a la oportunidad de aclarar o cambiar su doctrina previa¹².

No se puede soslayar, por último, en este primer apartado de contextualización de la sentencia, que los supuestos de falta de indemnización a quienes han sufrido prisión provisional habiendo sido posteriormente absueltos han sido objeto de una serie de condenas del TEDH al Reino de España. La saga Puig Panella¹³ ha sido un factor clave para concretar el debate conforme a unos términos que se han alejado bastante de los manejados en las primeras interpretaciones del artículo.

9 Cfr. E. COBREROS MENDAZONA, “El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, *Revista de Administración Pública*, 2019.

10 E. NIETO GARRIDO, “La indemnización de daños o perjuicios causados por las medidas adoptadas durante el estado de alarma”, *Diario La Ley*, Núm. 9696, Sección Tribuna, 15 de Septiembre de 2020, Wolters Kluwer. Se trata de una opinión, en cualquier caso, difícil de suscribir habida cuenta de la relevancia de algunos de los casos que el TC tuvo que abordar durante ese año. De hecho, no figuraba en el repaso a la jurisprudencia constitucional realizado por, entre otros, el autor de estas líneas (aunque bien es cierto que se pensaba en un público no específicamente nacional). Cfr. E. ROCA, E. GUILLÉN, C. VIDAL, A. QUERALT, F. REVIRIEGO Y L. ÁLVAREZ, “Spain”, en Richard Albert, David Landau, Pietro Faraguna y Simon Drugda, I-CONnect-Clough Center 2019, *Global Review of Constitutional Law*, 2020.

11 Ya había una polémica importante sobre la cuestión que se traslada observando las distintas posiciones de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal que interesan la resolución de la cuestión en sentidos diametralmente opuestos.

12 Antecedentes, 3).

13 SSTEDH de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*; de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, y de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy c. España*.

II. EL ARTÍCULO 294 LOPJ NO ES UN SUPUESTO DE ERROR JUDICIAL NI DE FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Los fundamentos jurídicos de la sentencia comienzan realizando una extensa contextualización. Así se destaca que las primeras interpretaciones del artículo 294 LOPJ –perfectamente identificadas en el FJ 2 de la resolución– solían desenvolverse en torno a la libertad del legislador para determinar los supuestos de responsabilidad patrimonial, de modo que la perspectiva de la esfera sobre la que recaía el daño no tenía una singularidad específica. Así las cosas, la responsabilidad patrimonial por prisión provisional en caso de absolución no se conectaba de manera definitoria con la idea de que tal medida era una restricción de la libertad personal. Se contemplaba, por el contrario, como un desarrollo directo del artículo 121 CE (STS de 27 de enero de 1989). Esta circunstancia tiene una importancia fundamental ya que en vez de anudar el supuesto indemnizatorio a la lesión del derecho se vincula a la capacidad de las instituciones normativas de modular el ejercicio de las potestades públicas. En definitiva, es el paradigma de las fuentes y de los órganos en vez del de los derechos el determinante. La indemnización en casos de error judicial sigue así la dinámica de la responsabilidad patrimonial del legislador, en la que se atribuye al actualizador normativo del marco constitucional la capacidad –ciertamente libérrima– para concretar los supuestos en los que procedería¹⁴.

Pero es concretamente al irrumpir la presunción de inocencia como paradigma prioritario de control cuando se desdibuja este panorama y se pasan a cuestionar por qué en los casos de prisión provisional y absolución en unos casos se indemniza y en otros no.

El giro se produce cuando interviene una jurisdicción que opera exclusivamente sobre derechos¹⁵, el TEDH, dictando una jurisprudencia respecto de la cual el TC actúa “en aplicación” (FJ 2). La sustancia constitucional del Tribunal de Estrasburgo¹⁶ parece bastante fuera de duda en este caso ya que su interpretación funciona como paradigma respecto de la Constitución española *ex art.* 10.2 CE.

14 Sobre esta R. GALÁN VIOCQUE, “De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador”, *RAP*, núm. 115, 2001.

15 Seguramente uno de los problemas para considerar que el Tribunal de Estrasburgo se integra plenamente entre la pléyade de Tribunales constitucionales es precisamente que se concentre solo y exclusivamente en razonar y decidir sobre derechos.

16 E. GUILLÉN LÓPEZ, “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo”, *Teoría y realidad constitucional*,

Estrasburgo es, así, la clave para entender el 294 como una disposición vinculada a un objeto específico, la protección del derecho a la presunción de inocencia, de forma que el foco ya no se fija en irregularidad de la actividad de la administración de justicia. Reiteradamente se afirma en el cuerpo de la sentencia que

“debe insistirse en rechazar que el art. 294 LOPJ atienda de principio a un supuesto al uso de error judicial, por no acomodarse a tal concepto la prisión provisional acordada en una resolución judicial conforme a Derecho en el momento de adoptarse, aun cuando luego siga un desenlace absolutorio o de sobreseimiento por la inexistencia del hecho” (FJ 4)¹⁷.

No obstante, ya veremos como el voto particular de Roca sigue cuestionando esta perspectiva, lo que es tanto como discrepar en un elemento paradigmático de la construcción mayoritaria que evidentemente hará imposible converger en cualquiera de sus desarrollos.

III. LOS DAÑOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL SEGUIDA DE ABSOLUCIÓN EN LA LIBERTAD PERSONAL

Resuelto esto, la sentencia procede a preguntarse por la razón de la indemnización. Y es que sabiendo por qué se indemniza se podrá justificar, en su caso, que haya unos destinatarios posibles y no otros. A esta fundamental tarea se aplica el Fundamento 5. Este es, sin duda, uno de los aspectos de mayor relevancia de la presente sentencia ya que tal y como se señala específicamente por el Tribunal es la primera ocasión en la que se aborda con radicalidad la cuestión.

Así señala que el artículo 294 solo encuentra explicación en “la singularidad del derecho involucrado y de la injerencia que supone la prisión preventiva, con efectos sumamente gravosos para el ciudadano”. Concretamente se repara en la entidad del derecho –presupuesto, a su vez, de otros derechos y libertades– y en las múltiples consecuencias que se derivan de su afectación (indebida, aun sin mediar un error judicial) Por tanto, la clave es la conexión entre el daño y el derecho que solo se pue-

núm. 42, 2018, pp. 371-410. J. GARCÍA ROCA, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters-Civitas, 2019.

¹⁷ También “el legislador desarrolla el error judicial y el funcionamiento anormal por un lado –el art. 293 LOPJ–, con un claro vínculo con el art. 121 CE, y por otro dispone un precepto distinto –el art. 294 LOPJ–, para recoger una responsabilidad patrimonial que tiene otra fuente, que obedece a otro título de imputación que no exige culpa o anormalidad” (FJ 8).

de –siempre imperfectamente– reparar con la indemnización¹⁸. Desde este punto de vista la sentencia nos sirve para apreciar una evolución general tendente finalmente a considerar que las esferas protegidas por los derechos son muy especiales (en el sentido de requeridas de atención máxima por su conexión con la dignidad humana) y a ver a esos mismos derechos en una dimensión más amplia que repare en lo que ocurre cuando se ven negativamente afectados¹⁹. El daño se convierte en el foco del análisis y para el TC no hay duda de que lo sufre quien soporta una medida cautelar de semejante entidad²⁰. Es repetida la invocación de la palabra “sacrificio” (hasta en ocho ocasiones figura dicha palabra en el FJ 5) y no tiene reparos en aludir a “las evidentes repercusiones físicas y psíquicas que la prisión puede tener sobre quien la sufre junto a las consecuencias de toda índole que pueden derivar de ella”; a cómo incide en la “multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles (por todas, STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2) y afecta al desenvolvimiento de la mayor parte de los derechos fundamentales y, singularmente, de los derechos de la personalidad”. No es, en absoluto, menor la importancia del hecho de que la prisión provisional puede extenderse hasta llegar a los cuatro años, constituyendo este obiter un elemento probablemente relevante para determinar en doctrina posterior la intensidad del sacrificio de otras restricciones de la libertad personal menos oprobiosas desde este punto de vista.

18 Sobre los conceptos de daño e indemnización *cf.* E. LLAMAS POMBO, *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La ley, Wolters Kluwer, 2020.

19 De hecho, creo que es este convencimiento el que descansa tras previsiones indemnizatorias específicas como la que contempla la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. que en su artículo 10 establece: “Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”. Podría alegarse que hay una diferencia a tener en cuenta entre los dos ejemplos examinados y que no es en absoluto menor. Tiene que ver con que en un caso es la persecución del interés general –como es el caso de la seguridad– el que da lugar a la afectación del derecho mientras que en el caso de la discriminación por razón de sexo la causa de la lesión no está conectada en modo alguno con una potestad pública (aunque sí, cabría pensar, con un interés público merecedor de protección como es el derecho fundamental a la libertad de empresa art. 38).

20 Lo que significa que no lo es la institución de la responsabilidad patrimonial. Estoy de acuerdo con el voto particular de Roca cuando señala que la interpretación del 294 de la sentencia se aleja de la responsabilidad patrimonial pero tal alejamiento me parece acertado.

En definitiva, según el TC, la prisión (no se plantea la cuestión respecto de otras formas de restricción de la libertad del artículo 17 CE) provoca un daño, sacrifica la libertad de una persona, y este daño, en caso de posterior absolución, no tiene por qué ser soportado. Esta es una de las discrepancias esenciales de fondo que plantea esta sentencia: a juicio por ejemplo de la Abogacía del Estado “el régimen legal de la prisión viene acompañado de un ámbito de incertidumbre sobre si el proceso terminará con la absolución o el sobreseimiento, y teniendo los ciudadanos el deber jurídico de soportar dicha incertidumbre” (Antecedentes 6). El derecho, tan consustancialmente ligado a la seguridad, se vincula ahora con la incertidumbre bajo la forma incluso de un deber. En esa misma discusión inciden los votos particulares. El de la Magistrada Roca va un paso más allá llegando, incluso, a negar que haya daño²¹. Así lo señala expresamente (aun refiriéndose a la detención preventiva en lugar de a la prisión provisional): “si los casos por los que puede acordarse la detención preventiva se ajustan a lo establecido en la ley, tal como afirma la sentencia, serán casos constitucionalmente lícitos, en los que *resulta imposible encontrar daño alguno*, según lo que ya he afirmado en el anterior apartado”²².

21 A veces mantiene que hay daño, pero en ningún caso el que hace nacer una obligación de reparar.

22 También está, consecuencia, en desacuerdo en que se denomine indemnización pues esta es una vía para reparar un daño indemnizable. No existiendo este lo que en su caso pueden graciosamente conceder los poderes públicos son compensaciones: *Cfr.*: “Mi opinión es que se está utilizando de una forma incorrecta la naturaleza de las compensaciones equiparándolas a las indemnizaciones. Las leyes han acordado en numerosas ocasiones compensaciones por daños que no son indemnizables: los casos de la pérdida de cosechas por inundaciones; las compensaciones a las víctimas del terrorismo (Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo; completada por el reglamento publicado en el Real Decreto 671/2013); la Ley 14/2002, de 5 junio y el Real Decreto 377/2003, de 28 de marzo establecen un sistema de ayudas por determinadas infecciones sanitarias, en los casos de personas afectadas de hemofilia y que hayan sido contaminadas por el virus de la hepatitis C a través de transfusiones o tratamientos con concentrados de factores de coagulación; las indemnizaciones a víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos, reguladas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, varias veces modificada, en todas estas leyes y otras que por brevedad no se citan, no se trata exactamente de un tipo de responsabilidad del Estado, sino de ayudas públicas para personas que hayan sido víctimas de diversas situaciones, delictivas o no, que generan compensaciones a cargo del Estado, sin forzar el ordenamiento constitucional, antes bien, con apoyo en las correspondientes disposiciones constitucionales, el Estado ha acordado compensar de unos daños sufridos que no entran en la categoría de la indemnización, porque no concurre en ellos ninguno de los títulos que hacen nacer la obligación de indemnizar” (7).

Sin embargo, el segundo voto particular, firmado por los magistrados Narváez y Enríquez, no niega la existencia del daño, pero entiende que hay una diferencia entre el que se genera en los casos de inexistencia subjetiva y objetiva. Para los magistrados discrepantes en el segundo caso, el daño (la intensidad afectiva, utilizando sus propios términos) es mayor²³, de donde se viene a concluir que el legislador, en su libertad de configuración de una norma que no encuentra fundamento constitucional en el artículo 121 CE, puede diferenciar a la hora de reconocer un derecho a ser indemnizado, sin vulnerar el artículo 14 CE.

Volviendo al parecer mayoritario, a mi juicio es ciertamente llamativo que la argumentación desarrollada no se cierre señalando que una disposición normativa que excluye de raíz la posibilidad de indemnizar –salvo en un supuesto muy concreto– un sacrificio de la libertad personal, una aflicción extraordinaria, con evidentes y graves repercusiones físicas y psíquicas²⁴, no resulte por este motivo una lesión del artículo 17. Este comentarista hubiera deseado que finalizara el Fundamento con la añadidura correspondiente y no con un resumen como el siguiente:

“En suma, la persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación del derecho inviolable a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero también activa un mecanismo de compensación del extraordinario sacrificio que impone”.

Como veremos en los pasajes en los que aborda el derecho a la no discriminación se desliza de manera oportuna –y sin duda con plena conciencia– que no habría objeción de inconstitucionalidad, ni desde el punto de vista del artículo 14²⁵ ni desde el 24.2²⁶, con un sistema que descarte de todo punto la indemnización. Pero entonces un número considerable de daños en la libertad quedarían sin com-

23 Comparece así la cuestión crucial de cómo medir el daño, un problema clásico de esta disciplina. *Cfr.* E. LLAMAS POMBO, *op. cit.*

24 Puede sorprender en este sentido a los estudiosos del derecho de daños la ausencia de la categoría de daño moral. Sobre este, *cfr.* C. GÓMEZ LIGÜERRE, “Concepto de daño moral”, en F. Gómez Pomar e I. Marín García (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 27-82.

25 “Cabe puntualizar que, en este análisis en las coordenadas y conforme a la lógica del art. 14 CE, no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre si el precepto debe o no existir o, más en general, sobre si es constitucionalmente obligada una previsión indemnizatoria” (FJ 6).

26 “Tan respetuoso del art. 24.2 CE es un sistema automático de indemnización como uno que la excluya sin excepción, del mismo modo que el art. 6.2 CEDH no otorga derecho a una indemnización por prisión provisional adoptada legalmente” (FJ 11).

pensación alguna. Queda abierta de nuevo la cuestión de si un derecho fundamental constituye o no un imperativo para que el legislador configure un sistema completo de protección de los daños que eventualmente se puedan producir²⁷.

IV. EL ARTÍCULO 294 LOPJ DISTINGUE SIN JUSTIFICACIÓN OBJETIVA Y RAZONABLE CON CONSECUENCIAS DESPROPORCIONADAS

Desde el punto de vista del principio de igualdad –y tras haber recogido en el FJ 6 la doctrina canónica sobre el mismo– en el FJ 7 se resuelve que “no se alcanza una justificación objetiva y razonable para excluir los supuestos de acreditada no participación en los hechos” del mecanismo indemnizatorio tal y como se prevé en el artículo 294 LOPJ. O sea, la inexistencia objetiva y la subjetiva son iguales a estos efectos por lo que el artículo 294 quiebra desde el punto de vista del artículo 14. Pero también lo hace cuando se descartan como indemnizables “los supuestos de absolución o de sobreseimiento por insuficiencia de la prueba de cargo, ataña dicha insuficiencia al hecho o a la participación”.

De aquí no cabe desprender que en todo caso proceda la indemnización cuando la prisión provisional va seguida de absolución, pero sí que su otorgamiento va a depender de un conjunto de factores y no solo “de los motivos del resultado sobre el fondo de la imputación ventilado en el proceso penal”.

Ello lleva sustancialmente a que las consecuencias de la absolución sean idénticas (ya se trate de una indemnización o de la ausencia de la misma). No se puede mantener el criterio de que no se indemniza a quien no se puede coger, manteniendo una dualidad en la cualidad de absuelto que da alas a la distinción ciudadana entre justicia material –para la que el absuelto en virtud del principio *in dubio pro reo* es un delincuente al que no se ha logrado cazar– y justicia formal, que aparece como meramente procedimental e –incluso y en suma injusta–.

Y es que al convertir en daño en la categoría clave el razonamiento del tribunal toma un derrotero específico:

“El sentido resarcitorio de la disposición es ajeno al dato de si la ausencia de condena se debe a que no existió el hecho, resultaba atípico, no concurre conexión de autoría o participación, no se alcanzó a probar más allá de toda duda razonable los anteriores extremos o a si concurre legítima defensa u otra

²⁷ Ya planteada con radicalidad a propósito del derecho a la vida y a la integridad física en relación con la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor.

circunstancia eximente. Ninguna de las anteriores circunstancias incide y, por tanto, hace decaer la finalidad de compensar el sacrificio del privado de libertad. Esas otras situaciones de prisión preventiva no seguida de condena desencadenan el mismo daño”. (las cursivas son añadidas)²⁸.

De aquí se deduce que los incisos cuestionados vulneran el artículo 14 CE²⁹ lo que de rondón permite al TC no entrar en la posible vulneración del artículo 17. De este modo, sin embargo, orilla espinosas cuestiones, como, por ejemplo, si el derecho a la reparación del daño a la libertad forma parte del contenido del derecho o no. En definitiva, el TC con su argumentación deja sin responder si sería conforme con la CE un sistema que rechazase todas las indemnizaciones de quienes hubieran sufrido prisión provisional resultando posteriormente absueltos. Sabemos que no habría problema desde el punto de vista del artículo 24.2 ni desde el 14 pero ¿y desde el 17?³⁰

V. EL ARTÍCULO 294 LOPJ CONSTITUYE UNA LESIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A partir de aquí la sentencia desplaza su óptica a la cuestión específica de cómo afecta el precepto cuestionado a la presunción de inocencia de acuerdo con el marco interpretativo diseñado de consuno por el TC y el TEDH. Hay en este sentido una coincidencia indiscutida en el hecho de que “la presunción de inocencia es lo que el TEDH dice que es”. Ninguna duda cabe en este sentido. En el FJ 10 con meridiana claridad indica el TC:

28 Como hemos visto, el Voto particular de Narváez y Enríquez no aprecian el *mismo* daño.

29 “La selección establecida en el art. 294 LOPJ por los incisos controvertidos discrimina entre el supuesto de inexistencia del hecho imputado y el resto de supuestos de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento. La diferencia de trato desde una perspectiva indemnizatoria entre quienes, después de sufrir prisión preventiva, no resultan condenados por haberse probado la inexistencia del hecho y quienes lo han sido por otras razones de fondo es, además, radical, pues solo los primeros pueden ver satisfecha su pretensión de ser indemnizados. Esa diferencia no solo carece de justificación desde la finalidad del precepto que recoge el derecho a la indemnización de quienes se vieron privados de su libertad en aras el interés común, sino que resulta evidentemente desproporcionada en sus consecuencias, de un carácter gravoso extraordinario, ya que quedan excluidos del derecho a la indemnización, por lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE)”. FJ 9.

30 Tiene sentido así el reparo que desliza el voto particular de Roca cuando dice que no se aborda la cuestión que constituyó el fondo del planteamiento de la cuestión. Efectivamente se aprecia una cierta contradicción.

“este Tribunal modificó su doctrina tradicional sobre el contenido y ámbito aplicativo del derecho a la presunción de inocencia para acoger la dimensión del derecho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había estimado lesionada precisamente con ocasión de procedimientos indemnizatorios por prisión provisional del art. 294 LOPJ”.

El corolario es el siguiente:

“la finalidad de esta dimensión, que opera como garantía de efectividad del derecho a la presunción de inocencia, es evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten a las personas que han sido absueltas de cargos penales o cuyos procesos penales han sido sobreseídos como si fueran de hecho culpables de la acusación formulada en su contra”.

En otras palabras, de la absolución por falta de pruebas no puede deducirse ninguna consecuencia distinta a la absolución por inexistencia del hecho.

Ciertamente el 294 supone la apertura de un nuevo proceso pero la opinión mayoritaria³¹ no duda de que aquel en el que se determina la responsabilidad penal y el que se abre para exigir una indemnización por los daños causados por la prisión provisional están completamente entroncados (FJ 11). Precisamente en esta conexión se apoya para sostener una afirmación que a mi juicio resulta inquietante:

“Tan respetuoso del art. 24.2 CE es un sistema automático de indemnización como uno que la excluya sin excepción, del mismo modo que el art. 6.2 CEDH no otorga derecho a una indemnización por prisión provisional adoptada legalmente (STC 8/2017, FJ 5)” FJ 11.

En este requiebro se aprecia de nuevo que realmente toda la construcción del TC descansa sobre el principio de igualdad y la presunción de inocencia. El argumento de la afectación a la libertad personal y del daño concurrente cuando se ha sacrificado no se tiene en cuenta.

31 No la del Voto Particular de la Magistrada Roca uno de cuyos asideros es mantener que en el caso que se toma por referencia hay dos procesos que se mantienen separados. El segundo, aquel en el que se solicita la indemnización, está comunicado del primero y por ello el resultado del mismo no afecta a la presunción de inocencia. A mi juicio, este entendimiento resalta por su formalismo dado que de hecho es obvio que el resultado del segundo está condicionado por la razón que haya provocado la absolución. Hay, se podría decir, una pasarela bastante franca y esta es la que ha dado lugar a la repetida condena del TEDH.

En definitiva, si se indemniza a unos sí y a otros no, se siembran dudas sobre la inocencia del no condenado que no ha recibido una indemnización.

VI. EL FALLO Y SUS EFECTOS

Así las cosas, el veredicto no plantea dudas al TC. No hay forma de salvar la constitucionalidad del artículo 294 LOPJ, ni a través de una interpretación conforme ni trayendo a su auxilio el 293. De su aplicación siempre resulta el rechazo de la indemnización en aquellos supuestos en los que la absolución viene obligada por el principio *in dubio pro reo*. La gradación de las inocencias que se desprende del artículo 294 (desde las inexistencias objetivas a las subjetivas hasta llegar a la que es inocencia “pero menos”, por no haberse podido acreditar la responsabilidad) no es conforme al paradigma constitucional por violar los artículos 14 y 24.2 CE tal y como ha sido interpretado este último por el TEDH. De esta manera queda sin juzgar la vinculación específica entre el 294 LOPJ y el 17 CE. La libertad personal, la primera concernida, resulta al fin solo un tropo que permite contextualizar el sacrificio, pero de aquí se pasa a establecer que si éste fuera general y no diferenciara entre las razones de la absolución no se advertiría tacha de inconstitucionalidad. Harto cuestionable me parece este argumento³² que ciertamente tiene el valor de apartar la discusión sobre la concurrencia de reparaciones económicas en caso de detenciones preventivas.

32 En el mismo sentido L. RODRÍGUEZ RAMOS: “El artículo 17 consagra el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad, estableciendo los requisitos básicos de las privaciones de libertad operadas por la institución procesal penal de la detención y exigiendo un plazo máximo para la prisión preventiva a determinar por ley. La lesión de este derecho, por erróneas detenciones o prisiones preventivas, parece merecer la responsabilidad patrimonial del Estado Administrador –detención– o Juez –prisión preventiva–, si se acepta a sensu contrario la necesaria realidad y efectividad de tan básico derecho, pues sin duda en tales supuestos erráticos se ha lesionado el derecho fundamental a la libertad personal y, si tal lesión no se repara, su vigencia real y efectiva se convierte en ilusoria en ese caso concreto”. “¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez?” *Op. cit.* Cfr. Tb “No podemos dejar de criticar el hecho que la STC 85/2019 haya desaprovechado la oportunidad para declarar que determinados extremos del artículo 294 LOPJ eran inconstitucionales por resultar contrarios a la libertad personal ex artículo 17 CE. Es evidente que existe una conexión o vínculo constitucional del art. 294 LOPJ con el art. 17 CE; de hecho, la fuente del deber indemnizatorio por las prisiones preventivas seguidas de absolución es en realidad el daño que sufre el investigado en su derecho a la libertad. Motivo por el cual resulta incomprensible ese «olvido» forzado del máximo intérprete constitucional, lo que ha sido criticado por la doctrina y, no está de menos recordar que, además, fue expresamente solicitado por la Fiscal General del Estado”. Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional indebida (Interrogantes tras la STC 85/2019) Pere SIMÓN CASTELLANO, *La Ley Penal*, Núm. 143, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Wolters Kluwer.

En definitiva, el artículo 294 LOPJ queda de la siguiente manera: “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

Con tal dicción no es extraño que el Tribunal se precava ante una interpretación del mismo que conceda automáticamente una indemnización en el supuesto de referencia. Lo intenta señalando que se respeta el amplio ámbito de intervención legislativa y remitiéndose a la teoría general sobre el derecho de daños en su aplicación concreta por la potestad jurisdiccional pero difícilmente consigue limitar la eficacia general del derecho a la indemnización que se establece a partir del nuevo artículo 294 LOPJ. El margen se centra, como expresamente se indica, en el quantum indemnizatorio y en la eventualidad (“tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto”... es la reveladora expresión correctamente elegida) de algún supuesto no indemnizable que pueda encontrar justificación en el último inciso del nuevo artículo. No es extraño que no convenza nada esta argumentación a los votos particulares³³ y que el TS, en la primera sentencia en la que tiene ocasión de aplicar el nuevo art. 294 establezca en el fundamento de derecho octavo:

“Pese a la advertencia de la falta de automatismo en la indemnización, es lo cierto que el Tribunal Constitucional ha procedido de hecho a dar una nueva redacción al precepto, que pasa a tener el siguiente tenor literal ‘Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios’, esto es, salvo los supuestos de que no se hayan irrogado perjuicios, lo que es prácticamente imposible de sostener en el caso de haber padecido prisión injusta, en todos los demás supuestos el tiempo de privación de libertad debe ser indemnizado, esto es, aunque el Tribunal Constitucional defiera a los Tribunales ordinarios la fijación en cada caso de la procedencia de la indemnización, debemos concluir que partiendo de nuestra sujeción a la norma y tomando en cuenta la nueva redacción de la misma, en la que desaparece la mención «por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre», en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización”³⁴.

33 Idéntica preocupación encontramos en J. L. MANZANARES SAMANIEGO, “El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, Núm. 9563, Sección Doctrina, 29 de Enero de 2020, Wolters Kluwer.

34 Sentencia 1348/2019 de la Sala Tercera de lo contencioso Administrativo, Sección 5.ª, del Tribunal Supremo, de 10 de octubre.

Finalmente, el TC aborda la cuestión de los efectos de la sentencia, que como es fácilmente previsible por los que frecuentamos su jurisprudencia se olvida de los rigores de la nulidad de la disposición (art. 39 LOTC) y se apoya en el artículo 40 de su ley reguladora para que solo las nuevas demandas o aquellas en las que aún no hay una resolución firme puedan verse afectadas³⁵.

VII. LOS VOTOS PARTICULARES

Como hemos tenido la ocasión de comprobar en el seguimiento de la sentencia, ésta cuenta con dos votos particulares de la magistrada Encarnación Roca Trías, el primero, y el segundo firmado conjuntamente por los magistrados Antonio Narvárez Rodríguez y Ricardo Enríquez Sancho. Ambos son discrepantes y coinciden en que el artículo 294 LOPJ no presenta tacha de constitucionalidad teniendo como parámetro de control los artículos 17, 14 y 24.2 CE.

Al respecto del artículo 17, la magistrada Roca advierte que “en el fondo de la argumentación de la sentencia late la idea, no explícitamente expresada, que la lesión realmente sufrida por el investigado en prisión provisional declarado absuelto o cuando el asunto se ha sobreesido concierne a su derecho a la libertad” (3). Aprecia así, como lo hace este comentarista, que es un extraño escorzo el que lleva a cabo la sentencia. Sin embargo, el voto particular no aboga por hacer explícito que concurre tal lesión. Antes bien, dice coincidir con la sentencia en que excluye la vulneración del artículo 17 CE³⁶. Lo hace tras disponer sus piezas argumentando en torno a la

35 La STC 125/2019 es la primera en la que el Tribunal se encuentra con la oportunidad de resolver un recurso de amparo conforme a su nueva doctrina. Otorga el amparo constatando la lesión de los artículos 14 y 24.2 y, conforme a su criterio de que la indemnización en el supuesto de prisión provisional y absolución no es automática, se limita en su fallo a reconocer el derecho del recurrente a que la decisión sobre su solicitud de indemnización se adopte, en cuanto a sus criterios rectores, de acuerdo con las exigencias constitucionales del art. 14 CE y del art. 24.2 CE, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la resolución denegatoria, de modo que la administración resuelva de nuevo conforme a tales exigencias. De tal manera se procede también en la estimación de los recursos de amparo resueltos por las SSTC: 174/2019, 8/2020, 44/2020, 45/2020, 64/2020, 137/2020, 153/2020, 154/2020, 166/2020 y 177/2020.

36 “La regla del art. 17 CE es la libertad, con las excepciones que se contienen en los párrafos 2 y 3 del propio precepto que llevan a la aplicación del art. 121 CE. En este sentido, estaría de acuerdo con la exclusión de la vulneración del art. 17 CE, que establece la sentencia (fundamento jurídico 8)”. A mi juicio, tal exclusión de debe a que el TC, según indica, no considera necesario abordar la cuestión: “Todo ello conduce a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. ‘por inexistencia el hecho imputado’ y ‘por

responsabilidad patrimonial y a la configuración del artículo 294 LOPJ como un desarrollo ajustado al artículo 121 CE. Se insiste en este punto en la libertad del legislador³⁷:

“el legislador puede regular las instituciones del modo y manera que considere conveniente, siempre y cuando, claro está, tenga en cuenta el contenido constitucionalmente reconocido de los derechos fundamentales. Quiero con ello decir que en el caso de la indemnización por prisión provisional el constituyente en el art. 121 CE solo obliga a indemnizar unos supuestos concretos –error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia– y éstos deben ser respetados en todo caso por el legislador. A partir de este límite puede ampliar los supuestos indemnizables, decidir indemnizar todos o desprestigiar algunos sin que en ello pueda haber tacha de inconstitucionalidad alguna”.

En definitiva, este voto discrepante nos traslada la siguiente pregunta: ¿permiten los derechos fundamentales que una regulación “desprecie” como indemnizables algunos supuestos en los que se ha producido un sacrificio especial?

En realidad, tal visión es el producto que el paradigma de partida sea la responsabilidad patrimonial y no los derechos. Así afirma en el examen referido a la igualdad: “si se abandona la base sobre la que se ha venido sustentando el art. 294 LOPJ, que es la responsabilidad patrimonial, nace una construcción teórica, a la que luego me referiré, en la que no se indemnizan los distintos supuestos, sino cualquier tipo de prisión seguido de absolución”. Tampoco ve que el precepto cuestionado afrente el derecho a la presunción de inocencia garantizado por el artículo 24.2 CE tal y como debe ser interpretado a partir de la jurisprudencia de Estrasburgo.

Los magistrados Narváez Rodríguez y Enríquez Sancho recogen el testigo de la magistrada Roca y mantienen que el TC ha ido más lejos de lo que le corresponde si se admite su posición de legislador negativo. Igualmente lanzan la afirmación de que el artículo 294 LOPJ no tiene fundamento constitucional. De resultar esto tan claro sería completamente evidente que no hay una conexión posible entre indemnización y determinadas especialmente gravosas de afectación de la libertad personal. A mi juicio esto está lejos de ser evidente y no deberíamos dejar de reparar en que

esta misma causa’, lo que hace innecesario que nos pronunciemos acerca de si, además, conllevan una vulneración del derecho a la libertad” (FJ 13).

37 “la Constitución deja al desarrollo legislativo la determinación de los requisitos tanto en el art. 106.2 CE, como en el art. 121 CE, que es el que ahora importa”.

de ser así la propiedad, con su garantía expropiatoria, gozaría de mayores garantías que el artículo 17 CE³⁸.

También descartan la vulneración de los artículos 14 y 24.2 CE. Respecto del primero ya hemos reparado en que achacan a la sentencia no haber sido suficientemente exhaustiva a la hora de establecer los términos de comparación. No es el mismo daño el que en todos los casos causa la prisión provisional en el posteriormente absuelto y por lo tanto entra dentro del margen de libertad del legislador indemnizar solo cuando se concurre la circunstancia que provoca mayor aflicción: la inexistencia objetiva del delito. No creo que sea posible hacer depender automáticamente de esta sutileza jurídica la intensidad afflictiva que, como es obvio, variará según las circunstancias particulares de cada afectado, elemento que se puede valorar perfectamente de acuerdo con los criterios establecidos con carácter general para la individualización del daño, tal y como se señala asimismo en el apartado 2 del precepto cuestionado.

Tampoco ven en el 294 lesión del derecho a la presunción de inocencia del 24.2 CE apoyándose sobre todo en una interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que incide en el lenguaje utilizado por los tribunales que conceden o deniegan la indemnización. A su juicio, los tribunales no están obligados por este precepto a manejar este tipo de registro y ponen como ejemplo resoluciones jurisprudenciales absolutamente neutras, de modo que no se incide en el principio del *in dubio pro reo*.

Los votos particulares, en suma, expresan las profundas dudas que siguen rodeando la regulación de la cuestión del derecho de daños en relación, en este caso, con los derechos fundamentales. Los elementos nucleares de esta temática no son, ni mucho menos, territorio pacificado.

VIII. CONCLUSIONES

El TC reconfigura bajo nuevos parámetros la circunstancia integrante del supuesto de hecho del artículo 294 LOPJ considerándola como un supuesto específico de responsabilidad patrimonial de la administración de justicia desconectado del artículo 121 CE. Esta especificidad deriva a su vez de la especial posición del derecho del artículo 17 CE y de las consecuencias sumamente dañosas que la prisión provisional tiene sobre quien es posteriormente absuelto. Este sacrificio, no obstante, puede merecer compensación o no, pero en el caso de que se opte por atribuir un

38 S. DEL SAZ, *op. cit.*

derecho a ser indemnizado éste tendrá que respetar el principio de igualdad (art. 14 CE) y no arrojar sospechas que afecten a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Respecto del principio de igualdad, la opinión mayoritaria objetiva el daño sufrido por la prisión provisional y estima que no cabe diferenciar en función de la causa por la que la persona resultó finalmente absuelta. La jurisprudencia del TEDH tal y como ha sido interpretada por el TC da una dimensión a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE que obliga a declarar la inconstitucionalidad del artículo 294 LOPJ. No obstante, la sentencia 85/2019 deja muchos flancos abiertos, en particular en relación con la afectación del artículo 17 CE.

Los votos particulares destacan profundas diferencias de criterio, lo que en definitiva nos lleva a la necesidad de proseguir investigando el fundamento constitucional del derecho indemnizatorio. Es rigurosamente cierto lo que el segundo voto particular mantiene:

“La declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los mencionados incisos lleva consigo un cambio sustancial en la configuración del precepto y de esta modalidad de responsabilidad patrimonial de la administración de Justicia por prisión provisional, muy alejada de la que el legislador le quiso dar”.

Ciertamente, pero ¿no es acaso esto una de las consecuencias ínsitas en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes? ¿Cuándo resultaron modificadas la LO 4/2000 por la STC 236/2007 o la LO 1/1992 por la STC 341/1993, no quedó el complejo normativo en cada caso enjuiciado profundamente afectado? Lo que hay en esta sentencia es efectivamente una reconfiguración de la responsabilidad patrimonial en materia de restricciones legítimas de la libertad personal; una reelaboración dogmática de la materia que la aparta definitivamente del ámbito del artículo 121 CE.

Resumen

Este trabajo comenta la STC 85/2019 en la que el Tribunal determina la inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 294 de la LOPJ por vulnerar los artículos 14 y 24.2 de la Constitución. El citado artículo reconocía la indemnización por los daños sufridos por la prisión provisional solo cuando la absolución se debiera a la inexistencia objetiva del hecho imputado. El Tribunal entiende que en todos los casos de absolución concurre el mismo sacrificio especial por lo que las diferencias a las que aboca el artículo cuestionado carecen de justificación objetiva y razonable y generan consecuencias desproporcionadas, lesionando en definitiva el principio de igualdad. De otro lado, estima que reconocer la indemnización solo en los casos de inexistencia objetiva supone extender una sombra sobre la culpabilidad de quienes han sido absueltos por cualquier otra causa lo que supone una vulneración del

derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE tal y como ha sido interpretado a partir de la jurisprudencia del TEDH. En el comentario se marcan las líneas maestras de la sentencia intentando descifrar sus claves para concluir en fin en la necesidad de seguir discutiendo sobre el denso fundamento constitucional del derecho indemnizatorio.

Palabras clave

Indemnización, prisión provisional, absolucón, derecho a la libertad personal, principio de igualdad, derecho a la presunción de inocencia.

Abstract

This paper is a commentary on the STC 85/2019 in which the Court determines the unconstitutionality of two paragraphs of article 294 of the Organic Law of the Judiciary for violating articles 14 and 24.2 of the Constitution. The aforementioned article recognized compensation for the damages suffered by the provisional imprisonment only when the acquittal was due to the objective non-existence of the crime. The Court understands that in all cases of acquittal the same special sacrifice occurs, so that the differences to which the challenged leads lack objective and reasonable justification and generate disproportionate consequences, finally damaging the principle of equality before the law. On the other hand, it considers that recognizing compensation only in cases of objective non-existence implies casting a shadow over the guilt of those who have been acquitted for any other cause, which implies a violation of the right to be presumed innocent of Article 24.2 EC as such and as it has been interpreted from the jurisprudence of the ECHR. In the commentary, the main lines of the sentence are marked trying to decipher its keys to finally conclude on the need to continue discussing the dense constitutional foundation of the compensation rights and the tort law.

Keywords

Compensation, provisional imprisonment, acquittal damages, equality before the law, right to freedom, right to be presumed innocent.

Recibido: 27 de noviembre de 2020

Aceptado: 20 de diciembre de 2021

Legislación



**CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA.
SEGUNDO SEMESTRE DE 2020**
**Chronicle of European Legislation. Second Semester
2020**

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

SUMARIO:

- I. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La Unión de Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025.
- II. Conclusiones sobre la reunión del Consejo Europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 2020.
- III. Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Capítulo sobre el Estado de Derecho en España.

1. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. LA UNIÓN DE IGUALDAD: ESTRATEGIA PARA LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGBTIQ 2020-2025

El día 12 de Noviembre de 2020, la Comisión formaliza un documento llamado “En pos de la igualdad de las personas LGTBQ: libertad para ser uno mismo en la UE”, que en su título evoca las palabras de la Presidenta de la Comisión en su Discurso sobre el Estado de la Unión de 2020. La frase pronunciada por U. Von der Leyen es la siguiente:

“No descansaré a la hora de construir una Unión de igualdad. Una Unión en la que todos podamos ser como somos y amar a quien amemos, sin miedo a la recriminación o a la discriminación. Porque ser tú mismo no es una cuestión de ideología. Es tu identidad. Y nadie podrá nunca arrebatártela”.

La frase evidencia una intención deseada también por el feminismo europeo, la de ver cómo mujeres técnicamente preparadas podían por fin tener una oportunidad de desempeñar funciones de alta política en condiciones de igualdad. Es este

un momento histórico que coincide con gobiernos paritarios de los estados que integran la Unión, entre los que España acababa de ofrecer un ejemplo destacado. Y la idea de que el feminismo se estaba normalizando en la vida política y social con un *coup de force* obtenido en 2018 a causa del movimiento del *Me Too* que extiende su repercusión a nivel global.

El documento parte de un principio asumido en los ordenamientos jurídicos occidentales desde finales del siglo XX que es el de la integración de la diversidad. Ciertamente el derecho de la Unión ha recogido en el art. 2 de su Tratado, en el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales y en los sucesivos documentos de desarrollo el derecho a la igualdad y la interdicción de la discriminación basada en la orientación sexual de las personas. Y en 2015, la Comisión había presentado una “Lista de medidas para promover la igualdad de las personas LGBTI” dirigida a luchar contra esa discriminación. El Informe proporciona datos significativos en relación la situación en los Estados miembros: veintiún estados miembros han legislado sobre el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio las personas del mismo sexo y cuatro han introducido procedimientos para el reconocimiento jurídico del género sin exigir ningún requisito médico.

La definición de los sujetos concernidos por estas normas serían lo que el acrónimo designa y que se definen en el documento a pie de página. Personas atraídas por otras del mismo sexo, o por ambos sexos, transexuales es decir no binarios, intersexuales por haber nacido con características físicas que no ajustan a ninguno de los dos sexos biológicos y finalmente las personas que no se adaptan a una identidad binaria, es decir *queer*.

Los datos estadísticos muestran una discriminación social hacia estas personas, lo que exige crear estrategias como la que se describe en el documento, dirigidas a la lucha contra la discriminación, la garantía de su seguridad, la construcción de sociedades inclusivas y el liderazgo de Europa a favor de estas personas en todo el mundo.

La primera estrategia, luchar contra la discriminación se despliega en el ámbito laboral, de la vivienda y el bienestar físico, sexual y mental. Estas acciones estarían en el contexto de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad, cuyo cumplimiento por parte de los estados miembros ha de vigilar la Unión Europea. También la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación en relación con despidos que puedan tener su origen en este tipo de situaciones generadas por la pertenencia a uno de estos grupos.

Igualmente, la Directiva 2004/113/CE del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

En lo que se refiere a los centros de trabajo, debe promoverse un ambiente libre de hostilidades para lo que deben tomarse medidas concretas en función de cada empresa.

En el campo educativo, la salud, la cultura y el deporte mediante un grupo de expertos que debe organizar programas de formación para fomentar la concienciación de esta situación en los diferentes aspectos.

Más preocupación suscita la protección internacional en los casos en que las personas vulnerables pueden ser objeto de discriminación. De ahí que se haga necesario recomendar buenas prácticas para garantizar las condiciones de acogida de estas personas que soliciten la protección internacional, en casos de internamiento, solución a las solicitudes sin discriminación y control de todas esas decisiones.

Las redes sociales incitan permanentemente al odio por motivos racistas y xenófobos y estas conductas no tienen previstas sanciones en algunos ordenamientos jurídicos, por lo que desde otros programas de la UE como el de Justicia o Ciudadanos, igualdad, derechos y valores. Por esa razón se potenciará la idea de una legislación de los estados que refuerce las medidas para la interdicción del discriminación así como una regulación de los servicios digitales que pueda hacer frente a estas conductas.

También en materia de salud deben adoptarse importantes medidas por la exigencia de medicalización en algunos estados o de cirugía no vital a veces con mutilaciones. Se debe acometer en este sentido una regulación para poner fin a esas prácticas que además a menudo se llevan a cabo sin el consentimiento de esos niños.

Dentro de las acciones de la UE es importante llamar la atención sobre algunas contradicciones terminológicas y otras inexactitudes lingüísticas en las que incurre el Informe que analizamos. Por ejemplo, la de brindar apoyo a los Estados miembros a fin de “introducir legislación y procedimientos accesibles para el reconocimiento jurídico del género”, que deja sin fijar un concepto jurídico asentado, como el de género para un cambio de sexo. Más allá de la justificación que pudiera tener esta medida de apoyo en un Estado que define sus propios fines y medios en sus propios textos constitucionales, y la voluntad política de llevarlos a cabo se expresa en su propia política interna, se ignora a qué apoyo se refiere la Comisión, si es logístico o de naturaleza material, lo que debería explicitarse con mayor detalle.

Finalmente interesa destacar un aspecto igualmente poco comprensible de este Informe y es la competencia que se da al Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), para que siga prestando asistencia técnica y apoyo a estos estudios a

través del subgrupo sobre datos en materia de igualdad del grupo Alto Nivel sobre No Discriminación, y de la Agencia de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, (FRA).

La invitación a estos organismos FRA y EIGE, a que contribuyan en el desarrollo de políticas antidiscriminatorias, perfectamente razonable en el FRA, no tiene ninguna justificación en el EIGE porque el Instituto Europeo de Género se creó como una medida de fomento de la igualdad de las mujeres en el derecho de la UE.

La utilización de un organismo cuyo objetivo y fines no tiene relación con otros colectivos, debe hacer pensar en qué situación quedan las mujeres respecto de este organismo y cuál va a ser la competencia que se reserva a la desigualdad entre mujeres y hombres. A menos que ese concepto de género haya sido traspasado a las personas LGTBI, no se entiende por qué se las adscribe a este organismo.

La página web que aloja a ese instituto hace referencia en todo momento a las mujeres y a las niñas y no es posible entender que se comprenda aquí a este colectivo. Y de hecho en su creación nada tuvo que ver más que con la necesidad de que las mujeres pudieran tener más visibilidad en la UE. La creación de un Instituto Europeo de Género tiene como finalidad la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres. Esta iniciativa del Parlamento Europeo y del Consejo ha dado un paso más con la elaboración de un Reglamento de funcionamiento, si bien el documento que analizamos hoy adquiere perfiles diferenciados de lo que puede considerarse genuinamente como problemas de género. Considera objeto de preocupación las discriminaciones de sexo en general, entre las que “no hay que olvidar que hay casos en que los hombres son víctimas de la discriminación por motivos de sexo”. Si bien, hecha esta consideración, lo cierto es que nada se dice en el resto del dictamen acerca de ninguna otra desigualdad que no sea estrictamente la atinente a la sufrida por las mujeres. Y se concibe este órgano como una institución independiente, que ha de remover las causas que dificultan la igualdad jurídica, pero sobre todo útil a las mujeres. En ese sentido, debe favorecer el *mainstreaming*, centralizar la información atinente a los temas de género, incentivar la investigación en estos temas y coordinar la difusión de la información.

El Instituto estaba pensado para reducir las desigualdades entre mujeres y hombres en el mercado laboral, el acceso a los niveles de dirección, el fomento de la conciliación de la vida profesional y privada, el acceso a la formación, la erradicación del tráfico sexual, de la violencia de género, o la lucha contra los estereotipos sociales.

La finalidad del Instituto era de centralizar y llevar a cabo de forma sistemática y coherente las funciones de integración de las políticas de igualdad en Europa, evitando la disgregación y dispersión de esfuerzos desde cada una de las instituciones

europas. A su vez, los objetivos del Instituto vienen ya marcados por la exigencia de superar los obstáculos que mantienen a las mujeres en esta situación arriba señalada.

El Dictamen ahora se plantea la denominación de Instituto de “Género”, por la dificultad de traducción en algunos países miembros de la Unión y, por tanto, aconseja encontrar otro término más operativo, sobre el que tampoco expresa ninguna preferencia¹.

II. CONCLUSIONES SOBRE LA REUNIÓN DEL CONSEJO EUROPEO DE LOS DÍAS 10 Y 11 DE DICIEMBRE DE 2020

1. El Informe

El 11 de diciembre se publican estas conclusiones que expresan la preocupación por la protección de los valores de la Unión y también del estado de derecho tal y como se establece en los Tratados. Recuerda que el art. 7 del Tratado de la Unión Europea establece un procedimiento para hacer frente a las violaciones de los valores de la Unión referidos en el art. 2 del mismo texto legal. Comunica a las delegaciones la intención de elaborar un reglamento en el que se recogerían todos estos aspectos.

Ya en el pasado año se había producido la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo sobre la necesidad de reforzar en mayor medida el Estado de derecho en la Unión y la valoración de cuál era la situación y había aludido a una próxima etapa de 3 de abril de 2019 para ver la evolución. Y en ese documento se detallaba la posición de la Comisión en relación con los valores de la UE y la necesidad de que los Estados cumplan los estándares a que vienen obligados por su pertenencia a la Unión.

Se considera imprescindible que no se produzcan lesiones a los principios fundamentales reflejados en el art. 2 del TUE porque lo que, si así ocurriera en un Estado, repercutiría en el resto de la Unión. En aquellos casos en los que se produjeran fallos en un Estado miembro, entraría en juego el art. 7 del TUE que hasta el momento se ha invocado en dos ocasiones, una en relación con Polonia por la Comisión y otra en relación con Hungría por el Parlamento Europeo.

La UE tendría un estándar para las exigencias a los Estados del cumplimiento de ese mínimo nivel y en ese marco establecido por la Comisión en 2014 se preveía

1 M.L. Balaguer Callejón. “Comentario al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea un Instituto Europeo de Igualdad de Género”. En *Revista de derecho Constitucional Europeo*. Año 3, Número 5, Enero-Junio de 2006.

un proceso de diálogo en varias fases con ese Estado miembro articulado de conformidad con los informes o dictámenes de la Comisión. El objetivo era evitar la aparición de una amenaza sistémica para el Estado de derecho, que de producirse haría tomar a la Unión decisiones tajantes. En el caso de Polonia no dio el resultado deseado y hubo de abrirse un procedimiento de conformidad con el art. 7 del TUE en diciembre de 2017.

Además de esas cuestiones puntuales, en octubre de 2016 el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales, y en ella se pide a la Comisión que lleve a cabo un seguimiento completo de todos los estados miembros e instituciones de la UE e instaure un ciclo anual de informes y recomendaciones. Esa misma resolución se reitera en noviembre de 2018.

La Comunicación justifica esta decisión con ejemplos en los que también se llevan cabo estas medidas como los parlamentos nacionales de los Estados o el Consejo de Europa, así como las propias sentencias del TEDH que han contribuido según este comunicado a la definición, consolidación y promoción del Estado de derecho. Las evaluaciones del Estado de derecho llevadas a cabo por la Comisión de Venecia también serían otro ejemplo.

Considera igualmente que es en cada Estado miembro en quien debe recaer la principal responsabilidad del mantenimiento del Estado de derecho y que la intervención de la UE en ese sentido ha de ser objetiva y tratar por igual a todos los estados miembros, y finalmente que el objetivo no será el de imponer sanciones sino el de encontrar soluciones.

Los problemas que más preocupan a la UE según este informe en relación al cumplimiento de ese nivel de Estado de derecho serían la corrupción, la independencia del poder judicial, la claridad en los procesos legislativos, la libertad de expresión, el pluralismo informativo, el respeto a los derechos humanos y a la igualdad de trato, entre otros.

En prevención a todos estos problemas que pueden plantearse en los Estados y que lesionan principios democráticos, se considera que de esta forma se puede mejorar el Estado de derecho y propone algunas medidas que serían susceptibles de implantar a través de la colaboración y el apoyo de la UE.

Finalmente, la propia Comisión se propone volver a abordar este debate y lo hace en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité económico y social y al Comité de las Regiones sobre *Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión Propuesta de actuación*.

En ella numera nuevamente las causas de los déficits democráticos y los detecta en la falta de independencia del poder judicial, el debilitamiento de los tribunales

constitucionales, el creciente recurso a los decretos ejecutivos, los conflictos entre los distintos poderes del Estado, la corrupción y la falta de pluralismo. En este periodo transcurrido de unos meses se han aportado informes y se han adoptados criterios como el de invitar a los Estados miembros a que formalizaran intercambios de informaron con la Unión en un diálogo de prevención de estas situaciones. Y la publicación anual de cuál es la situación en cada uno de los estados en regencia al estado de derecho.

2. Valoración del Informe

Vista la situación que ha generado en la Unión esa preocupación por el refuerzo del Estado de derecho respecto de los Estados miembros por la UE, cabe preguntarse hasta qué punto el art. 7 TUE faculta a la Comisión en la acometida de toda esta actividad y si esa labor de vigilancia de la Comisión está verdaderamente justificada en relación con la situación general de todos los Estados miembros respecto del funcionamiento de las instituciones democráticas y el grado de legitimación de la UE para interferir en estas instituciones así como hasta dónde debe llegar su injerencia en el libre desenvolvimiento de las instituciones de los Estados miembros que tienen sus propios mecanismos constitucionales de frenos y contrapesos de poder².

2 El contenido del art. 7 es el siguiente: “1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones.

El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas de los Tratados continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

Un análisis somero del artículo alerta de los posibles excesos de celo que pueden tener los organismos de la UE en esas injerencias respecto de la soberanía de los Estados miembros y al mismo tiempo de las razones por las que la UE dedica sus esfuerzos a estas actividades en detrimento de otras más importantes y urgentes, para protegerlos de situaciones en las que es relevante considerar las posibilidades de un ente *supra* Estados, que tiene capacidad de representarlos en intereses en los que cada Estado tiene difícil conseguir algunos logros³.

Quizás una mejor función de la Unión, en cuanto sostiene una fuerza política que no le es dada a ningún Estado de manera aislada, pudiera tener un papel importante de cara a la configuración de un modelo diferente de regulación de todos estos agentes económicos que se mueven financieramente por las diferentes geografías sin control político alguno.

Lo que se ha llamado “externalización del poder estatal”⁴ hace referencia a la debilidad de las democracias que conviven con grandes agencias proveedoras de servicios digitales, que escapan al control de los Estados y sobre los que la deslocalización geográfica impide que se sometan a relaciones jurídicas susceptibles de ser revisadas por los poderes públicos. Es aquí adonde quizás tenga más sentido una vigilancia por parte del UE de los intereses de los Estados que la conforman, y no tanto en la de las instituciones y su grado de democraticidad, con carácter general, más allá de situaciones intolerables o claramente infractoras de los pilares esenciales de un

4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición.

5. Las modalidades de voto que, a los efectos del presente artículo, serán de aplicación para el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo se establecen en el artículo 354 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

3 F. Balaguer ha puesto de manifiesto como la crisis del derecho constitucional en la globalización se origina ante la imposibilidad de defender los derechos fundamentales de la ciudadanía de los ataques de fuerzas económicas que escapan al control de los estados. La globalización, dice, “ha cambiado el ritmo histórico, ha acelerado las transformaciones que se están generando en todos los órdenes y ha desposeído a los estados de sus principales instrumentos para ordenar la política y la economía dentro de sus fronteras”. En “Crisis sanitaria y derecho constitucional en el contexto global”. TRC n. 46. 2020, p. 126. El autor se refiere a los agentes globales y a su capacidad de generar beneficios económicos mediante la hegemonía digital que les permite controlar la información y condicionar los resultados de los procesos electorales mediante el uso indiscriminado del dominio de la tecnología. *Ib*, p. 135.

4 F. Balaguer, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”. En *Nomos. Le attualità nel diritto*, Febrero. 2018, p. 2.

Estado de derecho. Y esto es así porque en este caso la incapacidad de los Estados que conforman un orden supraestatal podría ser suplido por esa mayor capacidad política de una Unión de Estados.

La preocupación de la Unión por esta temática sólo se está activando de manera parcial en fechas recientes (Comunicación de la Comisión sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea, de 3 de diciembre de 2020) y, sin embargo, los informes que emite en relación con el nivel de protección del Estado de derecho, sí que pueden constituir una injerencia en las instituciones de los Estados miembros que funcionan de acuerdo con estándares plenamente democráticos.

III. INFORME SOBRE EL ESTADO DE DERECHO EN 2020. CAPÍTULO SOBRE EL ESTADO DE DERECHO EN ESPAÑA

En el documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre el Estado de derecho en 2020 en España se cuestionan determinadas situaciones con juicios de valor discutibles si se tiene en cuenta que son conformes con la legislación española y en modo alguno lesionan la Constitución ni suponen, en todo caso, un atentado al Estado de derecho si consideramos los mecanismos correctores establecidos en una democracia constitucional como la española.

En efecto, los mecanismos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico han resultado eficaces para depurarlo de cuantas leyes inconstitucionales o conflictos entre diferentes poderes del Estado hayan tenido lugar a lo largo del asentamiento democrático del Estado, y no se entiende muy bien que se pueda decir que la ley de seguridad ciudadana, que justamente estaba pendiente de sentencia en el Tribunal Constitucional mientras se hacían esos juicios de valor, pueda inquietar a la UE en clara ignorancia de los mecanismos de depuración que tiene nuestro Estado de derecho. O que el nombramiento de la Fiscal General del Estado contraviene ningún principio democrático cuando las leyes que avalan su nombramiento son plenamente constitucionales. O que el nivel de eficacia de los tribunales está por debajo de lo deseable.

Este control, tal y como ha sido planteado, supone una injerencia en un sistema que no ofrece dudas de autoritarismo, con un orden constitucional y democrático capaz de corregir sus propias deficiencias. Un tipo de control que no podría plantearse con esta intensidad en un Estado Federal no parece muy razonable que se ponga en práctica en una estructura supranacional en la que los Estados deciden agrupar sus intereses, con una cesión de soberanía voluntaria pero también condicionada, de manera que ninguna injerencia en su derecho interno está justificada más allá de la adecuación al orden competencial reconocidos en los Tratados.

Lo que parecería razonable sin embargo sería que la Unión se planteara alguna forma de acometer los problemas que los Estados por sí solos no pueden solucionar y con la fuerza de la Unión podría iniciarse un camino capaz de encauzarlos.

Resumen

Este trabajo presenta las principales novedades legislativas de la Unión en el último semestre del año. Concretamente analiza la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La Unión de Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025. Las Conclusiones sobre la reunión del Consejo Europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 2020 y el Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Capítulo sobre el Estado de Derecho en España.

Palabras clave

LGBTIQ, Estado de Derecho.

Abstract

This work presents the main legislative developments of the Union in the last semester of the year. Specifically, it analyzes the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. The Equality Union: Strategy for Equality of LGBTIQ 2020-2025. The Conclusions on the meeting of the European Council on December 10 and 11. And the Rule of law report 2020. Country Chapter Spain.

Keywords

LGBTIQ, Rule of law.

Recibido: 27 de diciembre de 2020

Aceptado: 31 de diciembre de 2020

Foro



EL GOBIERNO EUROPEO DE LA CRISIS DEL CORONAVIRUS

MARCO DANI

Profesor de Derecho Público Comparado. Universidad de Trento

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO:

- I. Una crisis sanitaria gravísima...
- II. ... que incide sobre un largo ciclo de crisis europeas.
- III. La dimensión europea de la crisis sanitaria.
- IV. De la crisis sanitaria al impacto económico.
- V. ¿Una crisis limitada y una recuperación rápida?
- VI. Frente a la emergencia, la suspensión de las reglas fiscales y monetarias.
- VII. ¿Hacia la redistribución de recursos en el interior de la Eurozona? MEDE “sanitario”, SURE y Banco Europeo de Inversiones.
- VIII. ¿Hacia la redistribución de recursos en el interior de la Eurozona? El Fondo de Recuperación.
- IX. La extraña parábola del MEDE bis: una propuesta de reforma que marca tendencia.
- X. Conclusiones: de nuevo la crisis existencial de la Unión Europea.

I. UNA CRISIS SANITARIA GRAVÍSIMA...

El impacto sobre la salud pública de la propagación de la covid 19 ha sido enorme. Cientos de miles de personas han fallecido y millones se han contagiado¹. Al escribir estas líneas, no tenemos aún certezas sobre la efectividad real de las vacunas desarrolladas a una velocidad inaudita, ni tampoco tratamientos plenamente efectivos². Al mismo tiempo, la sombra de la covid 19 podría hacerse aún más alargada,

1 Véase <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.

2 “Doubts raised over AstraZeneca-Oxford vaccine data”, *Financial Times*, 26.11.2020, <https://www.ft.com/content/4583fbf8-b47c-4e78-8253-22efcfa4903a>; “What coronavirus treatments are around the corner?”, *British Heart Foundation*, 27.11.2020, <https://www.bhf.org.uk/information-support/heart-matters-magazine/news/behind-the-headlines/coronavirus/what-coronavirus-treatments-are-around-the-corner>.

dado que hay indicios de que el virus puede dejar secuelas graves en un porcentaje de aquellos que han cursado la enfermedad³. A ello se unen las consecuencias que la combinación explosiva de angustia e incertidumbre han tenido y tendrán sobre la salud mental de la población⁴ y los efectos, que sólo podemos intuir, sobre los más vulnerables (pensemos por ejemplo en el más que probable aumento de la violencia doméstica)⁵.

No cabe duda de las dimensiones y persistencia del shock sanitario causado por la covid 19; tampoco de que el mismo ha tenido fortísimas consecuencias económicas, políticas, sociales y culturales. En ausencia de otros medios, los estados han debido recurrir a los únicos instrumentos de que disponían para contener la difusión del virus, es decir, a clausurar la actividad social y económica, y a confinar a la población en sus casas. Las consecuencias económicas han sido inmediatas, con caídas de las tasas de actividad económica semejantes (o incluso superiores) a las causadas por las dos guerras mundiales⁶. Todo apunta a una pérdida de renta y de riqueza duraderas y marcadamente asimétricas, que con gran probabilidad aumentarán las desigualdades económicas y existenciales preexistentes⁷, algo que podría radicalizar

3 Center for Disease Control and Prevention, “Long-Term Effects of COVID-19”, 13.11.2020, <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/long-term-effects.html>.

4 M. Pierce y otros, “Mental health before and during the COVID-19 pandemic: a longitudinal probability sample survey of the UK population”, *The Lancet Psychiatry*, vol. 7, núm. 10, 2020, pp. 883-892.

5 Naciones Unidas, “Víctimas de la violencia doméstica atrapadas durante la pandemia”, <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/un-supporting-trapped-domestic-violence-victims-during-covid-19-pandemic>; M. L. Evans, M. Lindauer, y M. E. Farrell, “A Pandemic within a Pandemic — Intimate Partner Violence during Covid-19”, *New England Journal of Medicine*, núm. 383, 2020, pp. 2302-2304.

6 Por ejemplo, OCDE, “Turning Hope into Reality: OECD Economic Outlook, December 2020”, <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/39a88ab1-en/index.html?itemId=/content/publication/39a88ab1-en>.

7 Es importante recordar, como ya pusiera de relieve A. Sen hace décadas, que los efectos sociales y económicos de las crisis sanitarias y humanitarias dependen, en medida determinante, de las políticas que se adoptan para hacer frente a las mismas. Tenemos ya claros indicios, por ejemplo, de que el modo y manera en que se ha evitado el hundimiento del sistema financiero y económico en la primavera de 2020 ha agudizado el “divorcio” de la economía real y la economía financiera, haciendo posible que las pérdidas en la riqueza del conjunto de la sociedad vengan de la mano de un incremento del patrimonio financiero de los más ricos. Datos preliminares referidos a Estados Unidos y, en particular, a la política monetaria de la Fed, en Institute for Policy Studies, *Billionaire Bonanza 2020*, <https://ips-dc.org/billionaire-bonanza-2020/> y Americans for Tax Fairness, “Billionaire Wealth grew by \$845 billion,

los conflictos distributivos. Al mismo tiempo, infinidad de relaciones sociales han sido quebradas en el proceso, aumentando la vulnerabilidad de los más débiles. Finalmente, no son pocas las voces que vaticinan cambios culturales duraderos⁸, aunque dista de ser obvio no sólo que tal vaya a ser el caso, sino cuáles puedan ser esas transformaciones.

II. ... QUE INCIDE SOBRE UN LARGO CICLO DE CRISIS EUROPEAS

En el caso europeo, y en particular de la Eurozona, la crisis de la covid 19 ha recrudescido un largo ciclo de crisis, acelerado a finales de los años 2000, que en su conjunto cabe caracterizar como una larga crisis existencial de la Unión Europea, en la que está en juego la supervivencia del proyecto de integración. En particular, el modo y manera en que se gobernaron la crisis financiera de 2007/8 y fiscal de 2010/2 debilitaron la capacidad de una buena parte de los Estados miembros de hacer frente a ulteriores desafíos. Ello en tanto que se impusieron políticas de recorte del gasto público en materia de sanidad y se produjo una notable mengua de las redes de protección social. Al mismo tiempo, las decisiones puntuales tomadas, y las reformas estructurales adoptadas en la década de los '10, distaron de resolver los problemas estructurales que vienen aquejando a la Unión Europea, en particular la tensión entre la centralidad de los gobiernos nacionales en el proceso de toma de decisiones supranacionales (en tanto que correas de transmisión de la legitimidad democrática nacional) y la necesidad de procedimientos capaces de forjar de forma expedita una voluntad general europea con la que responder a los problemas y desafíos funcionales que tiene ante sí la Unión. O lo que es lo mismo, la que Fritz Scharpf⁹ denominara ya hace casi cuarenta años como la trampa de la decisión colectiva característica de todas las estructuras federales, pero que se ha hecho especialmente aguda en una Europa a 28 (ahora a 27).

or 29%, as America struggled through first six months of pandemic”, <https://americansfortaxfairness.org/wp-content/uploads/pdf-flat-150x150.png>.

8 Por ejemplo, S. Žižek, *Pandemic!: COVID-19 Shakes the World*, Polity, Londres, 2020 o C. Lapavistas, “*This Crisis Has Exposed the Absurdities of Neoliberalism. That Doesn’t Mean It’ll Destroy It*”, *Jacobin*, 27.03.2020, <https://jacobinmag.com/2020/03/coronavirus-pandemic-great-recession-neoliberalism>.

9 F. Scharpf, “*The Joint-Decision Trap. Lessons From German Federalism and European Integration*”, *Public Administration*, núm. 66, 1988, 239-78.

III. LA DIMENSIÓN EUROPEA DE LA CRISIS SANITARIA

El peso fundamental de la gestión de la crisis sanitaria ha recaído sobre los estados (y sus regiones), dado que son ellos los que tienen los poderes en lo atinente a la protección de la salud pública. Sin embargo, es pertinente recordar que la Unión Europea es competente para complementar la acción de los estados, en particular en lo que atañe a la prevención las enfermedades (artículo 168 TFUE). A tal efecto, se creó en 2005 una agencia europea, el Centro Europeo de Prevención y Control de Enfermedades (CEPCE)¹⁰. Sin embargo, la acción de la misma durante la crisis del COVID 19 fue muy tardía. No advirtió del peligro hasta semanas después de la virulenta manifestación del virus en varios países de Asia, en realidad después de que el gobierno italiano hubiese adoptado medidas drásticas a finales de febrero e inicios de marzo. En tales circunstancias, nada tiene de sorprendente que cada estado haya ejercido sus competencias sin recurrir a la coordinación colectiva de la acción a nivel europeo.

Como es bien sabido, la abrumadora mayoría de los estados aplicó, tarde o temprano, el confinamiento de la población y el cierre de las fronteras. La única excepción a esta regla general la constituye Suecia, si bien es necesario indicar que las recomendaciones no vinculantes de las autoridades surtieron un efecto parecido sobre la incidencia social y económica de la crisis¹¹, si bien la mortalidad ha sido muy superior a la experimentada por países de su entorno que aplicaron medidas más restrictivas, como Dinamarca y Noruega¹².

IV. DE LA CRISIS SANITARIA AL IMPACTO ECONÓMICO

La Unión Europea tardó en registrar las consecuencias económicas de los imprescindibles confinamientos y clausuras. Ello se explica no sólo por la compleja arquitectura institucional de la Unión Europea y de la Eurozona, que como vimos, se agudizó a resultas de las reformas aplicadas a partir de 2007, sino también por una valoración inicial excesivamente optimista del impacto del coronavirus.

Cabe en este sentido distinguir tres fases: la inicial, en la que se asume que el impacto será limitado y la recuperación rápida; una segunda, en la que se decide la

10 N. Nielsen, "How the EU's virus-alert agency failed", *EU Observer*, 10 .04.2020, disponible en <https://euobserver.com/coronavirus/148039>.

11 R. Milne, "Sweden unlikely to feel economic benefit of no-lockdown approach", *Financial Times*, 10.05.2020.

12 R. Milne, "Sweden's death toll unnerves its Nordic neighbours", *Financial Times*, 20 .05.2020.

suspensión de emergencia de las principales reglas monetarias y fiscales de la Eurozona, con el objeto de crear el espacio jurídico y político para una intervención masiva de los estados; y la tercera y última fase, en la que se discute acerca de la necesidad de aplicar medidas que hagan posible redistribuir los costes de la hibernación y el relanzamiento de la economía en un modo compatible con la pervivencia de la Eurozona y de la Unión Europea en general.

V. ¿UNA CRISIS LIMITADA Y UNA RECUPERACIÓN RÁPIDA?

Durante los meses de febrero y los primeros días de marzo, el consenso generalizado era que la principal consecuencia de la epidemia de SARS COV 2 sería una ralentización de la actividad económica en la Unión Europea, derivada fundamentalmente del frenazo en China, y de los problemas que ello generaría en las cadenas de producción europeas. La incidencia sería pequeña y la recuperación rápida¹³. A la vista de ello, se concluyó que no era preciso adoptar medidas extraordinarias. Son representativas en este sentido las declaraciones de Christine Lagarde, presidenta del BCE, en la rueda de prensa posterior a la celebración del consejo de gobierno del banco el 12 de marzo¹⁴, en las que estuvo cerca de negar que el diferencial de deuda entre estados debiese preocupar lo más mínimo a la institución que ella presidía. O el informe de la Comisión Europea de inicios de ese mismo mes en el que se insiste en que para hacer frente a la crisis, basta con asegurar el normal funcionamiento del mercado interno, manifestación paradigmática de la solidaridad entre los pueblos europeos¹⁵.

Fue sólo a partir de mediados de marzo, cuando se generalizaron las clausuras y los confinamientos en todos los países europeos, que comenzó a perfilarse una

13 Paradigmáticas son las declaraciones del economista jefe del BCE, P. Lane, a finales de febrero: “ECB’s Coronavirus Base Case Is a V-Shape Economic Impact, Lane Says”, *Bloomberg*, 21.02.2020, <https://www.bloomberg.com/news/videos/2020-02-21/ecb-s-coronavirus-base-case-is-a-v-shape-economic-impact-lane-says-video>.

14 C. Lagarde y L. de Guindos, “Introductory Statement (with Q&A)”, 12.03.2020, disponible en <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2020/html/ecb.is200312-f857a21b6c.en.html>.

15 Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup, Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak, COM/2020/112 final, 13.03.2020, disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:91687006-6524-11ea-b735-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF. Se prosigue así con la peligrosa confusión de las lógicas del mercado y de la redistribución solidaria, especialmente infeliz cuando se debe hacer frente a una crisis múltiple.

respuesta supranacional a las consecuencias económicas de la crisis del coronavirus. Cuando menos inicialmente, sin embargo, no se trató de una respuesta colectiva y conjunta, sino de la suspensión de las reglas fiscales y monetarias, lo que permitiría que cada uno de los estados pudiese recurrir al gasto público para compensar los efectos que sobre sus tejidos productivos y sociales tuviese el virus. En sí misma, sin embargo, una solución tal es ambivalente; por una parte, era imprescindible para evitar el hundimiento inmediato de la economía europea; por otra, puede fácilmente conducir a la intensificación de las desigualdades entre países, regiones y personas, algo capaz de poner en peligro la supervivencia no sólo de la Eurozona, sino de la Unión Europea en su conjunto. De ahí que la presión ejercida, esencialmente por los países periféricos, por introducir mecanismos adicionales que permitan igualar la capacidad de actuación de los estados mediante la redistribución de recursos. Véamoslo.

VI. FRENTE A LA EMERGENCIA, LA SUSPENSIÓN DE LAS REGLAS FISCALES Y MONETARIAS

A partir de mediados de marzo, y en el plazo de pocas semanas, se dejaron en suspenso por un tiempo indefinido las normas “ordinarias” de la constitución económica y monetaria de la Unión Europea, y en particular de la Eurozona. En particular, se entiende que o bien se modulan drásticamente o incluso quedan temporalmente sin efecto:

- (1) las normas de derecho de la competencia, en concreto aquellas que limitan las ayudas de estado¹⁶; de este modo se permite a los estados hacer uso de sus recursos financieros no sólo para asistir a las empresas en dificultades (mediante una amplia panoplia de medidas, que incluyen ayudas y subvenciones), sino también para “remodelar” el tejido económico. Incluidas en este último caso las nacionalizaciones “temporales”; incluso aconsejadas estas últimas en aquellos casos en los que exista el riesgo de que se pierda el control europeo de empresas clave en su sector¹⁷;

16 Amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, 8.04.2020, disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0404\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0404(01)&from=EN); Amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, 8.05.2020, disponible en https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_2nd_amendment_temporary_framework_en.pdf.

17 La Comisión, como ya sucediera en 2008/9, mantiene la capacidad de controlar la confor-

- (2) las normas que fijan techos al déficit en que pueden incurrir los estados, al considerarse aplicable la “cláusula general de salvaguardia” del Pacto de Estabilidad y Crecimiento¹⁸; y
- (3) la regla monetaria que prohíbe que el BCE actúe como comprador de último recurso de la deuda pública, poniéndose en marcha el “Programa de Compras de Emergencia en la Pandemia”, bajo el cual el instituto emisor de Fráncfort adquiere bonos de los tesoros de la Eurozona en cantidades aún mayores que bajo el *quantitative easing*, sin que, además, deba guardar proporción a la participación de cada país en el capital del BCE, sino atendiendo, *de facto*, a las necesidades de financiación de los mismos; al mismo tiempo, se eliminan todos los restantes límites cuantitativos a las compras, por lo que el BCE puede adquirir enteras emisiones de deuda; dicho en otros términos, se permiten las compras asimétricas de deuda pública en los mercados secundarios por un valor formalmente limitado, pero que puede ampliarse y ha sido ampliada sucesivamente, hasta el punto de que es funcionalmente equivalente a una adquisición ilimitada si bien circunscrita en el tiempo¹⁹; De esta forma, el instituto de Fráncfort se convierte en una alternativa a los *mercados financieros*²⁰ y roza la monetización de la deuda pública, pese a que la misma está explícitamente prohibida en el TFUE.

Tomadas de forma casi simultánea, estas tres decisiones se orientan a crear el marco jurídico en el que sea posible que cada estado utilice sus propios recursos

midad de las ayudas con el derecho de la Unión, en el sobreentendido, no solo político sino también jurídico, de que la concurrencia de circunstancias extraordinarias modula el modo en el que se aplica el derecho de la competencia.

18 Propuesta de la Comisión: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/2_en_act_part1_v3-adopted_text.pdf; Declaración del Consejo: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/23/statement-of-eu-ministers-of-finance-on-the-stability-and-growth-pact-in-light-of-the-covid-19-crisis/>.

19 Decisión (UE) 2020/440 del Banco Central Europeo, de 24 de marzo de 2020, sobre un programa temporal de compras de emergencia en caso de pandemia (BCE/2020/17) *DOUE L 91*, 25.3.2020, pp. 1-4. *El total de las compras se fijó el 4 de junio en 1.350.000 millones de euros. Véase ‘Monetary Decisions’, 4.06.2020, disponible en https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.mp200604-a307d3429c.en.html.*

20 Como señalan E. Brancaccio y R. Realfonzo, “Approvare il MES senza poi doverlo usare è un’illusione”, *Il Sole 24 Ore*, 7.12.2020, disponible en <https://www.econopoly.ilssole24ore.com/2020/12/07/approvare-il-mes-senza-usarlo-e-unillusione/>.

para colocar en estado de “hibernación” el sistema productivo nacional durante el período que haya de durar el confinamiento para paliar los efectos del coronavirus. Y es que no sólo se habilita a los estados para actuar como compradores e inversores de último recurso, sino que se crean las condiciones en las que los consiguientes desembolsos extraordinarios puedan financiarse (al menos, por el momento) mediante la emisión de deuda pública en cantidades potencialmente ilimitadas. Ello es así porque, conviene insistir sobre ello, la colocación de la deuda pública, a tipos de interés muy bajos, queda completamente garantizada por el BCE, que se compromete a inyectar liquidez en cantidades masivas en los mercados donde se negocia la deuda pública de los estados de la Eurozona.

Sin embargo, es conveniente tener presente que no sólo se trata de medidas de carácter temporal, sino que la expectativa es que, una vez termine la emergencia, se vuelva a la constitución económica y monetaria “ordinaria” de la Eurozona, o lo que es lo mismo, a una política monetaria ortodoxa y a una “sana política presupuestaria”²¹. Esta última, conviene no olvidarlo, incluye normas que exigen reducir los niveles de deuda “excesivos” (incluidas las trayectorias de reducción de déficit y de deuda), pese a que ahora se permite, cuando no se incita, a los estados a ignorar tales límites²². O lo que es lo mismo, se crean las condiciones en las que los estados pueden gastar “como si el mañana no importase”, pero no sólo el mañana importa, sino que nada permite descartar que se parezca como una gota de agua al “ayer”²³.

Hay pues una profunda ambivalencia en la suspensión de las normas fundamentales de la constitución monetaria y fiscal. Por una parte, es absolutamente necesaria para evitar la implosión social y económica, que amenazaría no sólo la supervivencia de la Eurozona, sino de los propios estados miembros. Por otra parte, la propia suspensión pone en riesgo la integridad de la Eurozona, dado que algunos estados son *más iguales* que otros, en tanto que pueden hacer uso del margen de maniobra así creado de manera mucho más amplia y extensa, al estar en condiciones de aumentar sus niveles de deuda sin condenarse a ser considerados como infractores

21 Significativo es el estudio de E. Jones, “When and how to deactivate the SGP general escape clause?”, *Parlamento Europeo, Economic Governance Support Unit (EGOV) Directorate-General for Internal Policies*, 25.11.2020, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_IDA\(2020\)651378](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_IDA(2020)651378).

22 M. Draghi, ‘Draghi: we face a war against coronavirus and must mobilise accordingly’, *Financial Times*, 25.03.2020.

23 Ciertamente han circulado propuestas en sentido bien distinto. Se vea, por ejemplo, la de O. Blanchard, A. Leandro y J. Zettelmeyer, “Redesigning the EU Fiscal Rules: From Rules to Standards”, 22/23.10.2020, disponible en <https://tinyurl.com/blanchardfiscalrules>.

de las normas en el futuro próximo, y verse consecuentemente obligados a repetir el ciclo de austeridad y devaluaciones internas a emergencia terminada. De ahí la más que previsible diferente proclividad a hacer uso de la “licencia para gastar”. Algo que podría condenar a la Eurozona no sólo al acrecentamiento de las diferencias socio-económicas, sino también a la quiebra de cualquier apariencia de igualdad en la posición de los actores económicos en el interior del “mercado único”. Si se permite a los estados intervenir para evitar el colapso de la economía, incluso si ello contra- viene las normas del derecho a la competencia, pero no todos los estados, sino sólo algunos, intervienen, la suerte de las empresas pasará a depender no de su capacidad para producir bienes y servicios, sino de la robustez de la intervención del estado en el que se encuentran establecidas. Se corre pues un grave riesgo de avivar las fuerzas desintegradoras. No se trata de previsiones alarmistas, sino, antes al contrario, de las consecuencias que ineludiblemente derivan de lo decidido por la Eurozona, como han puesto de relieve los servicios técnicos de la Comisión Europea²⁴.

VII. ¿HACIA LA REDISTRIBUCIÓN DE RECURSOS EN EL INTERIOR DE LA EUROZONA? MEDE “SANITARIO”, SURE Y BANCO EUROPEO DE INVERSIONES

Las consecuencias profundamente desiguales de la mera suspensión de reglas fundamentales de la constitución económica y monetaria no han pasado desapercibidas. De ahí que se haya abierto un conflicto entre distintos grupos de países acerca de la necesidad y conveniencia de adoptar medidas adicionales. A ese conflicto subyace, de forma más implícita aún que explícita, el gran conflicto distributivo propio de toda crisis económica y social. O lo que es lo mismo, cómo hayan de distribuirse las pérdidas de renta, riqueza y posibilidades existenciales causadas por la crisis. Todo ello cuando aún está fresca en la memoria de los europeos el modo y la manera en que se distribuyeron las cargas de las crisis financiera y fiscal de 2007/8 y 2010/2, acrecentando las desigualdades entre estados y en el interior de los mismos.

En un primer momento, la presión de los países de la periferia “sur”, a los que se une Francia, condujo meramente a ampliar los mecanismos de asistencia financiera de la Eurozona. Así, en abril se decidió ampliar el uso del MEDE, incrementar los recursos del Banco Europeo de Inversiones y crear y dotar un nuevo fondo, el SURE

24 Se vea sobre la materia el clarificador informe “Identifying Europe’s recovery needs”, 27.05.2020, publicado como *Commission Staff Working Document*, SWD(2020) 98 final, disponible en file:///C:/Users/MENNDE-1/AppData/Local/Temp/assessment_of_economic_and_investment_needs.pdf.

(*Support to Mitigate Unemployment Risks in an Emergency*), con el que apoyar los sistemas nacionales de seguro de desempleo²⁵. En particular:

- Se fuerza la mecánica del MEDE de modo que uno de los instrumentos típicos del mismo, las líneas cautelares de crédito puedan solicitarse para sufragar el gasto sanitario directo e indirecto necesario para hacer frente a la emergencia covid-19. Cada estado podrá solicitar un volumen de asistencia equivalente al 2% de su PIB. En virtud del acuerdo político alcanzado (que no parece vaya a traducirse en una reforma legislativa)²⁶ la condicionalidad pareja al uso de los fondos del MEDE se limitará al control de que los recursos se emplean para la finalidad indicada.
- Se prevén nuevas garantías nacionales que permitan al Banco Europeo de Inversiones conceder créditos por valor de 200.000 millones a las empresas de la Unión Europea, especialmente a las pequeñas y a las medianas.
- Se crea un nuevo mecanismo *ad hoc*, el SURE, capaz de conceder créditos a los estados con el objeto de facilitar la financiación de los mecanismos de sostenimiento del empleo (siguiendo el modelo del *kurzarbeit* alemán, en el que se inspira el ERTE español) por un valor máximo de 100.000 millones de euros²⁷. Se establece como límite a la asignación de fondos que los tres estados que se vean beneficiados en mayor medida no puedan obtener en total más del 60% de los fondos²⁸.

Tres son las características fundamentales de estos mecanismos. Primera, la asistencia financiera se concede en forma de préstamos reembolsables, lo que implica que los estados que reciben los mismos ven incrementarse su stock de deuda pública. Segunda, la mecánica de funcionamiento de estos programas presupone

25 Conclusiones del Eurogrupo de 7-9 de abril de 2020, disponibles en <https://www.consilium.europa.eu/media/43373/20200407-eg-inclusive-summing-up-letter.pdf>; Conclusiones del Eurogrupo, 15 de mayo de 2020, disponibles en <https://www.consilium.europa.eu/media/44109/2020-05-15-eurogroup-inclusive-summing-up-letter.pdf>.

26 Véase la carta de V. Dombrovskis y P. Gentiloni al Presidente del Eurogrupo, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/letter_to_peg.pdf.

27 Véase Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo, de 19 de mayo de 2020, relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19, *DO L* 159, 20.05.2020, pp. 1-7.

28 Las propuestas de 24 de agosto de 2020 de decisiones de implementación de la Comisión sobre el reparto del SURE pueden consultarse en https://ec.europa.eu/info/publications/sure-commission-proposals-council-support-member-states_en. En el caso de España, se prevé la concesión de créditos por valor de casi 21.500 millones de euros.

que todos los estados extienden garantías, sobre la base de las cuales el MEDE, el SURE o el BEI toman prestado en los mercados financieros, y a su vez erogan crédito a los estados que finalmente se benefician de los programas (en el caso del MEDE, los estados ya habían contribuido con anterioridad al capital del fondo). Por tanto, para poder llegar a ser beneficiario de estos programas, con anterioridad es necesario soportar el coste de prestar las garantías; es por ello, que al beneficio de unos eventuales tipos de interés más reducidos debe descontarse el coste de extender las citadas garantías. Tercera, cabe albergar dudas acerca de la medida en la que los préstamos del MEDE “sanitario” hayan sido purgados de toda condicionalidad²⁹. A ello se une que todos los préstamos acrecientan el volumen de la deuda pública, y al hacerlo, aumentan la probabilidad de que en el futuro el estado quede sujeto a formas reforzadas de vigilancia en el marco del proceso presupuestario europeo.

Es por ello que pese a la espectacularidad con la que los fondos fueron anunciados, su capacidad de igualar las condiciones de los estados para “hibernar” las economías y relanzarlas posteriormente es muy limitado.

VIII. ¿HACIA LA REDISTRIBUCIÓN DE RECURSOS EN EL INTERIOR DE LA EUROZONA? EL FONDO DE RECUPERACIÓN

SURE, MEDE “sanitario” y las líneas de crédito del Banco Europeo de Inversiones son formas de organizar préstamos reembolsables que acrecentarán el peso de la deuda pública en los años futuros. Poco contribuyen a “reequilibrar” la capacidad financiera de los estados a hacer frente a las necesidades ingentes provocadas por las consecuencias económicas de la crisis sanitaria de la covid-19. Razón que explica que el conflicto entre estados persistiese, y se propusieran medidas posteriores con las que “nivelar” las capacidades de intervención de los distintos estados. En concreto, de la propuesta “política” hecha por Alemania y Francia el 18 de mayo³⁰, se pasó a la

29 F. Salmoni, “L’insostenibile ‘leggerezza’ del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell’emergenza pandemica”, núm. 20, 24.06.2020, disponible en <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=43700>; M. Dani y A. J. Menéndez, “Soft-conditionality through soft-law: le insidie nascoste del Pandemic Crisis Support”, *LaCostituzione.Info*, 11.05.2020, disponible en <http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/05/10/soft-conditionality-through-soft-law-le-insidie-nascoste-del-pandemic-crisis-support/>.

30 “A French-German Initiative for the European Recovery from the coronavirus crisis”, disponible en <https://www.bundesregierung.del/resource/blob/975226/1753772/414a4b5a1ca91d4f7146eeb-2b39ee72b/2020-05-18-deutsch-franzoesischer-erklaerung-eng-data.pdf?download=1>.

iniciativa de la Comisión Europea nueve días después³¹, que condujo a un complejo acuerdo en el Consejo Europeo que se prolongó del 17 al 21 de Julio³².

Si bien quedan aún por elaborarse todas las normas de implementación, a partir del acuerdo del Consejo Europeo cabe establecer los tres rasgos fundamentales que guiarán el *fondo de recuperación*.

En primer lugar, se decide aumentar el nivel de gasto de la Unión Europea con el objeto de compensar las distintas capacidades financieras de los Estados para relanzar sus economías en los próximos años. Por una parte, se añaden 750.000 millones de euros a los recursos presupuestarios comunes a través de un “paraguas” de instrumentos financieros *ad hoc* (Unión Europea Próxima Generación, o en inglés, *European Union Next Generation*) destinados a emplearse en los tres primeros años del próximo ciclo presupuestario (2021-2023)³³. De esa cantidad, 390.000 millones corresponderán a gasto directo de la Unión Europea (por tanto, a ayudas y subsidios no reembolsables) y 360.000 millones a préstamos (que deberán ser devueltos por los países que los reciban). Por otra, se reduce el monto del “presupuestario ordinario” de la Unión Europea³⁴. Si en las rondas previas de negociación ya se preveía un recorte de casi 10.000 millones anuales respecto al marco presupuestario anterior, finalmente el monto se reduce en casi 100.000 millones para el ciclo de siete años, con importantes disminuciones no sólo en la política agrícola común, sino también, entre otras, en el ámbito de la investigación. El efecto total es un aumento del peso del gasto europeo sobre la renta de la Unión Europea en el próximo trienio, que sin embargo vendrá seguido de un ligero descenso a partir del cuarto año. Algo que podría convertirse en una tendencia a largo plazo. Que ello sea así o no dependerá fundamentalmente de la medida en la que se mantenga la *excepcionalidad* de lo ahora decidido, afirmada de forma reiterada tanto en las conclusiones como en otros documentos y declaraciones públicas.

En segundo lugar, este gasto adicional se financia, fundamentalmente, a través de la emisión de deuda a largo plazo: la amortización completa se prevé para 2058, es decir, dentro de casi treinta años. La única (y modesta) figura tributaria cuya creación se acuerda de forma concreta es un impuesto sobre los residuos plásticos no reciclados, de 80 céntimos de euro por kilo, que deberá ser aplicable desde el 1

31 “Identifying Europe’s recovery needs”, citado, *supra*, nota 22.

32 A este respecto, son fundamentales las Conclusiones de la Presidencia, disponibles en <https://www.consilium.europa.eu/media/45109/210720-euco-final-conclusions-en.pdf>.

33 Véanse puntos A4 y A15 de las Conclusiones, *supra*, nota 29.

34 Cf. punto A23 de las Conclusiones, *supra*, nota 29.

de Enero de 2021. Menos detallada es la referencia a dos tasas que deberán estar en vigor en 2023, una aplicable al ámbito digital, la otra en forma de un mecanismo de ajuste en frontera del impuesto sobre el carbono. A ellos se añade planes imprecisos para introducir una tasa sobre las transacciones financieras a partir de 2028³⁵. Aunque no se dan cifras concretas, cabe colegir que se espera una escasa contribución de estas medidas al pago del gasto extraordinario en el que incurrirá la Unión en la medida en que lo que se ingrese se destinará al reembolso anticipado de la misma, y no formará parte por tanto de los recursos ordinarios que movilizará la Unión. Lo que aumentarán serán fundamentalmente las contribuciones directas de los Estados miembros al presupuesto de la Unión en atención a su ingreso nacional bruto, con las que se hará frente en los próximos veintiocho años al pago de la deuda contraída (junto, claro está, los pagos de los Estados miembros que reciban préstamos, al vencimiento de los mismos). A tal respecto, es importante destacar el incremento de las “bonificaciones” (*rebates*) de que disfrutaron Dinamarca, Alemania, Holanda, Austria y Suecia³⁶, y que reducen considerablemente el efecto redistributivo del presupuesto europeo en general, y en particular del gasto adicional ahora decidido.

En tercer lugar, la “asistencia” europea al proceso de relanzamiento de la economía de los países más afectados por las consecuencias económicas de la crisis del coronavirus se concentrará en ayudas y préstamos para la inversión, fundamentalmente en el proceso de digitalización y conversión ecológica de la estructura socio-económica. El criterio fundamental para la distribución de los fondos en 2021 y 2022 (70% del total) será la incidencia sobre el empleo de la crisis del coronavirus. En la asignación de 2022 (30% del total) se atenderá, sin embargo, a la merma del producto interior bruto en 2020 y 2021³⁷. La elaboración de las pautas concretas de distribución de recursos corresponde a la Comisión Europea. Todos los estados deberán elaborar planes de “recuperación y resiliencia”³⁸, en los que el gasto propuesto deberá ser consistente con las recomendaciones específicas para cada país realizadas anualmente por la Comisión, y en cualquier caso, deberá contribuir a incrementar el potencial de crecimiento, la creación de trabajo y la “resiliencia” económica y social. A ello debe añadirse, claro está, la finalidad misma del gasto, las citadas transiciones ecológica y digital. Los pagos periódicos estarán condicionados a la aprobación de los mismos por la Comisión y el Consejo de Ministros. Este último actúa a propues-

35 Cotéjese con punto A29 y puntos 140 y siguientes de las Conclusiones, *supra*, nota 29.

36 Véanse puntos A30 y 152 de las Conclusiones, *supra*, nota 29.

37 Cf. punto A16 de las Conclusiones, *supra*, nota 29.

38 Confróntese con punto A18 de las Conclusiones, *supra*, nota 29.

ta de la primera y por mayoría cualificada. Sin embargo, se ha previsto que cualquier estado pueda plantear objeciones, en cuyo caso la cuestión se sometería a la decisión última del Consejo Europeo.

Desde una perspectiva *interna* a las instituciones europeas, lo decidido supone una radical novedad, en la medida en la que se decide por primera vez un plan de inversiones conjunto de importantes dimensiones. Sin embargo, es quizás poco iluminador atenerse exclusivamente al monto total de lo decidido, máxime si se mide mediante referencia al PIB anual de la EU un gasto inversor que se producirá en un trienio. Así, es cierto que 750,000 millones de euro representan más del 5% del PIB de la Unión Europea, pero también lo es que el gasto se producirá en tres años, y por lo tanto, el efecto macroeconómico se limitará a poco más de un 1,6% del PIB de media. Aún más importante es notar que el plan, si bien ambicioso en términos de sus propios objetivos, se queda muy corto respecto a las necesidades delineadas por los propios servicios técnicos de la Comisión Europea en el ya citado informe técnico de mayo. Así, una mayor inversión en digitalización en un Estado miembro (por ejemplo, España) sólo compensará parcial e indirectamente la enorme diferencia de recursos financieros entre los estados; los desequilibrios entre sistemas productivos son inevitables si otros países (por ejemplo, Alemania) pueden destinar recursos mucho mayores a ayudas públicas (el monto de las mismas es del 29% del PIB en Alemania, del 2% en España). En este sentido, el nuevo marco presupuestario poco o nada va a contribuir a equilibrar la capacidad de los estados de proteger el tejido productivo, algo para lo que la Comisión estimaba serían necesarios entre 720.000 millones y 1,2 billones de euros sólo en 2020; tampoco va a permitir el gasto adicional de 192.000 millones de euros anuales en políticas sociales que se estimaba necesario³⁹. En ambos casos, el esfuerzo que cada estado haga dependerá de sus propias fuerzas fiscales. A ello se une que el efecto redistributivo de lo acordado se reduce dados los mecanismos de financiación previstos. Sin olvidar que un cálculo realista de los beneficios que países como Italia, España o Portugal pueden derivar exige detraer de las subvenciones las contribuciones adicionales que deberán realizar al presupuesto común, máxime a la vista de las mencionadas concesiones hechas a una parte de los países con mayores niveles de renta, incluida la propia Alemania. Si todo esto fuera poco, la Unión Europea sólo dispone de medios con los que incidir sobre la renta disponible a nivel agregado, no individual, y hay buenas razones para intuir que el impacto a medio y largo plazo sobre la distribución de la renta y de la riqueza de la crisis del

39 Véanse las páginas 8 y 21 del *Staff Working Document* citado *supra*, nota 22.

coronavirus va a ser muy importante, hasta el punto de que podría contribuir al desequilibrio político en los países más afectados.

A ello se añade que el manejo de los recursos del fondo de recuperación va a contribuir a reforzar la *condicionalidad* fiscal, o lo que es lo mismo, la medida en la que las instituciones supranacionales (lideradas por el Comisario de Asuntos Económicos y Monetarios) pueden determinar la política fiscal nacional. La larga lista de recomendaciones efectuadas en el marco del Semestre Europeo lleva camino de convertirse en exigencias *sine qua non* a las que se sujetará, explícita o implícitamente, el desembolso de ulteriores tramos de subvenciones y/o créditos⁴⁰.

IX. LA EXTRAÑA PARÁBOLA DEL MEDE BIS: UNA PROPUESTA DE REFORMA QUE MARCA TENDENCIA

En pleno debate de ratificación del fondo de recuperación europeo (en la que ha adquirido una gran relevancia la pretensión de sujetar las ayudas y los préstamos del mismo a los criterios de condicionalidad democrática)⁴¹, la propuesta de reforma del Mecanismo Europeo de Estabilidad, ya debatida en 2019, ha vuelto a la agenda del Eurogrupo a finales de noviembre de 2020.

La reforma tendría dos consecuencias principales, a saber:

(1) clarifica que la asistencia financiera precautoria, el llamado “apoyo a la estabilidad” (artículo 14 del texto reformado), se producirá en forma de una línea de crédito precautoria disponible exclusivamente para los países con “fundamentos económicos sólidos” (lo que parece implicar una primera distinción entre grupos de países miembros de la Eurozona, que codifica las *guidelines* desarrolladas por el propio MEDE⁴²); es importante tener en cuenta, además, que las condiciones a las que se sujetará la extensión de tal línea de crédito variarán dependiendo de la situación fiscal y económica del país, en los términos previstos en el nuevo anexo III, lo que implica a su vez distinguir dos subgrupos dentro de aquellos países que

40 L. Pellicer y C. Pérez, “Bruselas apremia a España a reformar las pensiones y el mercado laboral”, *El País*, 7.12.2020, disponible en <https://elpais.com/economia/2020-12-06/bruselas-apremia-a-espana-a-reformar-las-pensiones-y-el-mercado-laboral.html>.

41 S. Fleming, M. Peel y V. Hopkins, “EU identity crisis: Poland, Hungary and the fight over Brussels’ values”, *Financial Times*, 4.12.2020, disponible en <https://www.ft.com/content/bfa58276-1868-4011-9891-ccd363dc68dc>.

42 “European Stability Mechanism: Guideline on Precautionary Financial Assistance”, https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/esm_guideline_on_precautionary_financial_assistance.pdf.

pueden recibir la asistencia de las líneas de crédito precautorias, en concreto entre aquellos plenamente sólidos, sujetos a “condiciones ligeras” en forma de una carta de intenciones, y aquellos menos sólidos, a los que deberán imponerse condiciones reforzadas (explicitando algo que permanecía implícito en el texto anterior del Tratado); todo ello implica que el MEDE deberá, a efectos de poder dilucidar si las líneas de crédito precautorias están disponibles para un país, y en tal caso en qué condiciones, elaborar y revisar periódicamente un “ranking” de estados que mida el grado de su solidez fiscal y económica; algo que, más allá de la relevancia efectiva de las nuevas líneas de crédito, podría tener un importante efecto sobre cómo los mercados financieros juzgasen la propia “sostenibilidad” de la deuda pública.

(2) convertir al MEDE en un mecanismo capaz de financiar el Mecanismo Único de Resolución (artículo 18 A del nuevo texto y anexo IV), parte de la estructura “inacabada” de la unión bancaria; en tal caso, se conferirá al Tribunal de Justicia el poder de dirimir los conflictos entre estados surgidos sobre el particular (artículo 37.4 del Tratado).

(3) Además, se introduce un cambio en apariencia técnico, consistente en la modificación de las cláusulas que se insertan en las emisiones de deuda pública de los estados de la Eurozona, que permitirían facilitar los acuerdos con los acreedores en el caso de impago de la misma (nuevo artículo 12.3 del Tratado).

Que sea pertinente reformar el MEDE parece fuera de toda duda. Baste observar que a la fecha de cierre de este trabajo, ningún país había solicitado hacer uso de las líneas de crédito habilitadas en abril, es decir, del MEDE sanitario. En ello ha influido el *mal* nombre del MEDE, el “estigma” asociado a la condición de beneficiario de sus programas, no en menor medida debido a las condiciones sociales y económicas impuestas por la Eurozona al prestar asistencia financiera a Grecia, Portugal o Irlanda bajo el MEDE o bajo los instrumentos predecesores del mismo. Que las condiciones “livianas” hayan sido solo establecidas en declaraciones políticas y no hayan dado lugar a un cambio formal de las reglas de juego ha sido probablemente determinante. El resultado es que una institución la constitución de cuyo capital ha requerido fortísimos desembolsos de los Estados Miembros (y que cuesta a los contribuyentes de la Eurozona más de 30 millones al año, que cubren los sueldos de sus casi 200 empleados) corre el riesgo de mantenerse paralizada.

Dicho lo cual, la reforma propuesta, lejos de eliminar la rigidez del MEDE o de liberarlo del paradigma híbrido de ordo y neoliberalismo en que se sustenta, radicaliza las características del texto original. Por una parte, parece destinado a poner fin, o cuando menos limitar, el recurso al BCE tanto como comprador de último recurso

de la deuda pública nacional como de las instituciones financieras⁴³, y, de este modo, servir como medio de reintroducción de una fuerte condicionalidad económica y fiscal. Por otra, implica *de facto* convertir al MEDE en juez de la sostenibilidad de la deuda pública de los estados, limitando aún más la medida en la que el juicio político determina la prestación de asistencia financiera en la Eurozona, pese a la evidente falta de legitimación democrática de un mecanismo en el que el derecho de voto depende no solo de la población de cada país, sino también de su producto interior bruto⁴⁴.

X. CONCLUSIONES: DE NUEVO LA CRISIS EXISTENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El “shock externo” en forma de la crisis sanitaria de la covid-19 ha golpeado duramente el tejido social y económico europeo. Ese impacto ha sido amplificado por la compleja estructura institucional de la Eurozona y de la Unión Europea en general, que a su vez ha determinado en buena medida el tenor de las respuestas *posibles* ante la crisis. La suspensión de las reglas monetarias y fiscales ha permitido evitar un hundimiento catastrófico de la actividad económica y una inmediata crisis financiera. Los términos en los que se ha procedido, sin embargo, amenazan con ahondar a corto plazo las desigualdades en términos de distribución de renta y riqueza entre individuos (baste pensar al “divorcio” entre evolución de la economía real y la de los mercados financieros) y entre estados (dadas las distintas fortalezas fiscales de los estados miembros de la Unión Europea, y en particular de la Eurozona). Todo ello sin olvidar que la más que probable prolongación de los efectos económicos de la crisis sanitaria en los próximos meses constituye una fortísima amenaza para

43 Cf. A. Valzer, “Il Meccanismo Europeo di Stabilità Profili di diritto bancario”, en A. Mangia (ed.), *Mes. L'Europa e il Trattato Impossibile*, Scholé, Brescia, 2020, pp. 105-145, p. 140.

44 Como deriva del artículo 4.7 del Tratado por el que se establece el MEDE, que asigna los derechos de voto en atención a las acciones suscritas del BCE por cada país, algo que se determina en atención no solo a la población, sino también al Producto Interior Bruto (*Cfr.* Artículo 29.1 del Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo). A lo que se añade, Artículo 13.3 del proyecto de Tratado MEDE, el poder reforzado del director ejecutivo del MEDE en lo que se refiere al diseño de los programas de ajuste macroeconómico, problemático en sí mismo, pero aún más dada la exención de toda responsabilidad, jurídica y política, en los términos prescritos por el MEDE ya en su redacción actual. Véase A. Mangia, “Il Trattato MES, la costituzione economica europea, le Costituzioni nazionali”, en A. Mangia, *Mes. L'Europa e il Trattato Impossibile*, *cit.*, pp. 11-65.

la solvencia de las empresas no financieras y, a resultas de ello, del sector bancario, como han subrayado varios bancos centrales nacionales.

Todo ello explica por qué la mera suspensión de las reglas sea manifiestamente insuficiente para hacer frente al desafío que tiene planteado la UE. En tal sentido, es pertinente observar que lo decidido hasta la fecha, incluido el Fondo de Recuperación, incluso si implica haber adoptado decisiones transformadoras de la estructura europea, es manifiestamente insuficiente. En tal sentido, es preciso tener presente que, pese a los esfuerzos de comunicación de las instituciones supranacionales y nacionales, el peso de las ayudas y subvenciones no excede el 2% del PIB de la UE durante tres años, una cifra que se antoja a todas luces insuficiente para mantener la mínima cohesión necesaria de la Unión y en especial de la Eurozona. A ello se une que, lejos de romper con la lógica disciplinaria que caracterizó la respuesta a la crisis financiera y fiscal de hace una década, tanto el Fondo de Recuperación como, de forma aún más neta, la reforma del MEDE apuntan a la consolidación de la condicionalidad económica como pilar de un gobierno económico europeo prevalentemente negativo.

Resumen

El presente trabajo reconstruye y analiza la respuesta de la Unión Europea a la crisis económica y social generada por la covid-19, a su vez parte del largo ciclo de lo que puede denominarse como la “crisis existencial” del proceso de integración en Europa. Se distinguen tres fases en la crisis inducida por la covid 19, la inicial, en la que se asume que el impacto será limitado y la recuperación rápida; una segunda, en la que se decide la suspensión de emergencia de las principales reglas monetarias y fiscales de la Eurozona, con el objeto de crear el espacio jurídico y político para una intervención masiva de los estados; y la tercera y última fase, en la que comienzan a emerger con fuerza los conflictos distributivos, a medida que los planes de reestructuración del modelo socio-económico europeo se combinan con políticas coyunturales para relanzar la actividad económica. Se realiza finalmente un análisis de las medidas, señalando las consecuencias que puede tener sobre la desigualdad.

Palabras clave

Gobernanza económica de la Eurozona, Pacto de Estabilidad y Crecimiento, Política Monetaria, Política Fiscal, Crisis.

Abstract

In this article we reconstruct and analyse the policies with which the European Union has tried to govern the economic crisis caused by the spread of covid-19, in their turn part of the long cycle of crises which may be referred as the existential crisis of the European. In February and early March it was assumed that the impact would be limited and the recovery rather quick; then, the full scale of the fallout was fully registered, and measures were taken to

shelter the social and economic structure from damage, by means of an emergency suspension of the fundamental monetary and fiscal rules of the Eurozone. This created the legal and political space within which massive state intervention was possible. In the third and final phase, distributive questions have started to come to the fore as the crisis persists and plans to restructure the European socio-economic model are combined with conjunctural policies to relaunch economic activity. We conclude by offering a brief analysis of the policies adopted, highlighting the impact they may have on socio-economic and existential inequalities.

Keywords

European economic governance, Stability and Growth Pact, Monetary Policy, Fiscal Policy, Crisis government.

Recibido: 15 de noviembre de 2020

Aceptado: 1 de diciembre de 2020



Noticias de libros



**NOTICIA DEL LIBRO: FRANCISCO LÓPEZ
MENUDO. OBRA ESCOGIDA. VOLÚMENES I Y II,
1180 PÁGINAS, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, 2018
ISBN: 9788447220052**

Book Review

TOMÁS REQUENA LÓPEZ

*Letrado del Consejo Consultivo de Andalucía. Profesor de Derecho
Constitucional. Universidad de Granada*

SUMARIO:

- I.
- II.
- III.
- IV.

I

Creo que lo perturbador no es que se encargue a alguien una reseña, no de una obra concreta, sino de la “Obra Escogida” de un autor, en este caso del profesor López Menudo. Lo perturbador, por no decir que acaso patológico, es que alguien acepte el encargo. En el vano, pero reconfortante esfuerzo por mi absolución quiero imaginar que la explicación es egoísta, y es que el encargo me ha permitido “actualizarme” en López Menudo, porque confieso que algunas de sus últimas aportaciones al caudal del Derecho administrativo me han sido ajenas hasta ahora. (Esta explicación no es una justificación; si se confunden es, creo, porque la capacidad humana para juzgar –como manifestación del viento del pensar que diría Arendt– es rara o erróneamente actuada).

La única forma de salir de tal embate, no ya airoso, sino al menos no demasiado lastimado, es adoptar la acepción de noticia que tiene la reseña sin ruborizarme demasiado. De otro modo lo único que probablemente lograría sería un frustrante intento de emular cuando no suplantar el “contenido y estructura” de la que se han encargado los profesores Barrero Rodríguez, Carrillo Donaire y Guichot Reina, responsables de la edición de la obra que la Universidad de Sevilla ha tenido el acierto de publicar.

II

La “Obra Escogida” del profesor López Menudo cubre todo el espectro del Derecho Administrativo, pues muestra su preocupación por lo general y por lo particular. Refleja el entusiasmo del autor por los principios y temas generales (el principio de irretroactividad, los derechos sociales, el significado de los diferentes procedimientos, los principios que los rigen, el control judicial de la actividad administrativa, la responsabilidad administrativa, la contratación, la vía de hecho, el concepto de administrado) pero también su atención por, verbigracia, las aguas, las infraestructuras, el medio ambiente, el urbanismo... Por decirlo en los términos tradicionales académicos, por lo “general” y por lo “especial”.

Confieso mi predilección por “los temas generales” porque sin una cabal comprensión (conocimiento del sentido profundo) de las instituciones administrativas, el abordaje de todo lo demás zozobra, al realizarse con instrumentos que no se han comprendido certeramente, lo que puede provocar que, finalmente, la resolución de los problemas acabe con un juicio torcido. Creo que existe un déficit en todos los niveles (académicos, prácticos), en la profundización en lo fundamental, y ello lleva a que en no pocos casos se arrastren y repitan elementos comunes sin reparar en si son correctos o no, como revela la incorrección repetida de que la institución de la revisión de oficio solo procede en caso de actos favorables o declarativos de derechos, por citar un ejemplo. Quizás también y en este orden de cosas, los programas de oposiciones de nuestro país (sistema del que éste se siente orgulloso, parece), deberían de preocuparse algo más de esa profundización, pues no abundan demasiado en lo general y sí mucho en minucias que ya están en los textos normativos (y que solo sirven para recrear el ejercicio memorístico) y que con frecuencia se “derogan” al poco.

La andadura del profesor López Menudo se ha notado, además, no solo *ad extra*, sino también *ad intra*, por utilizar expresiones familiares del mundo relacional administrativo, como ponen de relieve sus trabajos sobre el Consejo de Estado y los Consejos Consultivos (el último, que yo sepa, “la Administración consultiva y su desconfiguración como sistema”). Por cierto, como a veces sucede, la inevitable rigidez de los conceptos no hace siempre justicia a la verdadera naturaleza de las implicaciones de lo concernido. Quién podría decir que, no ya la actividad consultiva (que evidentemente) sino la “organización consultiva” no tiene también relevancia *ad extra*, pues esa “organización” dejará su huella en el modo y contenido de la función consultiva y, por tanto, en lo que haya de decirse en la aplicación de instituciones básicas del Derecho Administrativo y en relación con materias de gran trascendencia ordenadora, sin que haya que ser muy perspicaz para reparar en que no solo es eso así en la revisión de oficio y el urbanismo. Esas implicaciones riegan la obra del profesor López Menudo.

Si quieren conocer parte de la historia de nuestro Derecho Administrativo, léanse la “Obra Escogida” de Francisco López Menudo. Y si se la han leído, no estaría de más volver a ella al tratar los temas que a su contenido conciernen. A veces es necesario aparcar el “utilitarismo premioso”. En nuestra época todo tiene que ser “ya”, pero eso es una farsa (casi nada de lo importante para la vida es “ya”; para la muerte es otra cosa). Nuestra época está endiabladamente en conflicto con el tiempo (Bergson).

En todo caso, les invito a leer o releer sus trabajos sobre el principio de irretroactividad, de necesaria lectura en mi opinión para quien desee aproximarse al mismo con un mínimo de rigor y es que es difícil que quien quiera acercarse a la problemática del Derecho en el tiempo no pueda tener en cuenta la obra de López Menudo. Claro que el lector no encontrará resueltas todas las dudas que le puedan surgir, pues la terminología, el sentido, que se dé a los derechos y libertades parece escurrir la respuesta. Nadie puede dudar que toda obra podrá suscitar cuestiones que solo nosotros mismos y probablemente de forma provisional y circunstancial podremos dilucidar. No es posible cerrar el círculo, como todo buen jurista debe saber. “Restrictivas de derechos individuales”; qué otra cosa podía hacer el artículo 9.3 de la Constitución (bueno, puede que varias, pero este no es aquí el caso). El significado de ese límite a la retroactividad es lo que a mí más me interesa de esta temática (y no pretendo que mi interés sea universal) porque es lo más problemático o debiera serlo. El lector hallará en la obra del profesor López Menudo, tanto el material dogmático necesario para formar su opinión como la opinión del autor, razonada con la elegancia propia que siempre le ha caracterizado y que –lo sé– todavía no le ha abandonado.

Esa invitación debe extenderse, asimismo, a sus importantes aportaciones sobre la vía de hecho, o mejor dicho, sobre la adecuada reacción frente a la misma con su acertada crítica sobre la vía interdictal, como finalmente refleja la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y destacadamente, a sus contribuciones en todos los frentes, a la institución de la responsabilidad patrimonial, y en este caso, cómo no recordar su aproximación certera a la configuración teórica de la antijuridicidad.

El lenguaje no es algo baladí para el Derecho, sino más bien herramienta esencial, pues el Derecho no es en puridad sino lenguaje, si es que acaso pueda decirse otra cosa de las demás ciencias sociales (o de cualquier ciencia con sus particulares “lenguajes”); al fin y al cabo, son obra humana y toda obra humana se funda en el lenguaje. Esto es una obviedad. Pero como muchas obviedades, no se tiene en cuenta. Quizás en las primeras etapas del sistema educativo se debería insistir en lo esencial para profundizar en ello, y en dos actividades para las que queda poco tiempo tras perderlo en el vano esfuerzo por aprehender conceptos inútiles que hipertrofian la enseñanza, que son (esas dos actividades) leer y escribir; se debería leer y escribir mucho, pues son la clave para comprender y comunicar, hasta si me apuran, para una adecuada comprensión de las matemáticas (basta con pensar en Whitehead y Russell). Esto

vale tanto para nuestras disposiciones normativas cuya redacción deja mucho que desear en numerosas ocasiones como para las obras que aspiran a alumbrarnos su comprensión. La obra de López Menudo sí es una luz que ilumina ese entendimiento.

III

Creo necesario, además, destacar la vertiente práctica del profesor López Menudo, algo lamentablemente escaso en este país y que contribuye a esa desconfianza mutua entre quienes sólo se dedican a la teoría y quienes solo hacen de la práctica su profesión. Los primeros ven a los demás como meros técnicos en el mejor de los casos sin capacidad para una adecuada profundización, para tener una perspectiva adecuada más allá del concreto problema planteado y del concreto conjunto normativo concernido. Los segundos ven a los primeros como meros conocedores de doctrinas inútiles y sin relevancia práctica, cuando no desmentidas en su virtualidad por la realidad jurídica misma, y por ello se les considera incapaces para abordar son solvencia cualquier problema práctico. Pues bien, el profesor López Menudo ha tenido la fortuna y otros de disfrutar con ello, de probar ambas mieles y de hacerlo con brillantez, y no creo que nadie pueda refutarle esta afirmación.

IV

Lo hasta aquí expuesto suena a hagiográfico, pero solo lo sería para quien confunde el elogio con la descripción veraz de una obra. Una prueba es que no siempre he coincidido con los puntos de vista del profesor López Menudo. Pero, como es obvio, eso da más valor a su obra y resta algo del que pudiera tener mi opinión.

Resumen

Esta noticia de libro revisa las obras completas del profesor López Menudo, dando cuenta de sus especiales contribuciones al Derecho Administrativo general y especial.

Palabras clave

López Menudo, Derecho Administrativo.

Abstract

This book review underlines the main features of professor López Menudo collected essays, which explores classic topics in general and particular administrative law.

Keywords

López Menudo, Administrative Law.

Recibido: 8 de diciembre de 2015
Aceptado: 15 de diciembre de 2015

**NOTICIA DEL LIBRO: *MÚSICA CALLADA PARA UN DERECHO ADMINISTRATIVO INCIERTO*,
MARÍA JESÚS MONTORO CHINER Y JUAN
MANUEL ALEGRE ÁVILA, EDITORIAL SENYOR
RUC, IMPRENTA SALVADÓ, BARCELONA, 2020, 51
PÁGINAS**

Book Review

MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO:

- I. Los autores y la obra: el contexto
- II.
- III.
- IV.
- V.
- VI.
- VII.
- VIII.

I. LOS AUTORES Y LA OBRA: EL CONTEXTO

El sábado 14 de marzo de 2020 fue el día en el que el Gobierno central aprobó el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19 y el día en el que justamente se publicó esta obra que constituye una reflexión multidisciplinar de naturaleza jurídico-musical sobre la incerteza del Derecho (y, a pesar de su título, no sólo del Derecho Administrativo). Los autores poco podían presagiar que el trabajo vería la luz en el inicio de una pandemia, un momento de máxima incertidumbre, donde la coincidencia sincrónica con esta terrible crisis sanitaria ha hecho que las reflexiones sobre lo incierto en el Derecho de lo público resuenen con fuerza, a la par que la indudable belleza de sus páginas se disfrute más si cabe.

No es la primera obra al alimón de los Profesores María Jesús Montoro Chiner y Juan Manuel Alegre Ávila, ambos Catedráticos de Derecho Administrativo y melómanos. Los autores habían publicado poco tiempo antes y en la misma editorial *Paisajes con fondo musical. Naturaleza y bienes histórico-artísticos. Música y Derecho*, donde ya habían ensayado la fórmula de diálogo jurídico-musical en torno a dos ejes: el patrimonio-histórico y el paisaje, naturaleza o ambiente. En cierta medida, esta *Música callada para un Derecho Administrativo incierto* es una secuela, pues da continuidad a aquella, más en la forma que en el fondo. El libro comparte el formato de su precedente, una conversación jurídico-musical, pero el contenido no se construye sobre subsectores de lo administrativo, sino sobre una reflexión acerca del Derecho Público (sus normas y sus categorías dogmáticas, la obra del legislador y la construcción doctrinal) –que trasciende a lo administrativo– “contrapunteadas” con una original percepción que contempla lo jurídico desde lo musical.

II. EL OBJETO: NO ES UNA OBRA SOBRE EL DERECHO EN LA MÚSICA, SINO SOBRE MÚSICA Y DERECHO

Música callada para un Derecho Administrativo incierto no es un libro sobre la presencia del Derecho en la música, ni, por tanto, sobre cuestiones jurídicas y su régimen que inciden en “lo musical”. Tampoco busque el lector un comentario sobre una selección de composiciones musicales, léase sobre todo óperas, donde hay una trama con relevancia jurídica. Se trata, como señalan los autores, de un libro *singular* en su primera acepción del diccionario de la RAE (“único en su especie”) que propone un tratamiento científico multidisciplinar, al abordar la Música y el Derecho Público como interacción y retroacción permanente entre lo jurídico y la percepción de sus problemas y contradicciones desde lo musical.

El título de la obra nos da una pista de su singularidad. En *Música callada para un Derecho Administrativo incierto* no hay una sola línea dejada al azar, ni siquiera el título, ni la cubierta diseñada ex profeso para la misma. El libro está dedicado al compositor barcelonés, Federico Mompou (o Frederic Mompou i Dancausse), y a su “música eternamente ‘callada’”, un aparente oxímoron –aparente, pues la música necesita el silencio– que Mompou rescató para “bautizar” una de sus obras más destacadas, *Música callada*, de unos versos de San Juan de la Cruz en *Cántico espiritual* (“la música callada, la soledad sonora”). El silencio como expresión máxima de sonoridad para Mompou en la música, pero ¿y en el Derecho? Ahí está la idea que sirve de hilo conductor a esta conversación jurídico-musical poco común en lo formal, en lo metodológico y en lo material.

III. LA ARTICULACIÓN FORMAL DE LAS IDEAS: EL DIÁLOGO

Este libro no es un trabajo académico al uso con una tabla de contenidos decimal y un aparato de notas al pie. Se presenta como una conversación entendida como suma de diálogos en su etimología griega: conocer a través de la palabra. No se trata de “abrir hilo” como en Twitter: no hay un espacio limitado, ni los famosos ciento cuarenta caracteres, ni la finalidad de provocar y encadenar respuestas espontáneas sobre temas normalmente de actualidad, ni mucho menos fines de marketing académico. Esta conversación difícilmente es apta para la red social, va más mucho más allá porque sigue su rumbo con un itinerario trazado de treinta y cuatro diálogos –que los autores llaman *movimientos* siguiendo el símil musical– ordenados según el modelo tesis y antítesis de la dialógica, no de la dialéctica (con su tesis, antítesis y síntesis en el sentido hegeliano).

Juan Manuel Alegre Ávila abre el diálogo con dos preguntas: “¿El Derecho Administrativo, el conocido y el porvenir, se compeadece con el verso de San Juan de la Cruz ‘la música callada’? ¿Una música que sea voz del silencio, como pretendía para la suya Frederic Mompou i Dancausse, o Federico Mompou?” (p. 11). Con ese pretexto, el autor manifiesta su preocupación por el torrente imparable de normas y abre su reflexión sobre temas clásicos en el Derecho, como su carácter científico, los trastornos de las principales materias primas del mismo –las normas jurídicas– y las posibles fisuras de categorías dogmáticas sobre las que se construye el edificio. María Jesús Montoro Chiner responde con la mirada desde la música que derrocha conocimiento de lo artístico (no solo musical) y añadiendo nuevas temáticas jurídicas, que se suman al leitmotiv de la obra, particularmente sugestivas (para los constitucionalistas), como los derechos fundamentales y la libertad artística.

IV. EL DIÁLOGO ENTRE DISCIPLINAS: LA “REALIDAD” EN EL DERECHO Y LOS CONFINES DE LO JURÍDICO

El resultado es un ejercicio de creatividad multidisciplinar como fruto del encuentro donde se confirma que lo multidisciplinar suma. Porque este diálogo ofrece ventajas como la espontaneidad y la mayor libertad de los autores, no sólo en cómo se presentan esas ideas, sino en cómo se formulan metodológicamente. Frente a la tradicional “métrica” académica en lo jurídico y el debate sobre qué corresponde a la esfera del Derecho, los autores no son los primeros en preguntarse y responder ¿qué tienen en común Música y Teoría del Derecho?, ¿puede la Música formar parte de la esfera del Derecho? Habitualmente, se sitúa entre los precursores de las interaccio-

nes entre Derecho y Música a Jerome Frank, Profesor de Filosofía de Derecho de la Universidad de Yale a mediados del siglo XX¹.

Sin embargo, en Europa, la aportación más original de la relevancia de la cultura (y, particularmente, de la música) en el Derecho Público, en concreto en la Teoría de la Constitución, corresponde a Peter Häberle, Profesor de Derecho Público de la Universidad de Bayreuth, especialmente vinculado además a la Universidad de Granada y a quien dirige esta revista, uno de sus discípulos. La incorporación de la “cultura” para comprender que una Constitución no es solo un conjunto de normas, ni que su efectividad radica solo en su normatividad², le han llevado a analizar la aportación de la música a la función de integración de la Constitución y, consiguientemente, a la construcción de una identidad colectiva ya no solo nacional, sino también europea³. La apertura del horizonte cultural (hay aquí fundamentalmente música, pero también referencias literarias y pictóricas) y el tratamiento científico multidisciplinar que se encuentran en este trabajo evocan irremediablemente a Häberle. Esa ampliación es útil, pero la incorporación de la “realidad”, de elementos más allá de la materia prima primera del Derecho, las normas jurídicas, sigue siendo hoy heterogénea y controvertida⁴.

V. EL ASUNTO CENTRAL: LA CIENCIA DEL DERECHO Y LAS FISURAS DE CIERTAS CATEGORÍAS DOCTRINALES. ¿EL TEMPLO SE TAMBALEA?

La llamada maldición de Kirchmann según la cual bastan tres palabras para destruir bibliotecas enteras se erige como pretexto para abordar el leitmotiv de la obra. Juan Manuel Alegre Ávila “abre hilo” al enlazar la tesis de Julius von Kirchmann

1 J. FRANK, “Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation”, *Columbia Law Review*, vol. 47, núm. 8, 1947, pp. 1259-1278; *idem*, “Say it With Music”, *Harvard Law Review*, vol. 61, núm. 6, 1948, pp. 921-957.

2 P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1.^a ed., 1982 y 2.^a ed., 1998. Una síntesis en P. HÄBERLE, “La ‘Teoría de la Constitución como ciencia cultural’ en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley Fundamental”, en F. BALAGUER CALLEJÓN (Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 23-41.

3 P. HÄBERLE, “Musik und Recht – auf dem Forum der Verfassungslehre als Kulturwissenschaft”, *Jahrbuch des öffentlichen Recht*, núm. 60, 2012, pp. 205-224.

4 A. VON BOGDANDY, “Historia y futuro del Derecho Constitucional en Europa”, en A. VON BOGDANDY, P. CRUZ VILLALÓN, P.M. HUBER, *El Derecho Constitucional en el Espacio Jurídico Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 159.

con la “legislación motorizada” de la que habló Carl Schmitt para describir el ritmo trepidante de evolución del ordenamiento. Más allá de que el autor no podía imaginar cómo resonarían estas reflexiones sobre la legislación motorizada en tiempos de estado de alarma por covid, los trastornos de la producción normativa en nuestra era se han descrito también agudamente por Luciano Vandelli como reformas *stop and go*, reglas a medida, legislación prósbita para nietos, legislación esquizofrénica donde cada uno interpreta lo que quiere o legislación verborreica que acaba en un río desbordante de normas confusas.⁵ Si tres palabras del legislador destruyen una biblioteca, la ciencia del Derecho debe basarse en algo abarcable, como es la construcción de categorías básicas, un aparato conceptual, que dote al sistema de una apariencia coherente en aras de la seguridad jurídica.

En la obra se hilvana un diálogo sobre la personalidad jurídica, el negocio jurídico, los contratos o el derecho de los bienes públicos, pero si hay un punto donde el autor se plantea con especial *finezza* jurídica las fisuras de los tópicos –las categorías doctrinales– es un binomio clásico en el conocimiento (y la enseñanza) del Derecho Administrativo: nulidad-anulabilidad (p. 23, 25) que, a su vez, forma parte de un puzzle más amplio pues trae causa del binomio reglamento-acto jurídico y genera otros, como el de validez-eficacia y *lo ex tunc-lo ex nunc*. El reglamento, previa declaración jurisdiccional, es nulo, por tanto, desaparece, pero el acto administrativo, según el vicio del que adolezca, es nulo o anulable, pero, si procede de un reglamento nulo, esa nulidad no se transmite a los actos administrativos ya firmes... Aparece el concepto también basilar de firmeza. Artificios por razones de seguridad jurídica.

Al hilo de esta cuestión, se enhebran, sin embargo, dos temas particularmente sugestivos que trascienden al Derecho Administrativo. Por un lado, está el “contraste entre lo tópico, las categorías doctrinales, y su recepción normativa” (p. 25). Hay una constatación que, no por sabida, es menos importante, pero que vamos registrando, manejando y aplicando por inercia sin recordarlo: las categorías doctrinales no siempre tienen recepción normativa, como sucede en este caso paradigmático donde “no existe un solo pronunciamiento *expressis verbis* que fije con carácter general el específico alcance y extensión de la nulidad y anulabilidad de los actos administrativos” (*ibidem*). Por otro lado, resulta especialmente interesante la irradiación de la doctrina sobre la nulidad y la anulabilidad en el juicio de constitucionalidad en sus diferentes niveles (p. 27) y donde se aprecia la pluma del autor como ex letrado del Tribunal Constitucional: la nulidad de la ley declarada inconstitucional implica su desaparición (primer nivel); pero hay una excepción (segundo giro), los efectos

5 L. VANDELLI, *Trastornos de las instituciones políticas*, Trotta, Madrid, 2007, p. 7.

ex tunc no se transmiten a los actos jurídicos en aplicación de aquella ley en aras de la seguridad jurídica sin son firmes; y otra excepción ahora a la excepción (tercer nivel), en los actos jurídicos firmes de carácter sancionador –penal o administrativo– sí se transmite la eficacia *ex tunc* que conlleva aquí sí la desaparición del acto. De nuevo, fina técnica al servicio de la primacía de la seguridad jurídica.

VI. MÁS ALLÁ DEL LEITMOTIV: OTROS CONTENIDOS PARTICULARMENTE SUGERENTES COMO EL TRATAMIENTO DE LO FEMENINO, LÉASE, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO...

La Profesora Montoro Chiner explica con erudición dos grandes papeles reservados a la mujer en la música: la invisibilidad (ya fueran compositoras, que las había, como Fanny Mendelssohn y Wilhelmine Markgräfin, o intérpretes en orquestas de mujeres) o la visibilidad estereotipada (mujeres que saben utilizar belleza e inteligencia, de las que mejor desconfiar, o bien mujeres naïfs –o no– pero entregadas a una pasión con irremediable terrible final). Dónde se pone la luz en el trato de lo femenino (*la femme fatale* o *la sedotta e abbandonata*) y dónde se la quita y se silencia (como creadora, ya sea compositora o intérprete) ... también en la música. No podemos juzgar el pasado con los ojos del presente, pero sí recordar el lastre del pasado que sigue siendo mucho y sutil para vivir un presente más consciente en la *neverending story* de la igualdad. No creo que sea una casualidad que haya querido citar a creadoras vivas como la compositora finlandesa Kaija Saariaho y a la Premio Nobel de Literatura Elfriede Jelinek.

VII. ... O LOS APUNTES SOBRE LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA, SU TITULARIDAD, ALCANCE Y AMENAZAS

Como no podía ser de otra manera en un ensayo sobre Música y Derecho, se van abriendo y enhebrando “hilos” sobre la libertad de creación artística. Recuerda la Profesora Montoro Chiner que Stravinski afirmaba que “cuantas más reglas y límites y controles tiene el arte más libre me siento” y ella concluye que “las reglas protegen las libertad” (p. 14). El Derecho en cuanto regla ofrece vías de protección al arte, entre ellas, los derechos fundamentales: la libertad de creación artística como obligación de defensa frente a peligros nace para proteger una de las formas de la libre expresión, ya sea con un reconocimiento autónomo (como libertad de creación artística en la Constitución española o como libertad de las artes en la Carta Europea de Derechos Fundamentales), ya sea dentro de la libertad a expresarse libremente (en el Convenio Europeo de Derechos Humanos).

La lectura de estas páginas nos recuerda especialmente algunos extremos sobre la libertad de creación artística: la titularidad de la misma, los límites de la interpretación y la amenaza de la censura. La interpretación desempeña un papel fundamental en la música, más que en otras manifestaciones artísticas, ya que debe ejecutarse por quien no fue su creador. En Derecho, uno de los métodos de interpretación es la *voluntas legislatoris*, pero ¿y en la música? El compositor y el libretista tienen libertad de creación, pero ¿y el director de la obra, el intérprete, el escenógrafo?, ¿Madame Butterfly en un escenario de violencia machista?, ¿El Rapto del Serrallo en un prostíbulo? ¿Cuánta innovación cabe para interpretar a Puccini o a Mozart?, ¿estarían ellos de acuerdo?, ¿transgresión como lectura innovadora o desfiguración de la obra? ¿Dónde están los límites de la interpretación en la música? Y ¿cómo garantizar un núcleo de la obra? ¿Con una suerte de aplicación de la categoría de garantía institucional a las creaciones musicales y protegerlas con una “garantía substancial de la creación”, como apunta María Jesús Montoro (p. 51)?

Ello lleva también a la censura, la injerencia más potente y la intromisión más temida por los creadores, y uno de los temas que aparece en varios de los diálogos de esta obra, como la anécdota que explica la Profesora Montoro Chiner sobre las filigranas y la perspicacia de Verdi para esquivarla en *Un ballo in maschera* (p. 32-33). Pero la censura ¿es una reliquia histórica?, ¿es un tema de la historia de la música?, ¿algo del pasado? La prohibición de censura ha sido y sigue siendo una garantía de las libertades de expresión, en general, y de la libertad artística, en particular. En el ámbito europeo, fue una amenaza real para el compositor y el libretista, pero no se puede descartar que no lo sea hoy, ni para cuántos actores más de un proceso de creación podría serlo ¿se incluiría al director escénico y al escenógrafo, si se acepta que también pueden ser titulares de este derecho?, ¿se puede exigir retirar escenas ofensivas?, ¿por quién?, ¿al socaire de qué derechos y/o bienes jurídicos? Como se puede apreciar, son muchos los interrogantes que el trabajo suscita y otros muchos que los autores dejan deliberadamente abiertos.

VIII. Y COMO REFLEXIÓN FINAL: “LA AUTORIDAD Y LA SABIDURÍA VIENEN EN MUCHOS FORMATOS”. TAMBIÉN EN EL ANÁLISIS DEL DERECHO

La frase entrecomillada procede del discurso que pronunció la escritora Siri Hustvedt, Premio Princesa de Asturias de las Letras 2019⁶, durante la ceremonia de entrega y sintetiza a la perfección qué me evoca este breve singular libro: el va-

6 Véase el texto del discurso en: <https://www.fpa.es/es/premios-princesa-de-asturias/premiados/2019-siri-hustvedt.html?texto=discurso&especifica=0> (consulta: 16 de septiembre de 2020).

lor de lo multidisciplinar, la erudición y la autonomía / la libertad académica para escribirlo. La contribución más singular de esta obra es abrir una reflexión sobre la (in)comunicación de saberes. La compartición del conocimiento nos convierte en expertos, pero limita nuestros horizontes y este libro muestra los “puentes”: una mirada al Derecho desde la Música y también viceversa⁷. El Derecho no es objeto de una sola mirada centrada sólo en la norma. El problema radica siempre en la medida: cuándo y hasta dónde abrir horizontes para no diluir lo jurídico⁸.

La erudición que hay en esta obra es desbordante. No solo se maneja con solvencia a juristas clásicos como Carl Schmitt, Kelsen, Adolf Merkel, Santi Romano o Eduardo García de Enterría, sino que junto a ello hay referencias y comentarios (de calado e ingeniosos) a más de una treintena piezas y a un abultado número de compositores de diferentes géneros y generaciones (desde Bach a Mozart, Schumann, Strauss, Ravel, Berlioz, Puccini, Verdi, Rossini, Rimsky-Korsakov, Stravinski, Shostakóvich, Mussorgsky, Milhaud, Bruckner, Schönberg, así hasta John Adams...), sin olvidarlas a ellas, las compositoras (ya mencionadas Fanny Mendelssohn, Wilhelmine Markgräfin y la contemporánea Kaija Saariaho), además de directores de orquesta (Toscanini, von Karajan), intérpretes y solistas (los hermanos Rubinstein, Kisin, Pollini, Horowitz, Maria Callas, Anne-Sophie Mutter...).

Un trabajo singular, en cuanto “único en su especie” (primera acepción del diccionario) y también “extraordinario, raro o excelente” (segunda acepción), donde hay una combinación de rigor jurídico y belleza estética. Derecho y Música vividos y no sólo leídos. He aquí algunas pinceladas de lo que el lector puede encontrar en este libro y lo que han querido sus autores: un análisis jurídico distinto escrito desde la libertad académica en un mundo universitario que necesita indicadores para medir constantemente impactos y resultados –y parece que sin vuelta atrás– con un coste todavía por ver en la libertad de investigación. Un libro nada ortodoxo donde hay más preguntas abiertas que respuestas, ergo nuevos “hilos” por abrir, y sobre todo donde se aprende, reaprende y disfruta Derecho Público y Cultura con mayúsculas.

En el momento de acabar esta recensión, ha llegado a mis manos una nueva obra conjunta de los dos autores publicada por la misma editorial que prosigue la

7 E. ROCA TRÍAS, “Creativitat i forma. Wagner a Bayreuth”, *Política & Prosa*, núm. 21, 2019, pp. 21-23.

8 A. VOSSKUHLE, “El jurista en su contexto. A Peter Häberle en su 80 Cumpleaños”, *ReD-CE*, núm. 25, 2016 (apartado 3).

senda que iniciaron con *Paisajes con fondo musical* y que han seguido en esta *Música callada para una Derecho Administrativo incierto*. Se titula *Derecho y Música con Literatura. Una imagen tridimensional*. El diálogo entre disciplinas, a las que junto a la Música y el Derecho, se suma en esta tercera entrega también la Literatura, *to be continued...*

Resumen

*Esta noticia presenta los puntos esenciales del libro *Música callada para un Derecho Administrativo incierto*, de María Jesús Montoro Chiner y Juan Manuel Alegre Ávila.*

Palabras clave

Derecho público, incertidumbre, música.

Abstract

*This book review underlines de key elements of the book *Música callada para un Derecho Administrativo incierto* (Silent Music for an Uncertain Administrative Law).*

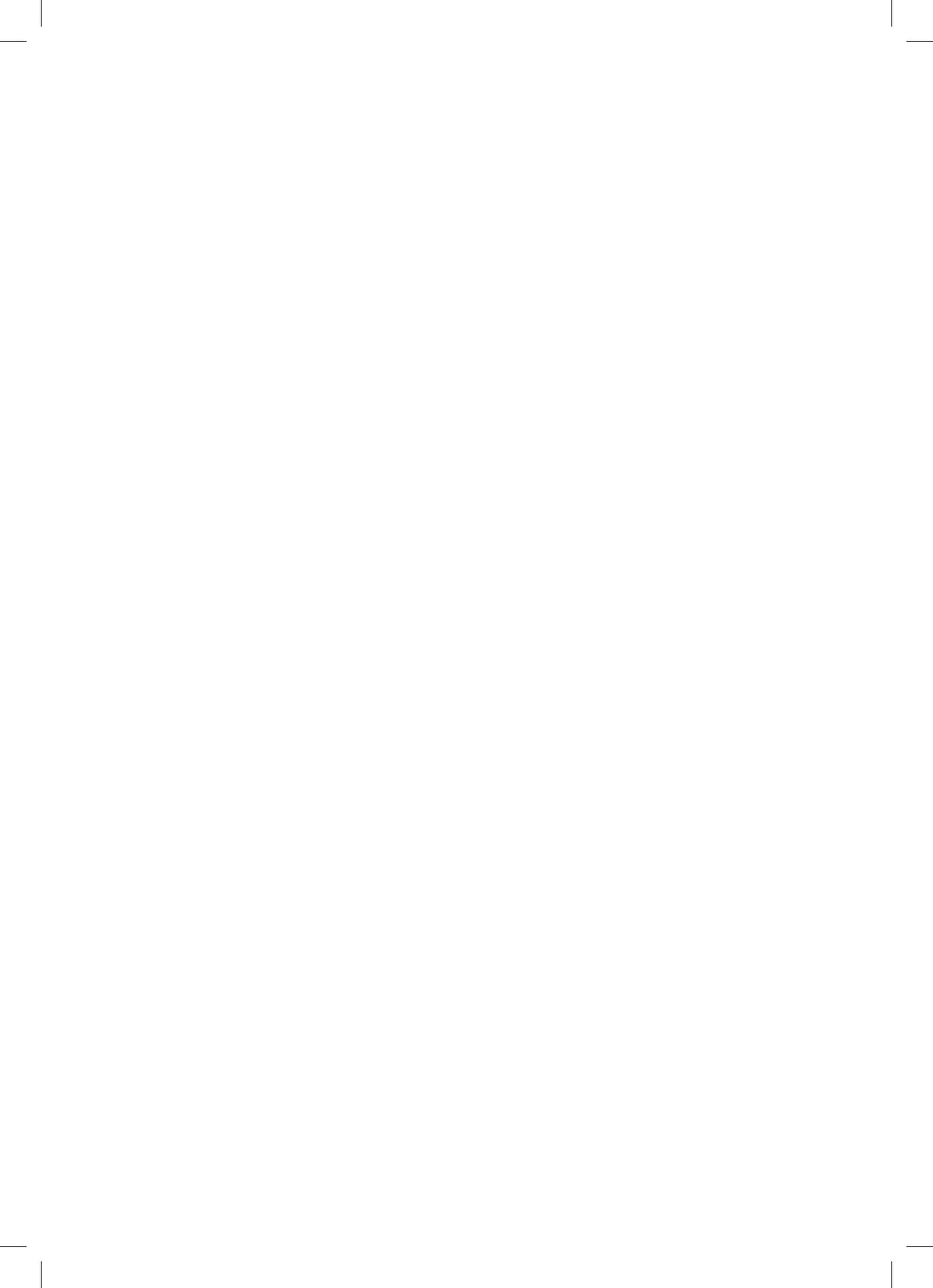
Keywords

Public Law, Uncertainty, Administrative law.

Recibido: 15 de diciembre de 2020

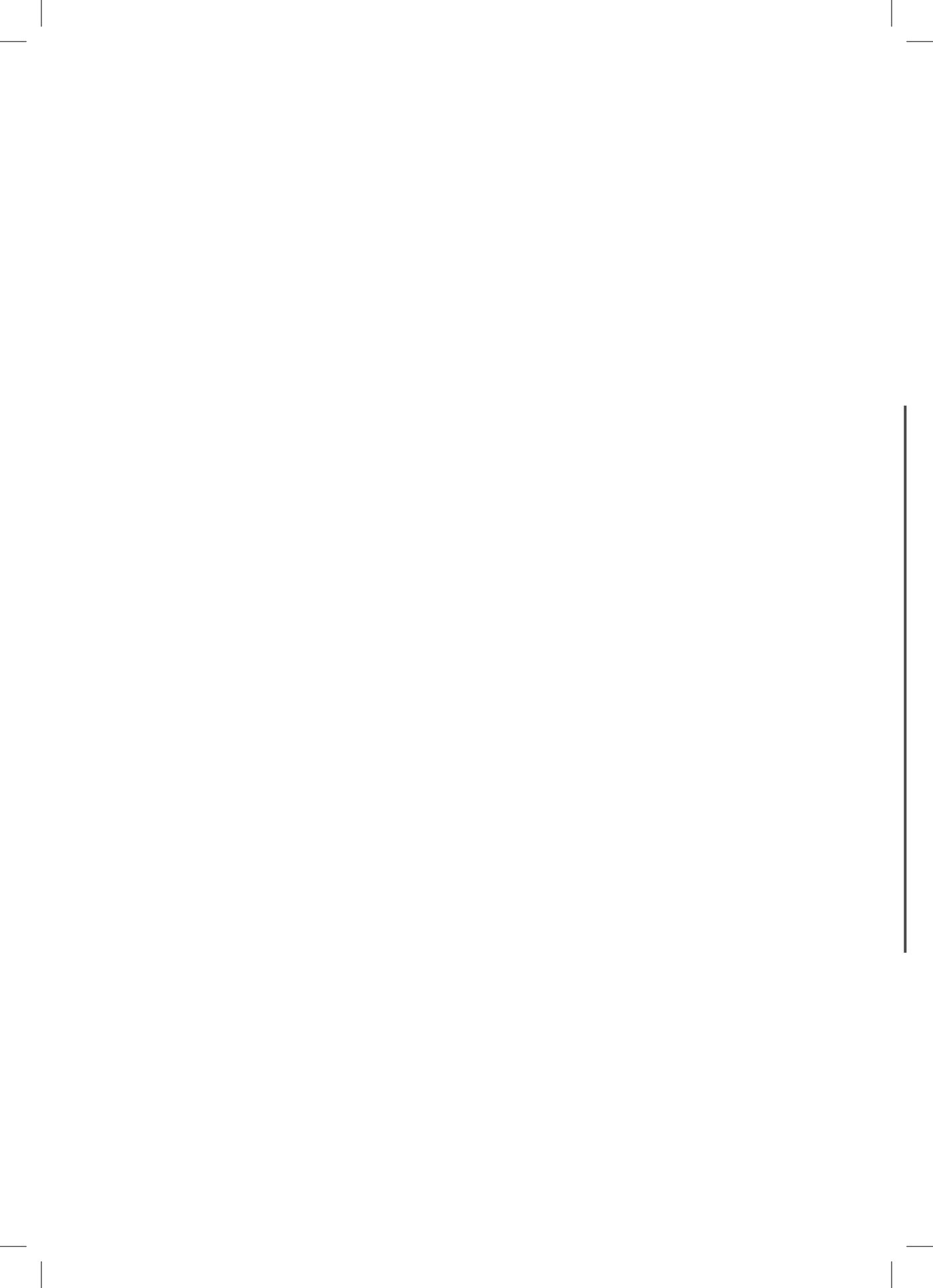
Aceptado: 20 de diciembre de 2020











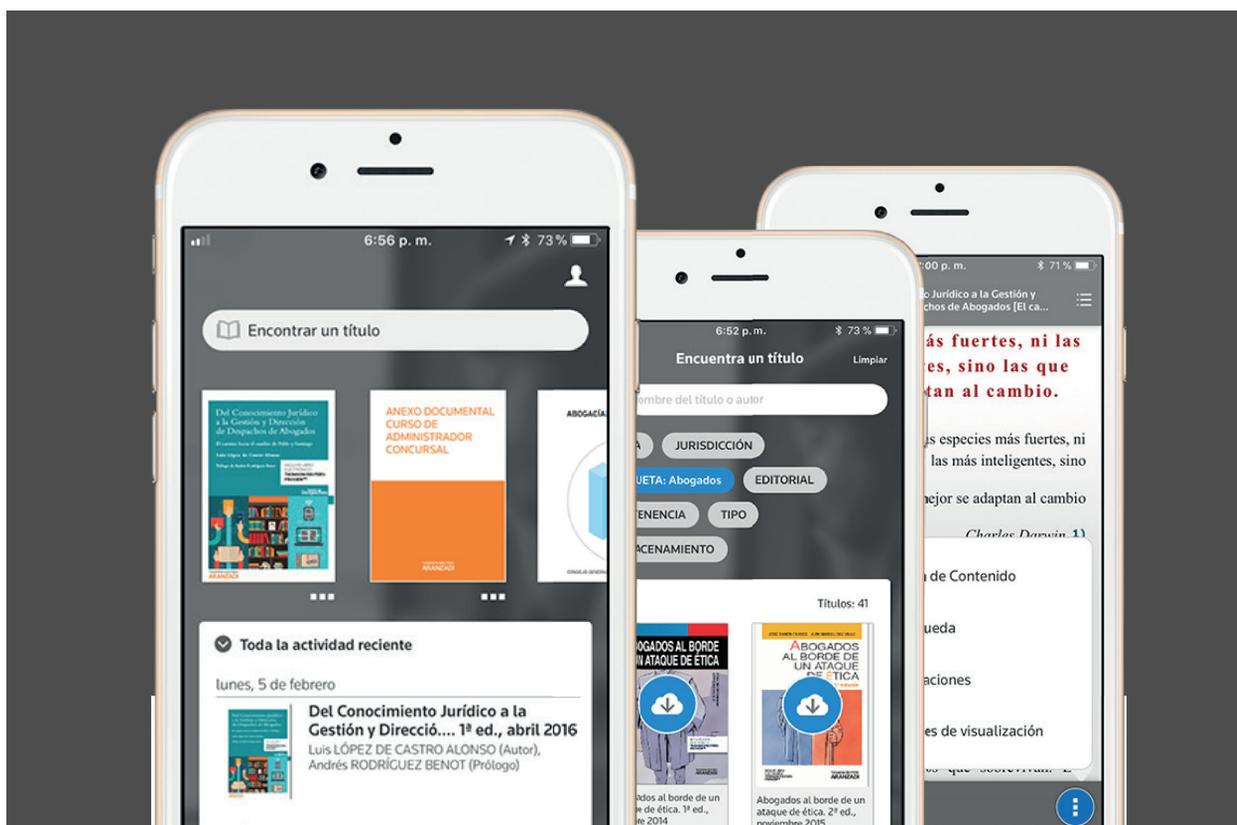
Thomson Reuters Proview

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

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 escoges los colores para organizar tus notas y subrayados.



USA 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.



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/a cliente/a,

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 te has registrado anteriormente en **“One Pass”** (**), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas el NIF asociado al correo electrónico. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

THOMSON REUTERS
OnePass

DATOS PERSONALES Y DE REGISTRO

N.I.F.

País:

He leído y acepto la [política de privacidad](#) de este sitio

Todos los campos son obligatorios.
Es importante que compruebe que la dirección de correo electrónico está bien escrita ya que requiere de su confirmación.

Ahora todos los Obras de Thomson Reuters España se publican en formato DDD.

Una combinación perfecta entre los formatos que ofrece el papel de siempre y el formato electrónico a través de la aplicación Thomson Reuters Proview:

- Arazadi
- Civitas
- Los Ríos

Grandes marcas grandes ventajas.

© 2016 Thomson Reuters Arazadi
Soporte Técnico: (+34) 902 404 047 - (+34) 947 243 070

THOMSON REUTERS

Si es la primera vez que te registras en **“One Pass”** (**), deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

THOMSON REUTERS
OnePass

CORRECTO

Estimado cliente, el proceso de registro se ha llevado a cabo con éxito.

Ya tiene su(s) eBook(s) disponible(s) en su biblioteca digital Thomson Reuters ProView, a la cual podrá acceder desde su navegador (<http://www.thomsonreuters.com>) aplicación para Tablet (iFAD y Android) y aplicación de escritorio.

Si tiene dudas de cómo acceder a su(s) eBook(s), por favor, consulte la página <http://www.thomsonreuters.com/onepass> o llame a los teléfonos de Atención al Cliente (902 40 40 47, 947 24 30 70). Agradecemos la confianza depositada en nuestros servicios.

© 2016 Thomson Reuters Arazadi
Soporte Técnico: (+34) 902 404 047 - (+34) 947 243 070

THOMSON REUTERS

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a www.proview.thomsonreuters.com

Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo en la siguiente dirección www.thomsonreuters.es y una vez allí en el apartado del **Centro de Atención al Cliente** selecciona la opción de **Acceso a Soporte** para no Suscriptores (compra de Publicaciones).

(*) Si ya te has registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizaste la primera vez.

(**) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

