

---

# 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

## 37

---

Año 19, número 37, Enero-Junio de 2022

---

Democracia y Estado de Derecho en la Unión Europea

**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, 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 Tarrías  
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  
Francisc 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. Lirián 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  
Martín 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 Ferriz  
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 Vírjala Foruria  
Gustavo Zagrebelsky



Dirección postal y electrónica

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

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

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 19, número 37, Enero-Junio de 2022

**Democracia y Estado de Derecho en la Unión Europea**

**SUMARIO**

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
 <b>ESTUDIOS</b>	
La democracia representativa en la UE y la opinión pública europea. Problemas y perspectivas .....	17
STELIO MANGIAMELI	
La defensa política de los valores constitucionales.....	67
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	
La condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿una protección del Estado de Derecho o una garantía para los intereses financieros de la UE? .....	87
MARIO KÖLLING	
El giro “reactivo” de la identidad europea: condicionamiento de fondos y confianza mutua .....	103
SABRINA RAGONE	
JUAN FRANCISCO BARROSO MÁRQUEZ	
 <b>ARTÍCULOS</b>	
Control de constitucionalidad y relaciones entre ordenamientos .....	137
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	

El papel del Presidente de la República en la Doctrina Constitucionalista Italiana. La historia interminable .....	187
FIAMMETTA SALMONI	
El “Nuevo constitucionalismo latinoamericano” y la forma de Estado: algunas reflexiones a partir de los ordenamientos de Ecuador y Bolivia.....	209
ROSA IANNACCONI	
<b>PERFILES/NOTICIAS</b>	
El académico que un día fue juez: Pablo Pérez Tremps.....	241
ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ	
CARMEN MONTESINOS PADILLA	
<b>TEXTOS CLÁSICOS</b>	
La coherencia del ordenamiento jurídico.....	261
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
<b>JURISPRUDENCIA</b>	
La atribución de apellidos a los hijos en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana .....	299
MATTEO CALDIRONI	
<b>LEGISLACIÓN</b>	
Crónica de la legislación europea. Primer semestre de 2022 .....	323
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN	
<b>FORO</b>	
El arte, la cultura y su público en tiempos de pandemia .....	335
PETER HÄBERLE	
MARKUS KOTZUR	
<b>NOTICIAS DE LIBROS</b>	
<i>El sistema europeo de fuentes</i> , Ricardo Alonso García y Paz Andrés de Sáenz de Santamaría, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2022, 223 páginas.....	349
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	
<i>The Economic policy of the European Union in the context of the Covid-19 crisis</i> , F. Jesús Carrera Hernández (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 285 páginas. ISBN: 978-84-139-1567-8 .....	359
MARÍA DOLORES REQUENA DE TORRE	
<i>Thomson Reuters ProView. Guía de uso</i>	

---

# Presentación



La publicación del número 37 de la *ReDCE* se produce en un contexto global cada vez más sombrío. Mientras la pandemia parece estar llegando a su fin y la normalización de la vida estaba comenzando a dar sus primeros pasos, la invasión de Ucrania por Rusia ha destrozado cualquier posibilidad de alcanzar esa normalidad, tan ansiada durante los dos últimos años. La guerra es un fracaso de la razón y un retroceso civilizatorio que nos golpea cada día con imágenes de muerte y destrucción. Nada positivo puede salir de ahí. En la confusión en que vivimos, llena de propaganda bélica y de posverdad, se percibe un relativo entusiasmo en relación con su influjo positivo en la unidad de Europa y en futuros avances en el proyecto de integración europea. Lo cierto es que esta guerra ha mostrado más que nunca las debilidades de la UE y el escaso entusiasmo de los Estados miembros por resolverlas. La guerra ha desplazado los centros de influencia de la UE hacia los países más abiertamente proamericanos al revalorizar el papel de la OTAN en la defensa de Europa frente a Rusia. Se percibe ya una mayor tolerancia hacia los desmanes del gobierno polaco contra el Estado de Derecho y se impulsa una carrera armamentística que amenaza las prioridades tradicionales de muchos Estados europeos en relación con los derechos sociales y con lo que todavía queda del Estado social.

Si la Unión Europea hubiera avanzado más en el proceso de integración hoy quizás tendríamos un Estado Federal Europeo con un ejército propio, una industria de armamento que le diera sustento y autonomía y una capacidad disuasoria que, posiblemente, habría evitado la guerra de Ucrania. Al continuar bajo el paraguas de la OTAN, la Unión Europea ha seguido cómodamente instalada en la dependencia militar de Estados Unidos en un mundo en el que la aceleración de la globalización ha cambiado drásticamente las reglas de juego del siglo XX. Con la Administración Trump se comenzó a hablar de una autonomía estratégica de la UE ante la evidencia de que Trump estaba totalmente desvinculado de cualquier política exterior previa

de Estados Unidos. La UE no podía contar ya con el respaldo militar de Estados Unidos a través de una OTAN que el propio Presidente de Estados Unidos ponía en cuestión. La prosperidad de Europa descansaba sobre bases cada vez más débiles teniendo en cuenta su dependencia militar de Estados Unidos, la energética de Rusia y la económica de China (hay que recordar que algunas de las industrias alemanas del automóvil venden el 50% de su producción mundial en China y, en su conjunto, todas ellas venden un tercio de su producción global en ese país).

Si cualquiera de esas tres patas (la militar, la energética y la económica) se movían, Europa podía pasar serios apuros. Eso es exactamente lo que está ocurriendo ahora. Se ha movido la militar, eso ha provocado que se mueva la energética y ahora se está moviendo también la económica. De momento, un avance importante se conseguirá si se termina con la dependencia energética de Rusia. Pero, a cambio de eso, la militar de Estados Unidos ha aumentado y queda la incógnita de qué ocurrirá con la dependencia económica de China. Esta última es, posiblemente, la más difícil de solucionar, porque está vinculada también a la evolución de la globalización, un factor en el que Europa puede influir solo de manera relativa. Pero la dependencia militar de Estados Unidos sí debería resolverse para tener más capacidad de decisión autónoma en el futuro. Eso no requiere más gasto militar sino una política europea unificada en materia de defensa con un ejército europeo con dotaciones propias y un gasto militar centralizado. Todo esto parece una utopía y hay muchos intereses de actores globales que van a procurar que nunca se realice. Pero es el camino, si no queremos que las decisiones de Europa las tomen otros en función de sus intereses propios, por legítimos que estos puedan ser.

El horror que estamos viviendo en Ucrania es una guerra del siglo XX, propia de la guerra fría, cuyos protagonistas crecieron y se educaron en la guerra fría y lo más probable (ojalá que así sea) es que la dinámica de la globalización termine pronto con ella. Las acciones que se están poniendo en práctica por la UE y Estados Unidos, entre otros países, se mueven también en la lógica del siglo XX y no van a contener la guerra por sí mismas. Los efectos inesperados serán el reforzamiento de China como actor global y el incremento de su influencia en el mundo. Muchas de esas acciones darán lugar al desarrollo de mecanismos de cooperación alternativos entre países que no se identifican con la política europea y estadounidense, debilitando así la capacidad de influencia occidental en el desarrollo de la globalización. Mientras tanto, la recuperación económica que se esperaba al final de la pandemia se ve amenazada y muchos países están comenzando a tener dificultades para alimentar a su población como consecuencia de la guerra. Todo esto por no hablar del riesgo de una escalada bélica que pueda conducir al uso de armas atómicas.



Lo único que es incuestionable en esta guerra es el sufrimiento y el dolor que está provocando al pueblo ucraniano y la solidaridad que la Unión Europea debe tener con Ucrania. Todo lo que contribuya a mitigar ese dolor y a favorecer una solución digna para Ucrania debería ser potenciado. Desgraciadamente la guerra parece estar atrapada entre el reproche moral al invasor y los intereses geopolíticos de una pluralidad de actores que dificultan una salida negociada al conflicto. Por lo que a la Unión Europea se refiere, la gran lección debería ser que su potencia económica no se podrá mantener en el futuro si no avanza rápidamente hacia un modelo federal que le permita intervenir en las áreas que requieren una capacidad de acción relevante a nivel global. La de defensa es una de ellas, pero también lo es la digital, en la que la Unión Europea lleva un retraso enorme respecto de la economía de datos y en la que se está jugando el futuro de la globalización. *La Conferencia sobre el Futuro de Europa* ha incorporado en su Informe Final (9 de mayo de 2022) un gran número de propuestas que van en el sentido de reforzar la autonomía estratégica de Europa en el plano global a la vez que se orientan las políticas europeas en un sentido progresivo tanto en el ámbito interno como en el exterior. Sin embargo, es difícil que se produzcan cambios significativos y relevantes si no se avanza en el proceso de integración hacia un modelo federal.

Por lo demás, tenemos que dar cuenta también de las dos sentencias del TJUE en las que se desestiman los recursos de Hungría y de Polonia contra el *Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión* (SSTJUE de 16 de febrero de 2022, recaídas en los asuntos C-156/21, *Hungría/Parlamento y Consejo* y C-157/21, *Polonia/Parlamento y Consejo*). La gran limitación de este procedimiento sigue siendo su vinculación a las cuestiones presupuestarias. En la propuesta 25 de la *Conferencia sobre el Futuro de Europa* se indica, en su apartado 4, que se debería considerar su extensión a nuevas áreas, con independencia de su relevancia desde el punto de vista del presupuesto de la UE. El reciente giro de la Comisión Europea, que el 1 de junio ha decidido liberar fondos para Polonia a cambio de un compromiso de reformas, ha planteado serias dudas en el seno de la Comisión y en otras instancias europeas.

La parte monográfica del número 37 de la *ReDCE* se corresponde en parte con la publicación de las ponencias en castellano procedentes del Congreso del mismo título “Democracia y Estado de Derecho en la Unión Europea” que dirigimos José Tudela y yo el 28 de septiembre de 2021 para la Fundación Manuel Giménez Abad y la Fundación Konrad Adenauer. Las ponencias se publicarán en inglés en un libro coordinado igualmente por nosotros y hemos reservado la publicación en caste-

llano a la Revista debido a la trascendencia de esta temática para la construcción de Europa. Los tres trabajos que publicamos abordan esta cuestión central desde diversas perspectivas. El de Stelio Mangiameli “La democracia representativa en la UE y la opinión pública europea. Problemas y perspectivas”, cuyo planteamiento compartimos: la necesidad de una federalización europea (que, aunque comience inicialmente con un núcleo de países, después pueda extenderse) se acrecienta, como señala el Profesor Mangiameli, con la experiencia de la guerra en Ucrania. Ciertamente, como se indica en este texto, es necesario pasar de los intereses comunes de los Estados miembros a los intereses generales de Europa, si queremos avanzar en el proceso de integración.

Por su parte, el trabajo de Miguel Azpitarte “La defensa política del Estado de derecho y su impacto sobre la configuración constitucional de la Unión” compone un texto brillante y sugerente sobre el fundamento y la forma en la que se está construyendo la defensa del Estado de derecho por parte de la Unión Europea y en relación con los Estados. Como bien señala su autor, la UE está generando una “política constitucional”, con algunas particularidades, que se centra en la legitimidad sustancial basada en una Unión de valores y que plantea algunos problemas de ajuste con la legitimidad de origen y una desvalorización de la democracia como procedimiento, especialmente en la fase de creación de una constitución.

Le sigue el estudio de Mario Kölling “La condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿Una protección del Estado de derecho o una garantía para los intereses financieros?”, que aborda una cuestión clave teniendo en cuenta las limitaciones que el mecanismo de la condicionalidad presenta debido a su vinculación con los intereses financieros de la Unión. Como bien dice su autor, la “posición de los países en relación con la guerra de Ucrania y las necesidades financieras por las consecuencias de ello llevarán el debate sobre el mecanismo a un segundo plano”. Es algo que estamos viendo ya, lamentablemente.

Por último, el trabajo de Sabrina Ragone y Juan Francisco Barroso Márquez, sobre “El giro *reactivo* de la identidad europea: condicionamiento de fondos y confianza mutua” sigue un planteamiento interesante que conecta de algún modo con el artículo de Miguel Azpitarte. La idea es que las crisis están generando una oportunidad de intensificar la integración a través de una reacción por parte de la Unión Europea que se ha manifestado en la configuración de una identidad europea ya no necesariamente vinculada a las tradiciones constitucionales comunes y, por tanto, como síntesis de las identidades constitucionales nacionales, sino basada de manera autónoma y sustantiva en los valores del artículo 2 TUE.

La sección de artículos comienza con un trabajo mío que tiene su origen en los recientemente publicados *Scritti in onore di Paola Bilancia (federalismi.it, n. 4/2022)*. Una versión de este texto está en prensa en México (en un libro colectivo coordinado por César Astudillo y Gerardo Eto) y en Brasil en la revista *Direitos Fundamentais & Justiça*, dirigida por Ingo Wolfgang Sarlet. En la misma línea está también la ponencia sobre “Control de convencionalidad y control de europeidad” que expuse en el *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional dedicado a La garantía jurisdiccional de la constitución*, organizado por el Senado, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y el CEPC en Madrid en marzo de 2022. La ponencia se recogerá en un libro colectivo coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

Le sigue el texto de Fiammetta Salmoni sobre “El papel del Presidente de la República en la doctrina constitucionalista italiana. La historia interminable”, que cobra especial actualidad con motivo de la crisis del gobierno italiano, con la dimisión del Presidente del Consejo de Ministros, Mario Draghi, no aceptada por el Presidente de la República en el momento en que escribo estas líneas. Sin duda se trata de una figura dotada de flexibilidad en sus funciones que han ido adquiriendo un peso relevante con las últimas crisis y configurando, en las palabras de Massimo Luciani un “giroscopio constitucional” con capacidad para dar estabilidad al sistema. Finalmente, la sección se cierra con el trabajo de Rosa Iannaccone acerca de “Los derechos del nuevo constitucionalismo latinoamericano” en el que la autora analiza el alcance que tiene el nuevo constitucionalismo latinoamericano en la configuración de una nueva forma de Estado. Algo que considera todavía incipiente, aunque posible, si se producen nuevos desarrollos en el futuro.

La sección de Perfiles está dedicada a Pablo Pérez Tremps: “El académico que un día fue juez: Pablo Pérez Tremps”, un texto emotivo que da cuenta de la trayectoria académica, intelectual y jurídica, como Magistrado del Tribunal Constitucional, de este insigne constitucionalista. Preparado por dos de sus discípulas, Itziar Gómez Fernández y Carmen Montesinos Padilla, queremos agradecerles a ambas la delicadeza y la sensibilidad de este recordatorio, que refleja la obra y la vida de un jurista esencial en la construcción de nuestro Derecho constitucional y europeo. Para la revista era obligado este reconocimiento a Pablo y con él nos sumamos a los homenajes que se le han dedicado en los últimos meses.

A la Sección de textos clásicos me acerco con algo de pudor porque recoge un trabajo mío que procede de una obra que se terminó de publicar hace ahora treinta años: *Fuentes del Derecho* (Madrid, Tecnos, vol. 1, 1991, vol. 2, 1992). Siendo yo su

autor, me veo obligado a justificar no su condición de clásico (que, como en muchos otros textos que hemos publicado en esta sección lo será o no dependiendo de quién lo valore) sino sus méritos, aunque sea formales, para que se publique un extracto en esta revista y en esta específica Sección. La obra obtuvo en 1993 el Premio *Adolfo Posada* del entonces *Centro de Estudios Constitucionales* correspondiente al período 1991-1992. De acuerdo con las Bases publicadas en el Boletín Oficial del Estado, el premio se concedía “a la mejor obra científica de autor o autores españoles o extranjeros sobre *Teoría de la Constitución y Derecho Público*, en cualquiera de sus aspectos teóricos, históricos o metodológicos, publicada durante el bienio 1991-1992 y escrita en castellano o cualquiera de las demás lenguas españolas”. El Tribunal que lo concedió estaba integrado por Francisco Rubio Llorente, Francisco Tomás y Valiente, Gumersindo Trujillo Fernández, Rafael Gómez-Ferrer Morant y Francisco J. Laporta San Miguel. De todo lo que este Premio supuso en mi vida lo que más me conmueve al recordarlo es justamente la calidad humana e intelectual de las personas que integraron ese Tribunal.

Aunque esta obra no se ha reeditado (está prevista una nueva edición en español y otra en portugués), una parte de ella se incorporó al *Manual de Derecho Constitucional* y a la *Introducción al Derecho Constitucional* que coordino. También al manual que he publicado en Francia, *Droit constitutionnel de l'Espagne*. Otras fueron publicadas en Italia, México y Brasil como libros y en diversos países como capítulos de libros o artículos (Alemania, Francia, Italia, Portugal, México, Reino Unido y Brasil, entre otros). Por lo que se refiere a las conferencias, cursos y ponencias sobre esta temática, se cuentan ya por cientos las que he impartido en muchos países. Sucesivamente a la publicación del primer volumen (de la que procede el extracto que se recoge en esta sección) obtuve la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada en 1991, a la edad de treinta y un años. Desde entonces han pasado otros treinta y un años.

La Sección de Jurisprudencia recoge un comentario de Matteo Caldironi sobre “La atribución de apellidos a los hijos en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana”. Su autor, al tiempo que señala los problemas que plantea la solución jurisprudencial, se muestra partidario de una ordenación legislativa “que armonice tres necesidades fundamentales: la identidad personal, la igualdad entre los miembros de la pareja y la unidad familiar”. En la Sección de Legislación, María Luisa Balaguer recoge una serie de instrumentos que tienen dos orientaciones básicas. Por un lado, cuestiones relacionadas con la guerra de Ucrania y, por otro lado, relativas a la protección de datos personales.

En el Foro se publica un trabajo de Peter Häberle y Markus Kotzur sobre “Arte, cultura y su público en la pandemia”. Una interesantísima reflexión sobre la natura-

leza del arte como creación y comunicación, así como del papel que le corresponde al público en la configuración de la obra artística. Coincidimos plenamente con el planteamiento crítico del texto en relación con la jurisprudencia alemana que niega al público la titularidad de derechos en relación con la creación artística. Redefinir la dignidad del público en el proceso creativo, como hacen los autores de este trabajo, es también una manera de atribuir al arte la dignidad necesaria para haber sido objeto de atención especial por parte de los poderes públicos durante la pandemia, con todas las medidas de seguridad sanitaria necesarias, como lo fue la libertad religiosa.

En las noticias de libros tenemos en primer lugar la que ha preparado Miguel Azpitarte sobre *El sistema europeo de fuentes*, de Ricardo Alonso García y Paz Andrés Sáenz de Santa María, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022. De la importancia crucial de este libro da cuenta su autoría por parte de dos personas que representan la doctrina más solvente que aporta nuestro país al debate europeo.

En segundo lugar, el de María Dolores Requena de Torre sobre *The economic policy of the European Union in the context of the covid-19 crisis*. F. Jesús Carrera Hernández (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2021. Un libro que, como dice María Dolores Requena, “ofrece una panorámica muy completa acerca de las transformaciones que ha sufrido la política económica de la Unión Europea como consecuencia de la crisis generada por la pandemia del COVID-19”.

El 1 de junio nos llegó la comunicación de la ANVUR (Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca) por la que se reconocía a la *Revista de Derecho Constitucional Europeo* la Clase A en Italia (la máxima calificación posible) tanto en el sector disciplinar 12C1 (Derecho Constitucional) como en el Sector disciplinar 12/E4 (Derecho de la Unión Europea). Es una gran satisfacción por muchos motivos, entre ellos porque nuestra revista ha tenido siempre una relación muy estrecha con Italia, que se corresponde con la formación italiana de gran parte de su equipo. En el debate constitucional y europeo, la doctrina italiana es imprescindible y está siempre presente en las publicaciones de nuestra revista.

Ya en el mes de julio, cuando habíamos cerrado este número de la revista, nos llegó la noticia de la acreditación como Catedráticos de Universidad de Miguel Azpitarte Sánchez, Enrique Guillén López y Juan Francisco Sánchez Barrilao, así como de la acreditación como Profesor Titular de Universidad de Augusto Aguilar Calahorro. Todos forman parte del equipo directivo de esta revista, que podría existir perfectamente sin su Director, pero que no existiría sin ellos. En estos pocos días que han pasado desde que les llegó la comunicación de su acreditación, han recibido multitud de mensajes de felicitación de personas vinculadas a nuestro grupo académico en España y en otros países. Del cariño, el afecto y el reconocimiento se

alimenta también nuestro trabajo. Desde la revista, a la que representan más que yo, pero que hoy me corresponde a mí hacerlo, vaya también a ellos nuestra gratitud por lo que son y por lo que nos han enseñado durante todos estos años, en este viaje apasionante por la cultura constitucional de nuestro tiempo.

En el apartado de agradecimientos tenemos que mencionar a Thomson Reuters y a la Fundación Peter Häberle. En el ámbito nacional hay que referirse 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 DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN LA UE Y LA OPINIÓN PÚBLICA EUROPEA. PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

## Representative democracy in the EU and european public opinion. Problems and prospects

STELIO MANGIAMELI

*Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Téramo*

### SUMARIO:

- I. Premisa.
- II. Las disposiciones de los Tratados.
- III. La insuficiencia de las disposiciones de los Tratados para perfilar una democracia lograda.
- IV. La Europa intergubernamental y sus efectos sobre la democracia europea.
- V. La Política Exterior y de Seguridad Común.
- VI. La delimitación de las competencias europeas y el principio democrático: la crisis económico-financiera.
- VII. Unión económica y monetaria y democracia: las propuestas del “*Blueprint*” del 2012.
- VIII. Sigue: de la culminación de la UEM a la crisis pandémica.
- IX. Las medidas para contrarrestar la pandemia Covid-19 y la integración europea.
- X. La Unión Europea entre integración, opinión pública y democracia europea.
- XI. Sigue: la Conferencia sobre el futuro de Europa.
- XII. Las Instituciones y los Estados miembros frente a la integración europea y la democracia.
- XIII. Epílogo.

### I. PREMISA

Para presentar el problema democrático en el sistema europeo, en primer lugar, examinaré directamente las disposiciones de los Tratados y, en segundo lugar, las prácticas de las Instituciones europeas; finalmente, tomaré en consideración los comportamientos de los gobiernos y de las instituciones de los Estados miembros.

No es fácil definir lo que beneficia a la democracia europea. Más fácil es observar lo que la perjudica. Y esto nos lleva a la premisa que se sitúa tras el tema de la democracia.

El espíritu occidental ha creído durante mucho tiempo en la democracia y, específicamente, en la democracia parlamentaria, como fuente de libertad e igualdad.

En este contexto, el nexo de unión entre la forma política de la democracia y la salvaguardia de la libertad y de la igualdad ha venido dado por el derecho legislativo creado por la representación del cuerpo electoral. A esto se añade, como consecuencia de la experiencia del constitucionalismo, la existencia de órganos especiales de justicia a los que se les confía el control de la ley y que tutelan los principios constitucionales y, en particular, los derechos de libertad, y, no menos importante, de gobiernos sometidos a la confianza del Parlamento o directamente a la de los ciudadanos.

Todo esto, al margen del nacionalismo, de las terroríficas dictaduras del fascismo y del nazismo y de nada menos que dos guerras mundiales, ha servido para representar esta particular forma de Estado que, con una expresión polisémica y todavía por examinar, llamamos Estado de Derecho, y mediante la que entendemos un sistema que controla el ejercicio del poder público a través del Derecho<sup>1</sup>.

El espacio que ofrecen la integración supranacional y el federalismo europeo (entendido obviamente en una acepción diversa a la del siglo XIX) a la figura del Estado de Derecho no está claramente configurado. En efecto, el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia ha hecho referencia claramente a esto cuando ha calificado el sistema europeo como una “Comunidad de Derecho”<sup>2</sup>, pero en términos concretos ningún gobierno europeo se ha pronunciado aún claramente sobre este aspecto; si acaso, la expresión Estado de Derecho, en el sistema europeo, ha estado dirigida a evaluar la posición de algunos Estados miembros, cuando se ha considerado que subsistía una violación del principio democrático, como en el caso de la Austria de Jörg Haider, por la cual se hubo de crear una comisión específica<sup>3</sup>, y posteriormente, hasta hace poco, en los casos de Hungría y de Polonia, respecto a los que tampoco hasta ahora se ha adoptado ninguna iniciativa formal contra estos Estados, sino simplemente advertencias indirectas<sup>4</sup>.

1 Para una referencia a las diversas visiones del “Estado de Derecho”, v. P. COSTA - D. ZOLO, *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

2 V. Tribunal de Justicia, Sentencia del 23 de abril de 1986, asunto 294/83, *Les Verts* c. Parlamento, en Racc., 1986; y el dictamen del 14 de diciembre de 1991, en Racc., 1991, I-6079, p.to 19.

3 V. el informe presentado por M. Ahtisaari, J. Frowein, M. Oreja, de 8 de septiembre de 2000. Los tres expertos, nombrados por el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en nombre de los 14 Estados Miembros de la UE, elaboraron este informe para evaluar la oportunidad de considerar el estado de la democracia en relación a perfiles particulares (derechos de las minorías, de los refugiados y de los inmigrantes). Esta experiencia conllevó la introducción en el TUE (artículo 7) del procedimiento de verificación previa del riesgo de violación de los valores comunes por parte de los Estados Miembros.

4 En el caso de los fondos europeos vinculados al SURE y al QPF 2021-2027 se alcanzó un

En particular, además, en lo que respecta a los principios del Estado de Derecho y, particularmente, al principio democrático, en referencia a la construcción europea, tanto la Ciencia política como el Derecho constitucional muestran dificultades recurrentes, incluso para hablar de ellos; así de fuerte sigue siendo hoy el dogma del Estado soberano surgido en Westfalia, en cuyo apogeo se situó la construcción europea y el proceso de integración.

He aquí, entonces, la perspectiva, *apertis verbis*, de que la democracia europea afronta los titubeos del proceso de integración, para reafirmar la condición efectiva de los derechos fundamentales, fruto del convivir de los ciudadanos europeos y del proceso político necesario para conseguir una convivencia pacífica, la colaboración entre los gobiernos y la solidaridad con los Estados ajenos a la Unión.

Occidente y, en particular, Europa tienen ya una gran literatura sobre este enfoque que constituye una teoría de la integración política, más que sólida, capaz de dar respuestas adecuadas también a la condición actual de la globalización.

Por tanto, es una reacción política poco inteligente y nociva la invocación de una resurgente soberanía estatal, para contrarrestar las dinámicas de la globalización y para implicar en esta aversión también a las políticas supranacionales (europeas e internacionales).

Sin embargo, lo que en Europa se ha denominado como soberanismo, y que aglutina a algunas fuerzas políticas de derechas particularmente activas, como *AfD*, *La Lega*, *Rassemblement National*, *Vox*, etc., no es más que una parte del fenómeno; mucho más sórdido es el soberanismo de izquierdas que se basa en el supuesto de que sólo el Estado puede garantizar los derechos sociales, afirmación en lugar de demostración, que se utiliza con fines políticos para resaltar una centralidad no de la persona, sino del Estado.

Soberanistas, como hemos podido constatar, han sido también en estos años los gobiernos y las instituciones de los Estados miembros, incluso los que se califican democráticos y defensores del Estado de Derecho, cuando ponen en juego los dictados del federalismo europeo y de la integración supranacional.

En definitiva, la confrontación entre soberanía estatal e integración federal, que caracteriza la actual fase política europea, conecta con el significado que se le reconoce a la democracia, como instrumento de composición de la unidad política europea, capaz de controlar el espíritu de dominio entre los Estados miembros que

acomodo político que todavía sigue dejando abierta para Polonia y Hungría la violación de los principios del Estado de Derecho.

alimenta los actuales desacuerdos sobre el futuro de Europa, poniendo en cuestión, de hecho, sus valores y sus principios<sup>5</sup>.

## II. LAS DISPOSICIONES DE LOS TRATADOS

Partimos de la proclamación del artículo 2 TUE, por la cual la “Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”<sup>6</sup>.

En este caso, la democracia parece carecer de una relevancia particular y representa uno de los valores sobre los que se fundamenta la Unión y que son comunes a los Estados miembros.

Ahora bien, aunque el término democracia puede definirse por presuposición sobre la base de la realidad política e institucional que los estipulantes del Tratado de Lisboa han tenido presente, concretamente el art. 2 no nos dice prácticamente nada sobre qué tipo de democracia es la europea y, si se quiere ser preciso, sobre qué tipo de democracia es la de los Estados miembros, y su enunciación como valor podría no ser suficiente para una afirmación efectiva de la democracia.

Se acerca más a nuestra materia el art. 10 TUE, compuesto de enunciados sorprendentes que deben incluirse en una fuente que formalmente es un Tratado internacional<sup>7</sup>.

5 Sobre este punto, se remite a S. MANGIAMELI, “The Union’s Homogeneity and Its Common Values in the Treaty on European Union”, *The European Union after Lisbon. Constitutional basis, economic order and external action*, Springer, Berlin - Heidelberg - Nueva York, 2013, pp. 1-41.

6 V. S. MANGIAMELI, “Article 2, The Homogeneity Clause”, *The Treaty of European Union – A Commentary*, Springer, Berlin – Heidelberg – Nueva York, 2013, pp. 109-155.

7 V. A. VON BOGDANDY, “The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations”, *The European Journal of International Law*, 2013, vol. 23 núm. 2, pp. 315-334; KOEN LENAERTS, “The principle of democracy in the case law of the European Court of Justice”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2013, vol. 62, núm. 2, pp. 271-315; J. M. PORRAS RAMÍREZ, “Article 10”, *The Treaty of European Union – A Commentary, op. cit.*, pp. 417 y ss.; G. BONVICINI (Ed.), *Democracy in the EU and the role of the European Parliament*, Roma, Istituto Affari Internazionali, 2009; S. MANGIAMELI, “Il ruolo del Parlamento Europeo e il principio della democrazia rappresentativa”, *Teoria del Diritto e dello Stato*, 2009, pp. 491-512; M. KAUFMANN, *Europäische Integration un Demokratieprinzip*, Nomos, Baden-Baden, 1997.

*“1. El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa”.*

*“2. Los ciudadanos están directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo”.*

*“Los Estados miembros están representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos”.*

*“3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos”.*

*“4. Los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión”.*

Aunque pueda parecer difícil de creer, este no es el lenguaje de un Tratado, sino de una Constitución: democracia representativa, ciudadanos y representación, Estados miembros y representación, responsabilidad democrática, partidos políticos y voluntad de los ciudadanos y de la Unión.

E incluso si consideramos la hipótesis de una iniciativa de los “ciudadanos de la Unión” (“un grupo de al menos un millón de ciudadanos de un número significativo de Estados miembros”) “de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados” (art. 11.4 TUE) y otras prerrogativas de la ciudadanía europea<sup>8</sup>, surge un panorama regulatorio para las relaciones entre ciudadanos y Unión no muy distinto del que la mayor parte de las Constituciones democráticas prevén para las relaciones entre ciudadanos y Estado<sup>9</sup>.

Pero esto no es todo. El Tratado va mucho más allá: por un lado, define claramente a sus ciudadanos: “Será ciudadano de la Unión –establece el artículo 9 TUE –toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro”, y agrega a continuación que la “ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”<sup>10</sup>. Por otro lado, también viene delimitada la posición de los Estados

<sup>8</sup> V. artículos 20, 21, 22, 23 y 24 TFUE.

<sup>9</sup> Particularmente significativas son las contribuciones contenidas en J. ELSTER Y R. SLAGSTAD (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

<sup>10</sup> Sobre la ciudadanía europea, v. en primer lugar E. GRABITZ, *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, Köln 1970, donde se critica la noción de *Marktbürgerschaft* conocida desde el Tratado de Roma, en cuanto que estando vinculada a los objetivos de naturaleza económica de la Comunidad, no habría podido conceder un derecho real de ciudadanía europea a los ciudadanos de los Estados miembros; es crítico sobre este aspecto H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, *op. cit.*, pp. 187 y ss. nt. 10; S. MAGIERA, “Die Europäische Gemeinschaft

miembros sobre la base del respeto al principio de igualdad de estos “ante los Tratados”, esto es, ante el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y a “su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional”, respeto que se extiende a las “funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”; y, respecto a esto último, se especifica que “la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro” (art. 4 TUE)<sup>11</sup>.

auf dem Wege zu einem Europa der Bürger”, *DÖV*, 1987, pp. 221 y ss.; R. GRAWERT, “Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft”, *Der Staat* 23, 1984, pp. 179 y ss.; F. CUCCOLO, “La cittadinanza europea (prospettive costituzionali)”, *Pol. Dir.*, 1991, pp. 659 y ss.; U. EVERLING, “Die Stellung des Bürgers in der Europäischen Gemeinschaft”, *ZfRV*, 1992, pp. 241 y ss.; M. PIERANGELINI, “La cittadinanza europea. Un nuovo status per il soggetto comunitario”, *Affari social intern.*, 1993, pp. 181 y ss.; V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994; A. RANDELZHOFFER, “Marktbürgerschaft-Union-Unionsbürgerschaft-Staatsbürgerschaft”, *FS Grabitz*, München, 1995, pp. 581 y ss.; S. CASSESE, “La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell’Europa”, *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 1996, pp. 869 y ss.; M. CARTABIA, “Cittadinanza europea”, *Enc. giur. Aggiorn.*, Roma, 1996; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Milano, 1997; L. AZZENA, *L’integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998, pp. 49 y ss.; S. BARTOLE, “La cittadinanza e l’identità europea”, *Quaderni costituzionali*, 2000, pp. 41 y ss.; T. SCHILLING, “Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrecht”, *EuGRZ*, 2000, p. 17.

11 V. M. HILF, “Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten”, A. RANDELZHOFFER (Ed.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, Beck, München, 1995, pp. 157-170; A. BLECKMANN, “Die Wahrung der ‘nationalen Identität’ im Unions-Vertrag”, *Juristen Zeitung*, 1997, 52 (6), pp. 265-269; A. VON BOGDANDY, “Europäische und nationale Identität”, *Integration durch Verfassungsrecht, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, De Gruyter, Berlin, 2003, 62, pp. 153-193; P. KIRCHHOF (2004), “Die Identität der Verfassung”, en J. ISENSEE Y P. KIRCHHOF (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl.*, vol. II, Heidelberg, Müller, 2004, pp. 261-316; I. PERNICE, “Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2011, 136 (2), pp. 185-221; F. BALAGUER CALLEJÓN, “La subsidiariedad en la Unión Europea”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 31, 2019; S. MANGIAMELI, “The European Union and the Identity of Member States”, *L’Europe en formation*, Nice, Cife, hiver 2013; S. PLATON, “Le respect de l’identité nationales des États Membres: frein ou recomposition de la gouvernance”, *Revue de l’Union européenne*, 2012, 556, pp. 150-158; F. M. L. BESSELINK, “National and constitutional identity before and after Lisbon”, *Utrecht Law Review*, 2010, 6 (3), pp. 36-49; B. DE WITTE, “The rhetorical use of European and national identity in the political and legal discourse of the European Union”, T. COTTIER Y R. LIECHTI-MCKEE (Eds.), *Die Schweiz und Europa*, Zürich, vdf Hochschulverlag, 2010, pp. 51 y ss.; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, “Die Achtung der na-

A esto se añade que los Tratados realizan un esfuerzo considerable para configurar en términos parlamentarios la forma de gobierno europea en referencia a las relaciones entre Comisión y Parlamento Europeo, a pesar de que la Comisión no puede ser comparada con un gobierno estatal<sup>12</sup>. En este sentido, por un lado, “el Consejo europeo propondrá al Parlamento Europeo, por mayoría cualificada, un candidato al cargo del Presidente de la Comisión”, “teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo y tras mantener las consultas apropiadas” (art. 17.7 TUE), y, por otro, la “Comisión tendrá una responsabilidad colegiada ante el Parlamento Europeo”; además, el “Parlamento Europeo podrá votar una moción de censura contra la Comisión” y “si se aprueba dicha moción, los miembros de la Comisión deberán dimitir colectivamente de sus cargos y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad deberá dimitir del cargo que ejerce en la Comisión” (art. 17.8 TUE). Asimismo, ahora la base de la individualización del candidato a Presidente de la Comisión, por parte del Consejo Europeo, la constituye la propuesta (a partir de las elecciones europeas de 2014) desde los partidos europeos de sus respectivos candidatos a la Presidencia de la Comisión Europea, mediante la cual la estructura parlamentaria de la forma de gobierno europea habría adquirido una fuerte connotación política, en línea con la responsabilidad ante el Parlamento Europeo.

tionalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, 70 (4), pp. 701-734; K. DINGGEMANN, “Zwischen Integrationsverantwortung und Identitätskontrolle: Das ‘Lissabon’-Urteil des Bundesverfassungsgerichts”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2009, 12 (4), pp. 491-528; E. DI SALVATORE, *L’identità costituzionale dell’Unione europea e degli Stati membri*, Torino, Giappichelli, 2008; S. VON ZANTHIER, “Berücksichtigung der nationalen Verfassungsidentität als gemeinschaftsrechtliche Pflicht – exemplarisch beleuchtet am Beispiel des Staatskirchenrechts”, en W. KLUTH (Ed.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 85-96; CH. WALTER, “Europäische und nationale Identität in der Wechselwirkung. Überlegungen zur Integration durch Verfassungsrecht am Beispiel des Staatskirchenrechts”, en W. KLUTH (Ed.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, *op. cit.*, pp. 65-83; C. MAGNANI, “Il principio dell’identità nazionale nell’ordinamento Europeo”, en S. MANGIAMELI (Ed.), *L’ordinamento europeo I. Los principios de la Unión*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 481-506.

12 V. S. MANGIAMELI, “The Institutional Design of the European Union after Lisbon”, *The European Union after Lisbon. Constitutional basis, economic order and external action*, Springer, Berlin-Heidelberg-Nueva York, 2011, pp. 93-128.



La imagen incondicionalmente elogiada, que contiene todos los elementos de un sistema representativo y parlamentario, podría decirse que se ha visto reforzado por el art. 14.1 TUE, que establece: “El Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de control político y consultivas, en las condiciones establecidas en los Tratados. Elegirá al Presidente de la Comisión”<sup>13</sup>.

Además, podría decirse que este modelo se ha completado con las disposiciones del Tratado a partir de las cuales intuimos la tensión para la formación de un “espacio público europeo”, en el cual las “instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión”; asimismo, “mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil”. A esto se le deben añadir los procedimientos de consulta de las partes interesadas por parte de la Comisión Europea, “con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión” (art. 11.3 TUE)<sup>14</sup>.

### III. LA INSUFICIENCIA DE LAS DISPOSICIONES DE LOS TRATADOS PARA PERFILAR UNA DEMOCRACIA LOGRADA

Somos perfectamente conscientes de que este diseño institucional nace como reacción a uno de los argumentos más fuertes dirigidos contra la legitimidad del Ordenamiento jurídico europeo: el del “déficit democrático”<sup>15</sup>. El Derecho europeo –se ha observado sobre todo desde el inicio– no tendría una matriz democrática, como el estatal, que sería el producto de los Parlamentos dotados del poder legislativo y

13 V. S. MANGIAMELI, “Il ruolo del Parlamento europeo e il principio della democrazia rappresentativa”, *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Jovene, Napoli, 2008.

14 Sobre este punto, v. las indicaciones de S. NICCOLAI, “Il Metodo aperto di coordinamento e la Costituzione europea del genere”, en P. BILANCIA (ed.), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur a confronto*. Atti del Convegno di Milano, 14-15 dicembre 2005, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 209-268.

15 Sobre este punto v. M. KAUFMANN, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, Baden-Baden, Nomos, 1997; también P. NORRIS, “Representation and the democratic deficit”, *European Journal of Political Research*, 1997, 32, pp. 273-282; G. MAJONE, “Europe’s ‘Democratic Deficit’: The Question of Standards”, *European Law Journal*, 1998, vol. 4, núm. 1, pp. 5-28; A. MORAVCSIK, “In defence of the ‘Democratic Deficit’: Reassessing the Legitimacy of the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, 2006, 44 (3), pp. 533-561.



responsables ante los ciudadanos; y esto conllevaría una carencia de legitimidad de este Derecho fruto del acuerdo de los gobiernos estatales para escapar al control democrático<sup>16</sup>.

De aquí la famosa teoría de los “contralímites” formulada por la *Corte Costituzionale* italiana y por la alemana<sup>17</sup>, a pesar del impresionante trabajo realizado por el Tribunal de Justicia para afirmar, con sentencias ya históricas como *Costa c. Enel*, *Simmenthal*, *Internationale Handelsgesellschaft*, la primacía del Derecho europeo sobre los ordenamientos estatales y sobre las disposiciones constitucionales y la contemporaneidad e inmediatez de la eficacia del Derecho europeo en los ordenamientos estatales (el llamado efecto directo).

Que el reforzamiento democrático del Ordenamiento europeo, desde la elección directa del Parlamento Europeo en 1979, ha sido un fenómeno impresionante es algo indiscutible y ha convertido la cuestión del déficit democrático de la Unión en un verdadero mito<sup>18</sup>; sin embargo, es igualmente indiscutible que el principio democrático europeo sufre aún en la práctica de grandes límites y que, en su debilitamiento, concurren diversos factores políticos, institucionales y culturales, para los que el tema de la democracia europea sigue siendo –aunque en términos distintos a los del pasado– todavía una cuestión abierta.

Comencemos con las críticas a la Institución del Parlamento Europeo. Desde algunas perspectivas se observa que la representación en el seno del Parlamento Europeo no sería la de un verdadero Parlamento en sentido moderno, por, al menos, dos razones: en primer lugar, falta una ley electoral europea y redactada exclusivamente por el Parlamento Europeo, lo cual aminoraría la independencia que debería caracterizar la Institución representativa; en segundo lugar, un Parlamento que no

16 Recuérdense las perplejidades expresadas respecto al llamado déficit democrático del *Bundesverfassungsgericht* en la sentencia Maastricht del 12 de octubre de 1993, en *BVerfGE* 89 (155). Como es bien sabido, el Tribunal Constitucional Federal alemán en la decisión sobre el Tratado de Lisboa (*BVerfGE*, 2 BvE 2/08 vom 30.6. 2009, parágrafos 1-421) sostuvo que en el sistema europeo se mantiene una profunda lesión del principio democrático y del sistema de representación interna, precisamente por el criterio adoptado en el Tratado en relación con la composición del Parlamento Europeo (parágrafo 280).

17 V. S. MANGIAMELI, “Unchangeable core elements of national constitutions and the process of European integration. For a criticism to the theory of the ‘controlimiti’ (counter-limits / Schranken-Schranken)”, *Teoria del diritto e dello Stato*, 2010, pp. 68-90.

18 Como ha afirmado A. MORAVCSIK, “The Myth of the European Democratic Deficit”, *Raisons politiques*, Issue 2, 2003 (10), 2, pp. 87-105, así como en *Intereconomics: Journal of European Public Policy* (November-December 2008), pp. 331-340.

tiene un pleno poder de iniciativa legislativa se parece más a un parlamento del *Ancien Régime* que a un parlamento moderno.

También en relación a estos dos aspectos son conocidos los esfuerzos realizados para consolidar la institución parlamentaria, como la adopción de decisiones y reglamentos para limitar la discrecionalidad de los Estados miembros en la formulación de las respectivas leyes electorales y conseguir así “un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros” (art. 223 TFUE); al igual que, en los distintos pasajes debidos a la estratificación de los Tratados, se estableció que la mayoría de los miembros del Parlamento europeo “podrá solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquel requiera la elaboración de un acto de la Unión para la aplicación de los Tratados” (art. 225 TFUE). Pero que se trata de recursos que no superan del todo las críticas constitucionales resulta evidente a partir de las propias disposiciones de los Tratados; tanto es así que la Comisión podría no presentar propuesta alguna, transmitiendo simplemente sus razones al Parlamento Europeo.

Aún más radical es la crítica sobre el modo de distribuir los escaños del Parlamento Europeo. Como es sabido, la regla prevista es la de la proporcionalidad decreciente, que es un mecanismo en virtud del cual se obtiene una sobrerrepresentación de las entidades estatales más pequeñas en detrimento de las más grandes<sup>19</sup>. Sobre la proporcionalidad decreciente se han vertido ríos de tinta para afirmar que dificulta la propia representatividad y que la degresividad, si se justifica en general para las segundas cámaras, típicas de los Estados miembros, no tendría ningún fundamento en la cámara que se supone que expresa la representación general, como es el Parlamento Europeo; esto no es, en absoluto, cierto, pues existen Cámaras de representación general compuestas, casi siempre debido a las condiciones territoriales, con proporcionalidad decreciente.

Pero lo verdaderamente crucial sobre el Parlamento Europeo no es tanto la degresividad, que tiene su justificación en la solidaridad entre los Estados miembros, como el concepto propio de representación general, que no tiene un fundamento cierto en los Tratados. Es verdad que estos afirman que los ciudadanos están directamente representados, al nivel de la Unión, en el Parlamento Europeo y que este

19 V. Artículo 14, párrafo 2, del TUE: “El Parlamento Europeo estará compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión. Su número no excederá de setecientos cincuenta, más el Presidente. La representación de los ciudadanos será decrecientemente proporcional, con un mínimo de seis diputados por Estado miembro. No se asignará a ningún Estado miembro más de noventa y seis escaños”.

está compuesto de representantes de los ciudadanos de la Unión, pero qué es lo que representan los miembros del Parlamento Europeo no está expresado con claridad, de hecho no está ni mencionado. Pero atención, desde 1979 hasta la actualidad el Parlamento ha ido dirigiéndose paulatinamente hacia la adquisición de una representación general de los intereses de la Unión Europea como tal y de sus ciudadanos; pero estos esfuerzos han sufrido una respuesta continua que ha jugado contra la democracia europea.

No es este el lugar para adentrarnos dentro de la temática de la representación política, damos por supuesto que esta es una institución colectiva relativa a la relación entre representantes y representados, sin entrar en esta relación, simultáneamente unitaria (en cuanto que une a todos los representantes y a todos los representados) y singular (en cuanto que une a cada representante con todos los representados).

En toda representación política nacional se reflejan las fracturas motivadas por los mecanismos electorales elegidos, ya sea por el modo a través del cual se delimita el territorio, ya sea por el mecanismo de cálculo para la asignación de escaños. Basta con pensar en la siempre imperfecta segmentación de circunscripciones y distritos electorales, en los significados opuestos de los mecanismos electorales mayoritarios y proporcionales, en la presencia de cláusulas de porcentajes mínimos de voto para conseguir representación parlamentaria, formales y virtuales, debidos en el segundo caso a los diferentes sistemas de cálculo matemático para la atribución de escaños, etc.

Sin embargo, en el caso de las elecciones nacionales, nadie sostiene que esto pueda invalidar la representación general como institución colectiva, ni siquiera en su adquisición convencional e idealizada por la historia de la democracia popular, y, por tanto, que el diputado individual es representante de todo el pueblo (*“Vertreter des ganzen Volkes”*, art. 38, apartado 1, GG) o que “representa a la Nación” en su totalidad (art. 67 Cost. It.), una representación que se caracteriza por la reactividad del representante; y sigue siendo evidente que las prerrogativas parlamentarias (no responder de las opiniones manifestadas y de los votos emitidos, la prohibición del mandato imperativo, las inmunidades penales y el mismo derecho a recibir una asignación) son consecuencia directa de esta representación.

En el caso, en cambio, de las elecciones europeas existe una parte de la doctrina, sobre todo alemana, que considera suficiente el argumento de la degresividad para hacer resurgir una representación segmentada por naciones, para anular los enunciados de los Tratados sobre la representación de los ciudadanos de la Unión, considerándola todavía como la vieja representación de los pueblos de los Estados

miembros; en definitiva, de nuevo para demoler, en lugar de para reforzar la democracia europea<sup>20</sup>.

#### IV. LA EUROPA INTERGUBERNAMENTAL Y SUS EFECTOS SOBRE LA DEMOCRACIA EUROPEA

Los Tratados, a pesar de las insuficiencias estructurales de la institución parlamentaria europea, ya mencionadas, expresan el principio de que “el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa”. Esta afirmación es fruto del proceso democrático europeo, que ha marcado una evolución de las instituciones y de los procedimientos, incluido el procedimiento legislativo, y ha dado profundidad política al proceso de integración europea.

Sin embargo, no se puede obviar que las mayores limitaciones para una democracia europea plena y consciente derivan del propio diseño institucional europeo, que distingue entre representación democrática de los ciudadanos europeos –que se asienta en el Parlamento Europeo, que “ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria”, y de modo directo las “funciones de control político”– y el Consejo Europeo –que “no ejercerá función legislativa alguna”, pero “dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales”, suponiendo esto un dualismo contradictorio–. De hecho, la división entre la determinación de la política general y el control político no puede dejar de tener consecuencias (y no en un sentido positivo) para la afirmación de la democracia europea.

El Consejo Europeo, como es bien sabido, es una innovación debida al Tratado de Maastricht de 1992, pero las Conferencias Intergubernamentales (CIG), compuestas “por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros”, han sido una constante en el proceso de integración europea. No podía existir otro modo para dar vida al proceso de integración sino utilizar los instrumentos típicos de la comunidad internacional, en los cuales la democracia se cruza con la formación de los tratados que deben negociarse, celebrarse y ejecutarse en los ordenamientos de los Estados contratantes.

Se debe a esta fase histórica la acuñación, por obra de HANS PETER IPSEN<sup>21</sup>, de la expresión de “los Estados son los señores de los Tratados” (“*Die Herren der Verträge*”),

20 Estos argumentos han sido ampliamente explotados por el Tribunal Constitucional alemán en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, mencionada anteriormente.

21 V. H. P. IPSEN, *Europäische Gemeinschaftsrecht, Tübingen* 1972, 101 y 211, el cual subraya que “die Mitgliedstaaten haben damit als Subjekte des Völkerrechts und als Vertragsstaaten im Sinne

la cual se interpretó posteriormente, fuera del contexto histórico de su origen, como la posibilidad de que los Estados actúen a su antojo para hacer y deshacer Europa como crean más conveniente<sup>22</sup>. Se trata esta de una interpretación carente de fundamento en el pensamiento de quien formuló la expresión y en contraste tanto con el significado originario del proceso de integración, derivado de “un destino ahora compartido” de los Estados europeos, como con la evolución de esta, como “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”<sup>23</sup>.

Debemos, además, considerar que las Conferencias Intergubernamentales y la necesaria concurrencia de la voluntad de los Estados según las formas típicas del Derecho internacional eran los únicos medios para hacer avanzar el proceso de integración. Se sabe que históricamente la caja de herramientas del federalismo se formó gracias al Derecho internacional y, poco a poco, se enriqueció con los instrumentos del Derecho constitucional.

Sin embargo, una vez creadas las entidades supranacionales, estas asumieron las características del ordenamiento común que, como tal, resulta diferente tanto del orden internacional como del interno de los Estados miembros.

En cambio, el hecho de que las sucesivas etapas de la integración hayan requerido la aparición intermitente de las Conferencias Intergubernamentales y la formalización de nuevos acuerdos no restó autonomía al proceso europeo, el cual, para conseguir hacerse realidad y evolucionar, disponía única y exclusivamente de sus propios recursos institucionales y su propio Derecho, de modo que los resultados de las Conferencias Intergubernamentales quedaron estrictamente al margen del ordenamiento europeo. La consecución de eventuales acuerdos externos, de hecho, se tradujo siempre a formas jurídicas del ordenamiento común y las Instituciones europeas fueron siempre las únicas fuerzas activas y fueron, las más de las veces, capaces de avanzar y de determinar directamente el crecimiento político del ordenamiento común, precisamente porque actuaban con total autonomía. Para entendernos, en muchas ocasiones, fue el desarrollo y la actividad de las instituciones comunitarias

des Völkerrechts gehandelt und sind folglich grundsätzlich den allgemeinen Regeln des Völkerrechts unterstellt”.

22 También para una interpretación de la expresión de IPSEN en el sentido absolutista, debemos agradecer principalmente al Tribunal Constitucional alemán y a la sentencia sobre el Tratado de Lisboa ya citada.

23 Se trata de expresiones tomadas de los Preámbulos de los Tratados Europeos, que sirven como compromiso de carácter político (v. S. MANGIAMELI, “Preamble”, *The Treaty of European Union – A Commentary*, Springer, Berlin-Heidelberg-Nueva York, 2013, pp. 1-41).

los que determinaron el contenido de las Conferencias Intergubernamentales, hecho que fue aún más evidente con las tres Comisiones Delors.

Esto, obviamente, no quita que los Estados miembros y, específicamente, sus Gobiernos hayan seguido activos en las dinámicas institucionales europeas. No es casualidad que una de las Instituciones originarias del diseño institucional europeo siguiera siendo el Consejo, en el cual se sentaban los Ministros de los Gobiernos de los Estados miembros; pero, puesto que la estructura determina la función, la posición de los gobiernos como Institución legislativa de la Comunidad era profundamente distinta de la de los propios gobiernos como portadores de los intereses nacionales en el seno de una Conferencia Intergubernamental. En el primer caso, como para cualquier legislador, era necesario alcanzar una síntesis que determinase el interés común; en el segundo, en cambio, prevalecía y prevalece el derecho de veto –mecanismo típicamente internacionalista– con el cual se hace valer el interés nacional.

En consecuencia, en el momento en el que las Conferencias Intergubernamentales fueron institucionalizadas en el Consejo europeo, se insertó de facto en el diseño institucional de la Unión un fuerte elemento intergubernamental que de inmediato condicionó el proceso de integración, el cual hasta entonces se había desarrollado teniendo como única referencia el interés político común<sup>24</sup>.

El Consejo Europeo comenzó a cuestionar el propio Tratado de Maastricht, que acababa de entrar en vigor. Se pueden recordar las Conferencias Intergubernamentales del momento sobre la ciudadanía y sobre el principio de subsidiariedad y el propio Tratado de Ámsterdam de 1997, sin que aumentara la integración a nivel europeo.

La presencia del Consejo Europeo, además, creó una subordinación de las demás Instituciones; así, en lugar de asistir al crecimiento de la democracia europea centrada en el Parlamento Europeo, en la relación de confianza con la Comisión y en la elección del Presidente de esta, hemos asistido al paulatino sometimiento del legislador europeo a la asamblea intergubernamental, hasta el punto de que la actividad legislativa se lleva a cabo si no existe un veto por parte del Consejo Euro-

24 V. a este respecto E. DE MARCO, “Metodi intergovernativi, metodi ‘comunitari’ e multi-level governance nell’ambito dell’Unione Europea”; J. ZILLER, “Metodo comunitario e metodo intergovernativo a confronto, nell’intrecciamento fra diritto europeo e diritto nazionale”; F. G. PIZZETTI, “Metodi intergovernativi, metodi ‘comunitari’ e multilevel governance per il governo degli ordinamenti sopranazionali: profili problematici ed aspetti evolutivi”, todos en P. BILANCIA (ed.), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell’arena della globalizzazione*, op. cit., respectivamente, pp. 173 y ss., 187 y ss., 269 y ss.

peo o si se desarrolla según las indicaciones de este último. La reciente reforma del Mecanismo Europeo de Estabilidad es un ejemplo, cuando menos, paradójico de este conflicto entre la Europa intergubernamental y la Europa democrática<sup>25</sup>. En este punto no queda más que considerar que ya no es el Tratado el que impulsa el proceso de integración y que este proceso ya no toma formas jurídico-institucionales como en el pasado, sino que la integración ha retrocedido a formas de hecho que han desequilibrado incluso las posiciones de igualdad de los Estados miembros<sup>26</sup>.

25 Como es sabido, tanto el Plan de la Comisión como el Informe de los Cinco Presidentes preveían someter el Mecanismo Europeo de Estabilidad, a través de la incorporación en los Tratados, al control del Parlamento Europeo y la modificación del Tratado habría debido conllevar también el fortalecimiento de la responsabilidad democrática del BCE en su calidad de autoridad de vigilancia bancaria. El diseño preveía realizar una política fiscal (de presupuesto) europea financiada, con recursos propios derivados de una imposición europea (“un poder impositivo selectivo y autónomo”) y la creación “de una estructura análoga a un ‘Tesoro’ de la UEM en el seno de la Comisión”, con el objetivo de “dar una dirección política y acrecentar la responsabilidad democrática”, de modo que la Unión fuera recolocada en condiciones de resistir eventuales shocks económicos futuros. Esta hubiera tenido además la capacidad de emitir obligaciones de las cuales podrían derivarse recursos como consecuencia de la “posibilidad de emitir deuda soberana propia de la UE”. Para ello se propuso transferir las funciones económico-financieras del Mecanismo Europeo de Estabilidad al “Tesoro Europeo” y transformar el Mecanismo Europeo de Estabilidad en un “Fondo Monetario Europeo”, tras integrarlo en el cuadro jurídico de la Unión. Cuando todo esto parecía alcanzado y la Comisión Europea había realizado ya una propuesta de Reglamento [COM (2017) 827] que habría resuelto la cuestión de la incorporación del Mecanismo Europeo de Estabilidad al marco institucional europeo, para convertirlo en un sólido organismo de gestión de la crisis en el ámbito de la Unión Europea, en plena sinergia con las demás Instituciones, la Europa intergubernamental, a pesar de la oposición de Italia, bloqueó el procedimiento legislativo y dispuso la permanencia del Mecanismo Europeo de Estabilidad fuera del ordenamiento europeo como Institución intergubernamental. De hecho, tras las discusiones mantenidas en las reuniones del Eurogrupo (en particular en diciembre de 2018 y junio de 2019), y en las Cumbres Euro del 14 de diciembre de 2018 y de 21 de junio de 2019, se redefinieron los términos generales de la reforma del Tratado del Mecanismo Europeo de Estabilidad, manteniendo la estructura precedente.

26 Los mecanismos intergubernamentales requieren una cesión de soberanía por parte de los Estados participantes, al igual que los mecanismos comunitarios que se definen dentro del ordenamiento jurídico de la UE. La diferencia entre ambas partes del hecho de que los mecanismos comunitarios acrecientan la capacidad política de las Instituciones comunes y de la soberanía europea, en beneficio de todos los Estados miembros que están y permanecen en igualdad; mientras que los mecanismos intergubernamentales dispersan la soberanía otorgada por los Estados miembros, en tanto que tendencialmente la prevalencia en la toma de decisiones comunes se produce a favor solo de algunos Estados miembros y en detrimento de otros, alterando el principio de paridad entre los Estados miembros (para

Esto explica también que, con las sucesivas ampliaciones, la presencia del Consejo Europeo ha sido determinante para descartar el fortalecimiento de la integración con mecanismos institucionales de tipo federal. De hecho, supuso un parón en el desarrollo de la democracia europea, impidiendo que se formara un liderazgo político europeo.

Por el contrario, como este debería haber sido asumido claramente por el Presidente de la Comisión Europea, propuesto por los partidos políticos y votado por el Parlamento, se inventó una figura que debería haber dado lugar a una representación unitaria del Consejo Europeo, instituyendo la figura de su Presidente, que sirvió para reducir la legitimidad política del Presidente de la Comisión, único órgano en el que se funden la legitimidad política y la legitimidad democrática; y lo que sucedió en el encuentro de 6 de abril de 2021 en Turquía, cuando no se había colocado un asiento para Úrsula von der Leyen, no es únicamente una cuestión de aversión hacia las mujeres en el lado islámico o un mero error protocolario, sino la exteriorización de este conflicto entre las dos Europas.

## V. LA POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

En definitiva, es necesario contar con una Europa simple, “contenedor de gobiernos”, que intenta que la Unión parezca una zona de libre comercio gobernada por Estados plenamente soberanos y en continua deuda de competencias respecto a la acción del legislador europeo<sup>27</sup>.

Este tipo de Europa ha hecho fracasar los puntos principales del proceso de integración, a partir de la Comunidad Europea de Defensa, en 1954, en cuanto a la cual la reanudación de una política exterior común y de una política de defensa y seguridad común tiene aún mucho de primitiva e insuficiente respecto a los desafíos contemporáneos, del terrorismo, de las migraciones, de las emergencias de todo tipo incluyendo las pandémicas y, sobre todo, respecto a la confrontación geopolítica que está caracterizando cada vez más a la globalización<sup>28</sup>.

una explicación de estos aspectos v. S. MANGIAMELI, “The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraints: The Difficult Path to Political Integration”, *The consequences of the Crisis on European Integration and on the Member States. The European Governance between Lisbon and Fiscal Compact*, Springer, Heidelberg, 2017, pp. 189-216.

<sup>27</sup> Es uno de los cinco escenarios planteados por el “Libro Blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la UE de los 27 en 2025”, presentado con ocasión de la celebración de los 60 años del Tratado de Roma, en marzo de 2017.

<sup>28</sup> Cabe recordar que el art. 1 del Tratado CED disponía: “Par le présent Traité les Hautes Par-



Recientemente, ante la crisis humanitaria<sup>29</sup>, para la cual habría sido útil una defensa común, los gobiernos de los Estados miembros han acentuado sus posiciones soberanistas. ¿Realmente se puede pensar que la respuesta a los problemas geopolíticos, de los que la Unión Europea es parte, puede ser la indiferencia hacia el Mediterráneo o el levantamiento de muros y caballos de Frisia entre Estados, como durante la II Guerra Mundial, o acuerdos contrarios a los valores en los que se fundamenta la Unión Europea y que son comunes a los Estados miembros, como el de Turquía o la sugerencia, también reciente, de algunos Ministros pertenecientes a los gobiernos de algunos Estados miembros dirigida a los refugiados afganos para que no vengan a Europa?

Al margen del ilegítimo comportamiento de estos Ministros, no podemos olvidar que el derecho de asilo es parte de las tradiciones constitucionales comunes y en Europa se remonta a antes de la existencia de los propios Estados, esto es, al Medioevo y el derecho de hospitalidad y de protección de las grandes iglesias románicas y góticas de Europa. Además, no hay que olvidar que el derecho de asilo forma parte del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, por lo que la falta de política exterior, como la crisis migratoria ha evidenciado, debilita también las libertades de los ciudadanos europeos, por la conjunción entre política exterior y política interior determinada por el cruce de las fronteras interiores y el establecimiento de una única frontera exterior de la Unión.

No cabe duda de que la inserción del Consejo Europeo en el diseño institucional europeo sirvió, principalmente, para construir el segundo pilar de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), confiada por completo a los métodos intergubernamentales. También con la Institución del Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común, con el Tratado de Ámsterdam, la situación no ha cambiado en absoluto. De hecho, no se puede hablar de este como un Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión Europea, incluso después de que el Tratado de Lisboa haya previsto que el Alto Representante “estará al frente de la política exterior y de seguridad común de la Unión” (art. 18.2 TUE) y que, asimismo, “será uno de los Vicepresidentes de la Comisión” (art. 18.4 TUE). En efecto, en el primer caso,

ties Contractantes instituent entre Elles une Communauté Européenne de Défense, de caractère supranational, comportant des institutions communes, des Forces armées comunes et un budget commun”. Y el posterior art. 38 sentaba las bases de una Europa política, federal o confederal y democrática.

29 Para la cual, v. S. MANGIAMELI, “L’Unione Europea e la crisi umanitaria”, en A. C. AMATO MANGGIAMELI, L. DANIELE, M. R. DI SIMONE, E. TURCO, (eds.) *Immigrazione, Marginalizzazione, Integrazione*, Giappichelli, Torino, 2018.

el Alto Representante actúa en calidad de “agente del Consejo” y como ya sabemos, se trata una noción –la de agente– bastante diferente de la de representante; en el segundo caso, pues, la vicepresidencia de la Comisión constituye otra hipoteca sobre la autonomía de la Comisión Europea, en cuanto que absorbe las “responsabilidades que incumben a la misma en el ámbito de las relaciones exteriores”.

Por otra parte, no hay que olvidar que, respecto al Alto Representante, aunque esté sometido, junto con el Presidente de la Comisión y sus miembros, “al voto de aprobación del Parlamento Europeo”, el Consejo Europeo puede poner fin a su mandato mediante el mismo procedimiento que el de nombramiento, esto es, por mayoría cualificada y con el acuerdo del Presidente de la Comisión.

La verdadera representación de la política exterior y de seguridad común, de hecho, se mantiene estrictamente en manos de los Estados miembros, podemos decir. Cuando nosotros vemos la reunión entre la Canciller Merkel o el Presidente Macron, y el Presidente Putin o el Presidente Trump, o las reuniones entre Draghi y Biden o Xi Jinping, la opinión pública percibe ahora que en estas reuniones y en aquellos encuentros es Europa la que se enfrenta a Rusia, a Estados Unidos, a China, y ya no Alemania, Francia o Italia.

¿Es errónea esta impresión? Parece que se debe responder que la opinión pública europea acierta, no solo porque visualmente los líderes de los Estados miembros aparecen representados por la bandera europea, además de la nacional, sino sobre todo porque el objeto de las reuniones lo constituyen bien los derechos impuestos a las mercancías para sus respectivos mercados y en el caso europeo para todo el mercado interior, o bien acuerdos internacionales que afectan a toda la Unión Europea. Ciertamente los líderes europeos pueden negociar también acuerdos nacionales como ha sucedido con el caso de las vacunas contra el COVID-19, pero esto no excluye que la carga representativa de cada líder o gran líder europeo para toda la Unión Europea sea un hecho contrastado.

Si esta es la condición de la relación con la opinión pública europea, la pregunta es, entonces, si podemos contentarnos con una representación política de toda Europa en el escenario mundial que está, de facto, fragmentada y que en esencia carece de un poder político unitario. La necesidad de que la Unión Europea sea diplomáticamente un poder único es cada vez mayor y no puede sino obligarnos a repensar el diseño institucional europeo.

También para la política de seguridad y defensa común, así como para la exterior, la realidad política presiona para que Europa se convierta en un sujeto único. Después del rechazo de la CED en 1954, la defensa europea de facto en el periodo

de la Guerra Fría se basó en la OTAN, pero el mundo ha cambiado. La Comunidad internacional está condicionada por plataformas geopolíticas complejas y el rol de los Estados Unidos como protector de Occidente se ha reducido bastante. Los Tratados contienen ya una serie de disposiciones útiles, pero falta aún una estrategia eficaz para la seguridad y la defensa común.

Los objetivos de la PESC, a saber: la defensa de los valores y de los propios intereses fundamentales europeos, así como de la independencia y de la integridad de la Unión, el fortalecimiento de la seguridad de la Unión de todos los modos posibles y necesarios, requieren pensar en una política exterior y de seguridad común más integrada, en la que la Unión Europea se pueda expresar de un modo unívoco y con una sola voz y tenga también una capacidad militar autónoma que pueda mantener su defensa y su imagen internacional.

Todo esto plantea, en lugar de una conducción intergubernamental de la PESC, una demanda de instituciones federales y presupone el fortalecimiento de una democracia política europea. El control democrático de la economía, a través de reglamentos y directivas, es útil, pero ya no es suficiente respecto al escenario internacional, y corre el riesgo concreto de desmoronarse ante las exigencias de los Estados miembros de mantener completamente separado su poder exterior, sin entender que las relaciones internacionales condicionan los intereses europeos y, simultáneamente, los intereses de los Estados miembros individualmente considerados.

## **VI. LA DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS EUROPEAS Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO: LA CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA**

Es este otro capítulo importante que condiciona el crecimiento democrático de la Unión Europea. En efecto, respecto al periodo inicial en el que el legislador europeo era, de facto, el conjunto exclusivo de los gobiernos de los Estados miembros, el aumento de los poderes normativos europeos, debido al carácter funcional de las competencias, ha conllevado la necesidad de una producción legislativa sujeta a la limitación del principio democrático.

A pesar de las indudables novedades que se han producido con el tiempo en este ámbito con el acrecentado papel del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo, ya tras el Tratado de Maastricht se acusaba a la Unión de tener demasiadas competencias, que sobre todo a la luz del principio de subsidiariedad podían crecer sin mesura. De ahí la exigencia de bloquear la adquisición de poderes legislativos por parte de las Instituciones europeas y posiblemente de restituir competencias a

los Estados. Esta línea interpretativa del exceso de competencias europeas ha atravesado todo el debate, desde el Libro blanco sobre la Gobernanza europea hasta la Convención de Laeken y el Tratado constitucional de 2004 y tuvo su caída en la formulación del Tratado de Lisboa en 2007, que, por un lado, nos ha dado un mercado interior fuertemente debilitado y, por otro, ha diseñado competencias europeas fuertemente delimitadas<sup>30</sup>.

Como es sabido, el banco de pruebas del reparto de poderes entre la Unión Europea y los Estados miembros ha sido la crisis económica y financiera, durante la cual se echó en falta la capacidad de efectuar una política anticíclica, tanto por la consistencia de las competencias, como por los límites que marcaban el presupuesto de la Unión y la dimensión de los recursos propios; no obstante, se intentó dar una respuesta eficaz también en términos de solidaridad, ya en mayo de 2010, mediante la creación del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera<sup>31</sup>. Este fondo representó una respuesta a través del art. 122.2 TFUE, lo que implicaba que el instrumento financiero habría operado a iniciativa del Consejo, previa propuesta de la Comisión, para conceder bajo determinadas condiciones una asistencia financiera de la Unión al Estado miembro que la solicitara y, además, el Presidente del Consejo informaría al Parlamento Europeo de la decisión adoptada. Asimismo, este instrumento habría ido acompañado, por obra de la Comisión Europea, de otro fondo de 60.000 millones de euros con recursos obtenidos mediante otra estructura, el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera, usando el presupuesto comunitario como garantía<sup>32</sup>.

30 Para un excursus de la problemática de las competencias europeas, se reenvía a S. MANGIAMELI, “La competenza europea, il suo esercizio e l’impatto sugli ordinamenti degli Stati membri”, en ID., *L’esperienza costituzionale europea*, Roma, Aracne, 2008, pp. 131-213.

31 La capacidad máxima del fondo era de 780.000 millones de euros (aunque la autorización concedida limitaba los préstamos a 440.000 millones de euros). Sobre el EFSF v. D. KOLB, M. STALLECHNER, *The European Financial Stability Facility (EFSF) and the European Stability Mechanism (ESM): Structure, Objectives and Principles of Operation*, München, GRIN Verlag, 2013, pp. 1-41; C. CLOSA, A. MAATSCH, “In a Spirit of Solidarity? Justifying the European Financial Stability Facility (EFSF) in National Parliamentary Debates”, *JCMS*, 2014, 52 (4), pp. 826-842; B. L. HORVÁTH, H. HUIZINGA, “Does the European Financial Stability Facility Bail Out Sovereigns or Banks? An Event Study”, *JMCB*, 2015, 47 (1), pp. 177-206; E. C. Á.ERBAN, G. ÁŽUÁŽUEANU, “The Influence of European Financial Stability Facility on System of Governance in European Union Countries”, *Proceedings of the International Management Conference*, 2012, vol. 6 (1), Faculty of Management, Academy of Economic Studies, Bucharest, Romania, pp. 756-766.

32 V. G. THOMPSON, *The European Financial Stabilisation Mechanism (EFSM)*, Standard note SN/EP/5973, 19 May 2011, Library House of Commons; R. PALSTORFEN, “To Bail Out or

Sin embargo, gracias a la intervención del Consejo Europeo de diciembre de 2010, quedó fuera de juego la intervención financiera de las Instituciones europeas para combatir la crisis económico-financiera y en su lugar se hizo intervenir a una estructura integralmente intergubernamental, el Mecanismo Europeo de Estabilidad. El recorrido es ampliamente conocido y parte de la decisión con la cual se añade un apartado al art. 136 TFUE, para que constituyera una base jurídica alternativa a la del art. 122 y para salir del Derecho de los Tratados Europeos. Se escapa de la colaboración interinstitucional, de la responsabilidad de la Comisión europea y del control del Parlamento Europeo, es decir, del circuito democrático completo, y se reduce así el apoyo financiero a una cuestión intergubernamental.

La cuestión del MEDE ciertamente no ha terminado, pero por suerte en el caso de la pandemia de COVID-19 la experiencia de la crisis económico-financiera ha servido y los instrumentos derivados del art. 122.2 TFUE, como el SURE y el *Next Generation EU*, no se han puesto en cuestión, mientras que el denominado MEDE sanitario ha sido rechazado por los Estados miembros<sup>33</sup>.

En cambio, si vamos por orden, observamos que muy pronto la huida de los Tratados Europeos resultó ser un error y la crisis continuó amenazando a Europa y al Euro, también por la debilidad inherente a la Unión económica y monetaria. La crisis requería actividades concretas para conseguir la recuperación económica, actividades que las Instituciones europeas no tenían la capacidad de activar por la parálisis en la que las había sumido la Europa Intergubernamental, la cual, tras una larga negociación, alcanzó el acuerdo de los Tratados MEDE y Pacto Fiscal Europeo entre febrero y marzo de 2012.

Por otra parte, la simple regulación de los presupuestos estatales mediante el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y la vigilancia macroeconómica también impedían, *de facto*, a los Estados miembros efectuar políticas públicas anticíclicas. Europa obligaba en vía regulatoria a los Estados miembros a estabilizar los presupuestos, pero, por cada euro estabilizado se determinaba la pérdida de dos euros del PIB.

Por suerte, las iniciativas del Banco Central Europeo, que funcionó como una auténtica Institución federal, evitaron la crisis del sistema europeo y del Euro.

not to Bail Out? The current framework of financial assistance for Euro Area Member States measured against the requirements of EU Primary Law”, *European Law Review*, 2012, pp. 771-784; T. TUOMINEN, *Mechanisms of Financial Stabilisation, Research paper*, Centro Studi sul Federalismo, Torino, Noviembre 2018.

33 V. S. MANGIAMELI, “Covid-19 and European Union –The answer to the health crisis as way for resuming the process of European integration”, *Italian Papers on Federalism, Rivista giuridica on-line –Issirfa–*, núm. 1 (2021), pp. 17-48.

Cuando la tensión sobre los mercados financieros había alcanzado su punto culminante y se temía que la crisis griega pudiera amenazar la propia supervivencia del Euro, el Presidente del BCE, Mario Draghi, en su intervención ante la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo, de fecha 19 de diciembre de 2011, declaró la irreversibilidad del Euro y explicó la posibilidad de que, aun no teniendo el BCE la función de “prestamista en última instancia”, en cuanto que “el Tratado UE prohíbe la financiación monetaria”, “no hay límite” para la compra de bonos del Estado en el mercado secundario para favorecer la transmisión de las decisiones de política monetaria; pero también añadió a tal punto que en cualquier caso “el programa no [sería] eterno ni [sería] infinito”. Por tanto, lo declarado por el propio Presidente del BCE en Londres, con ocasión del encuentro celebrado en el marco de la *Global Investment Conference*, el 26 de julio de 2012, solo sirvió para remarcar la irreversibilidad del Euro, la competencia y el mandato del BCE respecto a los bonos soberanos y para afirmar el principio de que dentro “de nuestro mandato, el BCE está preparado para hacer todo lo necesario para proteger el euro. Y créanme, será suficiente” (*Within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough*). Se trata de una afirmación que, en el contexto en el que se pronunció, produjo un beneficio esencial en un momento de crisis, esto es, la confianza. Gracias a esta posición, madurada en el Consejo directivo del BCE del 2 de agosto de 2012, se pudo proceder a la activación del programa *Outright Monetary Transactions* (OMT)<sup>34</sup>.

Son conocidas las críticas que se han hecho a la actuación del BCE, como la de haber adquirido bonos en el mercado sin contar con una base jurídica adecuada, acusación engañosa e infundada que partía de las Instituciones de Estados miembros que deseaban que otros Estados miembros entraran en quiebra, violando el principio de solidaridad de la Unión y sin darse cuenta de que ningún Estado podía salvarse por sí solo y sobre todo a expensas de otros socios europeos.

Únicamente en el Consejo Europeo de junio de 2012, los Jefes de Estado y de Gobierno se mostraron finalmente abiertos a un proyecto común de integración. Por primera vez, tras mucho tiempo, se afirmó el principio de que para afrontar la

34 Se trata de operaciones que consisten en la adquisición directa por parte del BCE de bonos del Estado a corto plazo emitidos por países en dificultad macroeconómica grave y manifiesta (requisito de condicionalidad). La situación de dificultad económica grave y manifiesta se identifica por el hecho de que el país haya iniciado un programa de ayuda financiera o un programa preventivo con el Mecanismo Europeo de Estabilidad o con la Estructura Europea para la Estabilidad Financiera. La fecha de inicio, la duración y la fecha de finalización del OMT son decididas por el Consejo directivo del BCE con total autonomía y de acuerdo con su mandato institucional.

crisis era necesaria más Europa y no menos Europa. Así, surgía la idea de una Europa sustentada sobre cuatro elementos fundamentales: unión fiscal, unión financiera, unión económica y unión política. La Comisión Europea lanzó el Plan Director (*Blueprint*) para una Unión Económica y Monetaria profunda y auténtica en noviembre de 2012, que desarrollaba el nuevo proceder del proceso de integración y sobre el que todas las Instituciones europeas se pusieron de acuerdo<sup>35</sup>.

## VII. UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA Y DEMOCRACIA: LAS PROPUESTAS DEL “BLUEPRINT” DEL 2012

Particularmente, el Plan de la Comisión merece ser recordado aquí más que por los aspectos económicos y financieros, que tienen también una relevancia notable, por la cuestión de la democracia europea. En efecto, una vez cumplido, a corto y medio plazo, el fortalecimiento de la Unión económica y monetaria y, en particular, de la Unión bancaria y de los mercados financieros, se debería haber asistido a una serie de acciones políticas, que culminara con una revisión de los Tratados mismos para el fortalecimiento de la integración política.

En una (tercera) fase más a largo plazo (más de 5 años) el *Blueprint* preveía la realización de una “progresiva puesta en común de soberanía y de las competencias de responsabilidad y solidaridad a escala europea”, base sobre la cual pudiera “ser posible la creación de un presupuesto autónomo para la zona del euro que dote de capacidad fiscal a la UEM para ayudar a los Estados miembros a amortiguar los choques” y mantener la seguridad del Euro. Esto habría permitido la “emisión común de deuda pública”, que habría mejorado “el funcionamiento de los mercados y la gestión de la política monetaria”<sup>36</sup>.

Por último, en una visión que debería ser realidad incluso en este momento, el Plan había previsto que esta “progresiva integración de la zona del euro hacia la plena unión bancaria, fiscal y económica” exigiría “pasos paralelos hacia una unión

35 V. EUROPEAN COMMISSION, *A blueprint for a Deep and genuine economic and monetary union. Launching a European Debate*, Brussels, 30 de noviembre de 2012, COM(2012) 777 final.

36 En el *Blueprint* se lee a continuación que “la emisión común de bonos podría crear nuevos medios mediante los cuales los gobiernos financiaran su deuda y ofrecer oportunidades de inversión segura y líquida para los ahorradores y las instituciones financieras, así como un mercado de obligaciones integrado a escala de la zona del euro equiparable al del dólar estadounidense en términos de tamaño y liquidez” (página 13). Sobre este documento v. la opinión de J. HABERMAS, *Democracy, Solidarity and the European Crisis*, Conferencia pronunciada el 26 de abril de 2013 en Lovaina.



política con más legitimidad y responsabilidades democráticas” y que el “progreso en términos de integración” habría debido reflejarse de cara al exterior, en particular “a través de medidas para una representación económica exterior unida de la zona del euro”<sup>37</sup>. Esto habría supuesto un crecimiento de la soberanía europea, incluida la política exterior común, ya que el mercado interior y la moneda requieren no solo una política económica común, sino sobre todo una soberanía supranacional fuerte y compartida<sup>38</sup>.

A tal propósito, las hipotéticas modificaciones de los Tratados incluidas en el Plan apuntarían a la atribución de la “responsabilidad en el nivel en el que se haya tomado la decisión de ejecución correspondiente, teniendo siempre debidamente en cuenta en qué nivel surte efectos la decisión”. Esto implicaría que, si una decisión es de responsabilidad europea, corresponde a las Instituciones, pero, si afecta a los Estados miembros, no puede dejar de tomar en consideración la opinión de cada uno de ellos sobre la misma.

De ello se desprende que, desde la perspectiva de la reforma, en primer lugar, “el Parlamento Europeo [es] el que debe garantizar la responsabilidad democrática por las decisiones adoptadas en el nivel de la UE, en especial las adoptadas por la Comisión” y otra “forma de reforzar la legitimidad de la UE sería ampliar las competencias del Tribunal de Justicia, es decir, suprimir el artículo 126, apartado 10, del TFUE”, admitiendo así procedimientos de infracción respecto a los Estados miembros.

Finalmente, respecto a los procesos de legitimación, se afirmaba que el modo de proceder de las Instituciones, sobre todo en la coordinación de las políticas económicas, no puede partir del método intergubernamental, sino del comunitario: no es casualidad que se ponga en cuestión el MEDE (“es difícil imaginar –se lee en el Plan– cómo podría organizarse la responsabilidad parlamentaria de una acción europea llevada a cabo en un nivel intergubernamental que aspire a influir sobre las políticas económicas de cada uno de los Estados miembros en la zona del euro”).

Se esperaba, por tanto, la generalización del procedimiento legislativo ordinario, superando todo lo sucedido con el Tratado de Lisboa donde, frente a la previsión del procedimiento ordinario (de codecisión entre Parlamento y Consejo), subsisten tantas excepciones a favor del procedimiento legislativo especial dirigido por el

37 EUROPEAN COMMISSION, *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union*, *op. cit.*, pág. 14.

38 Sobre este punto, v. S. MANGIAMELI, *The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraints: The Difficult Path to Political Integration*, *op. cit.*, pp. 189 y ss.



Consejo, que la previsión del procedimiento legislativo ordinario parece meramente residual<sup>39</sup>.

A esto habría que añadir que se requería someter el MEDE, mediante su incorporación a los Tratados, al control del Parlamento, modificación del Tratado que comportaría también el fortalecimiento de la responsabilidad democrática del BCE en su función de autoridad para la supervisión bancaria.

En definitiva, el Plan parecía sentar las premisas para una política fiscal europea (presupuestaria) financiada con recursos propios derivados de una imposición europea y la creación “de una estructura similar a un ‘Tesoro’ de la UEM dentro de la Comisión”, con el objetivo de “conferir [a esta estructura] una orientación política y una mayor responsabilidad democrática”. La Unión tendría también la capacidad de emitir bonos que podría “crear nuevos medios mediante los cuales los gobiernos financiaran su deuda y ofrecer oportunidades de inversión segura y líquida para los ahorradores y las instituciones financieras, así como un mercado de obligaciones integrado a escala de la zona del euro equiparable al del dólar estadounidense en términos de tamaño y liquidez”<sup>40</sup>.

El Plan respondía también a la necesidad de promover “la aparición de una auténtica esfera política europea”, mediante no solo la formación de un estatuto de partidos políticos, derivado de la adopción de un reglamento, sino también mediante la indicación —como ya se hace desde hace tiempo— por parte de los partidos políticos, de los candidatos a la presidencia de la Comisión. También se hacía referencia a la posibilidad de adoptar “una serie de medidas prácticas que son posibles en el marco de la actual legislación electoral de la UE”.

## VIII. SIGUE: DE LA CULMINACIÓN DE LA UEM A LA CRISIS PANDÉMICA

La mayor limitación del Plan, ya destacado en varias ocasiones, era el plazo durante el que debían llevarse a cabo las reformas. La Comisión ya preveía que la revisión de los Tratados y el fortalecimiento de la democracia debían llevarse a cabo después de 2020. Posteriormente, a mediados de 2015, cuando todo el proyecto de fortalecimiento de la UEM fue asumido por todas las Instituciones, incluido el Par-

39 En la práctica, sin embargo, se aprecia un considerable aumento del procedimiento ordinario (a propósito, v. S. MANGIAMELI, “Intergovernmental Relations in the European Union”, *Global Encyclopedia of Public Administration and Public Policy*, Springer, Heidelberg, 2018).

40 V. a este respecto C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2013, pp. 201 y ss.

lamento Europeo mediante el Informe de los Cinco Presidentes<sup>41</sup>, el horizonte temporal de las reformas fue aplazado otros cinco años, esto es, hasta después de 2025.

El “*Blueprint*”, antes, y el Informe de los Cinco Presidentes, después, muestran que las Instituciones europeas han entendido bien la necesidad de proceder a una revisión de los Tratados europeos con el objetivo de poner un remedio efectivo a los límites de la Unión económica y monetaria, ampliando la base de la legitimidad democrática. En efecto, todas las medidas técnicas para realizar la Unión bancaria y la de los mercados financieros, si no se democratiza el sistema de gobierno europeo y no se somete a la regulación y al control del Parlamento Europeo la disciplina del mercado interior, de la política económica y de la moneda, podrían alimentar la asimetría del sistema europeo y volver profundamente desigual la condición política de los Estados miembros; y, de ahí también la necesidad de transformar en un fondo institucional (y ya no intergubernamental) el MEDE, así como de prever recursos propios de la Unión y potenciar el presupuesto europeo.

Retrasar la integración política, como se ha hecho en todos estos años, solo porque la Europa intergubernamental ha intentado imponerse para no ver su papel, si no completamente desvanecido, cuando menos reducido sensiblemente, ha conllevado poner hipotecas también a la parte de la UEM que fue fortalecida, como la Unión bancaria. La paradoja del MEDE lo pone en evidencia. A partir del 2017, la segunda fase de la Unión política debería haber previsto tanto la integración del MEDE en el Derecho de la Unión<sup>42</sup>, como la institucionalización de una Tesorería de la zona euro, que, sin perjuicio de la autonomía decisoria de los Estados miembros sobre fiscalidad y asignación del gasto público, podría haber servido como foro para los procesos colectivos de toma de decisión conectados a una UEM fortalecida<sup>43</sup>.

41 Informe de Jean-Claude Juncker, en estrecha colaboración con Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi y Martin Schulz, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*. El informe fue publicado el 12 de junio de 2015 y presentado al Consejo Europeo de junio de 2015, pero el debate sobre él se pospuso a la reunión del Consejo Europeo de diciembre de 2015.

42 Los peligros de no incluir el MEDE en el marco jurídico de la Unión fueron reconocidos a partir de la falta de límites a la relación entre deuda y capital, la falta de posibilidades de una provisión contable (gracias a las hipotecas también), para evitar la transferencia e inmovilización financiera plurianual de importantes recursos de presupuestos nacionales, y el peligro de que un fondo de garantía independiente con tareas de relevancia europea e internacional pueda convertirse en un ente especulativo.

43 Informe de los Cinco Presidentes, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, pág. 20.

Como es sabido, la Comisión Juncker, siguiendo esta dirección, había preparado iniciativas coherentes (en lo que se denominó como “*policy package*” de la UEM) justo tras el discurso sobre el estado de la Unión, pronunciado por su Presidente, en septiembre de 2017<sup>44</sup>. De este modo, ya en diciembre del mismo año se presentó la propuesta de reglamento, para aprobarla en 2019, para la creación del Fondo Monetario Europeo<sup>45</sup>, que suponía la integración y absorción del MEDE en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. La importancia de esta reforma estribaba, asimismo, en la necesidad de concluir la Unión bancaria mediante la institución en favor del Fondo Único de Resolución de una protección común (“*a common backstop*”).

Sin embargo, el Consejo Europeo, que condicionó negativamente el contenido y los plazos del fortalecimiento de la UEM, no permitió al legislador europeo aprobar la propuesta de la Comisión y ya en diciembre de 2018 había previsto para el MEDE un recorrido distinto al de su incorporación al ordenamiento de la UE.

44 El *policy package* de la Comisión consistía en un rico paquete de medidas que sintetizaban las últimas etapas hacia la culminación de la Unión económica y monetaria e individualizaban las iniciativas legislativas a asumir hasta 2019, aunque quedando abierta a posteriores desarrollos hasta, al menos, 2015. El paquete constaba de tres comunicaciones [a saber: la primera, “*Further Steps towards completing Europe’s Economic and Monetary Union: a Roadmap*”, –COM(2017) 821–; la segunda, “*New Budgetary Instruments for a Stable Euro Area within the Union Framework*”, –COM(2017) 822–, y, la tercera, “*A European Minister of Economy and Finance*” –COM(2017) 823–], una directiva [la propuesta de una Directiva del Consejo habría expresado las disposiciones para fortalecer la responsabilidad fiscal y la orientación de presupuesto a medio plazo de los Estados miembros –COM(2017) 824–, con el objetivo de integrar la esencia del Tratado sobre Estabilidad, coordinación y gobernanza (*Fiscal Compact*) en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea], y tres propuestas de reglamento [la primera para el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modificaba el Reglamento (EU) 2017/825 para aumentar la dotación financiera del programa de apoyo a las reformas estructurales y adaptar su objetivo general –COM(2017) 825 final–; la segunda concernía a un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la modificación del Reglamento (UE) 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1083/2006 del Consejo en materia de apoyo a las reformas estructurales de los Estados miembros –COM(2017) 826–; la tercera propuesta estaba destinada a la creación del Fondo Monetario Europeo –v. nota siguiente–].

45 V. COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la institución del Fondo Monetario Europeo*, de 6 de diciembre de 2019 [COM(2017) 827].

El Consejo Europeo, en forma de Cumbre del Euro, en efecto, había alcanzado un acuerdo para una revisión del Tratado MEDE, que dejaba sustancialmente intacta la estructura intergubernamental del instrumento, marginando así al Parlamento Europeo, aunque se prevé un acuerdo de colaboración con la Comisión Europea; pero, al mismo tiempo, las modificaciones introducidas en el Tratado MEDE han podido asumir el Mecanismo además de su función de apoyo a la estabilidad financiera de los Estados miembros, el dispositivo de protección común del Fondo Único de Resolución creado por el Reglamento (UE) núm. 806/2014<sup>46</sup>. El acuerdo final sobre el Tratado de revisión se alcanzó el 30 de noviembre de 2020 y el propio Tratado ha sido pospuesto a firma al 27 de enero y al 8 de febrero de 2021, debiendo entrar en vigor con el depósito de los instrumentos de ratificación por parte de todos los Estados firmantes<sup>47</sup>.

En definitiva, usando una metáfora, podríamos decir que la Unión bancaria tiene un vestido confeccionado por el legislador europeo y un abrigo, que cubre el vestido, cosido por los Estados miembros de tal modo que una institución intergubernamental, no responsable democráticamente, puede influir en la política económica y monetaria europea y en su evolución<sup>48</sup>.

## IX. LAS MEDIDAS PARA LUCHAR CONTRA LA PANDEMIA COVID-19 Y LA INTEGRACIÓN EUROPEA

En este contexto se puede obviar el recuerdo a otros momentos de verdadera crisis política, como la celebración de los 60 años de los Tratados europeos con el

<sup>46</sup> Reunión de la Cumbre del Euro (14 de diciembre de 2018) – Declaración, EURO 503/18, EUROSUMMIT 3 (para la preparación de este cambio de orientación, v. Euro Summit de 25 de junio de 2018; Reunión de la Cumbre del Euro (29 de junio de 2018) – Declaración, EURO 502/18, EUROSUMMIT 2 e Informe del Eurogrupo a los líderes sobre la profundización de la UEM, comunicado de prensa 738/18, de 4 de diciembre de 2018.

<sup>47</sup> V. *Agreement Amending The Treaty Establishing The European Stability Mechanism* (T/ESM-AMD/en); v. también la *Declaración del Presidente del Eurogrupo Paschal Donohoe sobre la firma del acuerdo que modifica el Tratado MEDE y del acuerdo modificativo relativo al Fondo Único de Resolución* (Declaraciones y observaciones 49/21 de 27 de enero de 2021).

<sup>48</sup> V. el *Agreement Amending The Agreement on the Transfer and Mutualisation of Contributions to the single Resolution Fund* (AA-EU/SRF/en); así como la *Declaración conjunta adjunta al Acuerdo modificativo relativo al Fondo Único de Resolución* (AA-EU/SRF/JD/en).

Libro Blanco sobre el Futuro de Europa, que dibujaba cinco escenarios, cuatro de los cuales rechazaban la propia idea de hacer avanzar la integración europea<sup>49</sup>.

La realidad es que, desde la crisis económico-financiera en adelante, no solo han faltado impulsos favorables a la integración, sino que sobre todo los gobiernos de los Estados miembros se han quedado sin lucidez mental. Diferentes fracturas han atravesado los Estados miembros: los Estados PIIGS (Portugal, Italia, Irlanda, Grecia y España), los Estados frugales (Holanda, Austria, Suecia, Dinamarca y Finlandia), las Repúblicas Bálticas (Estonia, Letonia y Lituania) y, por último, pero no por ello menos importante, las democracias autoritarias (Hungría y Polonia).

También las Instituciones europeas se han quedado atrapadas en la red de la austeridad, con una regulación casi desconocida para cualquier Estado federal. No solo el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, sino sobre todo la parafernalia completa de la vigilancia macroeconómica, para controlar las deudas soberanas y los superávits económicos, han comprometido a la Comisión, al Consejo y al Parlamento, poniéndolos al servicio y para la finalidad de la Europa Intergubernamental, sin pensar más en el destino del mercado interior, en las relaciones internacionales, en la colocación de la Unión y del euro en el panorama mundial, en los derechos fundamentales, en la democracia europea, etc.

Ahora, esta situación de *impasse* ha sido ejecutada por la pandemia de Covid-19. En efecto, el virus ha visibilizado los límites con los cuales fue conducida la profundización de la UEM y la debilidad de la falta de revisión de los Tratados con referencia a la legitimidad democrática, a la centralidad del Parlamento Europeo en el sistema de gobierno europeo, a la necesidad de superar los mecanismos intergubernamentales en el contexto de la política europea y monetaria y al fortalecimiento de las políticas europeas, empezando por la sanitaria, para la cual el Tratado prevé un ámbito de intervención muy reducido, que ha sido perjudicial en la lucha contra la pandemia<sup>50</sup>.

49 V. COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre el futuro de Europa: Reflexiones y escenarios para la Europa de los 27 en 2025*, COM(2017) 2025, 1 de marzo de 2017.

50 Para la Unión Europea, el art. 6 TFUE, en materia de “protección y mejora de la salud humana”, reconoce “la competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros”; y el art. 168 TFUE rodea esta competencia con vínculos particulares y, en concreto, excluye la posibilidad de que en este ámbito pueda existir alguna “armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (apartado 5), siendo admisible para la ‘sanidad pública’ únicamente las recomendaciones adoptadas por el Consejo a propuesta de la Comisión”.

Sin embargo, no deja de ser significativo que la reacción a la crisis económico-social causada por la pandemia haya sido profundamente distinta de la precedente a la crisis económico-financiera. Muchos comentaristas han atribuido esta diferencia al carácter simétrico de la pandemia respecto a la crisis de 2010, pero no es solo esto. La pandemia ha puesto en evidencia que la cuestión internacional del posicionamiento geopolítico habría dependido de la respuesta a la crisis tanto de las Instituciones europeas como de los Estados miembros. En efecto, más allá de los problemas relacionados con el origen del virus, seguramente la pandemia estalló en el momento en el que Estados Unidos se encontraba reconsiderando su intervencionismo en el exterior: desde Siria hasta Afganistán, etc., Rusia sufría todavía sanciones y China mostraba un fuerte protagonismo a nivel internacional. Si no hubiera existido una respuesta unitaria, el virus habría expuesto a los Estados europeos a recorrer caminos diferentes y a destrozarse lo poco que quedaba de política europea, con resultados negativos para todos.

De ahí la respuesta unitaria de los Estados miembros y de las Instituciones europeas. Las medidas adoptadas son conocidas y se pueden dividir en dos grupos: por un lado, las medidas que actúan sobre la legislación europea que regula el gobierno de la economía, como el accionamiento de la cláusula de salvaguardia y la suspensión del PEC<sup>51</sup>, el uso para fines de lucha contra la pandemia de fondos estructurales<sup>52</sup> y

51 V. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Banco Europeo de Inversiones y al Eurogrupo, Respuesta económica coordinada al brote de Covid-19 de 13 de marzo de 2020, COM(2020) 112 final, pág. 11; y también la Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a la activación de la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, de 20 de marzo de 2020, COM(2020) 113 final. Conviene advertir que la cláusula de salvaguardia general no suspende los procedimientos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento; simplemente permite a la Comisión y al Consejo adoptar las medidas necesarias de coordinación de las políticas en el marco del Pacto, apartándose de las obligaciones presupuestarias que se aplicarían normalmente (S. HAUPTMEIER, N. LEINER-KILLINGER, “Reflections on the Stability and Growth Pact’s Preventive Arm in Light of the COVID-19 Crisis”, *Intereconomics* 2020 (5), pp. 296-300).

52 El Eurogrupo, acogiendo con satisfacción la propuesta de la Comisión para una “*Corona Response Investment Initiative*”, coincide en la necesidad de llevar a cabo cuanto antes las modificaciones legislativas necesarias de los reglamentos que rigen los fondos estructurales; y de hecho en los días siguientes se adoptaron dos reglamentos: el Reglamento (UE) 2020/460 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de marzo de 2020 [por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 1031/2013, (UE) núm. 1303/2013 y (UE) núm. 508/2014, en lo relativo a medidas específicas para movilizar inversiones en los sistemas de atención sanitaria de los Estados miembros y en otros sectores de sus economías, en respuesta al brote de COVID-19 (Iniciativa de inversión en respuesta al coronavirus)] y

la derogación de las ayudas estatales<sup>53</sup>; por otro, en cambio, la formación de instrumentos específicos a nivel europeo, denominados como las tres redes de salvaguardia, para los trabajadores, las empresas y los Estados, esto es, el SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*)<sup>54</sup>, que actúa como amortiguador social<sup>55</sup>, el Pan-European Guarantee Fund (EGF) en el BEI<sup>56</sup>, sobre todo a favor de las pequeñas y

el Reglamento (UE) 2020/558 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2020 [por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 1301/2013 y (UE) núm. 1303/2013 en lo que respecta a medidas específicas para ofrecer una flexibilidad excepcional en el uso de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos en respuesta al brote de COVID-19], con los cuales el legislador de la Unión modificaba los marcos normativos pertinentes, para permitir a los Estados miembros movilizar todos los recursos no utilizados de los Fondos estructurales y de Inversión Europeos, de modo que pudieran hacer frente a las excepcionales consecuencias de la pandemia de COVID-19, con una mayor flexibilidad en la ejecución de los programas y un procedimiento simplificado que no requiriera una decisión de la Comisión para las modificaciones de los programas operativos (Reglamento 2020/460). Además, con el fin de aliviar la carga que los presupuestos públicos deben sostener para hacer frente a la crisis sanitaria pública, los Estados miembros pueden solicitar que, en el periodo contable 2020-2021, se aplique a los programas de la política de cohesión una tasa de cofinanciación del 100% a cargo del presupuesto de la Unión, de acuerdo con los créditos presupuestarios y en función de los fondos disponibles (Reglamento 2020/558).

53 Pocos días después de la Comunicación del 13 de marzo de 2020 [COM(2020) 112], la Comisión adoptaría otra *Comunicación sobre el Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19*, de 19 de marzo de 2020, C(2020) 1863 final.

54 El “*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*” (SURE) representa una de las tres redes de seguridad (la de los trabajadores) y permite una asistencia financiera de la Unión, inicialmente hasta 100.000 millones de euros bajo la forma de préstamos de la Unión a los Estados miembros interesados [V. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Banco Europeo de Inversiones y al Eurogrupo, Respuesta económica coordinada al brote de COVID-19, de 13 de marzo de 2020, COM(2020) 112 final; v. también Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de un Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19, de 2 de abril de 2020, COM(2020) 139 final; así como el 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].

55 V. K. CROONENBORGHES, “The European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency SURE”, *EU Law Live*, 2020, may 30, 1.

56 También el EGF forma parte del paquete global de medidas aprobado por el Consejo Europeo el 23 de abril de 2020 y constituye una red de seguridad a favor de las empresas y, en particular, de las PYME (V. las Conclusiones del Presidente del Consejo Europeo tras la videoconferencia de los miembros



medianas empresas, y la línea de crédito MEDE para el gasto sanitario público (*ESM Pandemic Crisis Support*)<sup>57</sup>.

Junto a estos dos tipos de intervención se sitúan, además, por un lado, el nuevo *Quantitative Easing* del BCE<sup>58</sup>, y por otro, el *Recovery Fund Next Generation EU*<sup>59</sup>

del Consejo Europeo de 23 de abril de 2020, Declaraciones y observaciones 251/20, de 23 de abril de 2020). Sobre la iniciativa del Eurogrupo [en formato inclusivo, 7-9 de abril de 2020, 17 de abril de 2020, ecfm.cfm.cpe(2020)2329436, *Report by the Eurogroup, in inclusive format, on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, 5/6, point 15), se estableció un fondo de garantía paneuropeo de 25.000 millones de euros, que podría soportar 200.000 millones de euros en financiación para las empresas con especial atención a las PYME, en toda la UE, a través de los bancos nacionales de fomento.

57 Por lo que respecta al MEDE, se ha considerado posible basar el apoyo a la crisis pandémica sobre la línea de crédito preventivo ECCL (*enhanced conditions credit line*) ya existente, adaptándola a este desafío específico. El único requisito para acceder a esta línea de crédito sería el compromiso de los Estados miembros del área del euro de utilizar esta línea de crédito para la financiación interna de los costes directos e indirectos relativos a la asistencia sanitaria, al tratamiento y prevención motivados por la crisis de Covid-19. El importe total del crédito concedido sería igual al 2% del PIB del respectivo Estado miembro, tomando el final de 2019 como parámetro de referencia. La línea de crédito debería estar disponible hasta el final de la crisis de Covid-19 (Carta de Recapitulación del Presidente del Eurogrupo a los miembros del Eurogrupo en formato inclusivo, sobre la Videoconferencia del Eurogrupo del 7-9 abril de 2020, 17 abril de 2020, ecfm.cfm.cpe(2020)2329436, *Report by the Eurogroup, in inclusive format, on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, 5/6).

58 El 13 de marzo de 2020, el BCE anuncia la reanudación del *Quantitative easing*, incrementado de los 130.000 millones de euros hasta los 750.000 millones en la reunión entre el 18 y el 19 de marzo mediante un programa *Outright monetary transactions* (Omt), denominado “*Pandemic emergency purchase programme*” (Pepp) –v. el Comunicado de Prensa del 18 de marzo de 2020 del BCE anunciando el PEPP–.

59 La propuesta del Fondo de Recuperación, cuya idea recibió reiteradamente importantes respaldos, del Consejo Europeo (23 de abril de 2020) y del Eurogrupo (7-9 de abril y 14 de mayo de 2020), fue presentada por la Comisión con la Comunicación de 27 de mayo de 2020, con el significativo título de “El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación” [La Comisión debía presentar algunas propuestas al respecto y lo hizo con la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones, *Europe’s moment: Repair and Prepare for the Next Generation*, 27 de mayo de 2020, COM(2020) 456 final]. El Consejo Europeo, en la reunión extraordinaria de julio de 2020, aprobó la comunicación de la Comisión, que la autoriza a tomar fondos en préstamo, a nombre de la Unión Europea, en los mercados de capitales y a transferir los ingresos a los programas de la Unión de conformidad con el *Next Generation EU* (Consejo Europeo extraordinario del 17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020 – Conclusiones de 21 de julio de 2020, EUCO 10/20, p.to A3). Este plan, en definitiva, no debe considerarse solo como un plan económico, sino como un proyecto



con el fortalecimiento del presupuesto europeo (QFP 2021-2027) que está considerado el principal instrumento para la acción de recuperación de la Unión<sup>60</sup>.

No es necesario examinar aquí particularmente las medidas una por una y los instrumentos desplegados para luchar contra la pandemia de Covid-19. Aquí es relevante considerar que muchos de los prejuicios que habían condicionado la recuperación de la Unión Europea tras la crisis económico-financiera han sido superados –como por arte de magia–. Ciertamente, se puede objetar que se trata de instrumentos temporales, relacionados a la pandemia y que el propio PEC con el control de los presupuestos estatales está destinado a ser restablecido en el 2023 como muy tarde. Pero las cosas no están exactamente así.

Para comprender cómo las medidas contra la Covid-19 inciden sobre el aspecto institucional de la Unión Europea y sobre el desarrollo del proceso de integración y de la democracia europea, es necesario aclarar que no todos los instrumentos for-

con un significado político muy importante, ya que también se esforzaría por una recuperación basada en los valores de la UE y en los derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales, y por garantizar una presencia más fuerte de Europa en el mundo. Particularmente, se prevé que *Next Generation EU* sea un nuevo instrumento de recuperación de 750.000 millones de euros, integrado en un presupuesto de la Unión a largo plazo potente y moderno, también porque los recursos obtenidos deben ser devueltos a través de los presupuestos de la UE, no antes del 2028 ni después del 2058. Los fondos tomados en préstamo pueden ser usados para préstamos de hasta 360.000 millones de euros y gasto de hasta 390.000 millones de euros y los importes adeudados por la Unión en un año determinado para el reembolso del capital no pueden superar el 7,5% del importe máximo de 390.000 millones de euros para gastos (Consejo Europeo extraordinario de 17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020 – Conclusiones, 21 de julio de 2020, EUCO 10/20 p.to A8). Los compromisos legales de un programa completado por el *NGEU* se efectuarán antes del 31 de diciembre de 2023 y los pagos correspondientes se efectuarán antes del 31 de diciembre de 2026. Para más detalles, v. S. MANGIAMELLI, “Covid-19 and European Union –The answer to the health crisis as a way for resuming the process of European integration”, *Italian Papers on Federalism, Rivista Giuridica on-line –Issirfa–* Cnr, núm 1 (2021), pp. 17 y ss.

60 Cuando en julio de 2020, tras la decisión del Consejo Europeo, se abrió el debate sobre el *Recovery fund*, se vinculó inmediatamente al presupuesto de la UE, en el sentido de que el fondo habría sido gestionado a través del presupuesto, con el método comunitario y con la participación del Parlamento Europeo y en conexión con la realización de la transición verde, de la digital y de las seis prioridades diseñadas por la Comisión, según la estrategia (2021-2030). El importe del presupuesto, incluido el *NGEU*, habría alcanzado la suma de 1.850.000 millones de euros. V. el *Multiannual Financial Framework 2021-2027 And Next Generation EU (Commitment, in 2018 prices)*, adjunto al Comunicado de Prensa, *Multiannual financial framework for 2021-2027 adopted*, 969/20, de 17 de diciembre de 2020.

jados en esta ocasión han tenido el mismo éxito. Rechazado por completo ha sido el MEDE sanitario, por la vía de las condicionalidades presentes en el mecanismo, que, aunque atenuadas, han dejado recelosos a los Estados miembros; y el EGF casi que ha resultado ineficaz sobre todo a causa de las normas de compromiso para los bancos sobre los productos BEI, que son más complejas que las normas nacionales, además de la cuestión de la adicionalidad sobre los recursos propios.

Un discurso distinto, en cambio, debe realizarse para el SURE, que constituye un fondo *ex art.* 122.2 TFUE, gestionado sobre la base de la legislación europea de la Comisión Europea, el cual, por un lado, representa una forma de repartir la deuda entre los Estados miembros y, por otro, ha visto la emisión de bonos europeos (los denominados “*Social Bonds*”).

Se entiende bastante bien, en este punto, cómo el *Recovery Fund NGEU*, por las características que su reglamento de creación preveía, es decir, ser en parte un fondo de préstamos y en parte un fondo de subvenciones, ha impuesto la implementación de algunas medidas institucionales y de política fiscal, superando los límites precedentes de la integración y dando por fin pasos adelante.

Por este motivo, el *NGEU* no es solo un fondo *ex art.* 122.2 TFUE, que da lugar a una forma de solidaridad real entre los Estados miembros, sino que es, sobre todo, un instrumento de política económica (quizás el más importante instituido hasta ahora) regulado por el legislador europeo y gobernado por la Comisión, cuya financiación, por voluntad del Parlamento Europeo, –y aquí radica la novedad– no se confía exclusivamente al mercado y a la emisión de eurobonos, sino que está unido también –por la parte que consiste en subvenciones– a “recursos propios”<sup>61</sup> que constituyen un aumento de la fiscalidad europea y de la capacidad presupuestaria de la Unión.

El hecho, entonces, de que se esté discutiendo sobre el SURE y el *Next Generation EU*, de estabilizar estos instrumentos en el sistema europeo, superando su carácter provisional ligado a la pandemia, pone de manifiesto cómo los propios Estados miembros parecen haber entendido las ventajas que pueden derivarse de los progresos de la integración en una situación de crisis; de ahí también el apoyo por el fortalecimiento del presupuesto europeo que comportaría la gestión de todos los recursos, incluidos los fondos estructurales.

61 V. Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por la que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom, entrada en vigor el 1 de junio de 2021.

El último aspecto a considerar viene referido a las excepciones al marco jurídico del gobierno de los presupuestos estatales. Aquí tampoco puede acogerse completamente la idea de que se trata de excepciones provisionales, unidas a la pandemia. Pensar, en efecto, en un retorno al Pacto de Estabilidad y Crecimiento y en un restablecimiento de la vigilancia macroeconómica como la practicada hasta 2019 no parece ya adecuado para la realidad político-económica actual.

Mientras tanto, es necesario considerar que las deudas contraídas por los Estados miembros a causa de la pandemia, aunque no se condonen por completo, merecerían –cuando menos– un tratamiento (incluso contable) diferenciado. Además, en un momento en el que las Instituciones europeas han emprendido el gobierno de la política económica, para conseguir la recuperación, por la vía de la transición ambiental y de la transformación digital, no puede pensarse que prefieran, como en el pasado, la vigilancia respecto al crecimiento. Por utilizar las palabras de Joseph Stiglitz, este no es el momento de frenar la deuda, sino de hacer subir de nuevo el PIB, lo que plantea la cuestión, entonces, de la revisión del PEC. De hecho, como observa el Ministro francés Bruno Le Maire “Europa debe demostrar que ha aprendido la lección de lo que no supo hacer hace diez años”.

## **X. LA UNIÓN EUROPEA ENTRE INTEGRACIÓN, OPINIÓN PÚBLICA Y DEMOCRACIA EUROPEA**

La Unión ha encontrado, debido a la pandemia, un impulso de solidaridad y es evidente que esto está trayendo una aspiración federal renovada y un aumento de las responsabilidades políticas a nivel europeo. El presupuesto UE ha sido fortalecido y la fiscalidad europea se puede valer ahora de nuevos “recursos propios”, para sostener el proyecto *NGEU* y los objetivos de la transición verde y de la transformación digital.

Los progresos logrados, sobre la vía de la acción común por parte de las Instituciones y de los Estados miembros, no son el fruto de la previsión de los gobiernos europeos, sino de las necesidades irrefrenables que la pandemia ha evidenciado. Si algo nuevo se ha hecho a nivel europeo, para mantener la autonomía estratégica de la Unión Europea, y si muchos tabúes, formados en torno a la crisis de 2010, ahora son considerados como errores cometidos en el proceso de integración, se debe a la crisis sanitaria y a la económica que la ha seguido. Estas crisis necesitaban respuestas inmediatas y comunes; y esto permitió encontrar el consenso y las mayorías para aprobar las medidas y ponerlas en marcha. Ahora estos resultados deben consolidarse en el proceso de integración, para lo cual resulta deseable una revisión de los

Tratados. Este es el único camino, de hecho, que permite a Europa transmitir las experiencias positivas de un determinado momento histórico al proceso incremental de su crecimiento político.

La Unión viene de un largo periodo de sufrimientos políticos y la estructura institucional no ha resultado adecuada para las crisis que ha tenido que afrontar y para los cambios producidos por los procesos globales. Además, la elaboración de las políticas europeas y el ejercicio de las competencias han sido lentos, fatigosos y poco previsores, porque han estado condicionados por la conservación del *status quo*.

Hoy en día, por tanto, las reformas a llevar a cabo son muchas. La Unión debe completar la unión económica y monetaria; por terminar están todavía la Unión bancaria y la Unión de los mercados financieros; a la profundización de la UEM, con el fortalecimiento del mercado interior, se suma la consolidación del pilar europeo de los derechos sociales y, tras la pandemia, una Unión europea de la salud (la denominada resiliencia sanitaria europea); además, el restablecimiento de las normas de presupuesto implica una regulación distinta del Pacto de Estabilidad y Crecimiento que refleje la condición actual de la economía mundial; y, por último, permanece todavía abierta la cuestión del MEDE que no puede quedar así, porque no se puede admitir que el nivel intergubernamental pueda influir en las políticas europeas sin una verdadera responsabilidad institucional de tipo democrático en el interior de la Unión.

A las reformas provocadas por las cuestiones del gobierno económico, se añaden, a continuación, las requeridas por los nuevos retos internacionales y que atañen a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). En efecto, estos retos siguen creciendo continuamente, como muestran los hechos recientes (que han visto la retirada de Afganistán y la crisis de los submarinos), síntoma de la hipercompetitividad entre áreas continentales que caracteriza la nueva era de las relaciones internacionales. Europa, aunque busque formas de asociación UE-OTAN, debe prever rápidamente una Unión Europea de la Defensa que le permita actuar con autonomía cuando sea necesario y según sus intereses.

En la última década, además, los retos internacionales han superado a las cuestiones de carácter económico y, en cualquier caso, ambos están tan íntimamente relacionados que se condicionan recíprocamente. En el contexto internacional actual nadie puede pensar ya que los problemas existentes se pueden afrontar por parte de un solo Estado o por Estados miembros individualmente, desde el momento en que, como ha dejado claro el cambio de orientación de los Estados Unidos, requieren necesariamente no solo la acción común de los Estados miembros, sino posiblemente una responsabilidad política e institucional conjunta a nivel supranacional. Todo el

nuevo panorama internacional, para toda cuestión, desde la necesidad de afrontar amenazas inéditas como la del virus, hasta las migraciones, el terrorismo, etc., está caracterizado por una encendida confrontación de carácter geopolítico, y muestra que el espectro de problemas comunes ha crecido respecto a la dimensión que tenía cuando se firmó, a principios de los años 90, el Tratado de Maastricht con el cual se configuraron las Instituciones europeas de la PESC.

El diseño de las instituciones europeas no puede quedar ya como el de aquel momento y la distribución de las competencias llevada a cabo con el Tratado de Lisboa ya no es adecuada desde un punto de vista técnico, sobre todo si las acciones europeas son las únicas que pueden afrontar los problemas comunes.

Por otro lado, en cambio, el aumento de los poderes europeos no se puede dar en favor de una estructura puramente burocrática y sin un aumento de la responsabilidad parlamentaria. De hecho, aunque los aparatos burocráticos europeos puedan parecer capaces y bien preparados, se corre el riesgo de una deriva tecnocrática que distorsionaría el funcionamiento de la democracia europea.

No queda más que señalar cómo todo esto afecta directamente al tema de la Unión política, tanto como al de la legitimidad institucional y de la responsabilidad democrática. Estos problemas, de los que depende la afirmación de los valores de la Unión previstos en el art. 2 TUE, no pueden ser obviados en la reforma de los Tratados, y la necesidad de dotar al ordenamiento europeo de capacidad de actuar en el mejor interés de los Estados miembros y, sobre todo, de los ciudadanos europeos, es el núcleo de la Conferencia sobre el Futuro de Europa<sup>62</sup>.

62 Propuesta inicialmente por el Presidente francés Emmanuel Macron, con una carta (*Pour une Renaissance européenne, 4 mars 2019*) enviada a todos los ciudadanos de Europa, la Conferencia sobre el Futuro de Europa ha sido incluida en el programa presentado al Parlamento Europeo por Ursula von der Leyen, Candidata a la Presidencia de la Comisión Europea, *A Union that strives for more. My agenda for Europe, Political Guidelines for the next European Commission 2019-2024*, 4. Posteriormente, la Comisión se preparó para formalizar el compromiso [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Perfilando la Conferencia sobre el Futuro de Europa, de 22 de enero de 2020, COM(2020) 27 final], pero debido a la pandemia, la inauguración, inicialmente prevista para el 9 de mayo de 2020, fue aplazada. Sin embargo, las tres Instituciones, el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo de la UE [*European Parliament, Resolution on the European Parliament's position on the Conference on the Future of Europe*, de 18 de junio de 2020, P9TA(2020)0153; *European Commission, Communication "Europe's moment: repair and prepare for the next generation"*, de 27 de mayo de 2020, COM(2020) 456 final, 15; Council of the EU, 24 de junio de 2020, Doc. 9102/20, para. 2) y algunos Estados miembros, como Alemania y Francia (*French-German Initiative for the European Recovery from the Coronavirus Crisis*, de 18 de mayo de 2020), han relanzado ya en 2020 su compromiso con la Conferencia.

## XI. SIGUE: LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA

En la primavera de 2021, los Presidentes de las tres Instituciones europeas (Parlamento, Comisión Europea y Consejo de la UE) firmaron una “Declaración Conjunta relativa a la Conferencia sobre el Futuro de Europa”, que lleva por título “Colaborar con los ciudadanos por la democracia: construir una Europa más resiliente”<sup>63</sup> y pusieron de este modo bajo la égida de las tres Instituciones la Conferencia, cuya Presidencia conjunta asumieron (art. 1 del Reglamento Interno de la Conferencia sobre el Futuro de Europa)<sup>64</sup>.

La Conferencia tuvo la reunión plenaria inaugural el 19 de junio de 2021 y deberá presentar los resultados de sus trabajos en la primavera de 2022. Su composición, que será equilibrada desde el punto de vista del género, está formada por 108 diputados europeos, 54 del Consejo de la UE (dos por Estado miembro) y 3 de la Comisión Europea, a los que se añaden 108 ciudadanos que participarán para discutir las ideas que se propongan en los encuentros entre ciudadanos y sobre la Plataforma digital multilingüe. Particular atención se ha prestado a la participación de los jóvenes (art. 16 del Reglamento interno de la Conferencia).

El Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social Europeo participarán con 18 representantes, a los cuales se añaden otros 8 representantes de interlocutores sociales y de la sociedad civil. Finalmente, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y la Política de Seguridad será invitado cuando se discuta el rol internacional de la UE. Podrá invitarse también a los representantes de otras partes interesadas (art. 16, ya citado, apartados 3 y 4).

La gobernanza de la Conferencia está confiada al Comité Ejecutivo, que está compuesto por una representación paritaria del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea, con tres representantes y un máximo de cuatro observadores por cada Institución. La troika presidencial del COSAC participará en calidad de observador permanente y el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social Europeo pueden ser invitados en calidad de observadores, como también, si se da el

63 Respecto a la Declaración conjunta del 10 de marzo de 2021, fue publicada en la DOUE con fecha de 18 de marzo de 2021 (2021/C 91 I/01), y se puede consultar en la siguiente dirección: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32021C0318\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32021C0318(01)).

64 En la Declaración se afirma que “La Conferencia es una empresa común del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, en la que actúan en pie de igualdad con los Estados miembros de la Unión Europea. Como signatarios de la presente Declaración conjunta, nos comprometemos a trabajar juntos a lo largo de la Conferencia y a dedicar los recursos necesarios a este empeño”.

caso, otras instituciones y otros órganos de la UE y los interlocutores sociales (art. 6 del Reglamento interno de la Conferencia).

El Comité Ejecutivo, con sus nueve representantes, delibera por consenso sobre todas las cuestiones que le vengán asignadas y es responsable de la adopción de las decisiones relativas a los trabajos de la Conferencia (sesiones plenarias, paneles y plataforma digital multilingüe) y a sus procesos y actos, además de la supervisión de la Conferencia en el transcurso de su desarrollo y de la preparación de las sesiones plenarias, incluidas las contribuciones de los ciudadanos y su seguimiento.

El Comité Ejecutivo informa regularmente a la Presidencia Conjunta y elabora y publica las conclusiones de la Conferencia plenaria y presenta el resultado final de la Conferencia en un informe a la Presidencia Conjunta y a las tres Instituciones (art. 7 del Reglamento interno de la Conferencia).

Bajo la autoridad del Comité Ejecutivo se encuentra la Secretaría común, compuesta de un número igual al de miembros del personal proveniente de las tres Instituciones, la cual adopta todas las medidas necesarias para garantizar el correcto funcionamiento del Comité Ejecutivo y asiste a los representantes y observadores (art. 8 del Reglamento interno de la Conferencia).

Como se puede observar, se trata de una conferencia bastante diferente de la del art. 48 TUE, que opera en el ámbito del procedimiento de revisión de los Tratados Europeos. Esta no tiene su origen en la decisión del Consejo Europeo y, aunque es evidente que el debate se centrará, de un modo u otro, en la reforma de los Tratados, no parece existir un mandato constitucional para la revisión de aquellos. Por el contrario, la Declaración Conjunta afirma simplemente que las tres Instituciones examinarán rápidamente cómo realizar un seguimiento eficaz del informe que recoja los resultados de la Conferencia, “cada una dentro de su ámbito de competencia y de conformidad con los Tratados”.

Parece entonces legítimo cuestionarse la utilidad de una Conferencia así. En este sentido, parece que se puede observar cómo esta Conferencia se dirige a la opinión pública europea en un doble sentido. Por un lado, pretende de un modo original que los ciudadanos europeos sean los protagonistas de la Conferencia. Por otro, la propia Conferencia se ajusta –y esto sería una novedad– a una esfera pública europea en la que pueden expresarse posiciones políticas generales que conciernen a Europa en su conjunto, a través del denominado debate público.

La Declaración conjunta es, en este sentido, muy explícita cuando, definiendo el método de trabajo, que además se codifica también en el Reglamento, afirma que la “Conferencia sobre el Futuro de Europa es un ejercicio de opinión en sentido ascendente centrado en los ciudadanos, que permitirá a los europeos expresar lo que

esperan de la Unión Europea”. Y, además, la Conferencia dará “a los ciudadanos un papel más importante en la configuración de las políticas y ambiciones futuras de la Unión, lo que mejorará su resiliencia”. Finalmente, en el art. 1, párrafo 3, del Reglamento, ya citado, subraya que podrán “participar en ella los ciudadanos europeos de cualquier extracción social y de todos los rincones de la Unión, y los jóvenes europeos desempeñarán un papel central a la hora de configurar el futuro proyecto europeo”.

En los planes de trabajo de la Conferencia, por tanto, debería organizarse “en toda la Unión multitud de actos y debates en el marco de la Conferencia y” ponerse en marcha “una plataforma digital multilingüe interactiva”. Además, dichos “actos, ya sean reuniones físicas o en entornos digitales, pueden organizarse a distintos niveles, por ejemplo, a escala europea, nacional, transnacional y regional, y contarán con la participación de la sociedad civil y las partes interesadas”<sup>65</sup>.

A nivel europeo, las instituciones se comprometen a organizar paneles europeos de ciudadanos. Asimismo, cada “Estado miembro e institución podrá organizar actos adicionales, en consonancia con sus propias especificidades nacionales o institucionales, y realizar nuevas contribuciones a la Conferencia, por ejemplo, mediante paneles nacionales de ciudadanos o actividades temáticas que reúnan las aportaciones de distintos paneles”.

Las contribuciones de todos los eventos relativos a la Conferencia serán recogidos, analizados, monitoreados y publicados en el transcurso de la Conferencia mediante una plataforma digital multilingüe, donde los ciudadanos podrán compartir sus ideas y enviar sus contribuciones *online*.

Por un lado, además, la “participación de los ciudadanos en estos actos debería tener como objetivo reflejar la diversidad europea” y, por otro, se “garantizará, mediante un mecanismo de retorno de información, que las ideas que se expresen durante los actos de la Conferencia se traduzcan en recomendaciones concretas de acción para la UE” (art. 1, párrafo 8, del Reglamento).

En definitiva, las Instituciones con la Conferencia sobre el futuro de Europa tienen como objetivo principal que los ciudadanos y comunidades se impliquen y demostrar que la Unión Europea puede “dar respuesta a las preocupaciones y am-

65 La Declaración Conjunta afirma que los “actos nacionales y europeos en el marco de la Conferencia se organizarán con arreglo a un conjunto de principios y criterios mínimos que reflejen los valores de la UE y que serán definidos por las estructuras de la Conferencia” y que las “instituciones europeas también se acercarán a los ciudadanos y promoverán formas de participación más amplias, interactivas y creativas”.



biciones de los ciudadanos”<sup>66</sup>. Además, las Instituciones aprovecharán “esta oportunidad para respaldar la legitimidad y el funcionamiento democráticos del proyecto europeo, así como para mantener el apoyo de los ciudadanos de la UE a nuestros valores y objetivos comunes, ofreciéndoles más oportunidades de expresarse”. En definitiva, estas subrayan el compromiso de “trabajar en interés de Europa, de nuestros ciudadanos y de la democracia europea, reforzando el vínculo entre los europeos y las instituciones que están a su servicio”.

Los principios en los que se basa la Conferencia son la inclusividad, la apertura y la transparencia, el respeto de la privacidad de las personas y las normas de la UE en materia de protección de datos.

La Conferencia, su gobernanza y los actos organizados en su seno se basan en los valores de la UE consagrados por sus Tratados y por su Carta de Derechos Fundamentales. La Conferencia se reconoce mediante una identidad única y una Carta de la Conferencia a la cual se deben adherir todos los organizadores de actos.

Pero como en esta ocasión la opinión pública europea ha tenido tanto protagonismo en el diseño de las reformas europeas, y seguramente la Conferencia sobre el futuro de Europa constituye una forma innovadora de democracia participativa respecto a los instrumentos previstos en el art. 11 TUE, esto confiere un aspecto particular a toda la operación realizada por las Instituciones. De hecho, hasta ahora la formación de la opinión pública europea tenía una dimensión muy limitada, estando circunscrita a las fuerzas políticas (nacionales y europeas) y a aquellos grupos de presión interesados en condicionar las acciones europeas. La gran mayoría de los ciudadanos europeos permanecía ajena a la esfera pública europea por la distancia que se interponía entre ellos y las Instituciones, a pesar de que muchos de sus intereses se trataban a nivel europeo más que a nivel nacional.

Sin embargo, en estos años, precisamente ante las crisis que han atenazado a la Unión Europea, desde la económico-financiera hasta la de las migraciones, el Brexit y la pandemia, ha aumentado sensiblemente la participación de los ciudadanos europeos, dando lugar a la paradoja de que cuanto más se mostraban incapaces de

66 La Declaración conjunta recuerda a continuación los contenidos de la “política europea”, que “ha de aportar respuestas inclusivas a las tareas que definirán a esta generación: la consecución de la transición ecológica y digital al tiempo que se refuerza la resiliencia de Europa, su contrato social y la competitividad de la industria europea. Debe procurar corregir las desigualdades y garantizar que la Unión Europea sea una economía equitativa, sostenible, innovadora y competitiva que no deje a nadie atrás. Para hacer frente a los retos geopolíticos en el entorno mundial posterior a la COVID-19, Europa ha de ser más asertiva y asumir un papel de liderazgo mundial en la promoción de sus valores y normas en un mundo cada vez más turbulento”.

manejar el proceso de integración europea las Instituciones y los Estados miembros, tanto más se daban cuenta los ciudadanos de que la respuesta europea a sus problemas era la única realmente posible.

Las elecciones europeas de 2019, con el aumento de participación, reflejan el creciente interés de los ciudadanos por desempeñar un papel más activo en la toma de decisiones sobre el futuro de la Unión y sus políticas<sup>67</sup>. Ahora, la Conferencia sobre el futuro de Europa intenta cumplir estas expectativas, abriendo “un nuevo espacio de debate con los ciudadanos para abordar los desafíos y las prioridades de Europa”.

La Conferencia, por lo tanto, superando la que hasta ahora ha sido una diferencia entre la democracia nacional y la democracia europea, pretende construir los instrumentos para dar voz a las múltiples exigencias y a los diversos intereses de personas y grupos sociales en Europa y de mediar a través de recomendaciones para las tres Instituciones.

## **XII. LAS INSTITUCIONES Y LOS ESTADOS MIEMBROS FRENTE A LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y LA DEMOCRACIA**

El punto problemático no es el trabajo de la Conferencia, ni siquiera las iniciativas y las propuestas de los ciudadanos europeos, sino lo que harán las Instituciones, por un lado, y los Estados miembros, por otro, una vez que acaben los trabajos de la Conferencia con la presentación de las recomendaciones.

Además, su contenido no estaría limitado en cuanto al fondo, sino que podría abarcar cualquier objeto con las más diversas propuestas. En efecto, el marco de los poderes europeos (esto es, de las competencias de la Unión), de los actos jurídicos y de los procedimientos conexos que se rigen por los Tratados representa solo un punto de referencia para definir el ámbito de la Conferencia, al cual se deben añadir los inéditos “ámbitos en los que la acción de la Unión Europea habría redundado en beneficio de los ciudadanos europeos”, y, en cualquier caso, los ciudadanos europeos no están sujetos a ningún límite y, por lo tanto, estos “seguirán teniendo libertad para plantear cuestiones adicionales que les afecten”.

En cualquier caso, parece posible afirmar que, después de diez años de debates y reflexiones, las hipótesis de reforma pueden enuclearse en torno a un principio común, a saber, que la transferencia de mayores poderes a las Instituciones y el aumento de la fiscalidad europea requieren una mayor responsabilidad democrática

67 V. *Special Eurobarometer 500 Report, Future of Europe, Fieldwork*: October-November 2020.

que derive de la legitimación directa de los ciudadanos europeos, puesto que solo esta, aunque atemperada por la presencia de instituciones representativas de los Estados miembros, puede permitirle al proceso de integración salir de la crisis política que lo envuelve<sup>68</sup>.

Se puede decir que de este modo se pone remedio a la ausencia inicial de una finalidad del debate público y que las aportaciones derivadas de la participación directa de los ciudadanos europeos, aunque múltiples y heterogéneas, pueden dar una indicación precisa. Corresponderá, en efecto, al Comité Ejecutivo, asistido por el Secretario común, ambos en posición de expresar una capacidad política y técnicamente significativa<sup>69</sup>, retomar los impulsos y las propuestas del debate público, para adaptarlos en recomendaciones coherentes y ordenadas con lógica, de modo que las tres Instituciones puedan proceder oportunamente a asumir las iniciativas posteriores, ya que con la Declaración que subyace al diálogo con la opinión pública, las Instituciones –como se ha mencionado– se comprometieron conjuntamente, no solo a escuchar a los ciudadanos europeos, sino también a hacer un seguimiento de las recomendaciones formuladas por la Conferencia, “respetando plenamente (sus) competencias y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad consagrados en los Tratados europeos”.

Podría, entonces, imaginarse un recorrido posterior, en el cual los frutos de la Conferencia sobre el futuro de Europa puedan pasar de recomendaciones a “proyectos de revisión de los Tratados” (art. 48.2 TUE), que podrían ser presentados por parte de la Comisión o del Parlamento Europeo, al Consejo de la UE o, igualmente, por el “Gobierno de cualquier Estado miembro”<sup>70</sup>. Esto permitiría formalizar un procedimiento surgido fuera de las propias previsiones de los Tratados europeos.

Sin embargo, es evidente que un proyecto tal, fundado sobre el federalismo (mayor integración) y la democracia (más centralidad del Parlamento Europeo), tenga un fuerte impacto y pueda no ser culminado con éxito, desde el momento en que la fase conclusiva de la revisión de los Tratados prevé, para la aprobación

68 En este sentido, v. S. MANGIAMELI, “Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?”, *Diritto e società*, 2016, pp. 11-58.

69 Considérese que la copresidencia del Comité Ejecutivo incluye al diputado Guy Verhofstadt, ex Primer Ministro Belga, en representación del Parlamento Europeo, la Ministra portuguesa de Asuntos Europeos, Ana Paula Zacarias, en calidad de representante de la Presidencia (del Consejo) y el Vicepresidente de la Comisión Europea Dubravka Šuica, en nombre de esta última.

70 “El Consejo remitirá dichos proyectos al Consejo Europeo y los notificará a los Parlamentos nacionales” (art. 48.2 TUE).

y ratificación de las modificaciones, el consenso unánime de los Estados miembros<sup>71</sup>.

Tras la experiencia del Tratado Constitucional, con la ampliación y las diversas crisis que ha vivido la Unión Europea, es evidente que la Europa actual está profundamente atravesada por fronteras internas y no todos los gobiernos de los Estados miembros, olvidando también las condiciones (y las fronteras) internas de cada uno de ellos, parecen converger en la idea de una Europa más federal y más democrática.

Este es, realmente, el punto muerto de la integración europea que todos los observadores han considerado o deben considerar. Un Tratado con el procedimiento del art. 48 TUE, sobre todo si su contenido es fundamentalmente político, encontraría inevitablemente, en la “Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros”, modificaciones que atenuarían su alcance o, aún peor, una distorsión de su contenido, a pesar de que estos puedan considerarse el fruto de una participación democrática y directa de los ciudadanos europeos; sin considerar, además, que la ratificación del Tratado mismo podría ser rechazada por únicamente un Estado miembro, como sucedió en 1954 con el Tratado CED y en el 2005 con el Tratado Constitucional.

La única vía de escape, como se ha manifestado en otro lugar, sería la de un Tratado que contenga un diseño institucional europeo marcado por una constitucionalización más intensa, esto es, “un pacto de federalización fundado en una democracia común”, firmado solo por una parte de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>72</sup>.

En este sentido, la democracia europea sería el fruto de la acción de los gobiernos de los Estados miembros, posiblemente empezando por los de la zona euro, y de ellos se esperaría la opción de fundar la Unión Europea de forma federal, de reformar las Instituciones, dando vida a un auténtico Parlamento bicameral con una representación general y una representación territorial de los Estados, con un

71 En efecto, como es sabido, después de que “El Consejo Europeo [establezca] un mandato para una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros” (art. 48.3 TUE), está previsto que el “Presidente del Consejo (convoque) una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros con el fin de que se aprueben de común acuerdo las modificaciones que deban introducirse en los Tratados”, modificaciones que “entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales” (art. 48.4 TUE).

72 S. MANGIAMELI, “Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?”, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

gobierno común y con una política fiscal común. También las deudas soberanas deberían situarse bajo una sola administración, sin que esto pudiera significar que se puedan obtener mejoras de posición en detrimento de los países más virtuosos, sino simplemente que se encuentre el modo de poner remedio a las condiciones de deuda de determinados países, sin impedir o demorar el crecimiento común.

Por último, las políticas más características de una Federación se ponen bajo la égida de un gobierno europeo en sentido completo, como la política exterior, de seguridad y de defensa, a las cuales se debe añadir la política energética, el *Green deal* y la política digital, respecto de las cuales la Unión Europea está dando pasos adelante gracias al *NGEU*.

Esta posición gira, por tanto, como ya ocurrió en el pasado otras veces dentro de la historia europea, en torno a la formación de un núcleo esencial de Estados, dotados de un liderazgo fuerte y responsable para con el destino de Europa, que asuman la toma de decisiones políticas, también mediante un Tratado basado en la “cooperación reforzada”, según las previsiones del art. 20 TUE, para crear la primera formación federal europea, mostrando como posible un modelo definido como “vanguardia/retaguardia” (“*Vorhut-Nachhut-Modell*”)<sup>73</sup>, que permita a todos los Estados miembros de la UE adherirse en un futuro.

Los próximos años nos dirán si la Conferencia sobre el futuro de Europa ha tenido el éxito esperado.

### XIII. EPÍLOGO

Cuando presenté este trabajo en el Congreso europeo de Zaragoza del 29 y 30 de septiembre de 2021<sup>74</sup>, en Europa no sonaban todavía tambores de guerra.

Ahora, el conflicto ruso-ucraniano, iniciado el 24 de febrero de 2022, aunque ajeno a la Unión Europea, ha puesto en cuestión uno de los pilares que sustentan la construcción europea, conservado incluso en los años de la Guerra Fría, a saber, la “*pax europea*”.

Tras la caída de la Unión Soviética, Europa se había propuesto dialogar con Rusia y había hecho crecer la esperanza de atraerla hacia sí.

73 Así, J. FISCHER, *Scheitert Europa?*, Köln, 2014.

74 “Democracia y Estado de Derecho en la Unión Europea”, organizado por la Fundación Manuel Giménez Abad y la Konrad Adenauer Stiftung.

La guerra firma el final de esta hipótesis de colaboración y, al menos por el momento, marca el alejamiento de Rusia y su mundo respecto de las relaciones europeas.

Sin embargo, la guerra ha tenido la capacidad de catalizar la acción conjunta de las Instituciones y de los Gobiernos de los Estados miembros, acentuando no sólo la reactivación de la PESC, sino también la voluntad de su perfeccionamiento.

Aquí hemos dicho ya (v. *supra* el apartado 10) que las confrontaciones de carácter geopolítico, propias de esta fase histórica, requieren un enfoque unificado de la política exterior y de la defensa común no ocasional, sino estructural; en colaboración con la OTAN, pero autónomo y autosuficiente.

En los días de la guerra, la Unión Europea ha intentado converger hacia una política energética común, acelerando las previsiones de independencia de las fuentes energéticas rusas, y a realizar gastos militares comunes para apoyar a Ucrania, además de actuar en un modo coordinado con las sanciones en la lucha contra la Rusia de Putin; también ha activado una política humanitaria dirigida a los refugiados ucranianos, con la ayuda del Mecanismo de Protección Temporal<sup>75</sup>.

Todo esto no hace realidad aún una política exterior y de defensa europea.

Para que esto pueda realizarse hay que transformar la estructura de la PESC y para realizar esta transformación es necesario evolucionar desde una política basada en el interés común de los Estados miembros, hasta una política basada en el interés general de la Unión Europea.

En este sentido, apenas merece la pena subrayar que el “interés común” de los Estados miembros y el “interés general” de la UE no son comparables<sup>76</sup>, como demuestra la adopción de la “brújula estratégica” en la política de defensa común<sup>77</sup>.

75 V. Conclusiones del Consejo Europeo de 24 y 25 de marzo de 2022, Bruselas, 25 de marzo de 2022 (OR. en), EUCO 1/22 CO EUR 1 CONCL 1.

76 Los ejemplos de objetos que justifican el “interés general” de la Unión son múltiples. Por citar algunos, piénsese en la unión aduanera, en la política comercial, en la regulación de la competencia, en la política monetaria. Muchos otros deberían incluirse a partir de ahora, junto a la Política Exterior y de Seguridad Común, para que pueda estabilizarse la estructura europea frente a shocks como la crisis económica, la pandemia, las migraciones y las guerras.

77 V. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Resultados de los trabajos, Una Brújula Estratégica para la Seguridad y la Defensa – Por una Unión Europea que proteja a sus ciudadanos, defienda sus valores e intereses y contribuya a la paz y la seguridad internacionales*, Bruselas, 21 de marzo de 2022 (OR. en) 7371/22, documento en el que la defensa común se mantiene como una cuestión de “interés común”, con las decisiones tomadas todavía por unanimidad. Es necesario, sin embargo, considerar que con este acto se identifican cuatro prioridades para la UE en el campo de la PESC/PESD: mejorar

Durante la crisis económica, se quería crear un Ministerio del Tesoro europeo; durante la pandemia nos hemos dado cuenta de que las competencias europeas en materia de salud son todavía demasiado débiles; las crisis humanitarias han planteado un problema de defensa en las fronteras exteriores, tanto marinas como terrestres, la formación de una protección civil europea, con la superación del Reglamento de Dublín<sup>78</sup>, y una cooperación policial más estrecha; la guerra está requiriendo ahora una política energética europea fuerte, la construcción de una base económica más sólida y, por último, pero no por ello menos importante, una defensa común<sup>79</sup>.

Por su parte, la Conferencia sobre el futuro de Europa ha avanzado y en breve debería concluir sus trabajos. Su último informe, de febrero de 2022<sup>80</sup>, muestra ya diversas indicaciones sobre los distintos temas tratados: cambio climático y medio ambiente; salud; una economía más fuerte, justicia social y trabajo; la Unión Europea en el mundo; valores y derechos, Estado de Derecho, seguridad; transformación digital; democracia europea; migraciones; educación, cultura, jóvenes y deporte.

Se trata de los temas puestos de manifiesto por las crisis europeas de los últimos doce años (esto es, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa), los cuales están recibiendo en la plataforma digital indicaciones de fuerte cohesión, diferentes de la que temen principalmente los gobiernos, y la demanda de “más Europa”, proveniente de los ciudadanos europeos, difícilmente podrá ser ignorada cuando se reformen los Tratados europeos.

En lo que respecta a la “democracia europea” –el tema aquí tratado– se señala que las ideas expresadas abordan una amplia gama de problemas. Los temas más recurrentes atañen a las elecciones del Parlamento Europeo y a la elección directa de un Presidente de la UE; la reestructuración de las instituciones europeas y la

la capacidad de acción, anticiparse a las amenazas, invertir fuertemente en defensa, reforzar las cadenas de suministro industrial estratégicas de Europa y reforzar la colaboración con organizaciones y socios internacionales que comparten la misma visión estratégica.

78 Reglamento (UE) núm. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

79 V. la Declaración de Versalles, tras la Reunión informal de los Jefes de Estado o de Gobierno, celebrada en Versalles el 10 y el 11 de marzo de 2022.

80 El informe fue editado por la consultora Kantar Public (*The future is in your hands. Make your voice Heard. Multilingual Digital Platform of the Conference on the Future of Europe, Report February 2022*), y no se compromete directamente con la Conferencia, pero ciertamente no puede estar lejos de los debates en el seno de la Conferencia y entre los ciudadanos europeos.

cuestión de la federalización de la Unión Europea; así como la necesidad de aumentar la participación y la consulta de los ciudadanos para contribuir a diseñar el proceso decisorio y el espacio público europeo. Los ciudadanos que han participado en los actos de la Conferencia consideran fundamental aumentar los conocimientos sobre cuestiones de la UE y promover una identidad europea común y subrayan a menudo la necesidad de proteger la democracia y defender el Estado de Derecho en la UE.

Si hay una lección que aprender de las crisis experimentadas por la Unión Europea y los Estados miembros, parece esta: la expansión de los poderes europeos ha sido imparable cuando ha ido acompañada de un elevado crecimiento económico que ha otorgado prosperidad y ha permitido redistribuir la riqueza.

Con la crisis de 1992, empieza a cundir el miedo y, de ahí, las segundas intenciones que han acompañado el tiempo posterior al Tratado de Maastricht, pensando que cuando el crecimiento falta, la única solución puede ser la vuelta al Estado nacional. Esta visión, nostálgica de un pasado de Estados soberanos, ha conducido a la caída del Tratado Constitucional y ha acentuado el peso de la Europa Intergubernamental. Cuando llegó la crisis económica, la idea soberanista y el sistema intergubernamental impidieron una respuesta eficaz a la crisis hasta el punto de hacer pensar en un retroceso del proyecto europeo; también la crisis humanitaria terminó reforzando este sentimiento de egoísmo nacional: se protegió o se acumuló la riqueza a costa de los demás. Grecia sabe algo de esto.

La pandemia y la guerra han creado una conciencia diferente entre los ciudadanos europeos –y esta es la lección–, han vuelto al fundamento original, como en el nacimiento de Europa con el Tratado CECA, al proceso de integración europea, por el cual el miedo a los desastres naturales y a la guerra, así como el deseo de seguridad y de paz, van más allá de las concepciones funcionalistas y la dimensión intergubernamental, porque es precisamente en las crisis más complejas cuando se necesita solidaridad, forjar instituciones y políticas de gobierno comunes y estar unidos como ciudadanos europeos; y tener una democracia fuerte es, seguramente, el mejor modo de estar unidos.

### **Resumen**

*El autor aborda el proceso histórico de integración de la UE, prestando especial atención a los obstáculos que representan los anhelos individuales de los Estados miembros, manifestados a partir de las distintas estructuras intergubernamentales que operan en la Unión. No obstante, fruto de la reciente crisis sanitaria (y la económica que de ella se derivó), la Unión ha debido buscar soluciones eficaces en un breve periodo de tiempo, lo que ha supuesto un impulso regenerador para el proceso de integración. En este punto, la ciudadanía está desem-*



*peñando un papel más protagonista que el de la crisis de 2008, mediante la implementación de distintos mecanismos que permiten su participación activa. Finalmente, parece evidente que, partiendo de esta voluntad de implicar a la opinión pública europea, la siguiente etapa requiere, sin ninguna duda, culminar varios aspectos a través de una ineludible reforma de los Tratados.*

**Palabras clave**

*Unión Europea, integración, crisis, reforma de los Tratados, opinión pública europea, Conferencia sobre el futuro de Europa.*

**Abstract**

*The author addresses the historical process of EU integration, paying particular attention to the obstacles represented by the individual desires of the Member States, as manifested by the different intergovernmental structures operating in the Union. However, as a result of the recent health crisis (and the subsequent economic crisis), the Union had to seek effective solutions in a short period of time, providing a regenerative impetus to the integration process. Here, citizens are playing a more active role than they did during the 2008 crisis, through the implementation of various mechanisms that allow them to participate actively. Finally, it is clear that, on the basis of this desire to involve European public opinion, the next stage certainly requires the culmination of several aspects through an unavoidable reform of the Treaties.*

**Keywords**

*European Union, integration, crisis, reform of the Treaties, European public opinion, Conference on the future of Europe.*



# LA DEFENSA POLÍTICA DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES

## The political defence of constitutional values

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

*Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada*

### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Cuando el Derecho no es suficiente: defensa política de los valores constitucionales.
- III. Transformaciones (I): de una comunidad de Derecho a una unión de valores.
- IV. Transformaciones (II): de un ordenamiento sin Constitución, a una unión con política constitucional.
- V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Los ecos del año milagroso de 1989 se fueron apagando a partir del 11 de septiembre de 2001. Se inició una ola de atentados que golpearon a diversas capitales europeas, poniendo en cuestión la capacidad de autoprotección del Estado constitucional. En el 2008, la crisis económica global quebró el modelo social europeo. Luego, durante el año 2020, la pandemia nos interpeló sobre el lugar del ser humano en la naturaleza. Cuando cierro estas páginas, la guerra de Ucrania remueve cimientos que se creían bien sólidos. Entremedias, la Unión busca su lugar, consciente de que ya no basta con subrayar las mejoras socio-económicas logradas a partir de su impulso. Los consensos de base parecen obsoletos y el proyecto europeo anhela horizontes políticos renovados con los que explicarse ante el ciudadano.

En este ensayo me centro en la defensa política de los valores constitucionales, uno de los caminos que ha emprendido la Unión para intentar reconstruir su legitimidad. Comienzo clarificando el concepto de defensa política, que tiene una honda raigambre histórica y se comprende esencialmente por su contraposición frente al control judicial. Hoy tiene una importancia práctica reducida, pero necesaria, tal y como refleja el artículo 7 del TUE, así como los nuevos instrumentos que se han incorporado en la última década, el Marco del Estado de Derecho, el Mecanismo del Estado de Derecho y el Reglamento de condicionalidad, de los cuales destaco sus

elementos comunes: actuación subsidiaria, potencialmente preventiva y destinada a articular un modelo estándar de Estado de derecho.

La ampliación de los medios para defender el Estado de derecho frente a las involuciones que se produzcan en los Estados miembros causa, a mi juicio, dos grandes transformaciones. La primera destaca el paso de un proyecto caracterizado por la importancia del Derecho, a otro copado por los valores. Se quiere crear un nuevo paradigma de legitimidad, con su correspondiente teoría jurídica y constitucional, así como un cambio en su arquitectura institucional. En todo ello late la idea de que la Unión ha de defender los valores constitucionales en virtud de su racionalidad universal. Esta situación conlleva una segunda transformación, puesto que la Unión, al materializar en un sentido preciso el Estado de derecho, desempeña una labor de política constitucional.

## II. CUANDO EL DERECHO NO ES SUFICIENTE: DEFENSA POLÍTICA DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES

### 1. Algunas aclaraciones terminológicas: defensa política versus control judicial

El concepto de defensa política de la Constitución es una categoría clásica en la teoría constitucional. Pero es evidente que ha ido perdiendo espacio a medida que se ha asentado el control jurisdiccional de la norma suprema. Hoy, la defensa política aparece en escasos momentos: en los estados de excepción, la garantía de homogeneidad federal y, parcialmente, en la deducción de responsabilidad penal de determinadas autoridades, destacando el “*impeachment*”.

La separación conceptual entre defensa política y defensa jurídica es posible si antes hemos clarificado las categorías de invalidez y pérdida de efectividad. La primera refiere el supuesto en el que una norma contradice otra superior. Con la carencia de efectividad se describe ese fenómeno por el cual una disposición, pese a estar vigente, en la práctica no condiciona la conducta de sus destinatarios (sea por desobediencia frontal, sea por “*desuetudo*”)<sup>1</sup>.

En los albores del constitucionalismo, la defensa política quería ser un instrumento para cerrar la crisis de normatividad de la Constitución, fuese de validez o de efectividad<sup>2</sup>. Sin embargo, en cuanto que decisión atribuida a los órganos políticos,

1 Respecto a las categorías invalidez y pérdida de efectividad, por todos F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho. Principios del ordenamiento constitucional*. Vol. I, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 120 y ss.

2 Un estudio de la defensa política en la historia de España, S. ROURA GÓMEZ, *La defensa*

de facto suponía una defensa de la mayoría o, al menos, de las instituciones que se suponían legítimas, circunstancia que nos advierte de un elemento más de la defensa política, según el cual, quien la ejerce ha de tener irremediablemente un poder de coacción suficientemente fuerte.

## 2. La defensa política de los valores en la Unión. Origen y evolución

El actual artículo 7 del TUE configura un mecanismo de defensa política de los valores constitucionales, que encaja en la categoría expuesta en las páginas anteriores. Brevemente me gustaría recordar que tuvo su origen como complemento del artículo F del Tratado de Maastricht (1992)<sup>3</sup>. El artículo F definía la configuración constitucional de la Unión y los Estados miembros, a través de una relación recíproca, por la cual, la primera había de respetar la identidad nacional y los derechos fundamentales, mientras que los segundos debían sostener un sistema de gobierno democrático.

El Tratado de Ámsterdam (1997) introdujo algunas matizaciones conceptuales que reflejaban una comprensión distinta. No bastaba con que la Unión respetase los derechos fundamentales; ahora pasaba a “basarse” en esos derechos, a la vez que incluía la libertad y la democracia entre los principios que sostenían la Unión. Pero, sobre todo, se incorporó el instrumento de defensa política que hoy regula el artículo 7 (antiguo F1). En virtud de ese precepto, los principios constitucionales en los que se apoyaba la Unión se convirtieron en parámetro de control de la actuación de los Estados miembros y, por tanto, también marco de su legitimidad. Se fijó el supuesto de hecho que activaba el control en una lesión efectiva (“la existencia de una violación grave y persistente”), sin que entonces se previera el riesgo como requisito para la actuación, circunstancia que se añadiría más adelante. Y se estipuló claramente la naturaleza política del control, dándosele al Consejo para que lo ejerciera “en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno” y lo materializara en la suspensión de derechos, medida que siempre era susceptible de revisión.

El Tratado Constitucional (2004) y luego el Tratado de Lisboa (2009) transmutaron los principios en valores y enriquecieron su número. No parece que podamos

*de la constitución en la historia constitucional española: rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español*, CEPC, Madrid, 1998.

3 Permítaseme la autocita, pues recojo en mayor detalle la evolución histórica, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “La cultura constitucional de la Unión Europea. Análisis del artículo 6 del TUE”, en F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Derecho Constitucional y cultura. Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004.

extraer conclusiones claras de ese cambio en el tipo de la norma, pues ambas categorías jurídicas operan con una eficacia transversal que necesita ser concretada. Y tampoco creo que el incremento de valores tenga más importancia que la claridad del detalle, dado que, bajo los anteriores criterios de libertad, democracia y derechos fundamentales, eran deducibles sin mayor esfuerzo los de dignidad humana, igualdad, Estado de Derecho, pluralismo, no discriminación, tolerancia, justicia o solidaridad.

Tras Lisboa, la lectura conjunta de los artículos 2 y 7 ofrecía un régimen jurídico relativamente claro. Los valores en su conjunto daban forma a una cláusula de homogeneidad, siendo razón recíproca de la legitimidad política de la Unión y de los Estados miembros. Marcaban un horizonte de justicia; eran canon de control del acceso de nuevos Estados miembros; y, a la vez, los Estados ya integrados habían de mantener esos valores, pues, de no hacerlo, tendrían que afrontar las consecuencias dispuestas en el artículo 7<sup>4</sup>.

En la práctica, la aplicabilidad del artículo 7 fue puesta en cuestión casi desde el principio. Recordemos que, cuando en Austria se formó un gobierno de coalición en el que se integró al FPÖ, los restantes Estados miembros realizaron un boicot informal, renunciando a utilizar el artículo 7<sup>5</sup>. Se avizoraba que este precepto creaba más problemas que soluciones, perspectiva que parece alimentar los nuevos instrumentos de defensa del Estado de Derecho. En efecto, hoy contamos con tres mecanismos que pretenden anticipar el control para evitar el uso del artículo 7: el Marco del Estado de Derecho (2014 –de cuya vigencia podría incluso dudarse, en tanto que el Mecanismo lo habría superado<sup>6</sup>); el Mecanismo del Estado de Derecho (2019); y el

4 No obstante, López Aguilar lo ha calificado como el dilema de Copenhague, señalando el contraste entre la exigencia de cumplir los valores cuando se ingresa en la Unión, frente a la inexistencia de medios efectivos para exigir su cumplimiento durante la pertenencia a la Unión, J.F. LÓPEZ AGUILAR, “El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de derecho y ‘dilema de Copenhague’”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 2016, p. 107.

5 A este respecto, en este mismo número S. MANGIAMELI: “La democracia representativa en la UE y la opinión pública europea. problemas y perspectivas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 37, 2022.

6 En este sentido, F. BALAGUER CALLEJÓN, “Democracia y Estado de Derecho en Europa”, *La Cittadinanza Europea*, 2, 2020, en especial p. 35. Justamente se puede defender que el Mecanismo ha desplazado al Marco. Sin embargo, no se ha producido una derogación formal, seguramente porque tal concepción es inadecuada cuando estamos hablando de *soft law*. Por tanto, el desplazamiento sería únicamente funcional; es decir, el Mecanismo arrumba al Marco porque es más útil a los fines del Estado de derecho. Con todo, no sería sorprendente que, en el futuro, si se hace necesario aplicar el artículo 7, se desempolva el Marco.

Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (desde ahora Reglamento de condicionalidad).

Me gustaría hacer algunas acotaciones respecto a los tres instrumentos, que tienen elementos comunes. La primera tiene que ver con el concepto Estado de derecho, que, desde la Segunda Guerra Mundial se utilizaba, al menos en la Europa continental, como pieza de una categoría más amplia, la del Estado constitucional, que englobaría además su naturaleza democrática y social. El axioma Estado social y democrático de derecho se convirtió en el paradigma. El auge actual del concepto Estado de derecho no significa, sin embargo, una reducción de los principios a garantizar. Cuando el Marco describe los rasgos del Estado de derecho aparecen las características del Estado constitucional, en tanto que “no puede haber democracia y respeto de los derechos fundamentales sin respeto del Estado de Derecho y viceversa”. Y así ocurre también con el Reglamento de condicionalidad, que dispone que “El Estado de Derecho requiere que todos los poderes públicos actúen dentro de los límites establecidos por la ley, de conformidad con los valores de la democracia y del respeto de los derechos fundamentales”.

Una de las mayores dificultades estriba en encontrar la justificación que legitime la intervención de la Unión en la garantía de la efectiva realización de los valores constitucionales en un Estado miembro. Es por ello que el “*Blueprint*” hace hincapié en remachar que la acción de la Unión siempre será subsidiaria, mientras que al Estado miembro le corresponde la obligación primordial<sup>7</sup>. La actuación de la Unión se sostendría sobre el socorrido principio de la cooperación, “que significa que todas las instituciones de la UE tienen la responsabilidad de prestar asistencia a los Estados miembros para garantizar el respeto del Estado de Derecho”. Creo que el difícil encaje en este asunto de la posición de la Unión frente a los Estados explica en gran medida que el Marco y el Mecanismo se hayan articulado a través de “*soft law*”. Y, en este sentido, que el último instrumento tome forma de Reglamento subraya que se ha ido consolidando la idea de una Unión de valores, cuestión sobre la que más adelante extraeré algunas conclusiones.

El Marco y el Mecanismo destacan por su función preventiva. El primero “pretende dar respuesta a futuras amenazas para el Estado de Derecho en los Estados miembros antes de que se den las condiciones para activar los mecanismos previs-

7 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité económico y social Europeo y al Comité de las Regiones. Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión. Propuesta de actuación. COM (2019) 343 final.

tos en el artículo 7 del TUE”; el segundo quiere “presentar tendencias o cambios significativos”. Esta función preventiva explica perfectamente que se articulen procedimientos de diálogo para encontrar soluciones. Tal mecánica de diálogo es, sin embargo, mucho más clara en el Mecanismo que en el Marco, puesto que este último replica en gran medida el procedimiento precontencioso del artículo 258. Y así ocurre también con el Reglamento de condicionalidad, que ya traspasa el umbral de la prevención y se sitúa en el espacio de la represión, provocando como consecuencia la suspensión de pagos, compromisos, desembolsos o préstamos.

El parámetro de control se convierte en un elemento clave. En tanto que los tres instrumentos, sobre todo el Marco y el Mecanismo, quieren ser una alternativa al artículo 7, ese parámetro habría de trazar una línea que suponga un umbral anterior al “riesgo de violación grave”. El Marco elige la categoría de amenaza sistémica fruto de nuevas medidas o prácticas generalizadas. Resulta difícil, sin embargo, distinguirlo del supuesto de riesgo de violación grave, e incluso cabría pensar que supera este umbral desde el momento en que la amenaza debe afectar a la estructura constitucional, es decir, a más de un elemento, o a uno de tal importancia que ponga en quiebra todo el modelo. Ahora bien, a la luz del procedimiento dialogado y de la finalidad preventiva antes que represiva, cabe pensar que se trata de un parámetro que se va concretando a tenor de las circunstancias y de forma progresiva, tal y como ocurre con el ingreso de nuevos Estados. En definitiva, es obvio que se intenta trasladar al campo del Estado de derecho la técnica que se ha instaurado para la economía en el Semestre Europeo, cercana a la dinámica de la dirección política.

En el Reglamento de condicionalidad el parámetro se desdobra. Se ha de afectar de manera “suficientemente directa a los intereses financieros de la Unión o la gestión financiera del presupuesto” y se ha de producir la vulneración de los principios del Estado de derecho, materializada en la independencia de los jueces, decisiones arbitrarias o ilícitas de las autoridades públicas, limitar la eficacia de la tutela judicial o de la persecución de las infracciones del Derecho. Y aunque no se define la intensidad o cantidad que ha de caracterizar la vulneración, el modo en cómo se define el parámetro hace pensar lógicamente que no basta con una vulneración esporádica, sino que ha de tratarse de una situación generalizada o con visos de hacerse sistémica<sup>8</sup>.

8 El parámetro del Reglamento ha condicionado asimismo la competencia, véase A. DE GREGORIO MERINO, “Editorial. El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 71, 2002, p. 18. En este mismo número, S. RAGONE y J.F. BARROSO MÁRQUEZ, “El giro ‘reactivo’ de la identidad europea:



### III. TRANSFORMACIONES (I): DE UNA COMUNIDAD DE DERECHO A UNA UNIÓN DE VALORES

#### 1. La Comunidad de Derecho.

##### 1.1. El mito fundacional y su antítesis

La idea de las Comunidades Europeas como Comunidad de Derecho es uno de los mitos fundacionales del proceso de integración<sup>9</sup>. Conviene no olvidar que su antítesis, y casi diríamos que su némesis, no era otra que la Comunidad Política Europea y en menor medida la Comunidad Europea de Defensa. Con la apelación al Derecho como elemento adjetivador, indiscutiblemente se buscaba dejar a un lado cualquier atisbo de politización, cuestión que quedaba bajo el dominio de los Estados miembros. Pero, a su vez, reflejaba una forma de producir Derecho, caracterizada siempre por procedimientos dirigidos a alcanzar un amplio consenso entre las partes afectadas. Se separaba así del elemento político que dominaba en los Estados, la dicotomía entre mayoría y oposición, lógica que lubricaba el funcionamiento de las instituciones estatales. Y, sobre todo, encajaba perfectamente con el objetivo prioritario de la integración, que no era otro que la construcción de un mercado interior. Se entendía que este necesitaba seguridad jurídica por encima de todo y que podía separarse del Estado.

##### 1.2. La teoría jurídico-constitucional: el Tratado como Constitución material

La idea de la Comunidad de Derecho recibió bien pronto de la academia una teoría jurídico-constitucional, impulsada, sin duda, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que reconoció derechos subjetivos en disposiciones con la redacción típica de un Tratado internacional<sup>10</sup>. Este giro, caracterizado a menudo como revolucionario, tuvo una serie de consecuencias capitales. En primer término, esos

condicionamiento de fondos y confianza mutua”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 37, 2022. M. KÖLLIG, “La condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿una protección del estado de derecho o una garantía para los intereses financieros de la UE?”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 37, 2022.

<sup>9</sup> En una visión distinta, Weiler defiende que el proceso de integración respondería a una legitimidad mesiánica, destinada a invocar un futuro mejor, J.H.H. WEILER, “Europe in crisis –on political messianism, legitimacy and the rule of law”, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, p. 256.

<sup>10</sup> Por todos, E. STEIN, “Lawyers, Judges and the making of a transnational Constitution”, *AJIL*, Vol. 75, 1981. F. MANCINI, “The making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review*, 26, 1989.

derechos subjetivos de reconocimiento jurisprudencial, pese a su nítido contenido económico, tenían un funcionamiento técnico idéntico al de un derecho fundamental, es decir, protegían una serie de intereses incluso frente al legislador (estatal). En segundo lugar, la teoría constitucional que explicaba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hacía suya en gran medida la creciente dogmática de los derechos fundamentales, lo que facilitaba la racionalización de su aplicación. En tercer lugar, esa doctrina se movía en paralelo a la evolución del Derecho constitucional, que en la misma época se estaba concibiendo como un Derecho de derechos individuales<sup>11</sup>. Y, por último, el reconocimiento generalizado de derechos subjetivos de naturaleza económica ponía en manos de millares de personas y empresas el cumplimiento del Derecho comunitario.

### 1.3. La teoría político-constitucional

No fue tan clara la teoría político-constitucional que habría de completar esta teoría jurídico-constitucional. Hubo unos primeros intentos de explicar el Derecho comunitario como un ordenamiento de autonomía originaria, fruto de una suerte de revolución legal al estilo de Hart, en tanto que los aplicadores estatales supuestamente reconocerían el Derecho comunitario como supremo incluso frente a la Constitución<sup>12</sup>. Pero esta tesis carecía de anclaje con la realidad, bien porque tal reconocimiento no se producía hasta el punto de sustituir una norma suprema por otra; o bien porque resultaba imposible olvidar el papel de la Constitución estatal en la continua reforma de los Tratados. Era, en definitiva, una tesis carente de realismo.

Más profundidad tiene a mi parecer la concepción que consideró posible la construcción de una Comunidad de derechos subjetivos ceñidos esencialmente al ámbito económico. Daba cuenta de una división funcional, en el que la Comunidad cumplía una labor compensatoria frente al proteccionismo, dejando al Estado los principales elementos políticos<sup>13</sup>, visión que además entroncaba con un problema

11 D. KENNEDY, "Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000", en DAVID RUBEK y ALVARO SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, 2006, p. 65.

12 Por todos, N. MACCORMICK, "Sovereignty, Democracy, Subsidiarity", *Rechtstheorie*, núm. 25, 1994, pp. 282 y ss.

13 C. JOERGES y F. RÖDL, "Informal politics, Formalised Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval", *European Law Journal*, Vol. 15, núm. 1, 2009, pp. 1-19, p. 8. V.A. SCHMIDT, "Re-Envisioning the European Union: Identity, Democracy, Economy", *Journal of Common Market Studies*, núm. 47, 2009, p. 21.

clásico, el de la distinción entre Estado y Sociedad, Derecho y Economía. Además, esta teoría constitucional traspasaba al proceso de integración las tesis de John Ely. Si en la teoría de este autor los derechos fundamentales habrían de servir para corregir el procedimiento legislativo introduciendo los intereses de las minorías no atendidas, en el Derecho de la Unión, las libertades fundamentales rectificarían los procedimientos legislativos estatales, dando espacio al operador económico extranjero, que no había sido tenido en cuenta<sup>14</sup>.

#### 1.4. La teoría institucional

Finalmente, este conglomerado teórico se cerraba con una arquitectura institucional determinada. No es necesario repetir que las Comunidades tenían como elemento distintivo la carencia de una Administración y un Poder Judicial para ejecutar su Derecho. Convertir la Administración y el Poder Judicial estatal en comunitario respondía, sin duda, a una necesidad. Pero, también, a una estrategia democrática, pues las Comunidades se apoyaban en dos pilares del Estado de Derecho –Administración y Poder Judicial– en los que se proyectaban muchas de las razones que legitiman la acción estatal. En definitiva, por decirlo de algún modo, las Comunidades y luego la Unión se subrogaban en la posición constitucional del Estado.

## 2. Unión de valores

### 2.1. En busca de un nuevo mito y su antítesis

La crisis económica del 2008 hizo necesaria la búsqueda de una nueva narrativa, en el buen entendido de que la austeridad de ninguna forma podía ser un presupuesto explicativo del sentido de la Unión<sup>15</sup>. La pandemia y la irrupción de los populismos han generado la oportunidad de refrescar los presupuestos de legitimidad, dando un giro significativo mediante las ideas de solidaridad y Unión de valores. Me voy a centrar ahora en el segundo elemento, que es el que interesa en este ensayo.

La antítesis a la que se enfrenta la Unión de valores parece a priori clara, y no es otra que el populismo, que en sus formas más burdas despliega medidas que cho-

14 A. SOMEK, “The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement”, *European Law Journal*, Vol. 16, núm. 3, 2010, p. 30.

15 Sobre la dimensión amplia de la crisis, LÓPEZ AGUILAR, *op. cit.*, p. 110. Sobre la dimensión político-constitucional de la austeridad, véase la Parte I, de *Contesting Austerity. A socio-legal inquiry*, A. FARAHAT y X. ARZOZ (eds.), Hart, 2021.

can con nuestra cultura constitucional. Pero seguramente a nadie se le escapa que el populismo deriva de una premisa mucho más sofisticada y robusta –la identidad nacional–, con honda raigambre constitucional, como refleja el Tribunal Constitucional alemán<sup>16</sup>. La identidad nacional reivindica una singularidad tan relevante, que no puede ser frenada por el Derecho de la Unión, y en verdad por ningún otro Derecho. En última instancia, la identidad nacional (y quien la determina) se impone sobre las formas jurídicas.

Ahora bien, la Unión de valores también reivindica una identidad, si bien una identidad que no separa, sino que reúne<sup>17</sup>. Los valores de la Unión son compartidos por los Estados miembros y por ello precisamente se han convertido en propios de la Unión. Dadas estas circunstancias, en principio no debería darse un choque de identidades. Sin embargo, los valores constitucionales son conceptos esencialmente discutidos<sup>18</sup>; más aún, nacen para ser debatidos y en la controversia que suscitan radica su interés<sup>19</sup>. En efecto, todos somos capaces de hacer una definición del Estado de Derecho lo suficientemente general para que sea aceptada por el auditorio. Pero es factible que su declinación tome formas distintas y que tales concreciones sean razonables. Esto nos llevará más adelante al problema de los estándares.

## 2.2. Teoría jurídico-constitucional

Los valores son una categoría jurídica clásica en la teoría constitucional. La doctrina, en términos generales, sostiene que los valores no encierran un mandato (como sí haría un principio, una disposición competencial, un derecho fundamen-

16 Sobre la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, véase mi trabajo M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Integración Europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 2016.

17 P. CRUZ VILLALÓN, “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2013.

18 Uso el término de concepto esencialmente discutido en el sentido de W.B. GALLIE, “Essentially contested concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 56, 1955-56.

19 Se pone en duda que exista un concepto común de Estado de Derecho W. SCHROEDER, “The Rule of Law As a Value in the Sense of Article 2 TEU: What Does It Mean and Imply?”, en A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, C. GRABENWARTER, M. TABOROWSKI Y M. SCHMIDT (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, 2021, p. 110. Pero, precisamente por la naturaleza de valor, resulta imposible alcanzar un concepto común. En este sentido, como señala el mismo Schoreder, quizá lo máximo a lo que podamos aspirar es a un contenido mínimo y no a una cláusula de homogeneidad.

tal), sino que señalan algo que es bueno en sí mismo<sup>20</sup>. Esta naturaleza implica que tenga una escasa justiciabilidad, la cual se desarrolla a través de otros preceptos que concretan los valores en diversos ámbitos. En este sentido, la Comisión y el Tribunal de Justicia han mostrado una gran habilidad haciendo posible su reivindicación en sede jurisdiccional, deduciendo del valor Estado de Derecho reglas jurídicas precisas referidas a la organización del poder judicial<sup>21</sup>.

Tradicionalmente los valores han tenido una normatividad ajena a los tribunales. En primer lugar, dentro de las normas constitucionales, cumplen de forma cualificada la tarea de apelar, antes que al operador jurídico, al ciudadano, para que este, en su lectura común de la Constitución, encuentre un texto que le ofrece una idea de justicia<sup>22</sup>. En segundo lugar, se ha de esperar que los valores permeen el conjunto del ordenamiento, definiendo la estructura social. Basta con recordar la incidencia que los valores constitucionales han tenido en la comprensión objetiva de los derechos fundamentales<sup>23</sup>.

Es interesante que nos detengamos en analizar la nueva normatividad que la Unión está extrayendo de los valores, o al menos del valor Estado de derecho. Si nos fijamos en los instrumentos, sobre todo en el Mecanismo del Estado de Derecho, la Unión declina el valor en un estándar, esto es, en un modelo institucional, de manera que aquel Estado que lo ostente participa en el valor Estado de Derecho. En definitiva, la Unión está generando tipos constitucionales que implican ya una ponderación del valor Estado de Derecho en relación con otros valores. A nadie se le escapa que esta es la función propia de las Constituciones (estatales), que, tras enunciar una serie de valores, le dan forma institucional con las disposiciones de detalle<sup>24</sup>.

20 Sobre el concepto jurídico de valor, por todos R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994, p. 125 y ss.

21 X. ARZOZ SANTISTEBAN, “El nacimiento de un nuevo parámetro de control de la ley: el valor europeo de Estado de Derecho” en J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA y A. SAIZ ARNAIZ (eds.), *¿Está en peligro el Estado de Derecho en la Unión Europea?*, EUROPEAN INKLINGS (EUi), Instituto Vasco de Administración Pública, 2021, p. 66 y ss.

22 P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.<sup>a</sup> ed. Duncker&Humblot, 1998, respecto al concepto de la interpretación como proceso abierto p. 228 y ss.

23 U. VOLKMANN, “Die Dogmatisierung des Verfassungsrechts. Überlegungen zur veränderten Kultur juristischer Argumentation”, *JuristenZeitung*, 20, 2020.

24 Por eso, por ejemplo, Von Bogdandy, defiende que la Unión solo puede construir líneas rojas, A. VON BOGDANDY, “Towards a Tyranny of Values?”, en A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, C. GRABENWARTER, M. TABOROWSKI y M. SCHMIDT (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, 2021.

### 2.3. La teoría político-constitucional

El Estado de derecho no necesita una teoría constitucional que lo explique. Al afirmar su condición de valor de la Unión, común a los Estados, asumimos que se ha superado la fase justificativa y comprendemos, sin mayor explicación, que el Estado de Derecho es bueno en sí mismo. La dificultad reside en dar argumentos que sostengan la existencia de una potestad de la Unión para imponer el Estado de Derecho en los Estados miembros cuya vida constitucional difiere del estándar compartido<sup>25</sup>.

La cuestión muestra toda su magnitud cuando la crisis del Estado de Derecho en un Estado miembro es resultado de la estrategia sostenida de una mayoría de gobierno con fuerte apoyo electoral. En este punto habrá quien sostenga que no hay nada nuevo bajo el sol y que estamos ante el asunto clásico del constitucionalismo, el que le da su razón de ser: el Derecho constitucional (las Constituciones) nace para limitar a la mayoría y proteger a la minoría. Bastará entonces con recapitular las viejas teorías que explican el sentido de la Constitución. Una de corte jurídico-moral: cómo tratamos al disidente, a la minoría, da muestra de nuestra calidad como comunidad política. Y otra de corte funcional: hay que poner frenos a la mayoría porque puede ocurrir que mañana yo sea minoría; el respeto de unas reglas de juego mínimo hace posible en sí mismo el juego. Sin embargo, estas posiciones se debilitan en el contexto supranacional por una razón sencilla: los límites son externos a la comunidad política. ¿Por qué aceptar barreras extrañas en la definición de nuestra naturaleza constitucional?

El escollo no es menor. Crece, además, si pensamos que, en términos prácticos, la puesta en ejecución requiere de un cierto grado de poder coactivo. La coacción es el vértice en el que se reúnen el Derecho y los Hechos, la instancia última en la que se verifica la fuerza transformadora de quien ostenta el poder legítimo habilitado jurídicamente. Si se fracasa en el ejercicio de la coacción, se abre una inmensa grieta en el poder público, poniendo incluso en crisis su propia funcionalidad<sup>26</sup>.

Conviene recordar además que el problema admite soluciones diversas. Por ejemplo, Dawson ha expuesto que, ante el reto actual del populismo, la Unión po-

25 Y aquí reside un problema de teoría política especialmente acuciante para la Unión, véase al respecto N. SCICLUNA y S. AUER, "From the rule of law to the rule of rules: technocracy and the crisis of EU governance", *Western European Politics*, Vol. 42, núm. 7, 2019.

26 VON BOGDANDY, *op. cit.*, p. 78 plantea el problema todavía con más gravedad, pues incluso si la Unión tuviese éxito en su intervención, caminaría entonces hacia un Estado federal, lo que causaría el rechazo de otros Estados miembros.

dría responder de dos modos distintos<sup>27</sup>. Aislándose del problema, de manera que la Unión no se vea contaminada, pero sin tener que entrar en el conflicto. O bien neutralizando el conflicto, sea abriendo el Derecho primario a ciertas singularidades, sea articulándolo a través de las instituciones.

Pero la Unión ha decidido intervenir. Los distintos documentos de la Unión apelan a la cooperación leal. Sin embargo, la cooperación leal no puede ser una tesis legitimadora de la preeminencia constitucional de la Unión, sino la consecuencia. Deja sin responder el problema principal: por qué la Unión ha de gozar de nuevos poderes. En esos documentos oficiales, a menudo se vincula la necesidad del Estado de Derecho para garantizar el funcionamiento del mercado interior, ligado a la confianza mutua. Sin duda, el mercado necesita seguridad jurídica. Pero bien sabemos que basta con que esa seguridad jurídica se ciña a determinados ámbitos, el de las inversiones. El ejemplo de China es paradigmático en este sentido. Se trata de un actor vital en el capitalismo global, y lo hace sin encajar en el paradigma del Estado de Derecho.

Desechadas estas posibilidades, solo parecen quedar dos. La primera entronca con una visión clásica del federalismo: la Unión podría intervenir sobre la vida constitucional de los Estados miembros porque goza de preeminencia política. Esta es la idea que sostiene la Sección Cuarta, del Artículo IV de la Constitución de los Estados Unidos. La Federación está por encima de los Estados y le corresponde una función tutelar e incluso correctora para mantener las condiciones propias de pertenencia que definen a esa comunidad política. Encontramos cláusulas similares en los Estados miembros. Me parece, sin embargo, que estamos lejos de poder proclamar esa preeminencia política de la Unión. Además, y no es un problema menor, le falta un poder coactivo comparable al de una federación.

Creo que llegados a este punto solo cabe justificar la intervención de la Unión a partir de la idea del reconocimiento de la validez universal de ciertos valores. Estos valores dan sentido de pertenencia a la Unión, que se define ahora como Unión de valores, de suerte que solo se puede pertenecer a la Unión de una manera determinada. La Unión ya no solo sería ordenación del mercado, cumpliendo así una función compensatoria frente a los excesos del Estado nación (el proteccionismo). Ahora también sería ordenación de la justicia, satisfaciendo también una función compensatoria frente a los excesos del Estado nación (el populismo).

27 M. DAWSON, M., "How Can EU Law Respond to Populism?", *Oxford Journal of Legal Studies*, 40(1), 2020.

#### 2.4. Estructura institucional: coacción mediante el gasto

La Unión Europea no necesitaba coacción frente al Estado miembro, entendida la coacción como la potestad, manifestada en diversas formas, para imponer o impedir una conducta de quien se rebela contra la norma (multa, ejecución subsidiaria, apremio sobre el patrimonio, compulsión sobre las personas, etc.). En esencia, la coacción se articulaba en el seno de las instituciones estatales. El contexto actual ofrece una hipótesis inesperada: cómo imponer a un Estado miembro un concepto político de justicia que no ha sido definido mayoritariamente por los ciudadanos de ese Estado. La situación se parece a los supuestos en los que se los tribunales nacionales han dudado de la primacía del Derecho de la Unión, en tanto que se quiebra la coherencia sobre los principios fundamentales. Pero, en este segundo caso, la crisis se produce en el marco del diálogo judicial y se encuadra en el contexto de un litigio, que por antonomasia delimita su extensión. Es un momento coyuntural, en el que la situación se recompone por los mensajes cruzados que se envían los tribunales, el modo en el que se lleva a la praxis el fallo y su recorrido en el futuro. Las resoluciones judiciales son un punto de comienzo y no un término de llegada.

Ciertamente, los instrumentos de garantía del Estado de derecho, sobre todo el Mecanismo, abraza esta idea de proceso, de encaje paulatino, que es la que se usa para los Estados miembros que pretenden el acceso a la Unión. Se espera que la búsqueda de objetivos compartidos garantice el ajuste y ahorre la necesidad de coacción. Pero el Reglamento de condicionalidad supone un giro radical. No debemos confundirlo con los supuestos de control y responsabilidad para los instrumentos de gasto previstos en el Reglamento financiero. Estos mecanismos se refieren estrictamente a las consecuencias que provoca la mala administración, sin que se trate de medidas coactivas en el sentido de imponer o impedir una conducta. En cambio, en el Reglamento de condicionalidad la suspensión de pagos, compromisos, desembolsos o préstamos es la respuesta a la vulneración del Estado de derecho y tiene una clara finalidad compulsiva destinada a corregir el devenir del Estado miembro.

#### **IV. TRANSFORMACIONES (II): DE UN ORDENAMIENTO SIN CONSTITUCIÓN, A UNA UNIÓN CON POLÍTICA CONSTITUCIONAL**

Recordemos que el Tratado Constitucional fue el intento de dotar a la Unión de una doble legitimidad comparable a la de las Constituciones estatales: de origen, generando una suerte de momento constitucional, en el que los instrumentos nacionales (referenda, mayorías cualificadas) dotarían al Derecho primario de una singular legitimidad democrática; de contenido, intentando acrisolar a través del lenguaje



una idea de constitucionalismo paragonable a la sostenida en las tradiciones estatales. Lisboa fue una salida táctica al fracaso de la Constitución europea, quedando en suspenso la necesidad de una definición más precisa del proyecto político europeo. Desde entonces, la crisis económica y la sanitaria han forzado una acelerada toma de decisiones de evidente calado constitucional.

Sin duda, se ha roto la división funcional que había caracterizado el proceso de integración<sup>28</sup>. Con la crisis económica es evidente que la Unión ya no se limita a compensar los excesos económicos del Estado nación, sino que ha pasado directamente, a través de la condicionalidad, a marcar el paso de la política económica y social de muchos Estados. El mandato de austeridad, introducido a través de las ayudas económicas de solvencia y liquidez, hizo de la devaluación interna mediante la reducción de salarios y el incremento del desempleo, el nuevo paradigma para enfrentar las dificultades del momento. Esta decisión, supuso, a su vez, introducir de lleno a la Unión en la definición del conflicto social. Tal penetración en lo cotidiano de la vida política explica que, en la segunda crisis, consciente la Unión de la fragilidad de su posición, haya dado un viraje, incorporando postulados inéditos de solidaridad, entre los que destaca la emisión de deuda de la Unión.

En este contexto de larga redefinición, se establece la Unión de valores. Esta, al igual que en el ámbito económico, descose las líneas que configuraban la división funcional entre la Unión y los Estados miembros. Se ocupa ahora la Unión de temas en los que hasta ahora poco o nada tenía que decir, por tratarse de cuestiones propias de los Estados (independencia judicial, corrupción, medios de comunicación, etc.). Y lo hace con una técnica inédita, fijando estándares o modelos, y tutelando que los Estados miembros encajan en ellos<sup>29</sup>. En definitiva, la Unión Europea está haciendo política constitucional<sup>30</sup>.

El concepto de política constitucional se comprende mejor cuando se compara con el de jurisdicción constitucional. La jurisdicción constitucional marca los lími-

28 En segundo lugar, se ha producido una transformación de los principios del sistema de gobierno y, por ende, de los reequilibrios institucionales. Hemos visto un resurgir del principio de democracia nacional, reforzando los Gobiernos estatales su posición en la definición de la estructura de la Unión. Y también se ha fortalecido el principio de independencia técnica en razón del lugar preeminente que ha ocupado el BCE en el día a día de la crisis económica y de la crisis sanitaria.

29 Una crítica a la homogeneización del problema, sin la necesaria graduación, F. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, en especial p. 59.

30 VON BOGDANDY, *op. cit.*, p. 91 rechaza este modo de trabajar. Considera que los valores, en el ámbito de la Unión, solo pueden dar lugar a “red lines”, a límites de mínimos, a lo que no se puede tolerar.

tes de la acción política; la política constitucional es un tipo de acción política que explora los márgenes de la Constitución y los concreta, generando un discurso más amplio que el de los límites. Su distinta función explica que su modo de formación sea distinto. La jurisdicción busca la objetividad a través del método jurídico y se mueve en el escueto territorio que fijan las partes procesales. En cambio, la política constitucional debería forjarse a través de un procedimiento con participación de los agentes socialmente relevantes, dando como resultado una fuente del derecho (bien una ley, bien una reforma constitucional). De este modo, la política constitucional es una suerte de subrogado de la Constitución en tanto que sirve para articular problemas que no pudieron ser resueltos de manera definitiva, por lo que habitualmente se vuelca en fuentes con un procedimiento que exige una especial legitimidad. Sin embargo, la Unión en este punto se separa del modelo clásico. Los estándares son creados por la Comisión apoyándose en los materiales elaborados por el Tribunal de Justicia, el TEDH y la Comisión de Venecia. Y no se proyectan en una fuente del derecho, sino en un procedimiento contencioso, o en un procedimiento dialogado.

Este modo de actuar de la Unión en la defensa de los valores suscita algunas perplejidades. En primer lugar, hace presente un choque de identidades difícil de resolver. Durante mucho tiempo se puso en cuestión los esfuerzos de algunos Tribunales Constitucionales por definir una identidad constitucional. Se discutía la propia existencia de esa identidad<sup>31</sup>. Pero en lo que ahora nos interesa, se subrayaba la dificultad de que ese núcleo intangible fuese definido por la jurisdicción constitucional, sin una participación más amplia de otros actores políticos<sup>32</sup>. Se criticaba además que la identidad se formulase como algo estático, permanente frente al discurrir natural de la sociedad y su articulación democrática. Ahora, de algún modo, la Unión funciona como un reflejo de esa dinámica, de suerte que los valores constitucionales son declinados por la Comisión. Es cierto que la Comisión abre un proceso de diálogo, pero este no responde a los procedimientos democráticos, sino a los de naturaleza contenciosa. Del mismo modo, la Comisión no actúa en sentido estricto de manera unilateral, pues enriquece su análisis con la jurisprudencia del TEDH y las aportaciones de la Comisión de Venecia. No

31 Por ejemplo, C. SCHÖNBERGER, “Identitäterä. Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 63, 2015, p. 43. O. LEPSIUS, “Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 63, 2015, en especial pp. 73, 75 y 78.

32 P. CRUZ VILLALÓN, “Legitimidad ‘activa’ y legitimidad ‘pasiva’ de los Tribunales constitucionales en el espacio constitucional europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, p. 147.

obstante, de nuevo estamos ante una conformación de la constitucionalidad que se desenvuelve al margen de la especial legitimidad con la que se suele dotar a las decisiones de política constitucional.

El segundo problema surge de la paradoja democrática que acompaña a la defensa política de los valores constitucionales. Es bien sabido que, en el contexto actual, la protección comunitaria de los valores choca con el principio de democracia nacional (y no, simplemente, con la definición del Estado de derecho por un Tribunal Constitucional). Nos encontramos así con dos alegaciones cuyo sustento pretende ser democrático, circunstancia que, por otro lado, no es nueva en el ámbito de la Unión. A priori existe una salida sencilla, que consiste en denunciar que las políticas sostenidas en determinados Estados miembros, aunque adoptadas por procedimientos institucionales, carecen de contenido democrático. Estamos ante el paradigma basilar del constitucionalismo, que se construye sobre un concepto de democracia que no se ancla exclusivamente en el principio de la mayoría, sino que el producto de la mayoría ha de ser respetuoso con ciertos elementos. Ahora bien, esta lógica encuentra su sentido precisamente por la existencia de una Constitución fruto del poder constituyente. En efecto, asumimos que los límites sustanciales a la decisión de la mayoría se explican porque la Constitución nace de una fuerza de mayor legitimidad. Es esta, sin embargo, la pieza que ostensiblemente falta en el contexto de la Unión.

El déficit de Constitución vuelve a ser el vacío que impide el suave traslado de las categorías constitucionales al Derecho de la Unión. La salida al embrollo, desde luego no parece que venga de la esperanza vana de una Constitución europea. Ese tren ya pasó. Creo que la solución pasa por deconstruir y reconstruir los elementos de legitimidad que incorpora una Constitución. Toda comunidad política busca en una Constitución dotarse de una legitimidad de origen, de contenido y de funcionamiento. Con la primera se remite al procedimiento de especial legitimidad que dio lugar a la norma suprema. La segunda señala unos contenidos prototípicos sin los cuales no somos capaces de identificar un texto como Constitución. Y la tercera refiere la capacidad de la Constitución para racionalizar el proceso político asegurando una acción pública eficaz.

Evidentemente, la idea de una Unión de valores concentra todo su peso en el segundo elemento, en la legitimidad sustancial. Esto supone una desvalorización de la democracia como procedimiento, sobre todo en la fase de creación de una Constitución. Pero me atrevería a decir que no conlleva novedad alguna en el orbe constitucional europeo, donde el concepto de poder constituyente, tras la Segunda Guerra Mundial, se difumina en la praxis y es sustituido en el mejor de los casos

por la idea de momento constitucional<sup>33</sup>, que sirve para señalar rasgos de especial legitimidad democrática.

## V. CONCLUSIONES

Es innegable que la tesis clásica del “*spill over*”, sin ofrecer una explicación total, daba una pauta de comprensión cabal a la luz de la evolución histórica: el mercado interior llamaba de forma natural a la unión económica y monetaria, y esta implicaba necesariamente ciertas dosis de unión política. Pero este tipo de análisis pierde toda su pregnancia a partir de la crisis económica de 2008. Ya no se trata de evaluar cómo evoluciona la Unión desde su lógica interna; la tarea consiste en estudiar las soluciones que la Unión ofrece frente a factores exógenos. En este sentido, la Unión de valores como respuesta a la crisis que están causando Estados con mayorías de corte populista es, sin duda, un paso que mete de lleno a la Unión en la articulación de los conflictos sociales. Es, además, una tarea que encierra un riesgo evidente. No estamos ante el supuesto en el que una unidad política asentada, con una experiencia constitucional rodada, goza ante los ciudadanos de una legitimidad cualificada para imponerse, en el terreno de los valores, sobre otras unidades políticas. Sin duda, la defensa política de los valores es una apuesta de la Unión por refundar su legitimidad. En esa defensa no sólo se busca la efectiva realización del Estado de derecho, sino que la Unión también pretende que esa actuación le dé una nueva posición ante la ciudadanía. Pero a nadie se le escapa que la Unión se lo juega todo en el terreno de los hechos. Si no consigue un éxito claro, el fracaso golpeará de lleno al proceso de integración.

### **Resumen**

*Este ensayo recupera el concepto de defensa política y estudia su aplicación a la luz de los instrumentos desarrollados en la Unión para proteger los valores constitucionales. Tras destacar los elementos principales de estos instrumentos, a continuación, se centra en las transformaciones que está provocando en las estructuras constitucionales del proceso de integración. Se pasa de una Unión definida por el mercado interior, a otra que quiere legitimarse a través de los valores constitucionales. Y de una Unión sin Constitución, a otra que hace política constitucional.*

### **Palabras clave**

*Defensa política, valores constitucionales, mercado interior, legitimidad, política constitucional.*

33 Me refiero al concepto desarrollado en, B. ACKERMAN, *We the people. Foundations*, Belknap, 1993.

***Abstract***

*This essay reviews the concept of political defense of the Constitution and studies its application under the light of the instruments developed in the Union to protect constitutional values. After highlighting the main elements of these instruments, the paper focuses on the transformations that this kind of protection is causing in the constitutional structures of the integration process. It goes from an Union defined by the internal market, to another that wants to legitimize itself through constitutional values. And from a Union without a Constitution, to another that makes constitutional politics.*

***Keywords***

*Political defense, constitutional values, internal market, legitimacy, constitutional politics.*

Recibido: 29 de mayo de 2022

Aceptado: 25 de junio de 2022



**LA CONDICIONALIDAD PARA LA PROTECCIÓN  
DEL PRESUPUESTO DE LA UNIÓN EUROPEA:  
¿UNA PROTECCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO  
O UNA GARANTÍA PARA LOS INTERESES  
FINANCIEROS DE LA UE?  
Conditionality for the protection of the European Union  
budget: a protection of the Rule of law or a guarantee for  
the financial interests of the EU?**

MARIO KÖLLING

*Profesor en el Departamento de Ciencia Política de la UNED  
e Investigador de la Fundación Manuel Giménez Abad*

**SUMARIO:**

- I. Introducción.
- II. La génesis del Reglamento 2020/2092.
- III. El contenido del Reglamento 2020/2092.
- IV. Debate.
- V. Conclusiones.

**I. INTRODUCCIÓN**

La condicionalidad del presupuesto de la UE se ha convertido en un tema importante durante los últimos años, primero debido a las experiencias de la crisis económica y financiera y más tarde debido a la crisis de los refugiados en 2015<sup>1</sup>. Durante la negociación del MFP 2021-2027, el debate sobre la llamada condicionalidad del Estado de Derecho se intensificó por el “riesgo claro de violación grave” del Estado de Derecho en Hungría y porque los continuos y sistemáticos ataques de las

1 V. VIŤÁ, “Conditionalities in Cohesion Policy”, report, European Parliament, REGI Committee, PE 617, 498, 2018, Brussels.

autoridades polacas al Estado de Derecho no solo amenazaban el sistema democrático de Polonia, sino directamente el propio funcionamiento del ordenamiento jurídico de la UE. Aunque la UE tiene varios instrumentos para presionar a los Estados miembros en aras a deshacer las reformas que violan el Estado de Derecho, no se ha conseguido la reacción esperada por parte de los Estados miembros.

En diciembre de 2020, el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo (PE) adoptaron el Reglamento 2020/2092 que establece un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, incluidos los recursos asignados a través del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR)<sup>2</sup>. Según la presidenta de la Comisión Europea (CE), Ursula von der Leyen, por primera vez, la Unión se dota de un mecanismo para proteger el presupuesto contra las violaciones del principio del Estado de Derecho<sup>3</sup>. Con este reglamento, que entró en vigor el 1 de enero de 2021, se establece un vínculo directo entre las inversiones del presupuesto de la Unión y la vulneración de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros.

En este contexto, el TJ, el 16 de febrero 2022, dictó sentencia sobre los recursos de anulación interpuestos por los gobiernos de Polonia y Hungría al Reglamento 2020/2092<sup>4</sup> sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión<sup>5</sup>. El TJ sigue en su sentencia la argumentación y las recomendaciones del Abogado General que propuso ya el 2 de diciembre de 2021<sup>6</sup>, que el Tribunal desestime los recursos de anulación interpuestos por Hungría y por Polonia.

La mayoría de los grupos parlamentarios en el Parlamento Europeo viene solicitando desde finales de diciembre de 2020<sup>7</sup>, cada vez con más vehemencia, la

2 REGLAMENTO (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión OJ L 433I, 22.12.2020, pp. 1-10.

3 EUOBSERVER, “Von der Leyen pledges to use rule-of-law tool next year”, 2020, Disponible en la página web <https://euobserver.com/political/150408>.

4 Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, OJ L 433I, 22.12.2020, pp. 1–10.

5 TRIBUNAL DE JUSTICIA, Sentencias en los asuntos C-156/21 Hungría/Parlamento y Consejo, C-157/21 Polonia/Parlamento y Consejo.

6 CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, Asunto C-156/21, 02/12/2021.

7 Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre el marco financiero plurianual 2021-2027, el Acuerdo Interinstitucional, el Instrumento de Recuperación de la Unión Europea y el Reglamento relativo al Estado de Derecho (2020/2923(RSP)).



aplicación del Reglamento 2020/2092. En octubre 2021 presentaron un recurso por omisión contra la Comisión ante el TJ por no haber activado este nuevo mecanismo de condicionalidad<sup>8</sup>.

En el presente texto se pretende analizar la génesis del reglamento 2020/2092, su contenido y los debates que suscitó para ayudar a entenderlo e interpretarlo.

## II. LA GÉNESIS DEL REGLAMENTO 2020/2092

### 1. La condicionalidad en el presupuesto de la UE

La condicionalidad en el presupuesto de la UE no es nada novedoso, ni en las negociaciones de adhesión ni en las relaciones de la UE con estados terceros, y tampoco en las políticas redistributivas de la UE, como la PAC o la política de cohesión, al contrario, en el presupuesto siempre existieron elementos de condicionalidad, pero es cierto que estos instrumentos han crecido especialmente desde el MFP 2007-2013.

Pero ¿qué significa la condicionalidad presupuestaria? La condicionalidad implica el establecimiento de condiciones vinculadas a la concesión de prestaciones financieras. Estas condiciones suelen tener como objetivo coordinar o vincular el comportamiento de instituciones independientes entre sí o que responden a distintos niveles de gobierno<sup>9</sup>. La condicionalidad fue implementada en el presupuesto de la UE principalmente para mejorar el funcionamiento de las políticas redistributivas y garantizar el cumplimiento de los objetivos de las políticas con los recursos destinados para ello. A lo largo de los años se ha ampliado el enfoque de la condicionalidad, su alcance, los objetivos, el impacto en los beneficiarios, así como el volumen de las sanciones y el proceso de toma de decisiones<sup>10</sup>.

En 1994 se incorporó la primera condicionalidad *ex ante*: la condicionalidad macroeconómica para el Fondo de cohesión que se amplió en 2014 a todos los fondos estructurales e de inversión. Con ello se rompió el enlace entre los entes responsables de cumplir con la condicionalidad y los actores más afectados por las

8 Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de octubre de 2021, sobre la crisis del Estado de Derecho en Polonia y la primacía del Derecho de la Unión [2021/2935(RSP)].

9 L. BINI SMAGHI, “Governance and Conditionality: Toward a Sustainable Framework?”, *Journal of European Integration*, vol. 37, núm. 7, 2015, pp. 755-768.

10 M. KÖLLING, “The role of (rule of law) conditionality in the MFF for 2021-2027 and Next Generation EU, or the stressed Budget”, *Journal of Contemporary European Studies*, 2022.

sanciones<sup>11</sup>. Esta ruptura fue muy visible en el debate sobre el procedimiento de déficit excesivo aplicado a España –donde se discutía la posibilidad de la suspensión de fondos para las CCAA por la política macroeconómica del gobierno de España–.

Aunque nunca se aplicó la condicionalidad macroeconómica, el instrumento fue afinado en las sucesivas MFP, especialmente en el contexto de la crisis financiera y económica. La condicionalidad macroeconómica se aplica también durante el MFP 2021-2027<sup>12</sup>, al igual que al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Si un Estado miembro no adopta medidas efectivas o correctivas en el contexto de los mecanismos clave de gobernanza económica de la UE, o no aplica las medidas exigidas por un programa de apoyo a la estabilidad, la Comisión presentará una propuesta al Consejo para suspender la totalidad o parte de los compromisos o pagos de uno o varios de los programas de un Estado miembro<sup>13</sup>. Sin embargo, por razones que tengan que ver con circunstancias económicas excepcionales, como las actuales debido al impacto de la pandemia y pendiente la reforma del Pacto de Estabilidad, la Comisión puede prescindir del proceso de suspensión de fondos. El Reglamento sobre disposiciones comunes de los fondos estructurales<sup>14</sup>, establece también otros mecanismos de constitucionalidad incluidos en el MFP 2021-2027, por ejemplo, la condicionalidad medioambiental y climática, la condicionalidad basada en el respeto de principios horizontales como la protección de los derechos fundamentales y la condicionalidad ligada a objetivos específicos, como la capacidad para la aplicación eficaz de las normas sobre ayudas estatales.

“Estos mecanismos de condicionalidad son variados, pero todos ellos responden a una lógica común: se supedita la elegibilidad para un pago con cargo al presupuesto de

11 S. VERHELST, “Macro-economic conditionalities in cohesion policy”, *working paper*, Directorate-General for Internal Policies of the Union (European Parliament), Royal Institute for International Relations, 2012.

M. SACHER, “Macroeconomic Conditionalities: Using the Controversial Link between EU Cohesion Policy and Economic Governance”, *Journal of Contemporary European Research*, vol. 15, núm. 2, 2019, pp. 179-193.

12 EL REGLAMENTO (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados (DO 2021, L 231).

13 REGLAMENTO (UE) 2021/1060, *cit.*

14 Ebd.

la Unión al respeto de determinadas exigencias horizontales, distintas y suplementarias respecto a las directamente previstas por [los fondos europeos] sobre los que se imputa el pago”<sup>15</sup>.

## 2. La negociación del Reglamento

La idea de una mayor condicionalidad del presupuesto fue apoyada desde hace tiempo principalmente por los Estados miembros contribuyentes neto al presupuesto como Alemania, Suecia, por ejemplo, durante la crisis migratoria de 2015. Los gobiernos de Alemania, Países Bajos, Finlandia, Dinamarca y Francia ya exigieron en el año 2013 que se promoviera el respeto al Estado de Derecho mediante la suspensión de la financiación de la UE<sup>16</sup>.

En mayo de 2017, Oettinger, entonces comisario de Presupuesto mencionó que en el MFP 2021-2027 debería incluirse una “condicionalidad modificada o reforzada”, lo que significa que el desembolso de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (Fondos ESI) debería depender del respeto al Estado de Derecho y de las recomendaciones económicas. Al mismo tiempo, Juncker, el presidente de la Comisión en ese momento, argumentó que una condicionalidad del Estado de Derecho en la política de cohesión podría ser venenosa para el continente, y rechazó una propuesta del gobierno alemán de vincular los Fondos ESI al Estado de Derecho<sup>17</sup>. Finalmente, en mayo de 2018, la Comisión presentó la propuesta de reglamento sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros. Con ello se intentó realizar la interconexión entre la protección de los intereses financieros de la UE y el Estado de Derecho. Como base jurídica, el Reglamento se apoyaba en el artículo 322 del TFUE<sup>18</sup>. El procedimiento fue inspirado parcialmente en la condicionalidad macroeconómica, en la que, como ya se ha mencionado, la propia Comisión

15 CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, Asunto C-156/21, *cit.*

16 M. BLAUBERGER, V. VAN HÜLLEN, “Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?”, *Journal of European Integration*, vol. 43, núm. 1, 2021, pp. 1-16.

17 POLITICO, “German plan to link funds and rules would be ‘poison’”, Politico, 6/01/2017, disponible a través de la web: [www.politico.eu/article/juncker-german-plan-to-link-funds-and-rules-would-be-poison/](http://www.politico.eu/article/juncker-german-plan-to-link-funds-and-rules-would-be-poison/).

18 “El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán mediante reglamentos: las normas financieras por las que se determinarán, en particular, las modalidades de establecimiento y ejecución del presupuesto, así como las referentes a la rendición y censura de cuentas”.

supervisa a los Estados miembros y propone al Consejo la suspensión de los pagos y compromisos cuando detecta una deficiencia generalizada.

En agosto de 2018, el Tribunal de Cuentas Europeo (TCE) resaltó en su informe sobre el reglamento propuesto la falta de claridad sobre la interrelación entre los objetivos de la condicionalidad y las políticas presupuestarias, señalando también que el reglamento propuesto daría a la Comisión un margen de discrecionalidad muy amplio<sup>19</sup>. El TCE también criticó la falta de normas sobre consultas a las partes interesadas y la ausencia de una evaluación de impacto. El TCE recomendó que se establecieran criterios claros y específicos para definir lo que constituye una “deficiencia generalizada” en lo que respecta al Estado de Derecho, y señaló la necesidad de proteger a los beneficiarios finales<sup>20</sup>. En varios informes, el PE también insistió en que las instituciones de la UE deberían acordar normas claras que vinculen la recepción de fondos con el modo en que un Estado miembro respeta el Estado de Derecho.

El Servicio Jurídico del Consejo adoptó en octubre de 2018 un dictamen sobre el reglamento propuesto en el que se criticaba también la misma falta de claridad. Además, se resaltó que la decisión sobre las supuestas violaciones del Estado de Derecho debería seguir siendo una competencia exclusiva del Consejo, de acuerdo con el art. 7 del TUE. En este sentido, el Servicio Jurídico advertía que el reglamento podría representar una posible infracción de los tratados<sup>21</sup>.

Tras este intenso debate técnico en el año 2018, durante el año 2019 los jefes de estado y de gobierno se centraron en temas más relacionados con las políticas redistributivas del MFP 2021-2027 y su financiación. Pero en el Consejo Europeo extraordinario de los días 20 y 21 de febrero de 2020, el reglamento se convirtió en un tema político. En este contexto, el presidente del Consejo propuso que las medidas en contra de un Estado miembro en el caso de una violación del Estado de Derecho y los intereses financieros deberían tomarse por mayoría cualificada en el Consejo, y no por mayoría cualificada inversa, como propuso la CE. El Consejo Europeo extraordinario del 17 al 21 de julio de 2020 supuso también para el debate

19 EUROPEAN COURT OF AUDITORS, “Opinion No 1/2018”, Brussels.

20 J. BEQIRAJ, “The ‘Regulation on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget’ and its contested implementation”, *Reconnect-Europe report*, 2021, disponible a través de la web: <https://reconnect-europe.eu/blog/the-regulation-on-a-general-regime-of-conditionality-for-the-protection-of-the-union-budget-and-its-contested-implementation/>.

21 K. SCHEPPELE, L. KIM, L. PECH, S. PLATON, “Compromising the Rule of Law while compromising on the Rule of Law”, *VerfBlog*, 2020/12/13, disponible a través de la web: <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/>.

sobre la condicionalidad del Estado de Derecho un punto de inflexión, ampliando su marco de aplicación y modificando los procedimientos de decisión. En las conclusiones se subrayó la necesidad de un régimen de condicionalidad también para el programa Next Generation EU (NGEU). Además, se incluyeron en las conclusiones que el efecto de una vulneración de los principios del Estado de Derecho en la gestión financiera debe de ser “suficientemente directo” –y no generalizado como incluía la propuesta de la CE–. Finalmente, en las conclusiones se especificó que el Consejo Europeo volvería a tratar el asunto sin demora, lo que sin duda llevó a un cierto malentendido con los gobiernos de Polonia y Hungría que aprobaron este documento. El Consejo y el PE siguieron manteniendo perspectivas diferenciadas en torno a lo que acabaría por ser el Reglamento 2020/2092. El PE pretendía proteger el Estado de Derecho a través del presupuesto, mientras que el Consejo enfocaba el instrumento para proteger el presupuesto de la Unión mediante el respeto a las exigencias del Estado de Derecho<sup>22</sup>. Además, el PE defendía una aplicación amplia del reglamento, mientras que el Consejo pretendía limitarla, reclamando una relación directa entre la violación del Estado de Derecho y los específicos efectos negativos sobre el presupuesto de la Unión.

Durante la Presidencia alemana del Consejo de la Unión Europea, el Consejo y el PE llegaron a un acuerdo legislativo en noviembre de 2020. Sin embargo, los gobiernos de tres Estado miembros –Hungría, Polonia y Eslovenia– se opusieron a este acuerdo, amenazando con vetar la decisión sobre los recursos propios y, por tanto, el MFP 2021-2027 y NGEU. Como concesión a las demandas de estos Estados, las conclusiones del Consejo Europeo del 11 de diciembre 2020 contienen amplias directrices sobre cómo y cuándo puede aplicarse el reglamento. En primer lugar, las conclusiones subrayan el carácter subsidiario del reglamento –solo se aplicará si no hay otras medidas que puedan conseguir el mismo efecto–. Se fortalece el objetivo del reglamento en relación a garantizar los intereses financieros de la UE. Además, se especifica que las medidas adoptadas con arreglo al mecanismo deberán ser proporcionadas a la repercusión de la vulneración del Estado de Derecho en la correcta gestión financiera del presupuesto de la Unión o en sus intereses financieros. Como ya se subrayó en las conclusiones de julio, el nexo causal debe de ser suficientemente directo entre dicha vulneración y las consecuencias negativas para los intereses financieros de la Unión. Aunque el Consejo Europeo no tiene ningún papel formal en el proceso legislativo, determina también algunas directrices sobre cuándo y cómo la

Comisión debe aplicar reglamento<sup>23</sup>. Según la interpretación de varios expertos, las conclusiones tenían la clara intención de arrojar una “larga sombra sobre el reglamento para hacerlo prácticamente inservible”<sup>24</sup>.

El 16 de diciembre de 2020, los poderes legislativos adoptaron finalmente el “Reglamento 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión” (UE 2020). En marzo de 2021, Hungría y Polonia presentaron recursos de anulación de dicho Reglamento por violación del principio de atribución, por falta de base jurídica, por elusión del procedimiento especificado en el artículo 7 TUE, por falta de competencia del TJ con arreglo al artículo 269 TFUE y, por último, por violación del principio de seguridad jurídica debido a la vaguedad e imprevisibilidad de la definición del Estado de Derecho. El informe del abogado general fue publicado el 2 de diciembre 2021<sup>25</sup>. El TJ dictó sentencia el 16 de febrero 2022 desestimando los recursos de anulación interpuestos por los gobiernos de Polonia y Hungría al Reglamento 2020/2092<sup>26</sup>.

Desde su entrada en vigor, la mayoría de los grupos parlamentarios en el Parlamento Europeo piden, con cada vez más vehemencia, la aplicación del Reglamento 2020/2092. Tras diversos e intensos debates con la Comisión, varios grupos presentaron en octubre de 2021 un recurso por omisión contra la Comisión ante el TJ<sup>27</sup>.

### III. EL CONTENIDO DEL REGLAMENTO 2020/2092

En términos generales el Reglamento establece las disposiciones necesarias para la protección del presupuesto de la Unión en caso de vulneración de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros (art 1). El objetivo del reglamento es en este sentido doble e interconectado: proteger el presupuesto de la Unión, así

23 “Comisión debería elaborar y adoptar directrices sobre la manera en que debe aplicarse el Reglamento, así como un método para llevar a cabo su evaluación. Estas directrices se deben elaborar en estrecha concertación con los Estados miembros. En caso de que se interponga un recurso de anulación en relación con el Reglamento, las directrices se finalizarían tras la sentencia del Tribunal de Justicia a fin de incorporar todo elemento pertinente derivado de dicha sentencia. Hasta que se ultimen dichas directrices, la Comisión no propondrá medidas con arreglo al Reglamento”.

24 K. SCHEPPELE, L. KIM, L. PECH, S. PLATON, “Compromising the Rule of Law...”, *op. cit.*

25 CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, asunto C-156/21, *cit.*

26 TRIBUNAL DE JUSTICIA, Sentencias en el asunto C-156/21, *cit.*

27 RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, de 21 de octubre de 2021, sobre la crisis del Estado de Derecho en Polonia y la primacía del Derecho de la Unión [2021/2935(RSP)].

como salvaguardar el Estado de Derecho en los Estados miembros, pero su alcance no se amplía a todos los valores contemplados en el artículo 2 del TUE. Comprende los principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas; de seguridad jurídica; de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; de tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales; de separación de poderes, y de no discriminación e igualdad ante la ley.

El Reglamento 2020/2092 suprime el requisito de que la violación del Estado de Derecho debe de ser sistémica o repetitiva (como lo hacía la Comisión en su propuesta de 2018). Ahora basta con que la infracción del Estado de Derecho se encuentre en un acto individual.

El artículo 3 detalla algunos indicios de vulneración de los principios del Estado de Derecho que deben interpretarse a la luz de los demás valores y principios de la Unión conforme al artículo 2 TUE<sup>28</sup>. Según el Abogado General, la caracterización del Estado de derecho mediante la referencia a dichos principios cumple los requisitos mínimos de claridad, precisión y previsibilidad que demanda la seguridad jurídica.

Según el artículo 4.1 se adoptarán medidas en el caso de una “vulneración de los principios del Estado de Derecho en un Estado miembro afecte o amenace con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo”. En este sentido, el mecanismo sólo se aplica cuando se cumplen dos condiciones: en primer lugar, una violación del Estado de Derecho y, en segundo lugar, el impacto de esta violación del Estado de Derecho debe ser “suficientemente directo” en la gestión presupuestaria de la UE o sus intereses financieros. Así, por ejemplo, el hecho de que un Estado miembro no cumpla con una sentencia del TJ, no significaría la aplicación automática del reglamento, sino que se debería determinar el efecto del no acatamiento de la sentencia en la gestión en ese Estado de las políticas redistributivas de la UE. A pesar del enfoque en un impacto “suficientemente directo”, también cabe esperar que las “deficiencias sistémicas” casi siempre afectaran inevitablemente al presupuesto de la Unión y los intereses financieros de la UE<sup>29</sup>. Sin embargo, el Art. 4.1 puede suscitar dudas

28 Independencia de los jueces, falta de sancionar decisiones arbitrarias por parte de las autoridades públicas, limitación de la eficacia de los recursos judiciales, no ejecución de las resoluciones judiciales, o limitar la investigación, la persecución o sanción efectivos de las infracciones del Derecho.

29 K. SCHEPPELE, L. KIM, L. PECH, S. PLATON, “Compromising the Rule of Law...”, *op. cit.*

sobre el significado de la expresión “efecto suficientemente directo”, por ejemplo, ¿qué tipo de relación se busca entre la violación del Estado de Derecho y el deterioro de la gestión financiera? ¿Se incluye además del fraude y la corrupción, también la “eficacia” y eficiencia del uso y gestión financiera de los fondos? El artículo 4.2, contiene una lista indicativa de elementos en los que se pueden producir una interrelación entre una violación del Estado de Derecho y la gestión financiera. Los supuestos corresponden bien a actividades específicas de ejecución presupuestaria, bien a actividades generales. En este contexto, se restringe la extensión de aquellas actividades de orden general a las que, llevadas a cabo por las autoridades nacionales, estén conectadas a la ejecución presupuestaria<sup>30</sup>. Para iniciar un procedimiento sancionador, la Comisión debe demostrar que un Estado miembro viola al menos uno de los ocho elementos enumerados con impacto en la gestión del presupuesto de la UE.

En cuanto a las medidas (artículo 5), en el caso de que la Comisión ejecute el presupuesto en régimen de gestión compartida con los Estados miembros, se incluyen varias medidas que llegan desde la suspensión de la aprobación de uno o más programas o su modificación, hasta la suspensión de los compromisos y pagos. El art. 5.2 introduce una importante garantía para los beneficiarios de los programas de la Unión. Según el abogado general, como regla general existe la obligación de los Estados a mantener los pagos a los beneficiarios, incluso en caso de corrección financiera adoptada por la Unión. Ya en la entrada se especifica que también la Comisión debe considerar antes de la adopción de medidas su posible repercusión en los beneficiarios finales.

Las medidas deben ser proporcionadas a las repercusiones reales o potenciales de la vulneración de los principios del Estado de Derecho en la correcta gestión financiera del presupuesto o en los intereses financieros de la Unión. Para su aprobación, se debe sopesar la naturaleza, la duración, la gravedad y el alcance de la vulneración de esos principios.

En lo que se refiere al procedimiento de toma de decisiones especificado en el artículo 6, la iniciativa compete en exclusiva a la Comisión. La Comisión remitirá al Estado miembro una notificación escrita en la que se expondrán los elementos objetivos y los motivos específicos. Informará también al Parlamento Europeo y al Consejo sobre tal notificación y su contenido. El procedimiento está organizado en plazos para todas sus etapas. El Estado miembro proporcionará la información requerida y podrá formular sus observaciones. En caso de que la Comisión considere que se cumplen las condiciones del artículo 4 y que las eventuales medidas correc-

30 TRIBUNAL DE JUSTICIA, Sentencias en los asuntos C-156/21, *cit.*



toras propuestas por el Estado miembro no responden a las constataciones incluidas en su notificación, presentará al Consejo una propuesta de decisión de ejecución. La última palabra la tiene el Consejo, que decide en una votación por mayoría cualificada, en la que puede intervenir el Estado afectado.

El artículo 6.1 refuerza el carácter subsidiario del reglamento, abriendo la posibilidad de poder aplicar otros instrumentos establecidos en la legislación de la Unión que permitan proteger el presupuesto de la Unión de manera más eficaz. En este sentido, ya las conclusiones de Consejo Europeo de julio 2020 subrayaron que la lucha contra el fraude exige una implicación decidida del Tribunal de Cuentas Europeo, OLAF, Eurojust, Europol y, cuando proceda, la Fiscalía Europea, así como de las autoridades competentes de los Estados miembros.

Todo procedimiento debe respetar los principios de objetividad, proporcionalidad, no discriminación e igualdad de trato de los Estados miembros y debe desarrollarse con arreglo a un planteamiento imparcial y basado en pruebas. El reglamento incluye también un mecanismo de freno de emergencia, según el cual el Estado miembro en cuestión, puede solicitar al presidente del Consejo Europeo que someta el asunto al siguiente Consejo Europeo.

“Esa intervención del Consejo Europeo se considera un debate político que no implica una etapa formal en el procedimiento ni una participación del Consejo Europeo en la ejecución del presupuesto, porque no restará eficacia al mecanismo, dado que no afecta al poder decisorio del Consejo ni al papel de la Comisión”<sup>31</sup>.

Según los artículos 7.1 y 7.2, las medidas pueden ser levantadas a petición del Estado o a propuesta de la Comisión, cuando las condiciones para su adopción desaparezcan. Eso significa que las medidas correctoras de condicionalidad financiera se mantendrán si el impacto o del riesgo de incidencia de la vulneración del Estado de derecho se mantienen sobre la ejecución del presupuesto. “Cuando el impacto sobre la ejecución presupuestaria cesa, las medidas correctoras se levantan, aunque persista la violación de los principios del Estado de derecho por el Estado miembro”<sup>32</sup>.

#### IV. DEBATE

Varias preguntas surgieron desde que la Comisión lanzó su propuesta en mayo de 2018, las cuales reflejan los diferentes conceptos de los Estados miembros respec-

31 CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, Asunto C-156/21, *cit.*

32 Ebd.

to a la propia naturaleza de la UE. Según el gobierno de Polonia, los principios del Estado de Derecho del art. 2 del TUE no son vinculantes para los Estados miembros, ya que solo son fuente de obligaciones para la UE. Por ello, desde Varsovia (y Budapest) se argumenta que la UE no tiene competencias para definir los principios del Estado de Derecho ni para establecer las condiciones que determinen su cumplimiento<sup>33</sup>. Los dos gobiernos subrayan que la UE pretende perseguir con el Reglamento 2020/2092 la defensa de los valores del art. 2 del TUE eludiendo el procedimiento del art. 7 TUE. Ante estos argumentos, la mayoría de los gobiernos de los Estados miembros e instituciones de la UE responden que los principios del Estado de Derecho, las tradiciones y los valores comunes, se derivan obligatoriamente del artículo 2 del TUE y cada Estado miembro debe respetarlos. Establecer límites basados en identidades nacionales a estos principios ponen en peligro a la UE. En este contexto, la mayoría de los gobiernos de los Estados miembros e instituciones de la UE resaltan la importancia del uso eficaz de los fondos de la UE para todas las políticas y objetivos de la UE. Pero ¿existe realmente un nexo claro y directo entre el respeto del Estado de Derecho y la ejecución eficiente del presupuesto y su buena gestión financiera?, y en caso afirmativo, ¿cómo se operacionaliza este nexo?<sup>34</sup>. Además de estas preguntas esenciales, el conflicto refleja las siguientes tensiones.

### 1. Consejo vs. Comisión

Este conflicto es un clásico del proceso de integración europea, y se centra en esta ocasión en la cuestión sobre las atribuciones de la Comisión frente al Consejo, en concreto sobre si la Comisión debería poder examinar las cuestiones relacionadas con el Estado de Derecho en un Estado miembro, qué margen de discrecionalidad debe tener y qué rol debe asumir en la toma de decisiones o si el procedimiento del artículo 7 del TUE, capitaneado por el Consejo, debería seguir la única y exclusiva vía jurídica de la UE para tratar estas cuestiones. Por ello, tras la publicación de la propuesta del Reglamento en 2018 por parte de la Comisión, ésta permaneció en el limbo del proceso legislativo europeo durante varios años. Desde el Consejo Europeo extraordinario de febrero de 2020, los gobiernos de los Estados miembros limitaron la discrecionalidad de la Comisión en la aplicación del mecanismo, hasta

33 M. KÖLLING, “El nuevo mecanismo de condicionalidad para la protección del presupuesto de la UE: ¿vía libre tras la sentencia?”, *Real Instituto Elcano*, ARI 17/2022.

34 J. MORIJN, “A Closing of Ranks: 5 key moments in the hearing in Cases C-156/21 and C-157/21”, *VerfBlog*, 2021/10/14, disponible a través de la web: <https://verfassungsblog.de/a-closing-of-ranks/>.

llegar a las conclusiones del Consejo Europeo del 11 de diciembre donde se incluían especificaciones para la aplicación del Reglamento, que tienen la clara intención de hacerlo prácticamente inservible<sup>35</sup>.

## 2. Comisión vs. Parlamento Europeo

Ya desde la aprobación del Reglamento 2020/2092 en diciembre de 2020, la mayoría de los grupos políticos del PE demandaron su aplicación criticando la posición de espera de la Comisión<sup>36</sup>. En el debate sobre el Estado de la Unión en septiembre de 2021, las críticas por parte de varios grupos fueron patentes. Como ya se ha mencionado, en octubre el PE presentó un recurso por omisión contra la Comisión<sup>37</sup>. No obstante, las conclusiones del Consejo Europeo del 11 de diciembre contienen amplias directrices sobre cómo y cuándo puede aplicarse el Reglamento –condiciones de los gobiernos de Polonia y Hungría para desbloquear la aprobación del MFP 2021-2027 y del NGEU<sup>38</sup>. Por un lado, la Comisión no puede aplicar el reglamento antes de la preparación de una guía que se elaborará “en estrecha consulta con los Estados miembros”, y tampoco antes de una decisión del TJ a raíz del recurso de anulación, que fue presentado por los gobiernos de Hungría y Polonia en marzo 2021. Aunque según la interpretación del Abogado General y de varios grupos políticos del PE, la Comisión no tendría que esperar el cumplimiento de estas condiciones, sin duda, tales directrices dificultan la aplicación del Reglamento.

## 3. Contribuyentes netos y (algunos beneficiarios netos)

En 2017 Jean-Claude Juncker, presidente de la Comisión en ese momento, argumentó que una condicionalidad del Estado de Derecho en la política de cohesión podría ser venenosa para el continente. Históricamente, los contribuyentes netos han sido principalmente los que han demandado desde hace años una mayor

35 K. SCHEPPELE, L. KIM, L. PECH, S. PLATON, “Compromising the Rule of Law...”, *op. cit.*

36 RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, de 17 de diciembre de 2020, sobre el marco financiero plurianual 2021-2027, el Acuerdo Interinstitucional, el Instrumento de Recuperación de la Unión Europea y el Reglamento relativo al Estado de Derecho [2020/2923(RSP)].

37 RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, de 21 de octubre de 2021, sobre la crisis del Estado de Derecho en Polonia y la primacía del Derecho de la Unión [2021/2935(RSP)].

38 M. KÖLLING, “Crónica de una crisis anunciada por Hungría y Polonia”, 2020, disponible a través de la web: <https://agendapublica.es/cronica-de-una-crisis-anunciada-por-hungria-y-polonia/>.

condicionalidad del presupuesto, mientras que los beneficiarios netos se han opuesto ante esta “nueva funcionalidad” del presupuesto, insistiendo en los principios tradicionales de las políticas redistributivas de la UE. También ha quedado claro que los receptores netos del presupuesto de la Unión estarían proporcionalmente más expuestos al mecanismo de condicionalidad que los contribuyentes netos. El Reglamento 2020/2092 afectaría principalmente a dos beneficiarios netos (Polonia y Hungría) por ello la oposición es menos notable. Solamente existen procedimientos abiertos sobre violaciones del Estado de Derecho contra estos dos Estados miembros. Polonia es el beneficiario neto más importante en el periodo financiero anterior y actual, y Hungría es el beneficiario per cápita más importante, sin embargo, existe una diferencia entre ambos Estados miembros con relación a la gestión de los Fondos Europeos. En 2020, Hungría encabezó la lista de países (tras Rumania, Italia, Bulgaria y Eslovaquia), a los que la agencia antifraude de la UE, OLAF, hizo recomendaciones para recuperar los fondos de la UE. Polonia recibió, al igual que España, solamente dos recomendaciones<sup>39</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La creciente condicionalidad, entre otros indicadores, confirma que el presupuesto está evolucionado, de ser considerado como una moneda de cambio hacia un instrumento político –un instrumento político potente– donde hay una perspectiva sobre su utilidad muy diferente entre la Comisión, dentro del Consejo y el PE. La incorporación de nuevos instrumentos tiene un efecto en el equilibrio de las instituciones. Sin embargo, el aumento del uso de la condicionalidad en el MFP no se debe principalmente a factores de rendimiento y responsabilidad presupuestaria, sino que se debe en parte a los efectos políticos de la agenda de Lisboa, a los efectos políticos de la crisis de la zona del euro y, por último, a los efectos políticos del “retroceso” del Estado de Derecho en algunos Estados miembros. Este aumento de funcionalidad del MFP no va acompañado por un aumento de los recursos –a pesar del importante instrumento ad hoc NGEU– el MFP 2021-2027 contiene importantes recortes en las políticas tradicionales de solidaridad europea.

En la evolución del texto legislativo, la inserción de la exigencia de un vínculo suficientemente directo entre la ejecución presupuestaria y la violación de los principios del Estado de derecho fue un elemento clave, lo que implica una cierta reduc-

39 OLAF, “Twentieth report of the European Anti-Fraud Office”, 2019.

ción del ámbito de aplicación de la propuesta inicial de la CE. También la limitación de la discrecionalidad de la Comisión en la adaptación de las medidas fue crucial. Con ello cambió la naturaleza del Reglamento. Como subrayaba el abogado general, el Reglamento 2020/2092 no pretende proteger al Estado de derecho mediante un mecanismo sancionador similar al del artículo 7 TUE, sino que el Reglamento establece un instrumento de condicionalidad financiera. El Reglamento pasó de ser un instrumento cuyo primer objetivo era la protección del Estado de Derecho, a una herramienta presupuestaria. Es importante subrayar que en la versión definitiva del reglamento no hay una referencia al Estado de derecho en el título. El Reglamento 2020/2092 es un mecanismo más en la caja de herramientas de la CE, es un instrumento disuasión.

También es un instrumento problemático ya que, en la mayoría de los casos, el vínculo causal entre la erosión del Estado de Derecho y la violación de los intereses financieros de la UE será sutil y, por lo tanto, sujeto de debate ante los tribunales. Y a pesar de las previsiones, el mecanismo de condicionalidad puede ir en detrimento de los ciudadanos (especialmente de los más desfavorecidos) del Estado miembro cuyo gobierno infringe el Estado de Derecho.

Sin embargo, la sentencia tiene una gran importancia para la propia naturaleza y finalidad de la UE, y se da (por fin) una base firme a un nuevo instrumento entre los diferentes mecanismos de la UE ya existentes para proteger el Estado de Derecho. No obstante, la decisión sobre si una infracción del Estado de Derecho está causalmente vinculada a los intereses financieros de la Unión, ocupará también en el futuro a los tribunales.

### **Resumen**

*Los requisitos de condicionalidad se aplican desde hace décadas en los marcos financieros plurianuales (MFP) y, a lo largo de los años, estos mecanismos se han ampliado y desarrollado. En diciembre de 2020, el poder legislativo de la Unión Europea adoptó el “reglamento sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”, que incluye el nuevo mecanismo del Estado de Derecho. Según el reglamento 2020/2092, el MFP para el período 2021-2027, así como el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y React-EU, deben garantizar el vínculo entre el Estado de Derecho y el desembolso de los fondos de la UE. En el presente texto se pretende analizar la génesis del reglamento 2020/2092, su contenido y los debates que suscitó para ayudar a entender e interpretarlo.*

### **Palabras clave**

*Marco financiero plurianual; política de cohesión de la UE; Estado de Derecho; condicionalidad; presupuesto de la UE; Unión Europea.*

**Abstract**

*Conditionality requirements have been applied for decades in the Multiannual Financial Frameworks (MFF), and, over the years, these mechanisms have been extended and developed. In December 2020, the European Union legislature adopted the “Regulation on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget” which includes the new rule of law mechanism. According to the regulation 2020/2092, the MFF for the period 2021-2027, as well as the Recovery and Resilience Facility and React-EU, should guarantee the link between the rule of law and the disbursement of EU funds. This text aims to analyse the genesis of regulation 2020/2092, its content and the discussions it raised.*

**Keywords**

*Multiannual Financial Framework; EU Cohesion Policy; Rule of Law; Conditionality; EU budget; European Union.*

Recibido: 14 de mayo de 2022

Aceptado: 28 de mayo de 2022

**EL GIRO “REACTIVO” DE LA IDENTIDAD  
EUROPEA: CONDICIONAMIENTO DE FONDOS Y  
CONFIANZA MUTUA<sup>1</sup>**  
**The “reactive” turn of european identity: conditionality  
of funds and mutual trust**

SABRINA RAGONE

*Profesora Titular de Derecho Público Comparado, acreditada como  
Catedrática  
Universidad de Bolonia*

JUAN FRANCISCO BARROSO MÁRQUEZ<sup>2</sup>

*Profesor Ayudante de Derecho Constitucional  
Universidad de Extremadura*

**SUMARIO:**

- I. Introducción.
- II. El factor identitario “sincrético”: de identidad nacional a tradiciones constitucionales comunes.
- III. El principio de confianza mutua en perspectiva identitaria.
- IV. El factor identitario “reactivo”: la identidad europea en tiempos de crisis.
- V. Reflexiones críticas.
- VI. Bibliografía.

1 Este artículo es el resultado de la labor conjunta de los autores, quienes han redactado juntos los apartados 1, 4 y 5. El 2 ha sido redactado por Sabrina Ragone y el 3 por Juan F. Barroso Márquez.

2 Resultado de la estancia de investigación realizada en la Universidad de Bolonia bajo la tutorización de la Profa. Sabrina Ragone, que ha sido posible gracias a la financiación de la Unión Europea (Fondo Europeo de Desarrollo Regional) y la Junta de Extremadura (Consejería de Economía, Ciencia y Agenda Digital), mediante la ayuda GR21127 que le ha sido concedida al grupo de investigación Fiscalitas&Iuris (SEJ027).

## I. INTRODUCCIÓN

Durante el proceso de integración europeo el factor identitario ha adquirido diversas configuraciones en función del ámbito en que era aplicado y, sobre todo, de qué parte lo esgrimía como argumento para defender sus intereses. La identidad puede pertenecer a un solo Estado miembro, en cuyo caso estaríamos ante el concepto de identidad nacional; puede predicarse de un conjunto de Estados que comparten ciertas similitudes, en cuyo caso nos encontraríamos en la vertiente “sincrética” del factor identitario, materializada a través de las tradiciones constitucionales comunes; pero también hemos encontrado, a raíz de los últimos avances jurisprudenciales, la creación de una identidad de naturaleza “reactiva” propia de la Unión Europea.

Estas tres acepciones del factor identitario han sido relacionadas en gran medida con los valores fundamentales de la Unión Europea del artículo 2 TUE, sin perjuicio de que esta relación varíe en función de la vertiente elegida, ya que los valores recogidos en el artículo 2 TUE pueden actuar como un elemento de limitación del factor identitario, pero también como un elemento de legitimación. Respecto de la vertiente legitimadora de los valores europeos, la convergencia de las tradiciones constitucionales comunes permitió que se implantara en el ámbito de la Unión Europea el principio de confianza mutua –y, como derivación, el principio de reconocimiento mutuo– sobre la base de la presunción de cumplimiento del Derecho UE por parte de todos los Estados miembros, con objeto de paliar la falta de armonización legislativa que existía en aquel momento. Sin embargo, varias novedades han sido incorporadas respecto del principio de confianza mutua en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia; y esto, a su vez, ha afectado a la forma de articulación de las distintas vertientes del factor identitario –individual, sincrética y reactiva– que coexisten en el seno del proceso de integración europea.

Para llevar a cabo nuestro análisis utilizaremos una aproximación iuscomparatista al Derecho europeo y particularmente de la Unión Europea, como vía para alcanzar un modelo de adaptación de las diferencias, esto es, para poder aunar en la unidad europea la diversidad de los Estados miembros que la componen<sup>3</sup>. Asimismo, tendremos en cuenta en todo momento las posibles externalidades, tanto negativas como positivas, que pueden derivarse de la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en especial, de las sentencias dictadas a raíz del nuevo Reglamento de condicionamiento de fondos al cumplimiento del

3 Esta perspectiva fue desarrollada con mayor amplitud en S. RAGONE, “EUROPEAN COMPARATIVE LAW: Reasons for ‘Enhanced Comparison’ and Role of the CJEU”, *Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021, pp. 297-235.



Estado de Derecho, como instrumento de protección de la buena gestión financiera.

En definitiva, el objetivo principal que persigue este artículo es analizar cómo se ha desarrollado la crisis identitaria en el seno de la Unión y, como resultado, las posibles consecuencias que la respuesta de las instituciones europeas ante este momento de tensión pueden producir en la arquitectura constitucional del proceso de integración, así como los efectos que de ella se han derivado respecto del principio de confianza mutua, todo ello en el marco de las sentencias dictadas por el TJUE en los asuntos C-156/21 y C-157/21, ambas de 16 de febrero de 2022, donde el Tribunal ha resuelto los recursos de anulación interpuestos por Hungría y Polonia, respectivamente, para solicitar la anulación del nuevo mecanismo de condicionamiento de fondos al que nos acabamos de referir.

## II. EL FACTOR IDENTITARIO “SINCRÉTICO”: DE IDENTIDAD NACIONAL A TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES

El nacimiento del proceso de integración europea utilizando el ámbito económico como elemento aglutinador provocó que en un principio las sensibilidades derivadas del posible cuestionamiento de la soberanía nacional de los Estados miembros quedaran al margen del debate doctrinal e institucional. Sin embargo, con el paso del tiempo se ha producido una evolución a nivel institucional –paso de las Comunidades Europeas a la Unión Europea– y una expansión del número de materias en las que la Unión Europea tiene competencia, algunas de ellas susceptibles de provocar conflictos con determinados ordenamientos jurídicos nacionales.

La reforma que llevó a cabo el Tratado de Lisboa –y que recogía, soterradamente, algunas de las propuestas de la nonata constitución europea– incorporó este giro material que apuntábamos en el párrafo anterior. La Unión Europea abandonó entonces el mercado como eje único y exclusivo y adoptó elementos de tipo sustantivo –y, al mismo tiempo, de gran sensibilidad– como fundamentos de la integración europea, como puede verse, por ejemplo, con la incorporación –aunque limitada en su ámbito de aplicación– de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Derecho de los Tratados.

El desarrollo material de la Unión Europea desencadenó también la necesidad de introducir una salvaguardia respecto de los intereses de los Estados miembros para evitar una posible injerencia por parte de las instituciones europeas en el ámbito de las materias sensibles sobre las que recién habían adquirido competencia. Esto

provocó también un cambio en la retórica europea y, como resultado, el concepto de identidad nacional fue incluido con la reforma de Lisboa de manera expresa por primera vez en los Tratados<sup>4</sup>. El artículo 4.2 TUE determina que la Unión respetará la “identidad nacional” de los Estados miembros “inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos”, y señala respecto de determinadas materias –garantía de la integridad territorial, mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad nacional– que su responsabilidad aún le corresponde en exclusiva a cada Estado miembro.

En un principio no resultaba habitual encontrar menciones a la identidad nacional en las normas constitucionales de los Estados miembros, sino que pertenecía con carácter exclusivo al debate judicial y doctrinal de algunos de ellos, como ocurría con la “*identité constitutionnelle*” en Francia, la “*Verfassungsidentität*” en Alemania o la “*tożsamość konstytucyjna*” en Polonia, respectivamente empleadas por sus Tribunales en 2006, 2009 y 2010. Sin embargo, cada vez son más los tribunales constitucionales que han utilizado en sus sentencias el concepto de identidad constitucional, como ha ocurrido en la República Checa (2012), Lituania (2012 y 2014), Hungría (2016) o Italia (2017).

Las sentencias nos muestran que la mayoría de los tribunales constitucionales suelen diferenciar –aunque solo parcialmente– la identidad nacional recogida en el art. 4.2 TUE de aquella que se deriva de sus propias normas constitucionales<sup>5</sup>. Interpretan a través de su autoridad la identidad nacional “endógena” como un concepto nacional autónomo que goza de fuerza vinculante<sup>6</sup> y lo utilizan como estándar para analizar su conformidad con los elementos que conforman el ordenamiento jurídico europeo. Resulta significativa a este respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, principalmente en la sentencia “Lisboa”, donde señaló que la identidad nacional de Alemania se caracterizaba por aquellas limitaciones que

4 Aunque el concepto de identidad nacional había estado presente desde los orígenes del proceso de integración europea, su primera *codificación* tuvo lugar gracias al Tratado de Lisboa. P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, “Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE”, *Revista de Derecho Político*, núm. 114, 2022, p. 250.

5 En este sentido, consultar A. SÁIZ ARNAIZ y C. ALCOBERRO LLIVINA (eds.), *National constitutional identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

6 Con firmeza, BVerfGE 142, 123 – *OMT Decision* (2016), para. 29; y, previamente, con un carácter más conciliador, BVerfGE 123, 267 – *Lisbon* (2009), para. 216 ss., 240. En este sentido se ha pronunciado también M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 431.

sometían al poder de reforma constitucional en el seno de la “cláusula de eternidad” contenida en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>7</sup>.

También son importantes las manifestaciones del Tribunal Constitucional polaco, cuando señaló que “la garantía de preservación de la identidad nacional de la República [de Polonia] está en el artículo 90 de la Constitución [sobre la ratificación de tratados internacionales y, sobre esta base, la posibilidad de ceder competencias a instituciones internacionales] y las limitaciones de atribución de competencias que se derivan de ella”<sup>8</sup>. Pero el mayor intento de interpretación autoritativa del factor identitario individual como límite para la integración europea vino de la mano de las dos sentencias dictadas en 2021 por su Tribunal Constitucional, donde “atacó” frontalmente el principio de primacía que rige el Derecho de la Unión: en la primera negó la naturaleza vinculante de las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el seno de un procedimiento sobre el poder judicial polaco<sup>9</sup>; mientras que en la segunda declaró la incompatibilidad de los artículos 1, 2, 4 y 19 TUE con la Constitución polaca de 1997<sup>10</sup>.

Algo similar ha ocurrido con la Corte Constitucional de Hungría, que ha señalado que el ejercicio de las competencias compartidas con la Unión Europea no debe violar la soberanía de Hungría ni provocar una vulneración de su identidad nacional (para. 54), arrogándose a tal fin la protección de la identidad nacional en el marco de la soberanía, ya que se trata de conceptos tan relacionados –identidad nacional y soberanía– que su control debe realizarse de manera coherente (para. 67)<sup>11</sup>.

Sin embargo, la introducción del concepto de identidad nacional como límite para la actuación de la Unión Europea no puede ser concebida con el carácter absoluto que le han pretendido asignar los órganos de revisión de la constitucionalidad de determinados Estados miembros, ya que algunos incluso han negado, sobre la base de una supuesta vulneración de la identidad nacional, la efectividad del principio de primacía; sino que, por el contrario, la interpretación de este concepto le

7 BVerfGE 123, 267 – *Lisbon* (2009), para. 216 ss., 239 ss.

8 Sentencia de 26 de junio de 2013, Ref. 33/12 [Procedimiento de Ratificación de la Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del TFUE en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro].

9 Sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 14 de julio de 2021, Ref. P 7/20.

10 Sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 7 de octubre de 2021, Ref. K 3/21.

11 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(1), 2018, pp. 23-42. Recoge el contenido de la Sentencia 22/2016 (XII 5) de la Corte Constitucional de Hungría, de 30 de noviembre de 2016.

corresponde en exclusiva al TJUE, como bien ha confirmado este último al no avalar aquellas interpretaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales que tratan de imponer su concepción de la identidad nacional como límite al Derecho de la Unión Europea<sup>12</sup>. El Abogado General Poiares Maduro ha señalado que, aunque “el respeto de la identidad constitucional de los Estados miembros constituye un deber para la Unión Europea”, esta “no puede entenderse como una deferencia absoluta respecto a todas las normas constitucionales nacionales”, pues de lo contrario los “Estados miembros podrían escudarse en las constituciones nacionales para eludir el Derecho comunitario en ámbitos determinados”<sup>13</sup>.

El factor identitario que acabamos de desarrollar en su vertiente individual también ha sido considerado de forma colectiva, en el seno de la Unión Europea. Este concepto, que ha resultado de la combinación de las distintas identidades nacionales, puede ser identificado con la vertiente “sincrética” del factor identitario, que ha sido concretada a través de las tradiciones constitucionales comunes y sirve como elemento interpretativo para el TJUE, así como propicia el proceso de armonización, principalmente respecto de los valores comunes, la cultura común e incluso una identidad constitucional común<sup>14</sup>. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha utilizado una metodología empírica/estadística para sincretizar las distintas identidades nacionales; sino que para llevar a cabo este proceso –que tiene como resultado la creación de las tradiciones constitucionales comunes– realiza un juicio evaluativo o comparación crítica (“wertende Rechtsvergleichung”). En consecuencia, no será necesario que un principio esté presente en todos y cada uno de los Estados miembros –ni siquiera en la mayoría– para que sea considerado parte de las tradiciones constitucionales comunes<sup>15</sup>.

Para entender analíticamente las tradiciones constitucionales comunes existen dos posibles aproximaciones: sincrónica, cuando se tiene en cuenta la configuración de la jurisprudencia del TJUE en un momento determinado; y diacrónica, cuando se toman en consideración las dinámicas que ha seguido la evolución de dicha juris-

12 P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, *op. cit.*, pp. 255 y 258.

13 Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, presentadas el 8 de octubre de 2008 en el asunto *Michaniki* (C-213/07), pp. 31 y 33.

14 S. RAGONE, *op. cit.*, pp. 312-313. Hacíamos referencia a las Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto C-62/16 (*Gauweiler y otros v. Deutscher Bundestag*, p. 61), donde señalaba que el TJUE lleva desde tiempo trabajado con la categoría de tradiciones constitucionales comunes para construir el sistema de valores en que se fundamenta la Unión, de modo que no solo rige la Unión Europea el Estado de Derecho, sino que está imbuida de una suerte de cultura constitucional.

15 S. RAGONE, *op. cit.*, p. 321.

prudencia, teniendo en cuenta tanto sus avances como sus regresiones<sup>16</sup>. Debido a que esta última es capaz de hallar líneas de continuidad entre las distintas etapas de la integración europea<sup>17</sup>, así como porque resulta más apropiada para entender cómo se ha desarrollado el papel de los tribunales constitucionales nacionales al respecto, utilizaremos el prisma diacrónico.

Las tradiciones constitucionales comunes han sido incluidas de forma expresa en los Tratados en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 6.3 TUE establece que –además de los que se derivan del CEDH– aquellos derechos fundamentales “que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. El artículo 52.4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala, respecto de la interpretación de dicha norma, que “en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”. Como resultado, no solo surge la obligación de que las tradiciones constitucionales comunes sean respetadas, sino que, además, estas han sido convertidas en una verdadera fuente del Derecho de la Unión Europea mediante su incorporación a los principios generales del derecho y, por tanto, se han convertido en una verdadera vía para la ampliación del ámbito de aplicación de la CDFUE.

Hasta hace poco, las menciones a las tradiciones constitucionales comunes en la jurisprudencia del TJUE no eran frecuentes, y su papel no ha variado excesivamente como un instrumento para alcanzar la armonización de las distintas interpretaciones nacionales de los derechos recogidos en la CDFUE<sup>18</sup>. Tras la reforma de Lisboa hay todavía referencias jurisprudenciales a las tradiciones constitucionales comunes<sup>19</sup>,

16 A. PIZZORUSSO, “Common constitutional traditions as Constitutional Law of Europe?”, *Sant’Anna Legal Studies – STALS*, Research Paper núm. 1, 2008.

17 O. POLLICINO, “‘Transfiguration’ and Actual Relevance of the Common Constitutional Traditions: Past, Present and Future”, *Global Jurist*, núm. 18 (1), 2017, p. 1.

18 La aproximación del TJUE en este sentido ha sido definida por DAVIES como un “error de cálculo estratégico”, debido a que el Tribunal de Justicia ha demostrado la desconexión existente entre sus objetivos y la correspondiente percepción de los Estados respecto de su actuación. B. DAVIES, “*Internationale Handelsgesellschaft* and the miscalculation at the inception of the CJEU’s human rights jurisprudence”, en B. DAVIES y F. NICOLA (eds.), *EU Stories, Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, CUP, Cambridge, 2017, p. 155.

19 Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2010 (*Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión*, C-550/07 P); o las Conclusiones de la Abogada General Julia-

que han sido completadas por las aportaciones doctrinales que se han realizado a raíz de los momentos de crisis a los que ha tenido que hacer frente el proceso de integración<sup>20</sup>. En definitiva, las tradiciones constitucionales comunes han desempeñado un papel relevante en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales, que era inexistente en los albores de una integración meramente económica.

Falta por determinar qué valor tiene el calificativo “comunes” cuando nos referimos a las “tradiciones constitucionales”. Desde un principio el Tribunal de Justicia afirmó, como podemos observar en el asunto “*Omega*”<sup>21</sup>, que “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”. Más adelante, las Conclusiones presentadas por la Abogada General Juliane Kokott el 29 de abril de 2010 confirmaron la ausencia de una metodología empírica/estadística, cuando determinó que

“recurrir a las tradiciones constitucionales o a los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros no presupone forzosamente que se trate de una tendencia uniforme o claramente mayoritaria en los ordenamientos de los Estados miembros. De lo que se trata, más bien, es de llevar a cabo una *comparación crítica* de los ordenamientos jurídicos, en la que también se tengan debidamente en cuenta los objetivos y tareas de la Unión Europea y el carácter especial de la integración europea y del Derecho de la Unión” (para. 94).

Seguidamente, señaló que

“no cabe excluir que los tribunales de la Unión identifiquen como parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión un principio general del Derecho conocido o anclado únicamente en una minoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. Así

ne Kokott, presentadas el 29 de abril de 2010 en el seno del mismo asunto, cuando en el apartado 93 señala que “Cuando el Tribunal de Justicia responde a la cuestión de la existencia o inexistencia de un principio general del Derecho recurriendo a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, lo hace, por lo general, basándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros o a los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros”.

20 En este sentido se pronuncia S. MANGIAMELI, “The Constitutional Traditions Common to the Member States in European Law, as a Tool for Comparison among MS Legal Orders in the Construction of European Fundamental Rights”, *Caderno de Relações Internacionais*, vol. 7, núm. 13, 2016, pp. 13- 44.

21 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de octubre de 2004 (*Omega*, C-36/02), para. 37.

cabe afirmarlo en especial cuando dicho principio general del Derecho tenga especial relevancia desde el punto de vista de las peculiaridades del Derecho de la Unión, de los objetivos y tareas de la Unión y de la actividad de sus instituciones o cuando responda a una tendencia que va consolidándose” (para. 95).

Por último, debemos referirnos a la conveniencia de que la aproximación utilizada por el Tribunal de Justicia al incorporar las tradiciones constitucionales comunes en sus sentencias sea de carácter dialógico<sup>22</sup>, tomando en consideración el papel que juegan los tribunales constitucionales nacionales; y no de carácter impositivo o coercitivo, ya que es recomendable que el TJUE sea percibido (y actúe) lo menos posible como un sujeto de injerencia que impone la supuesta identidad común a los Estados miembros que la componen sobre la identidad nacional que es defendida de manera individual por cada uno de ellos.

Entendemos que la identidad nacional no puede ser concebida como un contrapeso para las tradiciones constitucionales comunes, sino como su potencial componente<sup>23</sup>; y, por este motivo, las tendencias iliberales que han surgido recientemente en el seno de la Unión Europea, que se caracterizan por abusar de los argumentos basados en la identidad nacional para alcanzar la polarización política y obtener réditos electorales, no cumplen con el principio de cooperación leal que rige el funcionamiento de la Unión<sup>24</sup>.

### III. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA MUTUA EN PERSPECTIVA IDENTITARIA

El nacimiento del principio de confianza mutua se produjo en el ámbito económico para paliar la ausencia del suficiente grado de armonización legislativa y,

22 O. POLLICINO, *op. cit.*, p. 11. En el mismo sentido se pronuncia P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, *op. cit.*, p. 255, cuando señala los beneficios que se derivan de esta interlocución cuando se produce en un escenario de diálogo estable, fluido y leal entre autoridades judiciales. Esto puede ser conectado con la calificación de las tradiciones constitucionales comunes como un concepto “permeable”, que va de lo plural a lo común, realizada por M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 420.

23 De forma similar se pronuncia M. COMBA, “Common Constitutional Traditions and National Identity”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 67, 2017, pp. 973-974. Sobre la función homogeneizante de las tradiciones constitucionales comunes podemos consultar a R. MICCÙ, “Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea”, en V. ATRIPALDI, R. MICCÙ (a cura di), *L’omogeneità costituzionale nell’Unione europea*, CEDAM, Padova, 2003, pp. 122 y ss.

24 G. DI FEDERICO, “Il ruolo dell’art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali”, *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2019, pp. 333-357.

como resultado, acabó convirtiéndose en un elemento imprescindible para alcanzar el mercado interior, como se puede extraer de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en los asuntos “*Cassis de Dijon*”, “*van Wesemael*” y “*Säger*”<sup>25</sup>. A raíz de esta jurisprudencia determinó que el establecimiento unilateral –por un Estado– de mecanismos adicionales de control respecto del cumplimiento del resto de Estados miembros implicaría una restricción de la libertad de circulación en el ámbito de la Directiva 64/432/CEE, sobre los controles sanitarios en los intercambios intracomunitarios bovinos y porcinos<sup>26</sup>; y, de esta forma, surgió lo que actualmente se conoce como principio de reconocimiento mutuo.

Con el paso del tiempo los principios de confianza y de reconocimiento mutuos fueron extendidos a otros ámbitos en los que, aunque era evidente la intención de avanzar en la integración, existía al mismo tiempo una carencia de armonización legislativa. Esta dinámica puede ser observada, por ejemplo, en el ámbito de la cooperación en asuntos de justicia e interior, donde no solo no existía la armonización, sino que esta no era posible en el contexto inicial en que se planteó la introducción del principio de confianza mutua, ya que dicha materia se configuraba como uno de los pilares extracomunitarios.

Más allá de las limitaciones competenciales que existían en el momento en que se planteó la extensión del principio de confianza mutua al ámbito de la cooperación judicial, debemos tener en cuenta que –en los debates sobre la forma en que se debía profundizar en la integración de este ámbito– la idea de que los tribunales nacionales tuvieran que reconocer las decisiones adoptadas por sus homólogos de otras nacionalidades resultaba mucho menos intrusiva respecto de la soberanía –o identidad– nacional que la adopción de normas comunes sobre los procedimientos civil y criminal. Como consecuencia, podemos afirmar que la verdadera razón que impulsó la implantación del principio de confianza mutua como uno de los pilares sobre los que se fundamenta la Unión Europea es la resistencia por parte de algunos Estados miembros hacia la posibilidad de alcanzar un mayor grado de integración en determinados ámbitos.

25 Respectivamente, las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979 (*Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, asunto 120/78), de 18 de enero de 1979 (*Ministère public y “Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique” ASBL contra Willy van Wesemael y otros*, asuntos acumulados 110/78 y 111/78) y de 25 de julio de 1991 (*Manfred Säger contra Dennemeyer & Co. Ltd.*, C-76/90).

26 D. GERARD, “Mutual Trust as Constitutionalism?”, en E. BROWER y D. GERARD (eds.). *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law*, EUI Working Papers, p. 71.



En el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) este principio fue tratado por primera vez en el Consejo Europeo de Tampere en 1999, como resultado de una iniciativa británica anterior en el seno del Consejo Europeo de Cardiff en 1988<sup>27</sup>. Aunque desde un principio se apuntó la necesidad de que la presunción de confianza mutua estuviera acompañada de ciertas medidas que hicieran plausible su existencia, principalmente mediante la introducción de instrumentos que garantizaran cierto grado de uniformidad mínima<sup>28</sup>, en la práctica su posterior desarrollo ha diferido notablemente. Ni siquiera la reforma que llevó a cabo el Tratado de Lisboa, que eliminó la estructura de pilares y comunitarizó la cooperación en asuntos de justicia e interior, consiguió redirigir este principio hacia una dimensión más razonada y menos automática.

El principio de confianza mutua fue desarrollado por el Tribunal de Justicia en los asuntos “*Brügge*”, “*Rinau*” y “*N.S.*”<sup>29</sup>. A raíz de estas sentencias este principio fue apuntado como un requisito previo para el adecuado funcionamiento del sistema de reconocimiento mutuo y fue configurado como un verdadero principio constitucional. Sobre la base de esta jurisprudencia, el TJUE determinó que las órdenes de detención europea (ODE), como uno de los instrumentos de cooperación previstos en el ámbito de la justicia penal, únicamente se podían denegar por las razones previstas en la norma que las regulaba<sup>30</sup>. Esto fue confirmado poco después por el rotundo –y al mismo tiempo controvertido– Dictamen 2/13, donde determinó que el principio de confianza mutua “obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a conside-

27 K. LENAERTS, “The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, núm. 3, 2015, p. 525.

28 T.A. CHRISTOU, “Chapter One: European Union”, en T.A. CHRISTOU (ed.). *European Cross Border Justice: A Case of Study of the EAW*, Gran Bretaña, The AIRE Centre, 2010, p. 13.

29 Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003 (*Hüseyim Gözütok y Klaus Brügge*, C-187/01 y C-385/01), de 11 de julio de 2008 (*Inga Rinau*, C-195/08 PPU) y de 21 de diciembre de 2011 (*N. S. contra Secretary of State for the Home Department y M. E. y otros contra Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-411/10 y C-493/10).

30 A. SÁNCHEZ FRÍAS, “Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 65, 2020, pp. 178-179. La regulación de este instrumento está en la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, que en los artículos 3 y 4 recoge los motivos de denegación *obligatorios* y *facultativos*, respectivamente.

rar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho”<sup>31</sup>.

En este proceso evolutivo nos llama la atención la ausencia de la vulneración –bien con carácter individual, bien con carácter sistémico– de los derechos fundamentales como motivo de denegación de la ejecución de las órdenes de detención europea. Hasta el año 2009 la CDFUE carecía de fuerza jurídica vinculante y, por tanto, resultaba lógica la ausencia de este tipo de excepciones; pero a partir de dicho año, con la atribución de la fuerza jurídica de los Tratados –con las especialidades previstas en la propia CDFUE– sí podríamos analizar el porqué de dicha ausencia. Al respecto, debemos tener en cuenta que la Unión Europea está regida por el principio de atribución de competencias, por lo que deberá evitar cualquier movimiento que implique –aunque sea de manera indirecta– una ampliación indebida de las competencias atribuidas por los Estados miembros; y esto, precisamente, es lo que podría ocurrir si la vulneración individual –respecto de la persona objeto de la ODE– de los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE pudiera servir para paralizar sistema de reconocimiento mutuo.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el riesgo de vulneración sistémica de los derechos fundamentales en un determinado Estado miembro ha sido admitido en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia como una de las razones que pueden justificar la denegación de la ejecución de una orden de detención europea. Son dos los factores que han provocado esta evolución jurisprudencial: las deficiencias en el sistema penitenciario y la irrupción del iliberalismo en el seno de la Unión Europea.

Las deficiencias existentes en el sistema penitenciario de algunos de los Estados miembros hacen surgir el riesgo de que aquellas personas que fueran objeto de una ODE emitida por autoridades judiciales nacionales de dichos Estados fueran enviadas a una de estas prisiones con cuestionables condiciones de detención y, como resultado, sufrieran tratos inhumanos o degradantes. Utilizando estas razones la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este ámbito fue desarrollada por primera vez en las sentencias dictadas en los asuntos “*Jeremy F.*” y “*Aranyosi y Căldăraru*”<sup>32</sup>.

31 Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 18 de diciembre de 2014, p. 191.

32 Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de mayo de 2013 (*Jeremy F. contra Premier ministre*, C-168/63 PPU); y (Gran Sala) de 5 de abril de 2016 (*Pál Aranyosi y Robert Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU).

En la primera el Tribunal de Justicia determinó que la existencia de una obligación por parte de los Estados miembros a la hora de respetar los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH o en su Derecho nacional, no solo no supone un obstáculo respecto del principio de confianza mutua, sino que, además, “refuerza precisamente el grado de confianza elevado entre los Estados miembros y el principio de reconocimiento mutuo en el que se apoya el mecanismo de la orden de detención europea” (para. 48).

En la segunda, el Tribunal de Justicia creó una suerte de “doble juicio” al que los órganos jurisdiccionales nacionales pudieran acudir cuando tuvieran dudas respecto de la ejecución de una ODE, como consecuencia de la existencia de un riesgo de vulneración sistémica de los derechos fundamentales en el Estado miembro que ha emitido la ODE. Este doble juicio se estructura de la siguiente manera: en la primera fase se valorará el contexto del Estado miembro emisor, para determinar si concurren o no las circunstancias excepcionales a las que se refería el Dictamen 2/13; mientras que en la segunda fase se estudiarán las consecuencias del riesgo de vulneración sistémica en relación con el caso concreto del que está conociendo<sup>33</sup>.

Además, la sentencia dictada en el asunto “*Aranyosi*” y “*Căldăraru*” nos recuerda que el considerando 10 de la Decisión Marco 2002/584/JAI establece que el mecanismo de las órdenes de detención europea

“solo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros, de los principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, constatada por el Consejo en aplicación del apartado 1 del artículo 7 de dicho Tratado, y con las consecuencias previstas en el apartado 2 del mismo artículo” (para. 81).

Aunque no puede ser incardinada en el plano de la respuesta del Tribunal de Justicia ante el surgimiento de los regímenes iliberales en la Unión Europea, la sentencia dictada en el asunto “*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*” puede ser con-

33 En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se estableció un doble juicio para la resolución de las dudas acerca de la ejecución de las órdenes de detención europea, pero en este caso se realiza en sentido inverso, esto es, se examina en primer lugar el carácter excepcional de las circunstancias del caso concreto (A. SÁNCHEZ FRÍAS, *op. cit.*, 183) y, una vez se superado este análisis, considera el contexto general del Estado miembro que ha emitido la ODE (S. MORGADES GIL, “El sistema de Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de la pérdida de la confianza mutua”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015, p. 755).

siderada como la fase preparatoria de la posterior evolución jurisprudencial<sup>34</sup>. En ella no solo desarrolló su argumentación en cuanto a la relación que existe entre la independencia judicial y la tutela judicial efectiva, junto con los efectos que ambas tienen respecto del Estado de Derecho, este último como uno de los valores del artículo 2 TUE; sino que también recordó que la confianza mutua está basada en la premisa de que los Estados miembros están cumpliendo estos valores fundamentales de la Unión Europea<sup>35</sup>.

Esta nueva línea jurisprudencial fue confirmada más adelante por las sentencias del Tribunal de Justicia que sí pueden ser relacionadas de manera estricta con su respuesta al surgimiento de los regímenes iliberales. Podemos comenzar señalando los avances que fueron incorporados en la sentencia del asunto “*Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*”<sup>36</sup>, pues aquí determinó que en aquellos supuestos en que el resultado del doble juicio —es decir, tras el análisis del contexto general y de las circunstancias concretas del caso, teniendo en cuenta para la última fase la situación personal, la naturaleza de la infracción imputada y el contexto fáctico que han motivado la orden de detención europea (para. 75)— la autoridad judicial de ejecución deberá solicitar a la autoridad judicial emisora la información complementaria que considere necesaria para evaluar la existencia de tal riesgo (para. 76) y, como consecuencia, únicamente podrá negarse a ejecutar dicha ODE cuando la información comunicada por la autoridad judicial de emisión a raíz de la citada solicitud “no lleve a [...] descartar la existencia de un riesgo real de que pueda violarse, en dicho Estado miembro, el derecho fundamental de la persona de que se trate a un juez independiente y, con ello, el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo” (para. 78).

El siguiente avance jurisprudencial se produjo con el auto de medidas provisionales que ha dictado en el asunto “*Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal*

34 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses contra Tribunal de Contas*, C-64/16).

35 Esta afirmación fue completada posteriormente en el párrafo 42 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019 (*Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18), donde señaló que el carácter voluntario del procedimiento de adhesión a la Unión Europea fortalece la presunción de que los Estados que desean formar parte de este proceso de integración están cumpliendo con los valores que aceptaron respetar en el momento de la adhesión. Para ello, utiliza como fundamento lo dispuesto en el párrafo 63 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 10 de diciembre de 2018 (*Andy Wightman y otros contra Secretary of State for Exiting the European Union*).

36 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de julio de 2018 [*LM, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C-216/18 PPU].

*Supremo*)<sup>37</sup>, donde el Tribunal de Justicia desarrolló la relación existente entre independencia judicial –como elemento integrante del Estado de Derecho, utilizando como catalizador la tutela judicial efectiva contenida en el artículo 19.1.II TUE– y principio de confianza mutua. En primer lugar, señaló que en la situación actual la independencia del Tribunal Supremo polaco no puede quedar garantizada y que, como resultado, se “puede poner en peligro la confianza de los Estados miembros y de sus órganos jurisdiccionales en el sistema judicial de la República de Polonia y, por consiguiente, en el respeto por parte de este Estado miembro del estado de Derecho” (para. 73). Tras ello, extendió los peligros de la situación hacia los principios de confianza y de reconocimiento mutuos (para. 74), señalando que, eventualmente, esto podría provocar la negativa del resto de Estados miembros en el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales polacos, “lo cual puede conllevar un perjuicio grave e irreparable en relación con el Derecho de la Unión” (para. 75). Finalmente, afirmó con rotundidad que “el riesgo de pérdida de confianza en el sistema judicial polaco no es ficticio o hipotético, sino muy real” (para. 77), utilizando como fundamento la sentencia dictada en el asunto “*Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*”.

El carácter absoluto del principio de confianza mutua volvió a ser desmentido por el Tribunal de Justicia en el asunto “*Asociația Forumul Judecătorilor din România*”<sup>38</sup>, donde señaló que la imposición de los Mecanismos de Cooperación y Verificación a Rumanía y Bulgaria suponía tomar en consideración que la adhesión de un nuevo Estado a la Unión Europea no puede implicar automáticamente la presunción de que su ordenamiento jurídico nacional cumple al completo con las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión Europea. Por tanto, hace posible la existencia de controles para “resolver precisamente esas deficiencias y garantizar la capacidad de dicho sistema y de los organismos encargados de la aplicación de la ley para ejecutar y aplicar las medidas adoptadas para contribuir al funcionamiento del mercado interior y del espacio de libertad, seguridad y justicia” (para. 158).

La consideración conjunta de los avances jurisprudenciales que hemos expuesto parece apuntar hacia la paulatina “sustantivación” del constitucionalismo europeo. Siguiendo el mismo estilo neofuncionalista que propugnaba la Declaración

37 Auto del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2018 (*Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18 R).

38 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021 (*Asociația Forumul Judecătorilor din România* y otros contra *Inspekția Judiciară* y otros, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C- 355/19 y C-397/19).

Schumann, pero en este caso sobre elementos de tipo material<sup>39</sup>, los avances de las sentencias del Tribunal de Justicia han ido conformando un régimen cada vez más alejado del objetivo que lo hizo nacer, esto es, independiente del objetivo económico del mercado interior; y está consiguiendo dotar al proceso de integración europeo de una verdadera “identidad” de tipo sustantivo, fundamentada en elementos de tipo material, como pueden ser los valores del artículo 2 TUE. Poco tienen que ver estos valores fundamentales –derechos fundamentales, Estado de Derecho, democracia– con la realización del mercado interior que inicialmente guiaba las dinámicas del proceso de integración europea.

Sin embargo, hasta hace poco la naturaleza jurídica de estos valores no había sido materializada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por tanto, resultaba del todo imposible analizar las consecuencias que pueden derivarse del surgimiento de esta nueva identidad europea.

#### IV. EL FACTOR IDENTITARIO “REACTIVO”: LA IDENTIDAD EUROPEA EN TIEMPOS DE CRISIS

En el segundo apartado analizamos la vertiente sincrética del factor identitario en el seno de la Unión Europea, concretada en las tradiciones constitucionales comunes, porque estas pueden ser conformadas por el conjunto de identidades nacionales a través de la interpretación crítica que señalábamos. Los Estados miembros son los dueños de los Tratados y, como consecuencia, su identidad –bien individual, bien colectivamente– se configuraba como un límite para los avances de la integración. Sin embargo, a través de la inclusión de elementos de tipo material –principalmente los valores fundamentales recogidos en el artículo 2 TUE– en la arquitectura constitucional de la Unión Europea se ha conseguido dotar al proceso de integración de una entidad propia cada vez mayor, independiente de las identidades nacionales correspondientes a los Estados miembros y de la síntesis de estas últimas a través de las tradiciones constitucionales comunes<sup>40</sup>; teniendo en cuenta que la conformación de esta identidad europea se ha producido como respuesta a las sucesivas crisis que se

39 Seguir confiando en que el relato europeo se construirá por sí solo, como resultado del funcionalismo de tipo económico, resulta un verdadero “error de partida”, como señala A. GARCÍA ORTIZ, “La identidad europea como mecanismo de legitimidad democrática en la construcción de la Unión Europea. Un desafío globalizador”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 37, 2021, p. 161.

40 La naturaleza independiente del Derecho europeo con carácter general es desarrollada por S. RAGONE, *op. cit.*, p. 302.

ha tenido que enfrentar el proceso de integración, por lo que hablaremos del factor identitario “reactivo”.

La identidad propia de la Unión Europea ha sido confirmada por las sentencias que el Pleno del Tribunal de Justicia ha dictado en los asuntos “*Hungría/Parlamento*” y “*Consejo y Polonia/Parlamento y Consejo*”<sup>41</sup>. Debemos comenzar señalando que ambas sentencias traen causa de la creación de un nuevo instrumento de Derecho derivado para vincular la recepción de los fondos de la Unión Europea al cumplimiento del Estado de Derecho, materializado en el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión<sup>42</sup>. La condicionalidad financiera ya había sido utilizada por las instituciones europeas para conseguir determinados fines económicos, como ocurrió respecto de los objetivos de déficit tras la crisis económica del año 2008<sup>43</sup>; pero esta es la primera vez que las propuestas del condicionamiento económico sobre la base de elementos de tipo material o sustantivo<sup>44</sup> –aunque se realice de forma mediata, por su conexión con la

41 Respectivamente, las Sentencias del Tribunal de Justicia (Pleno), ambas de 16 de febrero de 2022, dictadas en los asuntos *Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (C-156/21) y *República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (C-157/21). Por la alta identidad argumental que existe entre sendas sentencias –surgen como resultado de imputaciones similares frente al mismo instrumento– únicamente haremos referencia al contenido de una de ellas y, por tanto, cualquier referencia a partir de ahora será entendida en relación con la sentencia polaca (C-157/21).

42 Para un análisis más desarrollado de la dinámica legislativa que ha seguido la iniciativa original de la Comisión, consultar J.F. BARROSO MÁRQUEZ, “Nuevas dinámicas en la Unión Europea: propuesta para la creación de fondos condicionados al cumplimiento del Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 28, 2020, pp. 1-29. Para un estudio más detallado del texto definitivo del Reglamento y sus posibles consecuencias, consultar J.F. BARROSO MÁRQUEZ, “Qué hacer cuando el enemigo está en casa: la polarización del discurso político en Hungría y Polonia y el condicionamiento de fondos de la UE al Estado de Derecho”, en M. D’AMICO *et al.*, *Europa, Società Aperta, Vol. I, Problemi attuali e prospettive future* (pp. 193-218), Napoli, Editoriale Scientifica, 2022. Partiendo de la base que el contenido de sendos artículos nos ofrece, en esta sede únicamente recogeremos aquellos aspectos que sean de utilidad para la concepción de esta nueva identidad europea reactiva.

43 G. MORENO GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

44 Para profundizar sobre las propuestas previas, consultar K.L. SCHEPPELE, D.V. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, “EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European



buena gestión financiera del presupuesto de la Unión Europea— se han visto materializadas en un acto de Derecho derivado cuya compatibilidad con los Tratados ya ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Los principales argumentos utilizados por el Tribunal de Justicia para fundamentar la compatibilidad del nuevo instrumento con el ordenamiento jurídico europeo son dos: en primer lugar, debido a que la base jurídica utilizada es el artículo 322.1.a) TFUE, relativo a la buena gestión del presupuesto de la Unión Europea, este mecanismo debe ser considerado como un instrumento de condicionalidad que utiliza las vulneraciones del Estado de Derecho para determinar los riesgos sobre la gestión presupuestaria, pero no como un mecanismo de protección del Estado de Derecho *per se*<sup>45</sup>; y, en segundo lugar, permite la creación de nuevos instrumentos de Derecho derivado que pretendan proteger los valores contenidos en el artículo 2 TUE, siempre que “se distingan tanto por sus fines como por su objeto del procedimiento del artículo 7 TUE” (para. 207)<sup>46</sup>.

A continuación, debemos hacer hincapié en un hecho de gran relevancia, ya que las sentencias del Tribunal de Justicia sobre el mecanismo de condicionamiento de fondos al cumplimiento —mediato, pues sirve como nexo de unión con la buena gestión financiera— del Estado de Derecho se refieren por primera vez a la existencia de la “propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común”; y no solo

Union”, *Yearbook of European Law*, núm. 39, 2020, pp. 109 y ss. Asimismo, la necesidad de implementar el condicionamiento de fondos ya había sido apuntado por el Parlamento Europeo como consecuencia de la crisis de los refugiados en Hungría, como señala G. HALMAL, “The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality”, *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 181.

45 En este sentido se pronuncian los párrafos 128 y 129 de la sentencia polaca. Esto es reflejado también en el párrafo 127, donde afirma que las “medidas deben levantarse cuando el impacto sobre la ejecución presupuestaria cese, aunque persista la violación constatada de los principios del Estado de Derecho”. Esta última afirmación ha sido calificada como una retórica “cínica” por M. FISICARO, “Protection of the Rule of Law and ‘Competence Creep’ via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation: ECJ Judgments of 16 February 2022, Cases C-156/21, Hungary v Parliament and Council and C-157/21, Poland v Parliament and Council”, *European Constitutional Law Review*, 2022, p. 12.

46 Fundamenta esta afirmación en la interpretación analógica de los argumentos recogidos en la sentencia de 7 de febrero de 1979, Francia/Comisión, 15/76 y 16/76, para. 26; en el auto de 11 de julio de 1996, An Taise y WWF UK/Comisión, C-325/94 R, para. 25; y en la sentencia de 11 de enero de 2001, Grecia/Comisión, C-247/98, para. 13. Este párrafo ha puesto fin a una larga discusión doctrinal acerca de la consideración —o no— del artículo 7 TUE como *lex specialis* respecto de la protección de los valores fundamentales de la Unión Europea recogidos en el artículo 2 TUE.



eso, sino que, asimismo, determina que “la Unión debe estar en condiciones de defenderlos dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados” (para. 145). Por tanto, parece que el Tribunal de Justicia no solo ha elaborado un concepto “reactivo” de la identidad europea, sino que también le ha asignado una naturaleza “combativa” o de “autodefensa”.

Esta referencia a la identidad europea es recuperada más adelante, añadiendo que los valores que la conforman “se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros” (para. 264). Asimismo, determina que del debido respeto a la identidad de los Estados miembros –traducido en la existencia de cierto margen de apreciación respecto de la garantía de estos últimos de los principios del Estado de Derecho– “no se deriva en modo alguno que la referida obligación de resultado pueda variar de un Estado miembro a otro” (para. 265)<sup>47</sup>.

La construcción de la reforzada vertiente “reactiva” del factor identitario a través de la nueva identidad europea es completada cuando el Tribunal de Justicia determina que el debido respeto a las diferentes identidades nacionales que existen ha de ser puesto en relación con su adhesión a un concepto compartido de Estado de Derecho, surgido como “valor común a sus propias tradiciones constitucionales” que dichos Estados miembros “se han comprometido a respetar de forma continuada” (para. 266). La precisión que el Tribunal de Justicia realiza sobre la naturaleza “continuada” de la obligación impuesta por los valores del artículo 2 TUE tras la adhesión –y a través del artículo 49 TUE– parece zanjar la famosa paradoja de Copenhague, esto es, la inexistencia de mecanismos funcionales de control post-adhesión de los requisitos exigidos pre-adhesión; pero debemos considerar al respecto que esta afirmación carecerá de vinculatoriedad si no es acompañada por instrumentos de control efectivos.

También hemos de tener en cuenta que la creación jurisprudencial de este nuevo concepto de identidad europea no solo tiene valor simbólico, sino que debe considerarse de forma conjunta con la afirmación categórica y de gran calado recogida en la sentencia dictada en el asunto “*Repubblika*”<sup>48</sup>, donde el Tribunal de Justicia ha determinado que “el respeto por un Estado miembro de los valores consagrados en el artículo 2 TUE constituye un requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a dicho Estado miembro”.

47 El respeto de los valores ya había sido configurado como una “obligación de resultado” en el para. 263 de la misma sentencia.

48 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de abril de 2021 (*Repubblika contra Il-Prim Ministru*, C-896/19), para. 63.

En el momento en que fue realizada, esta última afirmación parecía ser inocua porque la única vía para determinar la vulneración de los valores del artículo 2 TUE por parte de uno de los Estados miembros era el procedimiento recogido en el artículo 7 TUE, manifiestamente inoperante ante la exigencia de unanimidad en su apartado segundo; pero esta situación ha cambiado a raíz de la creación del mecanismo de condicionamiento –mediato– de fondos al Estado de Derecho. Este instrumento recoge la posibilidad de que el Consejo determine por mayoría cualificada –y, por tanto, alcanzable, a diferencia de lo que ocurría con la unanimidad exigida por el artículo 7.2 TUE– que la vulneración del Estado de Derecho por un Estado miembro pueda ser castigada con la retención de los fondos de la Unión Europea en principio le corresponderían a este, en la medida en que dicha vulneración del Estado de Derecho “afecta o amenaza con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo”<sup>49</sup>.

Este segundo factor hace posible –*de facto*, pues *de iure* ya lo era– que se declare el incumplimiento por parte de los Estados miembros de uno de los valores en que se fundamenta la Unión Europea. Si analizamos el párrafo 63 de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto “*Repubblika*” –respeto de los valores del artículo 2 TUE como “requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados”– a la luz de la posibilidad introducida por este nuevo instrumento legal, podemos observar cómo esta afirmación, que en principio resultaba totalmente inocua, acaba convirtiéndose en un verdadero instrumento en manos de las instituciones europeas para sortear los obstáculos que presenta el artículo 7 TUE y hacer posible la suspensión de los derechos que se derivan de la aplicación de los Tratados a los Estados miembros que vulneren el Estado de Derecho.

Sin embargo, hemos de tener presentes dos tipos de límites a esta interpretación: debería sortear el principio de atribución de competencias que rige el funcionamiento de la Unión Europea, ya que la estrategia que acabamos de señalar podría ser percibida como una ampliación competencial indebida; y tendría que superar el juicio que ha incorporado el propio Tribunal de Justicia en las sentencias sobre el Reglamento de condicionamiento, respecto de la posibilidad de que se creen nuevos instrumentos de Derecho derivado para proteger los valores del artículo 2 TUE, siempre que estos no coincidan en cuanto a sus fines y su objeto con el procedimiento contenido en el artículo 7 TUE.

49 Artículo 4.1 del Reglamento 2020/2092, sobre las condiciones para la adopción de las medidas.

Por último, debemos hacer hincapié en el papel que el principio de confianza mutua juega en esta construcción jurisprudencial. El propio Tribunal de Justicia ha desarrollado en el párrafo 143 de la sentencia polaca la relación que existe entre los elementos que hemos estudiado en este artículo: la voluntariedad que caracteriza el proceso de adhesión de nuevos Estados a la Unión Europea nos sirve para presumir que supone la aceptación de los valores en que esta se fundamenta (artículo 2 TUE), sobre la premisa de que estos últimos son comunes a todos los Estados miembros; y, a su vez, esta premisa “justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica”.

Por tanto, existe una evidente relación de causa-efecto entre el surgimiento de la dimensión “reactiva” del factor identitario y la correspondiente justificación del principio de confianza mutua. En la medida en que podamos presumir que los valores comunes recogidos en el artículo 2 TUE están siendo respetados por todos los Estados miembros, tiene sentido confiar en que todos ellos están cumpliendo con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Sin embargo, en el contexto actual algunos Estados miembros están desafiando abiertamente los fundamentos en que se basa el Derecho de la Unión Europea, por lo que no tendría sentido continuar con la presunción de que dichos Estados cumplen con las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico europeo; y, como consecuencia, quedaría desvirtuado el principio de confianza mutua. Resumiendo, para que exista el principio de confianza mutua es necesario que la identidad europea sea respetada por los Estados miembros.

El cambio jurisprudencial que hemos expuesto en el apartado tercero del artículo, por tanto, no puede ser concebido únicamente como la evolución de las órdenes de detención europea, como instrumento de cooperación judicial; sino que, por el contrario, debe ser considerado como una de las consecuencias directas del asalto de los regímenes iliberales a los valores europeos y, por ende, a la nueva identidad europea conceptualizada por el Tribunal de Justicia.

En un principio la consideración conjunta de las identidades nacionales adquiriría la forma de tradiciones constitucionales comunes, con una naturaleza dialógica y, por tanto, podíamos hablar de un factor identitario “sincrético”. Sin embargo, el surgimiento de la nueva identidad europea tiene una naturaleza diametralmente opuesta: en esta ocasión la identidad europea no es conceptualizada a través de la síntesis de las identidades nacionales, sino que el Tribunal de Justicia utiliza como fundamento –de manera independiente, prescindiendo de la naturaleza “sincrética” de las tradiciones constitucionales comunes– los valores de la Unión Europea recogidos en

el artículo 2 TUE. La identidad europea nace del propio proceso de integración<sup>50</sup>; y lo hace como respuesta o reacción a la crisis que los valores en los que hunde sus raíces el proceso de integración europea –y, especialmente, el Estado de Derecho– actualmente experimentan como consecuencia de los regímenes iliberales que han surgido en su seno. Por este motivo, debemos resaltar la naturaleza eminentemente “reactiva” que ha caracterizado la creación jurisprudencial de la identidad europea y, por tanto, afirmamos que el factor identitario en la Unión Europea ha experimentado un “giro reactivo”<sup>51</sup>.

Este nuevo avance en la integración europea sigue la dinámica de la evolución del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en momentos de crisis que señalábamos desde el comienzo de este artículo, pero no debemos perder de vista que esta respuesta debe estar orientada hacia una profundización en relación con el constitucionalismo europeo, como la única vía a través de la cual el proceso de integración europea puede adquirir legitimidad suficiente como para hacer frente a los nuevos desafíos políticos<sup>52</sup>.

Finalmente, podemos apuntar que en el ámbito estatal la conveniencia de sustituir el principio de proporcionalidad por el principio de identidad en momentos de crisis ha sido desarrollada por Cruz Villalón, utilizando como fundamento la necesidad de que en estos momentos exista un núcleo –identitario– estable y firme, capaz de resistir a las circunstancias excepcionales<sup>53</sup>. Podemos reforzar esta afirma-

50 Por tanto, se confirma el rol imprescindible del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como impulsor de las dinámicas de constitucionalización “top-down”. S. RAGONE, *op. cit.*, p. 318.

51 La naturaleza reactiva del factor identitario europeo podía ser ya apuntada a raíz de la transformación sufrida por el concepto de identidad nacional del artículo 4.2 TUE como consecuencia de la confrontación con la identidad constitucional por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán. En este sentido se pronuncia M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 417-418, cuando señala que la cláusula de identidad nacional “era una categoría llamada a cumplir una función más bien simbólica o político-constitucional, pero de escaso peso como regla capaz de solventar controversias concretas, si no fuera porque el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana quiere hacer de otra similar, la identidad constitucional, una barrera absoluta frente al Derecho de la Unión”.

52 F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 30, 2018, p. 11. Respecto de los efectos que las crisis han tenido sobre el devenir de la integración europea se ha pronunciado también, en relación con la transformación del contexto de actuación del TJUE como resultado de la crisis económica, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 416.

53 P. CRUZ VILLALÓN, “Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2017, pp. 4, 10 y 12.

ción con una de las conclusiones alcanzadas por Azpitarte Sánchez, que apunta la incompatibilidad del principio de proporcionalidad con la identidad, utilizando como argumento que esta última no puede ser modulada, como se desprende de la tesis del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la creación de un concepto absoluto de identidad constitucional<sup>54</sup>.

## V. REFLEXIONES CRÍTICAS

La distinción terminológica que hemos adoptado en este artículo respecto de las distintas vertientes del factor identitario nos sirve, volviendo a la aproximación diacrónica, para hallar las líneas de continuidad en su evolución; y esto no solo resulta útil para comprender de dónde vienen la identidad y la confianza mutua, sino también para entender hacia dónde van. Aunque la naturaleza de la nueva vertiente reactiva del factor identitario en la Unión Europea ha sido materializada en las sentencias que ha dictado el Tribunal de Justicia en los asuntos sobre el condicionamiento de fondos; como hemos señalado, la dinámica ya podía ser intuida a partir del contenido de las sentencias anteriores, ya que estas han ido reforzando paulatinamente la importancia que los valores europeos del artículo 2 TUE en el seno del ordenamiento jurídico europeo. Por tanto, queda asimismo confirmada la utilidad de la aproximación iuscomparatista al Derecho europeo para de comprender –e incluso vaticinar– el devenir de la Unión.

Este cambio no solo ha afectado al plano más general, compuesto por los valores, sino que se ha visto traducido en una desvirtuación del principio de confianza mutua. Presumir el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de los Estados miembros tiene sentido cuando estos últimos respetan la identidad europea; pero cada una de las ampliaciones que ha experimentado el proceso de integración ha provocado que resulte cada vez más difícil concebirlo como un “club de iguales”, de modo que este se ha visto transformado en una estructura que trata de compatibilizar unidad y diversidad. Aun así, la diversidad de identidades nacionales no supone un obstáculo cuando resulta evidente la voluntad de los Estados miembros de cumplir con los valores fundamentales, sincretizados en las tradiciones constitucionales comunes; pero, en el contexto actual, donde determinados Estados miembros han manifestado abiertamente sus intenciones de contrariar los principios y los valores más básicos del ordenamiento jurídico europeo, resulta absolutamente incoherente –e incluso descabellado– mantener los cimientos del proceso de integración sobre

54 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 447.

la presunción de que los Estados miembros cumplen con el Derecho de la Unión Europea.

Sin embargo, aunque nos parezca del todo razonable el fin, en este caso la reforma del factor identitario en clave reactiva y la correspondiente transformación del principio de confianza mutua; esto no supone que pueda utilizarse cualquier medio para alcanzarlo. El riesgo más apuntado por la doctrina en relación con la estrategia que han seguido las instituciones de la Unión Europea para lograr este objetivo se concentra en la divergencia que ha caracterizado su actuación: mientras que las instituciones políticas han adoptado una actitud que ha sido calificada como “pasiva”<sup>55</sup> o “contemplativa”<sup>56</sup>; a raíz de las últimas sentencias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece haber adquirido conciencia del verdadero peligro que supone el iliberalismo y, por este motivo, la institución judicial se ha erigido como la verdadera defensora de los valores del artículo 2 TUE.

Este apunte sobre el papel predominante del TJUE en la defensa de los valores de la Unión Europea debe ser acompañado de tres advertencias. La primera tiene que ver con los riesgos derivados de un excesivo activismo judicial, ya que la transformación de la integración europea por parte de una de las instituciones de la Unión que carecen de legitimidad democrática puede llegar a poner en entredicho la legitimidad de la Unión. En este sentido afirma acertadamente De Gregorio Merino que “no se puede cargar todo el peso de una crisis, la del Estado de Derecho, que no es solo jurídica o institucional sino eminentemente política, en una institución judicial”<sup>57</sup>.

55 J. M. CORTÉS MARTÍN, “Sorteando los inconvenientes del artículo 7 TUE: el advenimiento del control jurisdiccional del Estado de derecho”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, 2020, pp. 499-500.

56 A. DE GREGORIO MERINO, “El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 71, 2022, pp. 24-25.

57 A. DE GREGORIO MERINO, *op. cit.*, p. 25. Como consecuencia, cuando algunos autores señalan la posibilidad de que el condicionamiento de fondos de la Unión Europea al Estado de Derecho se produzca a través de una retención de los pagos que le corresponderían a dicho Estado miembro por la vía del artículo 260 TFUE (K.L. SCHEPPELE, D.V. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *op. cit.*, pp. 113 y ss.), entendemos que esta propuesta, en la medida en que no introduce la conexión con la adecuada gestión financiera introducida en el Reglamento 2020/2092 por las apreciaciones del Servicio Jurídico del Consejo, no superaría el juicio –de fines y objeto que no se solapen con los del artículo 7 TUE– elaborado por el Tribunal de Justicia en los asuntos C-156/21 y C-157/21.

La segunda exhortación se deriva de los posibles resultados de la estrategia seguida por el Tribunal de Justicia en defensa de los valores del artículo 2 TUE. Como ha señalado von Bogdandy, tanto el fracaso como la victoria de la Unión Europea conllevan riesgos que resultan igualmente perniciosos para el proceso de integración: si fracasa, esto puede ser interpretado como una quiebra absoluta de su autoridad; pero, si triunfa, supondría una inmensa demostración de poder que redirigiría el *telos* de la Unión Europea hacia la senda del federalismo<sup>58</sup>. Estos riesgos fueron apuntados tiempo atrás por Krygier, cuando afirmaba que en su relación con la sociedad civil los gobiernos se configuran potencialmente y de forma simultánea como garantía y como amenaza; y, por este motivo, “donde los gobiernos son demasiado débiles, sufriremos a manos de los demás, mientras que donde son demasiado fuertes, sufriremos en sus propias manos”<sup>59</sup>.

La tercera advertencia surge como una derivación de las debilidades inherentes al sistema judicial de la Unión Europea, ya que este hace depender su eficacia en gran parte de la buena voluntad de los Estados miembros al respetar y ejecutar sus sentencias; y, como consecuencia, las posibilidades de éxito judicial se ven exponencialmente limitadas cuando la vulneración del ordenamiento jurídico europeo se produce como resultado de la voluntad expresa de los Estados miembros. Las deficiencias en la ejecución de las sentencias del TJUE ha sido solucionada parcialmente con la reciente innovación que ha llevado a cabo en materia de medidas cautelares: por un lado, ha admitido la posibilidad de adoptar estas medidas en procesos relacionados con los valores del artículo 2 TUE<sup>60</sup>; y, por otro, ha impuesto multas coercitivas de gran entidad ante el riesgo de vulneración de estos valores, así como ha confirmado que las cantidades a las que asciendan dichas multas podrán ser detraídas de los fondos que el presupuesto de la Unión Europea prevé para dicho Estado miembro<sup>61</sup>.

58 A. VON BOGDANDY, “Principles and challenges of a European doctrine of systemic deficiencies”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 14, 2019, p. 7.

59 M. KRYGIER, “The Rule of Law: An Abuser’s Guide”, en A. SAJÓ (ed.), *Abuse. The Dark Side of Fundamental Rights*, Eleven International Publishing Co., Utrecht, 2006, p. 20.

60 De forma análoga a lo sucedido en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también admitió esta posibilidad mediante una interpretación extensiva de sus normas de regulación. M. DÍAZ CREGO, “¿Tomando la justicia cautelar en serio?: Las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p. 435.

61 Esta afirmación debe ser extraída de la consideración conjunta de los autos del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2017 [*Comisión/Polonia (Bosque de Białowieża)*, C-441/17 R]; y de 17 de diciembre de 2018 [*Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18

Al mismo tiempo, la consideración del sistema de remisión prejudicial contenido en el artículo 267 TFUE como “piedra angular” del sistema judicial europeo convierte a los jueces nacionales en verdaderos jueces europeos; y, por tanto, agudiza las dificultades en su juicio<sup>62</sup> ante el posible conflicto entre la Unión Europea y el Estado miembro al que pertenece, poniendo en peligro su debida independencia.

Para concluir nuestra exposición sobre los riesgos de la actividad jurisprudencial en el ámbito de la protección de los valores del artículo 2 TUE, debemos referirnos a una posibilidad futura. El TJUE ha confirmado la compatibilidad del Reglamento 2020/2092 con los Tratados, pero los actos que sean adoptados sobre la base de este instrumento de Derecho derivado por el Consejo y la Comisión Europea podrían contrariar los criterios expuestos en su jurisprudencia –por ejemplo, mediante el condicionamiento de fondos por vulneraciones del Estado de Derecho que no estén lo suficientemente conectadas con la gestión financiera de la Unión– y, por tanto, podría ser cuestionada su validez ante el Tribunal de Justicia<sup>63</sup>.

El 5 de abril de 2022 la Presidenta de la Comisión (Ursula von der Leyen) anunció la activación del instrumento de condicionalidad contenido en el Reglamento 2020/2092 respecto de Hungría<sup>64</sup>. Como consecuencia de los distintos plazos que están previstos por el procedimiento contenido en este instrumento<sup>65</sup>, aún

R]; así como de la decisión de la Comisión Europea de retener de los fondos de la Unión Europea la multa impuesta en el auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2021 [*República Checa/Polonia (Mine de Turów)*, C-121/21 R].

62 Las dificultades en el juicio del juez europeo son desarrolladas en S. RAGONE, *op. cit.*, p. 310.

63 En este sentido, M. FISICARO, *op. cit.*, p. 22. Como una de las posibles vías para tratar de solucionar esta problemática, la Comisión Europea ha recogido las indicaciones del Tribunal de Justicia en la “C(2022) 1382 final, Orientaciones para la aplicación del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”.

64 C.A. CIARALLI, “Condizionalità finanziaria, rule of law e dimensione (sovra)nazionale del conflitto”, *federalismi.it*, núm. 16, 2022, p. 111.

65 J.F. BARROSO MÁRQUEZ, 2022, *op. cit.*, pp. 212-213, pues “a la hora de articular el procedimiento necesario para la efectiva imposición de las medidas previstas nos topamos con cinco plazos distintos que deben ser respetados: aunque no se cite expresamente, entendemos que con carácter previo debe realizarse un estudio profundo (y por tanto dilatado) de la situación existente en el Estado miembro en cuestión; así como más adelante, ya con carácter expreso, hallamos un plazo de uno a tres meses y otros tres plazos de un mes. En total, el proceso puede prolongarse más de seis meses y, por tanto, surgen dudas respecto de la adecuación del instrumento en cuanto a su fase preventiva, si bien para la fase reactiva se trata de plazos *habituales* en el ámbito de la Unión Europea”.



no hemos podido comprobar cuál es el contenido de los actos a través de los cuales se materializa el condicionamiento de fondos y, por tanto, debemos esperar a la adopción del primer acto de condicionamiento –mediato– de fondos al Estado de Derecho para pronunciarnos al respecto.

Para finalizar, entendemos que es necesario realizar una suerte de “oda a las crisis” en la construcción europea. En el ámbito que nos ocupa en este caso –el nacimiento de la identidad europea como vertiente “reactiva” del factor identitario y, en conexión con esta, la evolución del principio de confianza mutua– son las diferentes crisis a las que se ha tenido que enfrentar la Unión Europea las que han provocado que sus instituciones –y, mediatamente, también los Estados miembros– profundicen en la integración. Por tanto, no debemos aproximarnos con miedo a las dificultades que actualmente experimenta la Unión Europea, sino que debemos contemplarlas como una verdadera oportunidad de que el ámbito político adquiera consciencia de la necesidad de avanzar en la europeización. Sin las amenazas a los valores del artículo 2 TUE no habría surgido la necesidad de que el TJUE creara la vertiente reactiva del factor identitario a través de la identidad europea; y, del mismo modo, sin la crisis de independencia judicial –en conexión con la crisis del Estado de Derecho– que se ha producido en Hungría y Polonia, no habría sido posible que el Tribunal de Justicia desvirtuara la presunción de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de los Estados miembros.

Detrás de cada crisis se esconde una oportunidad de avanzar, pero para aprovechar este tipo de coyunturas es necesario reunir el suficiente grado de coraje político, un factor que a menudo escasea. Si las instituciones europeas y los Estados miembros quieren aprovechar el momento constitucional que en Lisboa solo se esbozó, será necesaria una respuesta contundente ante los ataques directos a la identidad europea.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 413-448.
- F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 30, 2018, pp. 1-25.
- J.F. BARROSO MÁRQUEZ, “Nuevas dinámicas en la Unión Europea: propuesta para la creación de fondos condicionados al cumplimiento del Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 28, 2020, pp. 1-29.

- “Qué hacer cuando el enemigo está en casa: la polarización del discurso político en Hungría y Polonia y el condicionamiento de fondos de la UE al Estado de Derecho”, en M. D’AMICO *et al.*, *Europa, Società Aperta, Vol. I, Problemi attuali e prospettive future* (pp. 193-218), Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.
- A. VON BOGDANDY, “Principles and challenges of a European doctrine of systemic deficiencies”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 14, 2019, pp. 1-33.
- M. COMBA, “Common Constitutional Traditions and National Identity”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 67, 2017, pp. 973-979.
- T.A. CHRISTOU, “Chapter One: European Union”, en T. A. CHRISTOU (ed.), *European Cross Border Justice: A Case of Study of the EAW* (pp. 13-32). Gran Bretaña, The AIRE Centre, 2010.
- C.A. CIARALLI, “Condizionalità finanziaria, rule of law e dimensione (sovra)nazionale del conflitto”, *federalismi.it*, núm. 16, 2022, pp. 79-113.
- J.M. CORTÉS MARTÍN, “Sorteando los inconvenientes del artículo 7 TUE: el advenimiento del control jurisdiccional del Estado de derecho”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, 2020, pp. 473-517.
- P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, “Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE”, *Revista de Derecho Político*, núm. 114, 2022, pp. 245-275.
- P. CRUZ VILLALÓN, “Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2017, pp. 1-14.
- B. DAVIES, “*Internationale Handelsgesellschaft* and the miscalculation at the inception of the CJEU’s human rights jurisprudence”, en B. DAVIES y F. NICOLA (eds.), *EU Stories, Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, CUP, Cambridge, 2017.
- M. DÍAZ CREGO, “¿Tomando la justicia cautelar en serio?: Las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 425-451.
- G. DI FEDERICO, “Il ruolo dell’art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali”, *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2019, pp. 333-357.
- M. FISICARO, “Protection of the Rule of Law and ‘Competence Creep’ via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation: ECJ Judgments of 16 February 2022, Cases C-156/21, Hungary v Parliament and Council and C-157/21, Poland v Parliament and Council”, *European Constitutional Law Review*, 2022, pp. 1-23.

- A. GARCÍA ORTIZ, “La identidad europea como mecanismo de legitimidad democrática en la construcción de la Unión Europea. Un desafío globalizador”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 37, 2021, pp. 139-162.
- D. GERARD, “Mutual Trust as Constitutionalism?”, en E. BROWER y D. GERARD (eds.). *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law* (pp. 69-79), EUI Working Papers, 2016.
- A. DE GREGORIO MERINO, “El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 71, 2022, pp. 11-26.
- 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(1), 2018, pp. 23-42.
- “The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality”, *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 171-188.
- M. KRYGIER, “The Rule of Law: An Abuser’s Guide”, en A. SAJÓ (ed.), *Abuse. The Dark Side of Fundamental Rights*, Eleven International Publishing Co., Utrecht, 2006.
- K. LENAERTS, “The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, núm. 3, 2015, pp. 525-551.
- S. MANGIAMELI, “The Constitutional Traditions Common to the Member States in European Law, as a Tool for Comparison among MS Legal Orders in the Construction of European Fundamental Rights”, *Caderno de Relações Internacionais*, vol. 7, núm. 13, 2016, pp. 13-44.
- R. MICCÙ, “Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea”, en V. ATRIPALDI, R. MICCÙ (a cura di), *L’omogeneità costituzionale nell’Unione europea*, CEDAM, Padova, 2003.
- G. MORENO GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- S. MORGADES GIL, “El sistema de Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de la pérdida de la confianza mutua”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015, pp. 749-768.
- A. PIZZORUSSO, “Common constitutional traditions as Constitutional Law of Europe?”, *Sant’Anna Legal Studies – STALS*, Research Paper N. 1/2008.
- O. POLLICINO, “‘Transfiguration’ and Actual Relevance of the Common Constitutional Traditions: Past, Present and Future”, *Global Jurist*, núm. 18 (1), 2017, pp. 1-16.

- S. RAGONE, “EUROPEAN COMPARATIVE LAW: Reasons for ‘Enhanced Comparison’ and Role of the CJEU”, *Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021, pp. 297-235.
- A. SÁNCHEZ FRÍAS, “Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 65, 2020, pp. 167-187.
- K.L. SCHEPPELE, D.V. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, “EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union”, *Yearbook of European Law*, núm. 39, 2020, pp. 3-121.

### **Resumen**

*El artículo analiza la evolución del factor identitario en la Unión Europea, así como los efectos que esta ha tenido sobre el principio de confianza mutua. Los autores hallan tres vertientes distintas de este factor: individual, cuando se deriva de un solo Estado, correspondiente a la identidad nacional; sincrética, cuando surge como resultado de la consideración conjunta de las identidades nacionales, mediante el concepto de tradiciones constitucionales comunes; y reactiva, cuando nace como respuesta a una situación de crisis como concepto independiente y propio de la Unión Europea. Para ello, se hace referencia a las sentencias dictadas por el TJUE en los asuntos C-156/21 y C-157/21, relativas a sendos recursos de anulación interpuesto por Hungría y Polonia, para solicitar la anulación del Reglamento 2020/2092, sobre condicionamiento de fondos al cumplimiento del Estado de Derecho. En este contexto el TJUE ha construido por primera vez el concepto de identidad europea, propio e independiente del proceso de integración europeo y derivado de los valores contenidos en el artículo 2 TUE, en conexión con el principio de confianza mutua.*

### **Palabras clave**

*Identidad europea, Tradiciones constitucionales comunes, Identidad nacional, Principio de confianza mutua, Condicionamiento de Fondos, Reglamento 2020/2092, artículo 2 TUE, Estado de Derecho.*

### **Abstract**

*This article analyses the evolution of identity in the European Union, as well as the effects it has had on the principle of mutual trust. The authors elaborate on three different facets of this factor: individual, when it arises from a single State, as to national identity; syncretic, when it comes up as a result of the joint consideration of national identities, through common constitutional traditions; and reactive, when it represents a response to a critical situation as a concept tailored in the context of the European Union. To this end, the judgments handed down by the CJEU in cases C-156/21 and C-157/21, on the actions for annulment*

*brought by Hungary and Poland to request the annulment of Regulation 2020/2092 (conditioning of funds to compliance with the rule of law) are considered. In such context the CJEU has first constructed the concept of European identity, specific and independent of the process of European integration and derived from the values contained in article 2 TEU, in connection with the principle of mutual trust.*

**Keywords**

*European identity, Common constitutional traditions, National identity, Principle of mutual trust, Funds conditionality, Regulation 2020/2092, article 2 TEU, Rule of Law.*

Recibido: 20 de enero de 2022  
Aceptado: 10 de febrero de 2022



# Artículos

---





# CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS<sup>1</sup>

## Control of constitutionality and pluralism of legal systems

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

*Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada*

### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La ruptura del principio de jerarquía en el Estado constitucional.
- III. Las relaciones entre ordenamientos y el concepto de *mediación normativa*.
- IV. Principio de competencia y control de constitucionalidad.
- V. Las normas externas como *objeto* y como *parámetro* de control.
- VI. La apertura de la jurisdicción concentrada y sus límites.
- VII. Parámetros de control de constitucionalidad.
- VIII. Clases de control en función del parámetro, el objeto y el órgano de control.
- IX. Conclusiones.
- X. Bibliografía citada.

## I. INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad presenta perfiles específicos en los sistemas de pluralismo ordinamental que incorporan normas procedentes de ordenamientos externos ya sea como parte del *parámetro* ya sea como *objeto* del control. En lo que

1 Este trabajo tiene su origen en el texto “Controllo di costituzionalità e relazioni tra ordinamenti” incorporado a los recientemente publicados *Scritti in onore di Paola Bilancia (federalismi.it, n. 4/2022)*. Una versión de ese texto está en prensa en México (en un libro colectivo coordinado por César Astudillo y Gerardo Eto) y en Brasil, en portugués, en la revista *Direitos Fundamentais & Justiça*, dirigida por Ingo Wolfgang Sarlet. En la misma línea está también la ponencia sobre “Control de convencionalidad y control de europeidad” que expuse en el *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* dedicado a *La garantía jurisdiccional de la constitución*, organizado por el Senado, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y el CEPC en Madrid en marzo de 2022. La ponencia se recogerá en un libro colectivo coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

a su incorporación al parámetro se refiere, cobra especial importancia el concepto de *mediación normativa*, mientras que en su configuración como objeto del control resulta relevante la transformación que se ha producido respecto del paradigma kelseniano –para evitar conflictos existenciales entre ordenamientos– mediante la transición del control pleno de validez de las normas al control más limitado de *ámbitos de validez* específicos.

Cuando se incluyen solamente normas internas en el parámetro, la articulación del control tiene como referencia exclusiva la constitución estatal, incluso si el parámetro lo integran normas interpuestas en un bloque de constitucionalidad. Por el contrario, cuando se incorporan normas externas<sup>2</sup>, como bien indica Angelo Schillaci, “el juez constitucional se convierte en el centro de un sistema de relaciones inspirado en paradigmas comunicativos entre textos y experiencias jurídicas en el cual, como es obvio, la constitución sigue jugando un papel de relieve”<sup>3</sup>. El juez constitucional es también juez supranacional e internacional, en una compleja relación entre constitución y Estado en el contexto global que le obliga a abrir su perspectiva constitucional más allá de la constitución estatal.

Esa complejidad es reconducible solo hasta cierto punto a un esquema general de relación con las normas externas. El derecho internacional no es equiparable al supranacional y dentro de este tampoco son susceptibles de unificación conceptual las experiencias de pluralismo ordinamental y las de pluralismo constitucional que se derivan de la existencia de constituciones parciales que integran una realidad cons-

2 Hablamos de “normas externas” en este trabajo para hacer más comprensible la naturaleza de los problemas que se plantean. No obstante, desde la perspectiva metodológica del derecho constitucional europeo, tal y como ha sido formulada por P. HÄBERLE, estas normas no son externas, sino que forman parte de una misma realidad constitucional compleja que integra a diferentes ordenamientos y espacios constitucionales: territorial, estatal y europeo (Unión Europea y CEDH). *Cfr.*, a este respecto, P. HÄBERLE, “Europa –eine Verfassungsgemeinschaft?” en P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 84 y ss.

3 A. SCHILLACI, *Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità*, Granada, 2008, p. 335. Para una profundización en la temática de las relaciones entre ordenamientos, *Cfr.* igualmente, A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordenamenti*, Jovene Editore, Napoli, 2012 y J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, con Prólogo de Paolo Riddola, Thomson Reuters Aranzadi, 2021. En lo que se refiere a la relación entre ordenamiento europeo e interno es fundamental la obra de M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002.

titucional integrada<sup>4</sup>. Son muchas las cuestiones que hay que plantearse en relación con esta diversidad, sin olvidar que las conclusiones no siempre son trasladables de un espacio a otro<sup>5</sup> y que partimos de un orden complejo en el que se aprecian las huellas del tiempo y el impacto de la globalización en los textos clásicos que definieron las categorías del Estado constitucional como Estado nacional.

En la experiencia española, que tomamos como base, el control concentrado se ha abierto a la participación de jueces y tribunales ordinarios, sin que se pueda decir por ello que cambie su formulación esencial, ya que el Tribunal Constitucional sigue manteniendo la capacidad exclusiva del control de constitucionalidad pleno sobre las fuentes con valor de ley. Como veremos, la intervención de jueces y tribunales sobre esas fuentes, en caso de conflicto con el derecho europeo o con los tratados internacionales, es limitada, y no alcanza nunca las condiciones de un auténtico control de constitucionalidad que pueda determinar la invalidez de las normas objeto de control.

Al mismo tiempo, el propio control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional se ve también limitado cuando afecta a normas externas, ya sean europeas o internacionales, supuestos en los que no puede operar en plenitud, determinando la invalidez de las normas objeto de control. Estamos ante una intervención que afecta a ámbitos específicos de validez de las normas (como el temporal o el territorial) pero no puede establecer su invalidez<sup>6</sup>. En todo caso, esta es solamen-

4 Cfr. P. HÄBERLE, “¿Tienen España y Europa una Constitución?”, versión española de M. Azpitarte Sánchez, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, julio-diciembre, 2009. Una aplicación de la teoría de las constituciones parciales al ámbito global en: P. HÄBERLE, “Universaler Konstitutionalismus aus nationalen und völkerrechtlichen Teilverfassungen – sieben Thesen”, versión española de F. Balaguer Callejón, *Direito Público*, núm. 54, 2013. Cfr. Igualmente F. BALAGUER CALLEJÓN, “El pluralismo constitucional como contribución del proceso de integración europea al constitucionalismo global”, en J.M. BENEYTO (dir.), *Contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014, pp. 53-69 y F. BALAGUER CALLEJÓN, “Profili metodologici del Diritto Costituzionale europeo”, *La cittadinanza europea*, núm. 1, 2015, pp. 39-62.

5 Cfr. al respecto el análisis que realiza R. ALONSO para el caso español en la diferente configuración aplicativa del derecho europeo y el derecho internacional, aun cuando se basen en un mismo procedimiento de inaplicación en caso de conflicto con el derecho interno: R. ALONSO GARCÍA, “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 13-51. Cfr. igualmente R. ALONSO GARCÍA y P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *El sistema europeo de fuentes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022.

6 Sobre los distintos ámbitos de validez de las normas, Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpresión de 1967, pp. 9 y ss y *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, versión italiana, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1985, pp. 54, 225 y ss.

te una faceta de esta temática. En concreto, la de las normas de otros ordenamientos como *objeto de control*. La otra que tenemos que considerar es la de las normas de ordenamientos externos como *parámetro de control*.

La intervención del Tribunal Constitucional o de los tribunales ordinarios en este ámbito de las relaciones entre ordenamientos interno y externos se basa en la incorporación de normas interpuestas al parámetro de constitucionalidad, lo que determina una configuración diversa del parámetro para cada tipo de control, con la formación de distintos *bloques de constitucionalidad* en los que las normas interpuestas desarrollan una función mediadora. El concepto de *mediación normativa* es fundamental para comprender la naturaleza de las relaciones entre ordenamientos y la especificidad de la labor jurisprudencial desarrollada a través de la configuración del control de constitucionalidad en un sistema de pluralismo ordinamental.

Esa función de *mediación normativa* es típica del principio de *competencia*, por lo que la primera cuestión que tenemos que plantearnos es la del funcionamiento de este principio en las relaciones entre ordenamientos. Esa cuestión nos lleva necesariamente al análisis del principio de *jerarquía* como punto de partida para comprender por qué este principio queda excluido de las relaciones entre ordenamientos, de tal manera que la construcción dogmática de esas relaciones debe realizarse desde el principio de competencia o, por decirlo de una manera más precisa, de la *mediación normativa* que hace posible reconducir a unidad, en el plano jurisprudencial y aplicativo que garantiza la seguridad jurídica, la complejidad inherente al pluralismo ordinamental.

## II. LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Comencemos, por tanto, con el principio de jerarquía, ese concepto espurio, en la caracterización que hiciera Crisafulli<sup>7</sup>. Lo es, desde luego, porque su configuración inicial moderna en el Estado legal de derecho se trasladará al Estado constitucional a través de la imagen de la *Stufenbau*, a la que se atribuirá una configuración jerárquica. Esa atribución resultaba inevitable, teniendo en cuenta la propia imagen que describe el proceso de producción normativa kelseniano y el contexto jurídico en el que la teoría se genera, en plena afirmación del principio de jerarquía y de despliegue

7 V. CRISAFULLI, “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960.

de la fuerza de ley<sup>8</sup>. Como suele ocurrir, teorías que alumbran y prefiguran nuevas realidades (en este caso jurídicas) no pueden evitar las adherencias y los residuos de las antiguas.

La ley articula su relación con el resto de las fuentes en el Estado legal de derecho mediante la atribución de una fuerza específica a las normas legales. Una fuerza de ley que se proyecta en la eficacia de esta fuente y que contiene en sí misma una doble condición jerárquica, a la que se incorpora tanto su vertiente sustancial como formal. Por ese motivo, *la contradicción sustancial de la ley por las fuentes subordinadas es también una contradicción con la norma sobre la producción jurídica fundamental del sistema, que establece la condición soberana de la ley*. La invalidez se deriva de la contradicción con una fuente entendida como suprema porque expresa la voluntad general y la soberanía nacional o popular, además de ser también expresión de una racionalidad que le es inmanente<sup>9</sup>.

8 La expresión “force de loi” se incluía ya en la Constitución francesa de 1791, en cuyo Título III, Capítulo III, Sección III, art. 6, se establecía por referencia a los décrets aprobados por el Cuerpo Legislativo, que “Les décrets sanctionnés par le Roi, et ceux qui lui auront été présentés par trois législatures consécutives, ont force de loi, et portent le nom et l’intitulé de Lois”. Cfr. la recopilación de C. DEBBASCH y J.-M. PONTIER, *Les Constitutions de la France*, Dalloz, Paris, 1983, p. 26. En todo caso, la formulación doctrinal del concepto moderno de fuerza de ley, como fuerza formal de ley, corresponde a P. LABAND, por referencia justamente a los efectos (la eficacia) de las leyes. Cfr. P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5ª ed., 1911, reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1964, tomo II, pp. 68 y ss. Para P. LABAND, la eficacia de las leyes descansa en parte en su forma, y en parte en su contenido, por lo que es posible distinguir entre la fuerza formal y la fuerza material de ley. La fuerza formal implica que todo acto de voluntad estatal promulgado con forma de ley sólo podrá ser modificado o derogado mediante un nuevo acto legislativo (fuerza pasiva) mientras que podrá derogar por su parte (fuerza activa) a las disposiciones anteriores que le contradigan, “Die formelle Gesetzeskraft ist der Rechtssatz, daß ein in der Form des Gesetzes ergangener Willensakt des Reiches nur im Wege der Reichsgesetzgebung wieder aufgehoben oder abgeändert werden kann und seinerseits allen mit ihm im Widerspruch stehenden älteren Anordnungen derogiert”, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit., tomo II, p. 68. La fuerza formal es independiente del contenido de la ley, es independiente igualmente de la entrada en vigor de la ley (esto es, se despliega igualmente durante el periodo de *vacatio legis*, desde el momento de la publicación). La fuerza formal no está sometida a condiciones constitucionales, siendo disponible para el legislador en su relación con el Reglamento.

9 En el Libro preliminar del proyecto de Código Civil del año VIII, su art. 1 enunciaba: “Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas; no es más que la razón natural, en tanto que ella gobierna a los hombres”. Ante las críticas de los Tribunales a este tipo de declaraciones “metafísicas” responderá Portalis “nos ha parecido sabio incluir parte de ciencia y parte

Estamos hablando de un ordenamiento simple, articulado en torno a la ley y al principio de jerarquía, en el que la categoría fundamental del sistema será la eficacia de las normas, porque se trata de un momento revolucionario, la imposición del mundo moderno frente al estamental. De ahí que la ordenación del sistema de fuentes se proyecte hacia el exterior, hacia la eficacia de las normas, ya que la validez de la ley era incuestionable en cuanto expresión de la soberanía: era la ley la que determinaba, mediante el principio de jerarquía, la validez del resto de las normas del sistema jurídico<sup>10</sup>. La fuerza de ley será así expresión de la fuerza de los grupos sociales que impulsaron las transformaciones históricas que dieron lugar al mundo moderno. Lo prioritario en ese momento era impulsar el cambio en el sistema jurídico a través de la eficacia de la ley. La *eficacia* será así la categoría jurídica fundamental del Estado legal de Derecho<sup>11</sup>.

En ese contexto histórico, el concepto de fuerza se elaboró por referencia a una característica inmanente a la ley (que proyectaba al ámbito jurídico el dominio de los grupos que inspiraron la revolución en el primer constitucionalismo) a un rasgo esencial a su propia condición de fuente suprema del derecho, no sometida a límites jurídicos. Sin embargo, en el Estado constitucional de derecho, toda vez que la constitución determina ahora las condiciones de producción normativa de todas las fuentes, incluida la ley, la fuerza no puede ser ya más que uno más de los rasgos definitorios de cada categoría, de acuerdo con lo que las reglas constitucionales o, en general, las normas sobre la producción jurídica del ordenamiento, establezcan<sup>12</sup>.

de legislación”. Cfr. J.L. SOURIOUX, “*Source du droit en droit privé*”, *APhD*, tomo 27, 1982, p. 34. Claramente para los redactores del Código la ley era expresión de la razón, y ello no era una cuestión opinable sino un hecho científico.

10 Como indica P. BILANCIA, “La vittoria della rappresentanza politica con la rivoluzione francese fece sì che il diritto apparisse essenzialmente sotto forma di legge, il diritto positivo fosse in sostanza la legge deliberata dai rappresentanti e il passaggio al principio della conformità alla legge di ogni attività dello Stato diveniva il carattere essenziale dello Stato di diritto, assegnandosi così un potere illimitato al legislatore”, P. BILANCIA, “Lo stato di diritto come valore in una dimensione *spaziale*”, *Nomos*, núm. 1, 2012, p. 1.

11 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., 2015. Cfr. Igualmente, BALAGUER CALLEJÓN, “Validez y vigencia de las normas”, en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2010.

12 Como indica F. MODUGNO, “Innanzitutto, storicamente, la forza di legge, come nozione assoluta ed unitaria, nacque con la elaborazione dottrinale dello Stato costituzionale moderno rappresentativo, come tipica espressione della sovranità, illimitatezza ed incontrollabilità della legge,

El Estado constitucional de derecho se basa en el pluralismo como valor fundamental. De esa diversidad se deriva la imposibilidad de construir el sistema en torno a la ley, como bien entendiera Kelsen, porque la ley expresa la voluntad de la mayoría gobernante y no se le atribuir todo el poder de configuración del ordenamiento, con la correspondiente potencialidad de lesionar los derechos de las minorías. Por tanto, la propia ley se tiene que someter a la constitución y la jurisdicción constitucional tiene la misión fundamental de garantizar la democracia y los derechos de las minorías<sup>13</sup>. Someter la ley a la constitución supone disociar los elementos formales y sustanciales que antes confluían en el principio de jerarquía. Los *sustanciales* siguen siendo un rasgo de la ley en su relación con las fuentes inferiores, pero siempre que la propia ley se someta a la constitución y no la contradiga. Los *formales* ya no serán inherentes a la ley porque la ley no tiene ya un poder omnímodo de configuración del ordenamiento, ni siquiera en su relación con el reglamento.

L'atto in cui si sostanziava la suprema volontà dello Stato; mentre oggi, in regime di sovranità popolare (art. 1 cost.) e non statutale, in sistema costituzionale rigido, e in presenza del sindacato della Corte costituzionale sulla legge, per motivi di forma e di sostanza, essa appare subordinata, in principio (...) alla Costituzione e al controllo di costituzionalità, finendo col perdere tutte quelle caratteristiche che storicamente l'avevano contraddistinta", F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento Giuridico, Pluralità degli Ordinamenti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1985, p. 39.

13 Para KELSEN, "No sólo los actos administrativos individuales son susceptibles y necesitan de un control judicial, sino también las normas generales de los reglamentos, y especialmente las leyes, sin otra diferencia, sino que el control de los primeros se refiere a su legalidad y el de las segundas, a su constitucionalidad. Este control incumbe a la jurisdicción constitucional, cuya función es tanto más importante para la democracia cuanto que el mantenimiento de la Constitución dentro del proceso legislativo representa un interés eminente para la minoría, para cuya protección se han ideado los preceptos sobre quórum, mayoría cualificada, etc. Por esto, si la minoría debe tener asegurada su existencia y eficacia políticas, tan valiosas para la esencia de la democracia, si no ha de estar expuesta a la arbitrariedad de la mayoría y si la constitución no ha de ser una *lex imperfecta* o sin sanción, debe concederse a aquella la posibilidad de apelar directa o indirectamente a un tribunal constitucional", H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, versión española de la segunda edición de 1929 de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Editorial Labor, Barcelona, 1934, p. 106. De tal manera que "Si se ve que la esencia de la democracia no es la omnipotencia de la mayoría, sino el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y por tanto, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea", H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", 1928, versión española de R. Tamayo y Salmorán, revisada por D. García Belaunde, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, Madrid, 2011, p. 297.

Ciertamente, se puede decir que la ley puede regular cualquier ámbito que haya sido previamente regulado por un reglamento y puede modificar libremente el contenido de ese reglamento. Con carácter general esta afirmación es correcta, sin perjuicio de los matices propios de cada sistema de fuentes. Pero lo que no puede hacer ya la ley es delegar en el reglamento libremente, vulnerando las reservas constitucionales de ley. La reserva de ley, que en el Estado legal de derecho era una facultad del legislador, en el Estado constitucional de derecho es no sólo un límite al poder reglamentario sino también un límite al propio legislador<sup>14</sup>. De manera que la ley no tiene ya el control sobre lo que en el Estado legal de derecho se podía considerar como vertiente formal de la jerarquía. De la sustancial sí, porque la contradicción del reglamento con la ley se resuelve necesariamente en favor de la ley como norma jerárquicamente superior. De la formal no, porque la ley no tiene ya la capacidad incondicionada de regular la producción jurídica, ni siquiera la de rango infralegal, como tenía en el Estado legal de derecho.

Esta ruptura histórica, esta disociación entre el ámbito formal y el sustancial del derecho no se plantea como problema en el planteamiento kelseniano<sup>15</sup>, que se limita a establecer las condiciones de una ordenación del sistema jurídico acorde con la idea de democracia pluralista y fundamentado sobre la idea de “constitución material”, esto es, las normas que establecen las condiciones de producción del resto de las normas<sup>16</sup>. Este tipo de normas, que después serían caracterizadas por Tomaso Perassi como “normas sobre la producción jurídica”<sup>17</sup> se considerarán por Kelsen

14 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1992. Cfr. Igualmente, F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, 17ª ed., vol. I, Tecnos, Madrid, 2022.

15 Posiblemente porque ya estaba presente antes en la doctrina del Derecho Público alemán la disociación entre un concepto material y un concepto formal de ley. Así, para P. LABAND, “Das Wort Gesetz hat in der Rechtswissenschaft eine doppelte Bedeutung, welche man als die materielle und formelle bezeichnen kann”, en una relación entre ambas que no es de género a especie porque se trata de dos términos diferentes que se caracterizan uno por el contenido y el otro por la forma: “Das Wort Gesetz hat in der Rechtswissenschaft eine doppelte Bedeutung, welche man als die materielle und formelle bezeichnen kann”, P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit., tomo II, pp. 1 y 63.

16 “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*, cit., p. 228.

17 En su *Introducción a la Ciencia Jurídica*, publicada inicialmente como parte introductoria de su *Curso de Instituciones de Derecho Público* en 1919-20. Cfr. T. PERASSI, *Introduzione alle Scienze Giuridiche*, 1922, reimpresión de CEDAM, Padova 1967, pp. 34, 38, 57-8.



como supraordenadas, desde un punto de vista lógico, a las normas cuya producción vienen a regular. Aquí está la clave del problema, porque esa supraordenación lógica no es jerarquía ni tiene nada que ver con el principio de jerarquía o con la fuerza de ley a pesar de que la imagen de la “*Stufenbau*” pueda dar esa impresión.

Para entender la diferencia basta considerar que *la jerarquía propia del Estado legal de derecho expresa una fuerza inmanente a la propia ley, que se deriva de la unificación en esa fuente de las vertientes sustancial y formal del ordenamiento jurídico*. La ley era expresión de la soberanía y sintetizaba en ella lo que hoy definiríamos como norma sobre la producción jurídica fundamental del sistema (vertiente formal) y la capacidad de imponerse sobre cualquier otra fuente a través de su fuerza específica (vertiente sustancial). Al diferenciar Kelsen la vertiente lógica o formal del ordenamiento de la fuerza efectiva de la ley (que ya no será una condición inmanente, sino que dependerá de su correspondencia con las normas sobre la producción jurídica) sustrae al principio de jerarquía un elemento fundamental, definido después como principio de competencia por la doctrina italiana<sup>18</sup> y lo convierte –en un plano doctrinal, que después se afirmaría en la práctica constitucional de la segunda mitad del siglo XX– en un residuo histórico en su función de configuración ordinamental. Un residuo desde esa perspectiva, pero operativo de manera muy amplia porque sigue disciplinando las relaciones entre ley y reglamento, aunque ahora ya no como una fuerza inmanente de la ley sino en función de las condiciones establecidas por la constitución.

18 Se suele situar en C. ESPOSITO el origen doctrinal del principio de competencia, como principio opuesto al de jerarquía. Ciertamente ESPOSITO realiza una fuerte crítica a la tesis de la ordenación gradual y jerarquizada de las normas, basándose en la idea de la unidad de la voluntad estatal: “*costituzione, legge, regolamento, sentenza, atto amministrativo non sono manifestazione di volontà di diversi soggetti giuridici, aventi potere giuridico diverso, l’uno superiore l’altro inferiore, sicché il loro diverso valore possa riportarsi al diverso potere dei soggetti da cui essi emanano, ma manifestano tutti la unica volontà dello Stato*”, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, 1934, reimpresión de Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964, p. 61. La obra de ESPOSITO será fundamental para definir, en términos actuales, los contornos dogmáticos del principio de competencia. Importantes contribuciones doctrinales sucesivas serán la de G. ZANOBINI, “Gerarchia e parità tra le fonti”, 1939, recogida en G. ZANOBINI, *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1955 y la de V. CRISAFULLI anteriormente citada, “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”. Naturalmente, el fundamento último de estas y otras construcciones se encuentra en S. ROMANO, *L’Ordinamento Giuridico*, 1917-1918, edición de 1946, Sansoni, Firenze, 1962.

A. Merkl, discípulo de Kelsen, fue consciente de esa ruptura e intentó mitigarla y recomponer el principio de jerarquía, diferenciando dos escalas jerárquicas dentro del ordenamiento: la jerarquía que procede de la fundamentación de la validez o determinación de las normas, y la jerarquía que procede de la fuerza, de la capacidad de derogación de las normas. Para este autor, la diferencia de grado entre las normas puede proceder tanto de la capacidad de determinación de la norma superior cuanto de la capacidad de derogación de la norma superior. Ambos aspectos no necesariamente coinciden en las mismas normas, por lo que pueden darse una pluralidad de escalas, de tal modo que una norma ocupe una posición superior a otra en relación con un criterio jerárquico, mientras su posición sea similar (de paridad) o inferior respecto del otro criterio jerárquico<sup>19</sup>.

En fechas más recientes realizaría un esfuerzo similar Alessandro Pizzorusso, defendiendo la existencia de una doble jerarquía dentro del sistema de fuentes. En primer lugar, la jerarquía de las fuentes o de las normas, que se deriva de la eficacia normativa propia de las diferentes fuentes. Se trata de una estructura jerárquica que se basa en la intensidad de la eficacia normativa de las distintas manifestaciones de voluntad del Estado y que da lugar a las diversas fuentes del derecho (constitución, ley, reglamento, etc.). En segundo lugar, frente a la anterior jerarquía normativa, una jerarquía instrumental que se produce entre las normas sobre la producción jurídica y las otras normas (incluidas también las propias normas sobre la producción jurídica en su aspecto pasivo, en cuanto son reguladas por ellas mismas). Mientras la jerarquía normativa se basa en la diversa intensidad de la voluntad política, la jerarquía instrumental lo hace en una relación de instrumentalidad lógica, existente entre las normas sobre la producción jurídica y las normas producidas<sup>20</sup>.

Sin embargo, estos intentos doctrinales resultan, a mi juicio, incompatibles con la gran transformación histórica que supone el Estado constitucional de derecho en relación con el Estado legal de derecho, que no es simplemente jurídica, sino que

19 A. MERKL, "Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues", publicado inicialmente en 1931, versión italiana incluida en la recopilación A. MERKL, *Il duplice voto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, pp. 38 y ss. Existe versión española traducida del alemán por J. L. Fuentes Osorio y M. Azpitarte Sánchez, "Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2 julio-diciembre, 2004, y núm. 3, enero-junio, 2005.

20 Cfr. A. PIZZORUSSO, *Delle Fonti del Diritto. Commentario del Codice Civile, art. 1-9*, Nicola Zanichelli Editore/ Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, pp. 6 y ss. Hay segunda edición de 2011.

tiene raíces más profundas. La configuración del pluralismo político como principio esencial de la democracia y del orden constitucional implica necesariamente renunciar al principio de jerarquía como principio articulador del sistema de fuentes (aunque siga desplegándose en sectores específicos). La democracia pluralista se proyectará sobre todo el sistema obligando a establecer nuevos criterios de relación entre las fuentes que hagan posible la preservación del pluralismo político. La gran aportación kelseniana, la atención a la validez de las normas y el control jurisdiccional que garantiza la normatividad de la constitución suponen una transformación esencial. Si en el Estado legal de derecho las categorías esenciales eran la *jerarquía* y la *eficacia*, en el Estado constitucional de derecho, las categorías esenciales serán la *competencia* y la *validez*.

Desde el punto de vista técnico, la diferencia es evidente. Mientras el principio de jerarquía expresa una relación directa entre normas, el principio de competencia implica una relación entre normas mediada a través de una tercera norma, una norma sobre la producción jurídica<sup>21</sup>. La estructura de ambos principios es completamente distinta, lo que los hace incompatibles entre sí. Hasta tal punto que dos normas con el mismo rango formal pueden tener una relación competencial que determine la invalidez de una de ellas por contradecir a la otra norma en relación con una norma sobre la producción jurídica. Eso puede ocurrir en relación con los vicios formales de las leyes respecto de los reglamentos parlamentarios, que tienen el mismo rango, o puede ocurrir también en determinados ordenamientos en los que el parámetro de constitucionalidad incorpora normas del mismo rango para determinar la constitucionalidad de unas respecto de las otras (como es el caso de España con el bloque de constitucionalidad).

La *jerarquía* y la *eficacia* nos retrotraen en su origen al despliegue histórico de un nuevo orden jurídico que quería imponerse sobre los dispersos regímenes normativos del Antiguo Régimen, estableciendo unidad y racionalidad. La *competencia* y la *validez* nos conducen a la necesidad de articular esa unidad y racionalidad dentro de ese nuevo orden, ya asentado, entre los distintos sectores sociales que configuran una sociedad plural. La labor pacificadora del derecho se expresa así a través de la gran construcción doctrinal kelseniana en el plano doctrinal, aunque sólo se consolidará en la vertiente normativa en Europa a partir de las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial.

21 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1991.

### III. LAS RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS Y EL CONCEPTO DE *MEDIACIÓN NORMATIVA*

Si la relación jerárquica entre normas es directa y la relación competencial es una relación mediada por una tercera norma (una norma sobre la producción jurídica) es fácil comprender que *el principio de jerarquía nunca podrá aplicarse, en sentido estricto, a la relación entre ordenamientos*<sup>22</sup>. En efecto, las relaciones entre normas de distintos ordenamientos son siempre *relaciones mediadas* por normas sobre la producción jurídica. Han pasado los tiempos del Estado nacional en los que Carnelutti afirmaba que lo que un ordenamiento podía recibir de otro no es una norma sino un hecho<sup>23</sup>. Sin embargo, eso no quiere decir que las relaciones entre ordenamientos sean equiparables a las relaciones entre normas de un mismo ordenamiento. En estas últimas la jerarquía es un principio que disciplina sectores específicos sobre la base de una *relación internormativa directa* (relación entre ley y reglamento o entre disposiciones reglamentarias) y que sigue teniendo una proyección muy importante, aunque limitada al ámbito intraordenamental.

Por el contrario, *las relaciones entre normas de distintos ordenamientos no son directas, sino que están siempre mediadas por normas sobre la producción jurídica*. No son relaciones directas, como las del principio de jerarquía, sino que dependen de las habilitaciones competenciales realizadas a través de una tercera norma. Esas habilitaciones competenciales pueden ser internas o externas. En los casos de estructura territorial descentralizada, Estados federales o regionales, es la propia constitución la que contiene las normas sobre la producción jurídica básicas, aunque puede ocurrir –como en el caso de España– que la constitución remita a otras normas para completar la regulación de las relaciones entre las normas procedentes de distintos ordenamientos (estatal y autonómico).

22 Sin perjuicio de que, como indica J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, tenga lugar “la expresa positivización a nivel interno de la posición incluso constitucional de los Tratados internacionales en respectivos y concretos sistemas de fuentes, de modo que venga a confundirse convencionalidad y constitucionalidad en ellos”, en ese caso estamos hablando de algo diferente porque es el propio ordenamiento el que inserta el tratado en su sistema de fuentes, aun cuando su condición de norma externa seguirá determinando singularidades específicas. Cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, cit., p. 129. Cfr. Igualmente, P.R. BARBOSA RAMOS y B.D. VALE CASTRO, “Tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Su impacto en el ordenamiento jurídico brasileño”, traducción de A. Aguilar Calahorra, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 24, julio-diciembre, 2015.

23 Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del Diritto*, versión española de C.G. Posada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pp. 116, 123, 130 y ss.

En todo caso, ninguna norma estatal es jerárquicamente superior a una autonómica como tampoco una norma federal es jerárquicamente superior a una estatal. Incluso en el caso de las competencias concurrentes la relación es de preferencia aplicativa, prevalencia o primacía de unas normas sobre otras, pero no de jerarquía. En esos supuestos también hay una determinación competencial, una norma sobre la producción jurídica que disciplina las relaciones entre fuentes estatales y autonómicas.

Lo mismo puede decirse de la relación entre el derecho de la Unión Europea y el derecho interno. El derecho europeo se aplica en el ámbito interno porque la constitución hace posible que el Estado miembro se integre en el ordenamiento jurídico europeo. En el caso de España esa autorización se contempla en el artículo 93 CE, de acuerdo con el cual: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

Ahora bien, el principio de primacía del derecho de la Unión no equivale a un principio de jerarquía, no determina la aplicación directa e incondicionada de las normas europeas sobre las internas, sino que debe situarse en el contexto del principio de atribución competencial: prevalece el derecho de la Unión válidamente producido, dentro del marco de las competencias de la Unión<sup>24</sup>. Existe, por tanto, una tercera norma de referencia a la que es necesario acudir previamente para decidir la norma aplicable. Si la norma europea no fuera válida (si así fuera establecido por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) no podría producirse la aplicación preferente de la norma europea sobre la estatal.

Por lo que se refiere a los tratados internacionales, esa misma salvedad se encuentra en el artículo 96.1 CE, de acuerdo con el cual “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Por tanto, es requisito previo para la aplicación de los tratados internacionales en el ordenamiento interno que estos ha-

24 Cfr., sobre el principio de primacía: A. AGUILAR CALAHORRO, *La dimensión constitucional del principio de primacía*, con Prólogo de M. Azpitarte Sánchez, Thomson Reuters, 2015.

yan sido válidamente celebrados, lo que implica de nuevo la mediación de normas sobre la producción jurídica.

Como hemos indicado, por sus propias características técnicas, competencia y validez nos conducen necesariamente a una *mediación normativa*, ya que remiten a una tercera norma (en relación con las normas que entran en conflicto) que es la que define las competencias y las condiciones de validez de las normas que pueden producirse dentro de cada ámbito competencial. Esa mediación normativa se expresa también en la configuración del *control de constitucionalidad* en un ordenamiento complejo con pluralidad de ordenamientos (en estructuras territorialmente descentralizadas). Su finalidad última en el Estado constitucional está orientada hacia la determinación de la validez de las normas que entran en conflicto con las normas sobre la producción jurídica del sistema.

Pero, del mismo modo que la normatividad de la constitución encuentra su más firme desarrollo en el Estado nacional, también la validez, como categoría estrechamente vinculada a la constitución normativa alcanza su plenitud bajo esa forma estatal, especialmente cuando en ella se configuran fórmulas de distribución territorial del poder y de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales. Estas fórmulas se manifiestan, habitualmente, a través del control de validez. Sin embargo, *la proyección supranacional del Estado y la extensión del poder estatal hacia organizaciones supranacionales en contextos de integración política, están planteando nuevas formas de organizar las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, que ya no se articulan a través del control de validez de los actos.*

No podemos recuperar tampoco la noción de eficacia para estos nuevos ámbitos de relación entre ordenamientos y los conflictos normativos que en ellos se generan. No cabe hablar de eficacia en el sentido de jerarquía porque ese significado de la jerarquía ya se agotó y no tiene cabida en el Estado constitucional de derecho, salvo para las relaciones entre ley y reglamento o entre normas reglamentarias. Cuando una norma supranacional o un tratado colisionan con una norma interna, por ejemplo, la norma interna no se invalida como ocurre cuando se aplica la fuerza de ley que se despliega sobre un reglamento ilegal. Pero tampoco es posible realizar un juicio de validez pleno por parte de la jurisdicción constitucional sobre la norma supranacional o internacional.

Es necesario recurrir, por tanto, a institutos intermedios entre la *eficacia* y la *validez* entendidos en el sentido que se les atribuye en el Estado legal y en el Estado constitucional de derecho. Nuevas figuras que nos permitan entender el funcionamiento del control de constitucionalidad en el marco del derecho constitucional de

la integración supranacional y, en general, de la relación entre ordenamiento interno y ordenamientos externos.

Desde esa perspectiva, cobra especial relevancia la transformación de la eficacia, concebida originalmente a través del filtro de la fuerza de ley, en un mecanismo más modesto de *inaplicación* o de aplicación preferente de normas, como ocurre en los supuestos de conflicto entre ordenamientos, ya se califique como primacía o como prevalencia. Del mismo modo, podemos hablar de una transformación de la validez entendida desde la determinación que las normas sobre la producción jurídica generan para establecer la pertenencia al ordenamiento en el juicio de constitucionalidad, a una figura igualmente más limitada centrada en los *ámbitos de validez* de las normas.

La *eficacia* y la *validez* de las normas, en su formulación original en el sistema de fuentes del Estado legal y del Estado constitucional de derecho, determinaban la expulsión de las normas del sistema jurídico. Lo hacía la fuerza de ley desplegando su eficacia como norma superior, lo hacía la constitución mediante la invalidación jurisdiccional de las normas consideradas contrarias a la constitución (en el sentido material kelseniano). En los conflictos entre ordenamiento interno y ordenamientos externos no vemos ahora esa potencialidad originaria de eficacia y validez. Las normas internas en conflicto con normas externas válidas se inaplican, pero no se expulsan del ordenamiento. Lo mismo ocurre con las normas externas cuando son objeto de control directo o indirecto por parte de la jurisdicción constitucional: su invalidez no es viable porque la producción de esas normas se sitúa fuera del Estado y las normas sobre la producción internas (constitución incluida) no tienen la capacidad de condicionar su validez en plenitud.

En las relaciones entre ordenamientos que implican normas externas vemos ahora una combinación de eficacia y validez que se produce en los *ámbitos de validez* de las normas, que implican un despliegue limitado de su eficacia<sup>25</sup>. El control de constitucionalidad podrá realizarse sobre ámbitos concretos de validez de las normas, determinando la restricción de esos ámbitos<sup>26</sup>. Los jueces y tribunales

25 Si una norma es válida, esto es, si existe y es legítima, esa norma despliega su eficacia en cuatro ámbitos de validez: territorial, personal, material y temporal. El ámbito *material* de validez de las normas afecta al concepto de abstracción, considerado tradicionalmente como uno de los requisitos del fenómeno normativo para las concepciones de la norma basadas en el contenido. El ámbito *temporal* de validez afecta al Derecho intertemporal y al derecho transitorio. Por su parte, los ámbitos *personal* y *territorial* plantean el problema de la generalidad de las normas y de la articulación de ordenamientos diversos dentro de un mismo ordenamiento global. *Cfr.*, sobre esta temática, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, vol. I, *cit.*, apartado 2.5.5.

26 La limitación de la validez de una norma, por referencia a su conformidad con el parámetro

no podrán invalidar normas legales en sistemas de jurisdicción concentrada, pero sí podrán determinar la restricción de su ámbito temporal de validez, por ejemplo, si el conflicto puede resolverse en el futuro de otro modo. Del mismo modo, la jurisdicción constitucional no podrá invalidar normas externas, pero sí podrá determinar una restricción de su ámbito territorial de validez, para evitar que su aplicación interna resulte contraria con la constitución.

#### IV. PRINCIPIO DE COMPETENCIA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como hemos señalado, el control de constitucionalidad, en su formulación kelseniana, viene de la mano del concepto de “constitución material” (las normas sobre la producción jurídica) y, por tanto, del principio de competencia. Es decir, su presupuesto es la escisión entre los componentes formales y sustanciales de la fuente sobre la que se construye el sistema jurídico en el Estado legal de derecho: la ley. La ley incorporaba a través de la fuerza de ley el componente formal y el sustancial del principio de jerarquía. Se imponía a las fuentes inferiores sin limitación alguna, por el mero hecho de la contradicción en los contenidos vinculada a su absoluta superioridad jerárquica, que le otorgaba la condición formal de norma sobre la producción jurídica fundamental. En el Estado constitucional de derecho esa unidad de la *vertiente formal y sustancial* del principio de jerarquía solo es atribuible ya a la constitución, pero no a la ley, que también estará sometida en sus relaciones con otras fuentes a la propia constitución (como lo evidencia la transformación de la reserva de ley de facultad en límite al legislador).

De ahí que, en la formulación típica del control de constitucionalidad de la ley, el principio de jerarquía –en cuanto jerarquía superior de la constitución– pueda seguir siendo considerado como fundamento del control mismo, aunque sería más correcto hablar de *supremacía*. La supremacía de la constitución, en efecto, es una formulación que se corresponde con la antigua superioridad jerárquica de la ley en el Estado legal de derecho, pero no así con su actual superioridad jerárquica sobre el reglamento en el Estado constitucional de derecho, es decir, no así con las características actuales del principio de jerarquía. La supremacía de la constitución sí

de legitimidad y a su pertenencia al ordenamiento, no admite grados posibles. Una norma es válida porque es legítima, o es ilegítima y debe considerarse inválida. Sin embargo, la eficacia de la norma, manifestada a través de sus diversos ámbitos de validez, sí admite limitaciones. De ese modo, la norma puede ser temporal, o aplicarse en un territorio concreto, o referirse a personas o materias determinadas.



incorpora esa integridad de la antigua jerarquía del Estado legal de derecho que en la constitución normativa se disocia en la vertiente formal (principio de competencia) y sustancial (principio de jerarquía). La supremacía de la constitución, en suma, *no se proyecta sólo a través de su posición jerárquica superior, sino también a través de una ordenación competencial que tiene que ver con la mediación normativa propia de las normas sobre la producción jurídica, englobando así a los dos principios fundamentales de estructuración del ordenamiento: jerarquía y competencia.*

Es decir, en el Estado constitucional de derecho la constitución no es solamente una norma jerárquicamente superior cuyos contenidos se imponen al resto del ordenamiento jurídico en virtud de esa condición. Es también la norma que establece la ordenación de las competencias en el sistema jurídico y la definición de las fuentes del derecho y de las normas sobre la producción jurídica. Es, al tiempo que norma jerárquicamente superior en sus contenidos, norma que regula la producción jurídica y la estructura formal del ordenamiento mediante el principio de competencia. La imagen correcta de esa función no es la del escalón superior de una pirámide normativa, sino la del *centro del ordenamiento jurídico*. La constitución es el centro de la estructura formal y de la ordenación sustancial del sistema jurídico. La constitución regula la producción normativa y los conflictos entre normas, de tal manera que ningún conflicto normativo le puede ser ajeno y todos ellos tienen, por tanto, una dimensión constitucional.

En el ordenamiento del Estado legal de derecho, el control de constitucionalidad era impensable, porque la ley y la constitución formaban parte del mismo universo cultural, tenían una racionalidad compartida y una fuente común en la soberanía popular y nacional. Naturalmente, podía haber diferenciación entre constitución y ley teniendo en cuenta la distinta naturaleza de los procesos de producción de cada fuente, así como en función de la rigidez constitucional. Pero el sistema estaba orientado a la transformación revolucionaria de la sociedad a través de la eficacia de la ley, no a un control de una ley que era incuestionable en sí misma por proceder de la soberanía popular o nacional. El principio de articulación global del sistema era el principio de jerarquía y las normas contrarias a la ley resultaban ineficaces e inválidas.

El control de constitucionalidad requiere de una constitución material en sentido kelseniano, una serie de normas sobre la producción jurídica que establezcan fuentes y habiliten competencias. La determinación de la validez de las normas que son objeto de control se basa en última instancia en el hecho de que las normas sobre la producción jurídica regulan las condiciones de producción de esas normas. El *principio de constitucionalidad* forma parte de esas normas sobre la producción, vinculando al resto de las fuentes y normas al respeto a los procedimientos formales y también a los principios y valores materiales incorporados a la constitución. Es,

por tanto, un principio de mayor densidad y alcance que el principio de jerarquía, como también lo es la supremacía constitucional de la que este principio se deriva.

Sin embargo, es habitual referirse a esta relación entre la constitución normativa y el resto de las normas como una relación jerárquica<sup>27</sup>. Ciertamente puede afirmarse así en tanto que no hay mediación de una tercera norma superior a la propia constitución y a las normas infraconstitucionales que defina el propio ámbito de validez de las normas constitucionales. Las normas interpuestas o las normas que integran el bloque de constitucionalidad son normas que realizan esa función mediadora respecto de las otras normas infraconstitucionales, pero no respecto de la propia constitución, porque no condicionan la validez de las normas constitucionales. En todo caso, sería más correcto hablar de *supremacía* porque la relación entre las normas constitucionales y el resto de las normas del sistema jurídico es más compleja que la relación jerárquica entre la ley y el reglamento que definió el modelo en torno al cual se construyó el principio de jerarquía en el derecho público.

Por lo que se refiere al ordenamiento interno, la construcción del parámetro de constitucionalidad tiene siempre como referencia una norma de cabecera, que debe ser una norma constitucional. A partir de ahí, el control de constitucionalidad puede ser directo o indirecto. Será directo si se confronta la norma objeto de control con la norma constitucional. Será indirecto si el parámetro integra también otras normas, como pueden ser las llamadas “normas interpuestas” en la doctrina italiana<sup>28</sup> o las normas que integran el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento constitucional español<sup>29</sup>. Estas normas, procedentes de los Estatutos de Autonomía y de otras leyes, pueden perfilar la aplicación concreta de un precepto constitucional

27 Cfr. T. REQUENA LÓPEZ, *El principio de jerarquía normativa*. Editorial Civitas, Madrid, 2004.

28 La acuñación de este término corresponde a LAVAGNA en 1955. Cfr. sobre el tema, con una perspectiva crítica, P. GIOCOLI NACCI, “Norme interposte e giudizio di costituzionalità”, en *Scritti su la Giustizia costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli* (I), CEDAM, Padova, 1985, pp. 359 ss.

29 Un término que procede del constitucionalismo francés. Cfr. F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN, “La Jurisdicción constitucional”, en A. PREDIERI, E. GARCIA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, p. 844. Cfr. igualmente, A. GARRORENA, “Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica”, *REP*, núm. 13, 1980, pp. 201-202, nota 34, y S. MARTÍN-RETORTILLO, “Consideraciones sobre los tribunales constitucionales”, *REDA*, núm. 15, 1977, p. 568. Como indica F. RUBIO LLORENTE, de la literatura jurídica francesa se ha tomado sólo una expresión que se aplica en el ordenamiento constitucional español a una realidad diferente. Cfr. F. RUBIO LLORENTE, “El bloque de constitucionalidad”, *REDC*, núm. 27, 1989, pp. 18-19.

en virtud de previas habilitaciones constitucionales que obligan a integrarlas en el parámetro de constitucionalidad.

Ahora bien, la integración del Estatuto de Autonomía en el bloque de constitucionalidad no permite hablar de un juicio de “estatutoriedad” o de la posible “antiestatutoriedad” de las normas, de manera independiente del juicio de constitucionalidad y de la eventual inconstitucionalidad de las normas. La validez de las normas está siempre vinculada, directa o indirectamente, a la constitución. Es también la constitución la que se vulnera de manera indirecta por las normas autonómicas o estatales que sean contrarias al bloque de constitucionalidad<sup>30</sup>. Ciertamente, estamos ante normas sobre la producción jurídica incorporadas al Estatuto, pero eso no cambia la naturaleza del control, que sigue siendo un control de constitucionalidad, aunque sea un control indirecto, porque incorpora normas que, como el Estatuto de Autonomía, forman parte del bloque de constitucionalidad.

Cuestiones muy diferentes a las de las normas interpuestas o las normas que se incorporan al bloque de constitucionalidad se plantean en la construcción del parámetro de constitucionalidad cuando hay que considerar también a normas internacionales o supranacionales. Las normas internas que integran el bloque de constitucionalidad están sometidas a la constitución y realizan su función de mediación normativa dentro del marco de la constitución. Por el contrario, las normas supranacionales o internacionales pueden realizar una función de *mediación normativa* respecto de las propias normas constitucionales. Esto supone una diferencia de *status* importante porque puede generar un conflicto entre el derecho internacional o supranacional y la propia constitución.

La específica dificultad que plantean los tratados para el control de constitucionalidad ya fue señalada por Kelsen, en coherencia con su idea de una comunidad jurídica universal a la que se deben someter los ordenamientos estatales<sup>31</sup>. Esa primacía del derecho internacional sobre el interno hace que pueda desplegar efectos sobre la ley o sobre la constitución mientras que no puede ser derogado por un acto

30 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “El Estado Autonómico en el contexto de la integración europea. Un comentario a la STC 31/2010, de 28 de junio”, *Nuove Autonomie - Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, 2010, p. 644.

31 “Todas las comunidades jurídicas, desde la Confederación hasta la última asociación de derecho civil, pasando por el Estado federal, el Estado unitario, el Estado federado, la provincia autónoma o la entidad local, son ordenadas por la universal comunidad jurídica internacional en una cadena continua de formas jurídicas”, H. KELSEN, “Der Wandel des Souveränitätsbegriffes”, 1931, versión española de M. Azpitarte Sánchez, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18, julio-diciembre, 2018, p. 356.

unilateral del Estado, que es simplemente una de las partes contratantes. Por ello, aunque el tratado puede ser objeto de control de constitucionalidad, “el lugar de un tratado internacional en el edificio del ordenamiento jurídico no se deja determinar perfectamente de manera unívoca”<sup>32</sup>.

El Estado se compromete internacionalmente, pero debe hacerlo en el marco de la constitución y de acuerdo con las condiciones establecidas por la constitución. Cuando alguna de esas obligaciones internacionales entra en contradicción con la constitución, se genera un desajuste entre constitución y Estado en el ámbito de las relaciones internacionales y de la integración del tratado internacional en el ordenamiento interno, porque esa integración está habilitada por la constitución, pero no hasta el punto de que pueda dar lugar a un resultado contrario a la constitución. Esa contradicción nos conduce necesariamente a los procedimientos de reforma de la constitución, así como a los mecanismos de control preventivo de los tratados internacionales (en el caso de España, previstos en el artículo 95 CE).

En lo que se refiere al derecho de la Unión Europea, la dificultad se incrementa por el hecho de que la posible contradicción con la constitución no se evita con el control preventivo de los tratados, sino que puede generarse entre el derecho derivado y el derecho constitucional, de manera que se trata de un riesgo de conflicto permanente. Para conjurar ese riesgo se han puesto en marcha diversos institutos, partiendo de la doctrina de los “contralímites” o reservas constitucionales elaborada por los tribunales constitucionales nacionales (inicialmente el TCFA y la Corte Costituzionale italiana). Esa doctrina se ha incorporado al Derecho de la Unión, donde el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea establece que “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”.

El respeto a la identidad constitucional de los Estados es un mecanismo de flexibilización similar<sup>33</sup> al del margen de apreciación nacional en el marco del CEDH<sup>34</sup>.

32 H. KELSEN, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *cit.*, p. 264.

33 Solo similar porque, como bien indica M. AZPITARTE, en las observaciones que me ha hecho a este texto, la identidad es un límite a la aplicación. El margen de apreciación, por el contrario, un criterio para la ponderación de bienes constitucionales en juego, para la delimitación del contenido del derecho. El margen de apreciación no sirve para no aplicar una norma. Sirve para dar por buena la ponderación realizada por un Estado.

34 Sobre el margen de apreciación, *Cfr.* A. SAIZ ARNAIZ, “Tribunal Europeo de Derechos

De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha invocado ya esta cláusula del art. 4.2 TUE para modular la aplicación del derecho de la Unión cuando se ha producido un conflicto con las constituciones de los Estados miembros<sup>35</sup>. Una apelación que es esencialmente formal porque se completa con otras referencias normativas europeas generalmente, pero que sirve para evitar un conflicto potencial.

Hay más dificultades para que se consolide en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales nacionales un reconocimiento similar respecto del derecho de la Unión al que está teniendo el TJUE en relación con el derecho constitucional nacional. Mientras el TJUE integra el derecho constitucional nacional dentro del parámetro de control a través de esa cláusula de respeto de la identidad constitucional, las jurisdicciones constitucionales nacionales tienen más reparos para integrar el derecho de la Unión dentro del parámetro de control de la constitucionalidad<sup>36</sup>. En el caso de España ha habido algún intento que posteriormente no se ha visto confirmado, de manera que el Tribunal Constitucional sigue entendiendo al derecho de la Unión como un derecho que puede modular la interpretación que realice el propio Tribunal (en materia de derechos fundamentales, de acuerdo con el artículo 10.2 CE) pero no como un derecho que se integre directamente en el parámetro de constitucionalidad, generando así una especie de “bloque de la constitucionalidad” externo<sup>37</sup>.

Lo mismo se puede decir en relación con el CEDH y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es tenida en cuenta como criterio de interpretación vía art. 10.2 CE, pero no como un instrumento normativo sustantivo que pueda integrar el parámetro de constitucionalidad. Esto no quiere decir que no se acate la doctrina del TEDH en España, todo lo contrario, especialmente porque el art. 10.2 CE tiene en este caso una dimensión muy similar a la de la *mediación*

Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 221–245.

35 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “The dialectic relation between the national and the European constitutional identity in the framework of European Constitutional Law”, *UNIO - EU Law Journal*, vol. 3, núm. 3, mayo, 2017, pp 10-24:

<https://revistas.uminho.pt/index.php/uniol/article/view/314/317>.

36 Aunque en materia de estabilidad presupuestaria, por ejemplo, esa integración es ya inevitable debido a las reformas constitucionales en los Estados miembros, que han incorporado el derecho de la Unión como parámetro en ese ámbito específico. Cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, cit., p. 131.

37 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “Die Einwirkungen des Unionsrechts und der EMRK auf die nationalen Verfassungen. Der Fall Spanien”, en H. VON BLANKE; S. MAGIERA; J. PIELOW; A. WEBER, *Verfassungsentwicklungen im Vergleich*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021.

*normativa* que se produce mediante la integración en el bloque de constitucionalidad. Por otro lado, España no es un Estado que tenga un gran número de sentencias condenatorias o contra el que se hayan presentado muchos recursos<sup>38</sup>. Es comprensible, desde esa perspectiva, que la incidencia directa de este derecho convencional sobre el ordenamiento interno sea inferior al de otros países europeos desde un punto de vista cuantitativo, sin perjuicio de que la doctrina del TEDH deba ser seguida siempre, con independencia del Estado concreto al que vaya referida<sup>39</sup>.

Es preciso señalar, en todo caso, que esa integración tampoco cambiaría la naturaleza del control de constitucionalidad. Esto es, *el control de constitucionalidad no pasa a ser un control de “europeidad”, en el caso del derecho de la Unión, o un control de “convencionalidad”*<sup>40</sup>, en el caso del CEDH, por el hecho de que el parámetro de constitucionalidad integre también como normas interpuestas a las normas de la UE o a las del CEDH con la correspondiente jurisprudencia del TJUE o del TEDH. Al igual que hemos señalado antes para el llamado “control de estatutoriedad”, lo que determina la invalidez de una norma en el ordenamiento interno es una confrontación con la constitución, ya sea directa (integrando en el parámetro solamente normas constitucionales) o indirecta (integrando también en el parámetro normas interpuestas, de la Unión Europea o del CEDH).

## V. LAS NORMAS EXTERNAS COMO OBJETO Y COMO PARÁMETRO DE CONTROL

Desde la perspectiva del control de constitucionalidad, las normas externas resultan relevantes en dos ámbitos. Por un lado, en la cuestión fundamental de la

38 Cfr. J. MATÍA PORTILLA, “Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 273 y ss.

39 Cfr. A. QUERALT JIMÉNEZ, “Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p. 395 y ss.

40 Sobre el control de convencionalidad, Cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Iberoamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, enero-junio, 2013, pp. 221-270, Cfr. Igualmente, L. JIMENA QUESADA, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 15, 1<sup>er</sup> semestre, 2010, pp. 41-74. Es de interés también la recopilación de jurisprudencia contenida en el *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7: “Control de convencionalidad”.

integración del *parámetro* de constitucionalidad, de su capacidad para realizar una función de mediación normativa entre el ordenamiento externo y el interno. Por otro lado, en su consideración como *objeto del control* de constitucionalidad y las consecuencias que podría tener una eventual declaración de inconstitucionalidad de este tipo de normas.

Por lo que se refiere a la integración en el parámetro de constitucionalidad estamos aquí frente a una potencial función de *mediación normativa* en virtud de la cual el derecho externo se integra dentro del orden constitucional interno a efectos de determinar la validez de las normas sometidas a control. Esta posibilidad es expresiva de unas *relaciones de confluencia* entre ordenamientos que supone una dimensión específica de la incidencia de las normas externas dentro del sistema constitucional.

Esa confluencia puede estar promovida por los propios ordenamientos externos a través de mecanismos tales como el margen de apreciación (TEDH) o el respeto a la identidad constitucional de los Estados (TJUE). Este último principio, al que ya nos hemos referido antes, ha dado lugar a una singular jurisprudencia por parte del TJUE si tenemos en cuenta que su origen se sitúa en los contralímites o reservas constitucionales de los tribunales constitucionales nacionales frente al derecho europeo. Estas reservas constitucionales se configuraron como un límite, como una frontera frente al derecho de la Unión en relación con principios fundamentales del sistema constitucional que se debían preservar.

Sin embargo, como ya advirtiera hace algunos años Angelo Schillaci, había otra posibilidad de interpretarlos, como finalmente ha hecho el TJUE, de manera que a través de ellos pudieran articularse una relación integradora y no conflictiva entre el derecho europeo y el derecho interno<sup>41</sup>. Esta versión de la “identidad constitucional” que maneja el TJUE no tiene mucho que ver con la idea de “contralímites”, entendidos como núcleo esencial en el orden constitucional interno que no podría verse afectado por el Derecho europeo.

41 En efecto, como indicara A. SCHILLACI, los contralímites pueden ser no solamente instrumentos de defensa del orden constitucional interno sino también “instrumentos de apertura y cauces de la integración material”, de tal manera que “las reservas de constitucionalidad, hasta ahora indicadas como momentos de oposición irreducible, y aporía interna a las relaciones entre sistemas, acaban traduciéndose en instrumento de garantía, y cauce de representación de las exigencias específicas de cada comunidad”. *Cfr.* A. SCHILLACI, “Camino de la integración material: la comunitarización de los contralímites en la Decisión Société Arcelor Atlantique et Lorraine del Conseil d’Etat”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, julio-diciembre, 2007.

Por el contrario, se trata de un mecanismo similar al del “margen de apreciación”<sup>42</sup> que apela a la identidad nacional “con minúscula” como dice Pedro Cruz Villalón, lo que supone que la identidad nacional pierde su carácter absoluto. De ese modo, “La identidad constitucional puede ser alegada, con escasas reservas, por parte de los Estados, pero al coste de tener que competir con una pluralidad de categorías y, en particular, con un juicio de proporcionalidad”<sup>43</sup>.

Como dice Stelio Mangiameli,

“le limitazioni all’applicazione di alcune disposizioni del diritto europeo sono conseguenza dell’interpretazione sistematica dello stesso diritto sovranazionale, rispetto alla quale le disposizioni delle costituzioni nazionali sono assunte non per la loro portata normativa, ma come parte dei fatti rilevanti per l’applicazione dei principi europei, anche quando questi sono corrispondenti nei contenuti a nozioni adoperate dalle norme costituzionali nazionali”<sup>44</sup>.

En definitiva, podríamos decir que el TJUE no está aplicando aquí estrictamente los contralímites como tales, ni siquiera “europeizados” porque, en realidad, no define la identidad constitucional como tal, sino que se limita a decidir hasta qué punto determinadas particularidades del ordenamiento constitucional pueden modular la aplicación del Derecho europeo. Que esas particularidades sean necesariamente parte integrante de la “identidad constitucional” resulta más que discutible. Esto no quiere decir que no puedan serlo (por ejemplo, en el caso de la dignidad de la persona respecto de Alemania) pero esa condición no es la relevante para el

42 Con las salvedades indicadas por M. AZPITARTE, véase *supra*, nota núm. 33.

43 Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”, en F. BALAGUER CALLEJÓN, P. CRUZ VILLALÓN, P. GROSSI, P. HÄBERLE, S. MANGIAMELI, G. MILANO, J. MIRANDA y D. SCHEFOLD, *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Giuffrè Editore, tomo I, 2015, pp. 739, 742. Cfr., igualmente A. RUGGERI, “Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i ‘controlimiti’)”, en: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/04/ruggeri.pdf>. Cfr., también, S. GAMBINO, “Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18, julio-diciembre, 2012 y P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*, con Prólogo de A. Carmona Contreras, Aranzadi, 2022.

44 S. MANGIAMELI, “L’Unione Europea e l’identità degli Stati membri”, en F. BALAGUER CALLEJÓN, P. CRUZ VILLALÓN, P. GROSSI, P. HÄBERLE, S. MANGIAMELI, G. MILANO, J. MIRANDA y D. SCHEFOLD, *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Giuffrè Editore, 2015, p. 1839.



TJUE, ya que incluso si no fueran parte de la “identidad constitucional” podrían ser utilizadas para modular la aplicación del principio de primacía.

Lo importante, sin embargo, desde la perspectiva de la temática que estamos abordando, es que los tribunales externos utilizan (ya sea apelando al margen de apreciación, ya sea apelando a la identidad nacional) instrumentos normativos de los sistemas jurídicos estatales como normas mediadoras que se integran dentro de su parámetro de enjuiciamiento. En particular, por lo que se refiere a la identidad nacional, como indica Miguel Azpitarte, siendo una categoría autónoma del Derecho de la Unión, es también “un mandato normativo que obliga al Tribunal de Justicia a interpretar la realidad constitucional del Estado miembro que la alega”<sup>45</sup>. Es viable, por tanto, que un ordenamiento reciba normas de otro para modular los ámbitos de validez de sus propias normas<sup>46</sup>. En este caso, el ámbito territorial de validez del Derecho de la Unión en relación con determinados Estados miembros.

Por lo que se refiere a las normas externas como *objeto* de control nos encontramos aquí con la cuestión de los límites en las relaciones entre ordenamientos, que ya no son de confluencia (como en los supuestos de integración del parámetro de control) sino *relaciones de conflicto*. Esto es, si se plantea el control de una norma externa es porque hay una probable lesión de la constitución, lo que en el caso del derecho europeo nos llevaría a la cuestión de los contralímites o reservas constitucionales. Nos conduciría muy lejos el desarrollo de esta temática, que implica necesariamente la capacidad de adaptación de la constitución y la cuestión de los límites a la reforma, esto es, las disposiciones intangibles, cláusulas pétreas o cláusulas de eternidad<sup>47</sup>.

45 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

46 Por lo demás, tanto el derecho constitucional nacional como el derecho convencional derivado del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH (con independencia de que este último se terminará integrando directamente en el ordenamiento de la Unión cuando se cumpla la previsión del artículo 6.2 TUE y la Unión se adhiera al CEDH) desarrollan una *función hermenéutica* y una *función normativa* propia en el ordenamiento de la UE: Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “Profilo metodologico del Diritto Costituzionale europeo”, *cit.*

47 Sobre estas cuestiones, Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, “La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Sexagésimo aniversario, Número conmemorativo 1948-2008, Año 2008; o, más recientemente, F. BALAGUER CALLEJÓN, “European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform”, en R. ARNOLD (ed.), *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Springer, 2016, pp. 15-25 y “Potere costituyente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna”, en F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituyente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, Cedam, 2017, pp. 85-112.

La cuestión que nos interesa ahora tiene que ver con la configuración del control de constitucionalidad cuando este tipo de normas son *objeto* de control, ya sea directo o indirecto. En lo que se refiere a la posibilidad de un control de constitucionalidad por parte de los jueces y tribunales ordinarios, hay que excluirlo en el caso de España. Si tienen dudas, deben limitarse a plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional en relación con las leyes internas que colisionan con los tratados o con el derecho europeo, así como, en su caso, la cuestión prejudicial al TJUE en relación con el derecho europeo (si ambas confluyen, dando lugar a una doble prejudicialidad, deberán decidir los propios jueces y tribunales ordinarios cuál de ellas plantean en función de la situación concreta). Si no tienen dudas, deben inaplicar el derecho interno que colisione con el europeo.

Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional, ya nos hemos referido a la dificultad que plantea el control de los tratados. Todavía más difícil resulta el control del derecho europeo, sobre el cual el pronunciamiento del TCFA, de 5 de mayo de 2020, al que nos referiremos más adelante, dio lugar a la apertura de un procedimiento de infracción por parte de la Comisión Europea que se cerró finalmente el 2 de diciembre de 2022, aunque la Comisión Europea se ha visto obligada a iniciar un nuevo expediente contra Polonia, cuya deriva parece mucho más complicada porque se trata de un ataque frontal a la Unión Europea que carece de cualquier sutileza o matiz que permita reconducirla a un entendimiento futuro<sup>48</sup>.

48 La Comisión envió una comunicación a Alemania el 9 de junio de 2021 con el siguiente tenor: “Primacía del Derecho de la Unión: la Comisión envía una carta de emplazamiento a Alemania por incumplir los principios fundamentales del Derecho de la Unión. La Comisión Europea ha decidido hoy enviar una carta de emplazamiento a Alemania por haber violado los principios fundamentales del Derecho de la Unión, concretamente los principios de autonomía, primacía, eficacia y aplicación uniforme del Derecho de la Unión, así como el respeto de las competencias del Tribunal de Justicia consagrado en el artículo 267 del TFUE. El 5 de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional Federal alemán pronunció su sentencia sobre el programa de compras de valores del sector público (PSPF, por sus siglas en inglés) del Banco Central Europeo (BCE), según la cual dicho programa constituía una extralimitación en el ejercicio de facultades por parte del BCE e iba más allá de sus competencias. En esa misma sentencia, el Tribunal Constitucional alemán también calificó de extralimitación en el ejercicio de facultades una sentencia del Tribunal de Justicia (la sentencia en el asunto *Weiss y otros*), sin por tanto remitir el asunto a dicho Tribunal. Por consiguiente, el Tribunal alemán privó a la sentencia del Tribunal de Justicia de sus efectos legales en Alemania, infringiendo así el principio de primacía del Derecho de la Unión. Este es el motivo por el que ahora se incoa el procedimiento de infracción. Mediante Orden de 29 de abril de 2021, el Tribunal Constitucional alemán rechazó dos recursos que pretendían lograr una orden de ejecución de la sentencia del 5 de mayo de 2020. No obstante, la Orden de 29 de abril de 2021 del Tribunal Constitucional alemán no soluciona los incumplimientos del principio de

Sin embargo, no se puede excluir ese control desde la lógica del derecho constitucional interno, aunque debería extremarse la prudencia en un ámbito en el que la apelación al diálogo entre tribunales resulta absolutamente procedente<sup>49</sup>. De producirse un control de esta naturaleza, la integración del parámetro con normas externas resultaría necesaria para favorecer una decisión equilibrada, que tenga en cuenta el contexto ordinamental. Su resultado nunca podría ser un enjuiciamiento pleno de la validez de la norma externa sino un juicio parcial sobre su *ámbito de validez territorial*.

## VI. LA APERTURA DE LA JURISDICCIÓN CONCENTRADA Y SUS LÍMITES

En los sistemas de jurisdicción concentrada el control de la validez constitucional de las leyes se realiza exclusivamente por el Tribunal Constitucional, en línea de principio. Este monopolio tiene que ver con el valor que el ordenamiento atribuye a las fuentes con valor de ley y el hecho de que los jueces y tribunales ordinarios estén sometidos al imperio de la ley. El valor de ley implica un régimen jurídico propio para las fuentes legales, que se sintetiza justamente en su sometimiento exclusivo al control del Tribunal constitucional desde el punto de vista de su validez. En el ordenamiento español este régimen jurídico ha sido cuestionado por algunos autores con argumentos que no parecen suficientes como para llegar a una conclusión diferente<sup>50</sup>.

El pluralismo ordinamental ha permitido una cierta apertura de la jurisdicción concentrada. Al no ser aplicable el principio de jerarquía en las relaciones entre ordenamientos y requerir el principio de competencia de un juicio de validez de las leyes para el que los jueces y tribunales no están constitucionalmente habilitados, es-

primacía del Derecho de la Unión. La Comisión considera que la sentencia del Tribunal Constitucional alemán constituye un precedente grave, tanto para la práctica futura del propio Tribunal como para los tribunales supremos y constitucionales de otros Estados miembros”.

49 Sobre esta temática, Cfr: J.A. XIOL RÍOS, “El diálogo entre tribunales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 33, enero-junio, 2020; R. BUSTOS GIBERT, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto, 2012, pp. 13-63. Cfr: Igualmente, P. BRASIL MENEZES, *Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2020.

50 Cfr: F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, cit., pp. 154 y ss.

tos podrán inaplicar, en determinadas condiciones, las leyes que resulten contrarias a normas externas. Por la doctrina española se habló de “mutación constitucional” para hacer referencia a la transformación que parecía suponer la posición del juez frente a ley en el caso de contradicción con el derecho europeo<sup>51</sup>. Por otro lado, el Tribunal Constitucional rechazó la condición constitucional de los conflictos entre derecho interno y derecho europeo, determinando que esos conflictos no tenían naturaleza constitucional con carácter general (sin perjuicio de que pudieran tenerla puntualmente en caso de infracción de preceptos constitucionales sustantivos).

Ni una cosa ni la otra pueden avalarse. Para empezar, la posición del juez frente a la ley no ha cambiado, porque el juez no realiza un control de validez de la ley ni la anula, sino que se limita a inaplicarla cuando colisiona contra normas europeas válidas. Eso no quiere decir que ese conflicto carezca de naturaleza constitucional. Como ya hemos indicado, la constitución es el centro del ordenamiento jurídico interno y ningún conflicto normativo puede sustraerse a su condición constitucional, porque en última instancia siempre tendrá relación con las normas sobre la producción jurídica establecidas por la constitución. En el caso del derecho europeo, es evidente que se aplica en España en virtud de una habilitación constitucional previa, establecida en el artículo 93 CE, de manera que cualquier vulneración del derecho europeo válido por parte de una norma interna es también una lesión del artículo 93 CE. No puede ser de otro modo, salvo que la constitución renuncie a regular el ordenamiento jurídico y a dotarlo de unidad.

¿Qué tipo de control realiza el juez para determinar la inaplicación de una ley contraria al derecho europeo válido? La respuesta es simple: un control sobre ámbitos de validez concretos, que afecta únicamente a la eficacia de la norma. No es un control de constitucionalidad pleno, como el que realiza el Tribunal Constitucional sobre las normas con valor de ley. Es un control limitado al *ámbito de validez temporal* de la norma, que determina su inaplicación (salvo que en el futuro cambien las circunstancias bien porque la normativa europea desaparezca en virtud del principio de subsidiariedad o bien porque deje de ser incompatible con la normativa interna).

51 Cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993. Cfr. Igualmente, BALAGUER CALLEJÓN, “La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, en M.Á. GARCÍA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 593-612. Cfr. igualmente, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2017.

Por lo que se refiere a los tratados internacionales, este tipo de control ha sido incorporado a la legislación española en la materia, que parte de una comprensión correcta de la naturaleza de la relación entre ordenamientos. Dado que el tratado no es sólo una fuente del ordenamiento interno, sino que procede también de otro ordenamiento, no puede hablarse de relación jerárquica entre los preceptos del tratado y las normas internas, sea cual sea la posición de estas últimas en el sistema jurídico español. Todos los tratados deben ser cumplidos porque implican obligaciones internacionales del Estado que no se pueden eludir sin incurrir en responsabilidad. La *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, expresa esta obligación en su artículo 31, indicando que “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

Esta prevalencia o primacía de los Tratados (que no jerarquía, lo que implicaría una afectación de la validez de la norma interna contradictoria con ellos y no su mera inaplicación) es coherente con el sistema de fuentes español, aunque la previsión legal, como es lógico, sólo puede vincular a las normas infralegales, no al propio legislador, que podría modificarla en el futuro. Desde esa perspectiva, lo correcto es que sea el Tribunal Constitucional el que defina la relación entre los Tratados y el ordenamiento interno, con capacidad de vincular también al legislador.

Así lo ha hecho el TC español en la Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre de 2018, FJ 6, en la que se indica que

“la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario”.

Estas posibilidades de intervención de jueces y tribunales en relación con las normas de rango legal y otras que puedan contemplarse (por ejemplo, en el caso de España, en aplicación del art. 82.6 CE en relación con los decretos legislativos o del 149.3 CE en relación con la prevalencia del derecho estatal sobre el autonómico, en la interpretación que ha realizado el TC respecto de la legislación básica estatal y la legislación de desarrollo autonómico) no excluyen en ningún caso la intervención

del Tribunal Constitucional, siguiendo los procedimientos oportunos, en relación con el control de constitucionalidad de las normas internas<sup>52</sup>.

El control de validez que realiza el TC sobre estas normas internas contradictorias con normas externas sí es pleno, puede anular la norma e incluso, dentro de los límites que le permita el ordenamiento, retrotraer al pasado los efectos de la anulación, estableciendo así los efectos *ex tunc* de su sentencia. No se limita, por tanto, a actuar sobre la eficacia de la norma determinando su inaplicación y la afectación de su ámbito de validez temporal, como ocurre con el control de los jueces y tribunales, sino que puede afectar a todos los ámbitos de validez de la norma.

Se trata, por tanto, de un control de constitucionalidad en el que se integra necesariamente en el parámetro a las normas europeas o a las normas de los tratados, que realizan una función de mediación normativa y generan un bloque de constitucionalidad externo. Sigue siendo un control de constitucionalidad, no cambia su naturaleza, no es realmente un control de europeidad o de convencionalidad, porque no enjuicia la validez de las normas internas basándose exclusivamente en el derecho europeo o en el convencional, sino que lo hace basándose en la constitución, mediante un control indirecto de constitucionalidad que integra normas interpuestas.

Por su parte, aunque el conflicto tiene naturaleza constitucional, los jueces y tribunales no realizan un control de constitucionalidad pleno que se extienda a la determinación de la invalidez de la norma legal, como tampoco realizan un control de validez de la norma europea. En el caso de que aprecien una posible tacha de validez en la norma europea tendrán que plantear la cuestión prejudicial al TJUE. Si la norma europea es válida entonces la norma interna (que es inconstitucional por aplicación del artículo 93 CE, al lesionar el derecho europeo) debe ser inaplicada mediante la limitación de su ámbito de validez temporal.

Cuestión distinta se plantea si la propia norma legal viene exigida para la aplicación del derecho europeo y puede colisionar con otros preceptos constitucionales. En ese caso, los jueces y tribunales deberán promover la cuestión de inconstitucionalidad en la medida en que la aplicación indirecta del derecho europeo pudiera dar lugar a un resultado contrario a la constitución. Aquí no realizan un control de constitucionalidad ni siquiera parcial, sino que se limitan a activar un proceso constitucional, una facultad que comparten con otras instituciones, que tampoco realizan un control de constitucionalidad cuando promueven el proceso constitucional. Lo mismo puede

52 Como muy bien indica R. ALONSO GARCÍA, “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *cit.*, pp. 43 y ss.

decirse cuando se trata de una norma legal que pueda venir exigida por la aplicación de tratados de los que pudiera derivarse una contradicción con la constitución.

El proceso constitucional puede promoverse directamente contra los tratados a través de un control represivo (además del preventivo, que la Constitución Española contempla en su artículo 95) aunque la declaración de inconstitucionalidad no implicará la nulidad del tratado<sup>53</sup>, obviamente, sino tan sólo su inaplicación en el ordenamiento interno. La posición del TC es así similar en el control de constitucionalidad del Tratado a la posición del juez ordinario frente a la ley. La declaración de inconstitucionalidad solamente puede afectar a la eficacia del tratado, a su *ámbito de validez territorial* en este caso, determinando su inaplicación en el ámbito interno, lo que puede provocar la correspondiente responsabilidad internacional del Estado, salvo que una reforma constitucional elimine la contradicción entre la norma constitucional afectada y el tratado internacional.

En el caso del derecho europeo la situación es diferente. No todos los tribunales constitucionales europeos aceptan la posibilidad de declarar inconstitucional una norma europea y menos aún de “anularla” para el ordenamiento interno (que, en puridad, es una limitación de su ámbito territorial de validez). Los conflictos que se han producido hasta ahora con el TJUE no han sido especialmente relevantes, salvo el caso de la decisión del TCFA de 5 de mayo de 2020, más por su potencial efecto negativo de futuro (y especialmente por el incentivo que ha supuesto para tribunales de otros países, como ha sido el caso de Polonia) que por su incidencia concreta<sup>54</sup>.

53 Cfr., al respecto J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, cit., p. 130, con referencia a la STC 155/2005.

54 Cfr. Sobre esta sentencia: P. CRUZ VILLALÓN, “Exit’ Karlsruhe”, “El País”, 23 de mayo de 2020; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional alemán oscurece el futuro*, “El País”, 5 de mayo de 2020; J. SARRIÓN ESTEVE, “El retorno de los límites constitucionales a la primacía: a propósito del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 34, julio-diciembre, 2020. Cfr. igualmente: “National Courts Cannot Override CJEU Judgments”, un comentario redactado por R. D. KELEMEN, P. EECKHOUT, F. FABBRINI, L. PECH Y R. UITZ y suscrito por diversos académicos, entre ellos V. PEREIRA DA SILVA, J. ZILLER, D.-U. GALETTA, V. CONSTANTINESCO, M. KOTZUR Y C. CLOSA, en *Verfassungsblog.de*, 26 de mayo de 2020 (disponible en Internet); D.-U. GALETTA, “Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze”, *federalismi.it*, núm. 14, 2020 (disponible en Internet); L. FERRARO, “La Corte di Karlsruhe e il Programma di acquisto dei titoli pubblici da parte della BCE (PSPP): principio democratico versus solidarietà?”, en prensa; M.J. MONTORO CHINER y F.J. RODRÍGUEZ PONTÓN, “¿Un

Desde el punto de vista constitucional es claro, sin embargo, que corresponde al Tribunal Constitucional realizar el control de constitucionalidad de toda norma que sea aplicable en el ordenamiento jurídico.

El problema es que el enjuiciamiento de una norma europea válida tendría las mismas limitaciones que el que se puede realizar en esa sede de los tratados internacionales. No determinaría la invalidez de la norma europea sino su inaplicación en el orden interno, la limitación de su ámbito territorial de validez. No sería realmente un control de validez pleno, como en el enjuiciamiento de las leyes internas, sino un control de eficacia, limitado a la validez territorial de la norma. Lo mismo cabe decir del parámetro de control, que no puede basarse en el derecho europeo. En el caso de que haya dudas sobre la validez de la norma europea, lo procedente sería despejar previamente esa duda planteando la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Lo que no puede hacer el TC es incorporar el propio derecho europeo al parámetro de control para determinar la inconstitucionalidad de una norma europea. Sí lo puede hacer en relación con el control de constitucionalidad de una norma interna destinada a aplicar el derecho europeo, porque en ese caso el parámetro está integrado también (aunque esto no ha sido plenamente aceptado por el TC español) por el derecho europeo, ya que la razón de ser de la norma se sitúa, como hemos indicado antes, en una *mediación normativa* externa que puede incidir en el derecho interno, como es el derecho europeo. Esa incorporación del derecho de la Unión es necesaria incluso para determinar si la posible declaración de inconstitucionalidad de la norma interna de transposición del derecho europeo deja margen al legislador para producir otra normativa que pudiera ser coherente con la constitución al tiempo que hiciera posible la aplicación del derecho europeo.

## VII. PARÁMETROS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El parámetro de constitucionalidad tipo, el que sirve de modelo a los demás, es el que se configura cuando el control de constitucionalidad se realiza de manera directa entre el precepto constitucional y la norma objeto de control. Por ejemplo, si una norma legal es contraria al principio de igualdad y a la interdicción de discriminación, la decisión del TC, por compleja que pueda ser en la realización del juicio de constitucionalidad (en relación con los principios que deban aplicarse, como el de proporcionalidad) opera sobre un parámetro simple, que puede estar integrado

intersticio en el diálogo nunca interrumpido? (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 5 de mayo de 2020)".



solamente por la norma constitucional. Aun así, en la realización de su labor jurisdiccional, el tribunal puede extraer normas de las disposiciones constitucionales y de las legales<sup>55</sup>, lo que le permitirá realizar el juicio de constitucionalidad teniendo en cuenta todo el potencial interpretativo que ofrece la diferenciación entre disposición y norma<sup>56</sup>.

La disposición constitucional puede ser la misma, como ocurre también con la legal, pero el TC puede extraer normas diferentes de ella. Esto se percibe claramente en los cambios de doctrina. En el caso de España, entre la STC 5/1981 y las SSTC 118/1996 y 61/1997, hay una interpretación diversa de la disposición constitucional, la regla de supletoriedad del artículo 149.3 CE, que conduce a dos concepciones del ordenamiento jurídico español radicalmente diferentes, una que se presentaba como específica del Estado autonómico y otra que se configura materialmente como una ordenación federal de las relaciones entre ordenamiento estatal y autonómico. La disposición constitucional no fue alterada, sin embargo, pero las normas que el TC extrajo de ella eran totalmente contradictorias.

El parámetro de control no se limitó a un control directo de constitucionalidad, ya que el TC basó su cambio de doctrina en la distinta configuración del Estado autonómico derivada de la ampliación estatutaria de competencias y la creciente homogeneidad competencial entre las Comunidades Autónomas. Ello implicaba una remisión a los Estatutos de Autonomía para declarar inconstitucional e inválida una ley estatal por lesionar las competencias de las Comunidades Autónomas (por primera vez en la entonces breve historia constitucional de la Constitución de 1978). Hasta ese momento, la declaración de inconstitucionalidad no iba unida a la invalidez de la norma estatal sino a su inaplicación en los territorios donde los Estatutos no habían incorporado una competencia específica o donde el legislador autonómico no había hecho uso de su competencia. De ese modo, el TC realizaba un control no sobre la validez sino sobre la eficacia, sobre el ámbito territorial de validez.

El parámetro de control condicionó los efectos del control en ese caso porque, a partir de la incorporación de los Estatutos de Autonomía, el TC estableció una doctrina inicial que limitaba el control a la eficacia de las normas y su inaplicación en determinados territorios. Posteriormente cambió su doctrina y realizó un control

55 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “La función normativa de las sentencias constitucionales”, *Criterio y Conducta*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 4, julio-diciembre 2008, México, pp. 15-35. [http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/IIIN8EPRATIF9UCL5VFQJIM6M329YLRU7FVQLY-66DKV1TB71G2NV-03825?func=full-set-set&set\\_number=011546&set\\_entry=000003&format=999](http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/IIIN8EPRATIF9UCL5VFQJIM6M329YLRU7FVQLY-66DKV1TB71G2NV-03825?func=full-set-set&set_number=011546&set_entry=000003&format=999).

56 Cfr. V. CRISAFULLI, “Disposizione (e norma)”, *EdD*, tomo XIII, 1964.

pleno de constitucionalidad de las normas estatales que condujo a una declaración de invalidez. Este cambio dio lugar a una viva polémica que no podemos reproducir aquí<sup>57</sup>, entre otros motivos porque lo que nos interesa son dos cosas más concretas. Por un lado, evidenciar cómo la configuración del parámetro de constitucionalidad puede conducir a la modulación del control de constitucionalidad que realiza el TC. Por otro lado, señalar como *el control sobre ámbitos de validez específicos de las normas (en lugar de un control pleno de validez) se ha realizado por el TC español incluso en el ámbito de la relación entre ordenamientos internos, debido a las características propias del Estado Autonómico*.

En realidad, las condiciones de pluralismo ordinamental determinan también una pluralidad de parámetros de constitucionalidad que dependen en gran medida de cómo se configuran los diversos “bloques de constitucionalidad”, por definirlos de alguna manera. Pero, al mismo tiempo, la configuración del parámetro de constitucionalidad también determina el tipo de control de constitucionalidad que se realiza y en particular si se trata de un control pleno, que enjuicie la validez de las normas, o si se trata de un control limitado de constitucionalidad que afecte únicamente a ámbitos concretos de validez como pueden ser el territorial, en el ejemplo antes mencionado, o el temporal. En definitiva, si es un control que afecta a la validez o si su resultado opera sobre la eficacia de las normas.

Un control constitucional sobre la eficacia de las normas es algo que resulta difícil de compatibilizar con la jurisdicción concentrada tal y como es entendida habitualmente. La razón de ser del control de constitucionalidad en este modelo consiste en depurar el ordenamiento jurídico de normas que puedan ser contrarias a la constitución, lo que implica, en principio, un juicio sobre la validez de esas normas. Que ese juicio de validez haya sido concebido en la doctrina kelseniana con un resultado esencialmente “derogatorio” (efectos *ex nunc*, de las sentencias, tribunal constitucional como *legislador negativo*) por motivos de seguridad jurídica, no implica que sea un juicio que actúe sobre la eficacia de la norma y no sobre su validez. La norma se expulsa íntegramente del ordenamiento jurídico incluso si es en un momento posterior a la declaración de inconstitucionalidad<sup>58</sup>.

57 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. Una reflexión a la luz de la regla de supletoriedad”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 285-305.

58 “El ideal de la seguridad jurídica exige que en general, no se atribuya efecto alguno a la anulación de una norma general irregular más que *pro futuro*, es decir, a partir de la anulación. Inclusive, es necesario pensar en la posibilidad de no permitir la entrada en vigor de la anulación sino hasta la expiración de un cierto plazo. Así como puede haber razones válidas para hacer preceder la entrada en

*La función primordial del Tribunal Constitucional no consiste en determinar la inaplicación de las normas contrarias a la constitución o en realizar un control parcial de su constitucionalidad sobre alguno de sus ámbitos de validez. Si lo hace así es debido a las condiciones de pluralismo ordinamental en las que debe operar, que inciden sobre el parámetro de constitucionalidad y sobre los efectos posibles de la declaración de inconstitucionalidad. El TC puede integrar normas procedentes del derecho europeo o del derecho convencional en el parámetro de constitucionalidad o las puede someter a control de constitucionalidad. Pero lo que no puede es realizar un juicio de validez sobre esas normas, porque su invalidez no se puede establecer desde la constitución, sino que se determinará en función del derecho europeo o del derecho internacional aplicable.*

### VIII. CLASES DE CONTROL EN FUNCIÓN DEL PARÁMETRO, EL OBJETO Y EL ÓRGANO DE CONTROL

Hemos visto como *el control de constitucionalidad tiene características diferentes en función del parámetro de constitucionalidad (si integra o no a normas procedentes de otros ordenamientos), del objeto de control (si son normas internas o externas) y del órgano de control (si se realiza por el Tribunal Constitucional o por los jueces y tribunales ordinarios)*. Estas diferencias tienen relación con el pluralismo ordinamental y con la necesidad de adaptar las categorías tradicionales a esa nueva realidad. En el caso de España, el Tribunal Constitucional es también un tribunal del derecho europeo y del derecho convencional y lo mismo ocurre con los jueces y tribunales ordinarios. No se limita a enjuiciar las normas de acuerdo con los preceptos constitucionales *porque la Constitución ha ampliado el sistema normativo al realizar una remisión a otros ordenamientos cuyas normas se integran en el ordenamiento jurídico español*.

El control de constitucionalidad es diferente, en efecto, dependiendo de cómo se configure el parámetro de control, el objeto del control y del órgano que realiza el control. Si el objeto de control son normas que proceden exclusivamente del ordenamiento interno, el control de constitucionalidad del TC puede ser pleno, determinando la invalidez de la norma enjuiciada. Como hemos visto, esto no ha sido siempre así ya que el TC español determinó durante muchos años que no le correspondía realizar un control de validez de las normas estatales sino tan sólo un

vigor de una norma general —ley o reglamento, por ejemplo— de una *vacatio legis*; asimismo podría haberlas para no dejar sin vigencia una norma general anulada sino hasta la expiración de un cierto plazo a partir de la sentencia de anulación”, H. KELSEN, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *cit.*, p. 270.

control de su eficacia (de su ámbito de validez territorial) en determinadas Comunidades Autónomas. Pero, en general, el criterio para determinar la plenitud del control de constitucionalidad depende del origen interno o externo de las normas objeto de control.

Si el objeto de control son normas legales internas de transposición del derecho europeo, la declaración de inconstitucionalidad de la norma interna, de ir unida a su invalidez, podría suponer la inaplicación del derecho europeo. Esto no impide un control de constitucionalidad pleno de la norma legal interna desde la lógica del ordenamiento constitucional, pero lo dificulta en la medida en que puede generar una distorsión en las relaciones entre ordenamiento europeo y ordenamiento nacional. Por otro parte, un control directo de constitucionalidad del derecho de la Unión no podría en ningún caso ser un control pleno, por cuanto nunca determinaría la invalidez de la norma europea sino tan sólo la afectación de ámbitos concretos de validez (el ámbito territorial) y su inaplicación en el ordenamiento interno.

En el caso de que el parámetro de control incorpore normas de derecho europeo para enjuiciar una normativa interna que impide la aplicación del propio derecho europeo, el TC puede realizar un control pleno de constitucionalidad en la medida en que la determinación de la invalidez de las normas internas no genera una distorsión entre ordenamiento europeo y ordenamiento interno. Esa declaración de invalidez se basa en un control de constitucionalidad que se deriva de la habilitación al derecho de la Unión prevista en el artículo 93 CE con independencia de que se utilice el derecho europeo como norma interpuesta integrada en un bloque de constitucionalidad externo.

En lo que se refiere a los tratados, se pueden realizar observaciones similares. Por un lado, el parámetro de constitucionalidad puede integrar el derecho convencional para realizar un control de normas o de actos internos que sigue siendo de constitucionalidad, no de convencionalidad, porque su objeto y su sentido último es la adecuación a la constitución de la norma interna, aunque esa adecuación se realice en función del derecho convencional, en cuanto la infracción de ese derecho es también infracción del precepto constitucional habilitante (en el caso de España el artículo 96 CE, sin olvidar que, como indica Enrique Guillén, hay un segundo fundamento específico para el CEDH<sup>59</sup>). Ese es un control pleno de constitucionalidad en el que

59 “La segunda fuente constitucional, en mi opinión más contundente y precisa, que exige el establecimiento de un sistema interno de ejecución de sentencias del TEDH es el derecho a la tutela judicial efectiva. Aquí nos situamos en la perspectiva de los derechos, no de las fuentes, como en el

la declaración de inconstitucionalidad puede suponer la invalidez de la norma o el acto interno objeto de control.

Por otro lado, el propio derecho convencional puede ser objeto de control por parte del TC tanto en vía preventiva como represiva. En el primer caso el control es pleno en la medida en que lo que se decide es si el Estado puede ratificar o no el Tratado o si es necesaria la reforma constitucional previa para que se produzca esa ratificación. Por tanto, no hay límites externos a la declaración de inconstitucionalidad.

Por el contrario, si el control se realiza cuando el tratado internacional está ya en vigor, el control de constitucionalidad no puede ser pleno porque no puede dar lugar a la invalidez del tratado. Por tanto, se trataría de un control parcial en el que la declaración de inconstitucionalidad solo puede operar sobre la eficacia del tratado en el ordenamiento interno, esto es, afectando a un ámbito de validez específico, el territorial en este caso, ya que el tratado dejaría de ser aplicable en el ordenamiento español. Ello sin perjuicio de la responsabilidad internacional que le correspondiera al Estado por el incumplimiento del tratado.

Por lo que se refiere al órgano de control hay que tener en cuenta, en un sistema de jurisdicción concentrada, la capacidad de los jueces y tribunales para decidir sobre la inaplicación de normas legales en los casos de conflicto entre ordenamientos. Una capacidad que se deriva necesariamente de la contradicción indirecta con la constitución de las normas legales contrarias al derecho europeo o al internacional (la cuestión específica de las normas legales autonómicas en relación con la prevalencia del derecho estatal en el caso del ordenamiento español es de naturaleza diferente, aunque debe quedar claro que la doctrina del TC parte de la base de que su inaplicación solo procede cuando no hay un problema competencial que afecte a la validez de las normas, porque en ese caso debe ser el propio TC el que intervenga con un control pleno de constitucionalidad y es necesario plantear la cuestión de inconstitucionalidad<sup>60</sup>).

En cuanto al derecho europeo válido, los jueces y tribunales como órgano de control tienen que aplicarlo con preferencia al derecho interno. Pero el control que realizan sobre las normas legales contradictorias con el derecho constitucional

caso anterior, y emplazamos a la persona como centro capaz de exigir obligaciones al Estado. No es ya la comunidad internacional la que impele a cumplir con el tratado; es la persona cuyos derechos se garantizan la que obliga al Estado, como responsable primero, a que ejecute la sentencia”, E. GUILLÉN LÓPEZ, “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p. 363.

60 Cfr., a este respecto, F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 499.

no es un control de constitucionalidad pleno porque los jueces y tribunales no tienen la capacidad para declarar la invalidez de las normas legales, sino que se deben limitar a establecer su ineficacia, restringiendo su ámbito temporal de validez. Lo mismo cabe decir en relación con el derecho convencional. Las normas legales internas contradictorias con los tratados internacionales no pueden ser invalidadas por los jueces y tribunales, que deben limitarse a establecer una limitación en su ámbito temporal de validez determinando la aplicación preferente de los tratados internacionales.

## IX. CONCLUSIONES

El control de constitucionalidad presenta perfiles específicos en los sistemas de pluralismo ordinamental que incorporan normas procedentes de ordenamientos externos ya sea como parte del parámetro ya sea como objeto del control. En lo que a su incorporación al parámetro se refiere, cobra especial importancia el concepto de *mediación normativa*, mientras que en su configuración como objeto del control resulta relevante la transformación que se ha producido respecto del paradigma kelseniano –para evitar conflictos existenciales entre ordenamientos– mediante la transición del control pleno de validez de las normas al control más limitado de *ámbitos de validez* específicos.

*El juez constitucional se convierte también en juez supranacional e internacional, en una compleja relación entre constitución y Estado en el contexto global que le obliga a abrir su perspectiva constitucional más allá de la constitución estatal.* Esa complejidad es reconducible solo hasta cierto punto a un esquema general de relación con las normas externas. El derecho internacional no es equiparable al supranacional y dentro de este tampoco son susceptibles de unificación conceptual las experiencias de pluralismo ordinamental y las de pluralismo constitucional.

Desde la perspectiva del control de constitucionalidad, las normas externas resultan relevantes en dos ámbitos. Por un lado, en su consideración como *objeto* del control de constitucionalidad y en las consecuencias jurídicas de ese control. Por otro lado, en la cuestión fundamental de la *integración del parámetro* de constitucionalidad, de su capacidad para realizar una función de *mediación normativa* entre el ordenamiento externo y el interno.

Por lo que se refiere a su consideración como objeto del control y a las consecuencias de ese control, tenemos que centrarnos en el análisis de las *técnicas de relación entre ordenamientos*. Desde esa perspectiva, es necesario partir de la imposibilidad de aplicar el principio de jerarquía tal y como se configuró históricamente

en el Estado legal de derecho donde expresa una fuerza inmanente a la propia ley, que se deriva de la unificación en esa fuente de la vertiente sustancial y formal del ordenamiento jurídico. *La ley era expresión de la soberanía y sintetizaba en ella es lo que ahora consideraríamos como norma sobre la producción jurídica fundamental del sistema (vertiente formal) y la capacidad de imponerse sobre cualquier otra fuente a través de su fuerza específica (vertiente sustancial)*. Esa unidad se rompe en el sistema kelseniano, que después se implantará en el Estado constitucional de derecho.

Pero *esa ruptura genera dos principios inconciliables entre sí, que solamente confluyen ahora en la propia constitución, no ya en la ley (sometida a condiciones de validez específicas)*. Por un lado, el *principio de jerarquía*, que se sigue proyectando en determinados ámbitos del ordenamiento a través de la fuerza normativa de las normas superiores, que se despliega directamente sobre las normas inferiores. Por otro lado, el *principio de competencia*, que define las condiciones de producción de otras normas a través de una *mediación normativa* que implica siempre la referencia a una tercera norma en caso de conflicto normativo. *La supremacía de la constitución se proyecta a través de su posición jerárquica superior pero también a través de una ordenación competencial que tiene que ver con la mediación normativa propia de las normas sobre la producción jurídica, agregando así los dos principios fundamentales de estructuración del ordenamiento del Estado constitucional: jerarquía y competencia*. La imagen de la constitución en el Estado constitucional no es la del escalón superior de una pirámide, *la constitución es el centro del ordenamiento jurídico*. La constitución es el centro de la estructura formal y de la ordenación sustancial del sistema jurídico.

Si la relación jerárquica entre normas es directa y la relación competencial es una relación mediada por una tercera norma (una norma sobre la producción jurídica) es fácil comprender que el principio de jerarquía nunca podrá aplicarse, en sentido estricto, a la relación entre ordenamientos. En efecto, las relaciones entre normas de distintos ordenamientos son siempre relaciones mediadas por normas sobre la producción jurídica. Por sus propias características, competencia y validez nos conducen necesariamente a una *mediación normativa*, ya que remiten a una tercera norma que es la que define las competencias y las condiciones de validez de las normas que pueden producirse dentro de cada ámbito competencial. Esa mediación normativa se expresa también en la configuración del control de constitucionalidad en un ordenamiento complejo con pluralidad de ordenamientos (en estructuras territorialmente descentralizadas). Su finalidad última en el Estado constitucional está orientada hacia la *determinación de la validez* de las normas que entran en conflicto con las normas sobre la producción jurídica del sistema.

Pero, del mismo modo que la normatividad de la constitución encuentra su más firme desarrollo en el Estado nacional, también la validez, como categoría estrechamente vinculada a la constitución normativa alcanza su plenitud bajo esa forma estatal, especialmente cuando en ella se configuran fórmulas de distribución territorial del poder y de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales. Estas fórmulas se manifiestan, habitualmente, a través del control de validez. Sin embargo, *la proyección supranacional del Estado y la extensión del poder estatal hacia organizaciones supranacionales en contextos de integración política, están planteando nuevas formas de organizar las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, que ya no se articulan a través del pleno control de validez de los actos y no determinan su invalidez y su anulación.*

No podemos recuperar tampoco la noción de eficacia para estos nuevos ámbitos de relación entre ordenamientos y los conflictos normativos que en ellos se generan. No cabe hablar de eficacia en el sentido de jerarquía porque ese sentido de la jerarquía ya se agotó y no tiene cabida en el Estado constitucional de derecho. Cuando una norma supranacional o un tratado colisionan con una norma interna, por ejemplo, la norma interna no se invalida como ocurre cuando se aplica la fuerza de ley que se despliega sobre un reglamento ilegal. Pero tampoco es posible realizar un juicio de validez pleno por parte de la jurisdicción constitucional sobre la norma supranacional o internacional.

Es posible recurrir, por tanto, a institutos intermedios entre la eficacia y la validez entendidos en el sentido que se les atribuye en el Estado legal y en el Estado constitucional de derecho. *Nuevas figuras que nos permitan entender el funcionamiento del control de constitucionalidad en el marco del derecho constitucional de la integración supranacional y, en general, de la relación entre ordenamiento interno y ordenamientos externos.*

Desde esa perspectiva, cobra especial relevancia la transformación de la eficacia concebida originalmente a través del filtro de la fuerza de ley en un mecanismo más modesto de *inaplicación* o de aplicación preferente de normas, como ocurre en los supuestos de conflicto entre ordenamientos, ya se califique como primacía o como prevalencia. Del mismo modo, podemos hablar de una transformación de la validez entendida desde la determinación que las normas sobre la producción jurídica generan para establecer la pertenencia al ordenamiento en el juicio de constitucionalidad, a una figura igualmente más limitada centrada en los *ámbitos de validez* de las normas.

La *eficacia* y la *validez* de las normas en su formulación original en el sistema de fuentes del Estado legal y del Estado constitucional de derecho, determinaban la expulsión de las normas del sistema jurídico. Lo hacía la fuerza de ley desplegando



su eficacia como norma superior, lo hacía la constitución mediante la invalidación jurisdiccional de las normas consideradas contrarias a la constitución (en el sentido material kelseniano). *En los conflictos entre ordenamiento interno y ordenamientos externos no vemos ahora esa potencialidad de eficacia y validez.* Las normas internas se inaplican, pero no se expulsan del ordenamiento. Lo mismo ocurre con las normas externas cuando son objeto de control directo o indirecto por parte de la jurisdicción constitucional: su invalidez no es viable porque la producción de esas normas se sitúa fuera del Estado y las normas sobre la producción internas (constitución incluida) no tienen la capacidad de condicionar su validez en plenitud.

En las relaciones entre ordenamientos que implican normas externas vemos ahora una combinación de eficacia y validez que se produce en los *ámbitos de validez* de las normas y que implican un despliegue limitado de su eficacia. El control de constitucionalidad podrá realizarse sobre ámbitos concretos de validez de las normas, determinando la *restricción de esos ámbitos*. Los jueces y tribunales no podrán invalidar normas legales en sistemas de jurisdicción concentrada pero sí podrán determinar la *restricción de su ámbito temporal de validez*, por ejemplo, si el conflicto puede resolverse en el futuro de otro modo. Del mismo modo, la jurisdicción constitucional no podrá invalidar normas externas, pero sí podrá determinar una *restricción de su ámbito territorial de validez* para evitar que su aplicación interna resulte contraria a la constitución.

Por lo que se refiere a la integración de las normas supranacionales o internacionales en el *parámetro* de constitucionalidad, a su capacidad para realizar una función de *mediación normativa* entre el ordenamiento externo y el interno, se plantean cuestiones muy diferentes a las de las normas interpuestas o las normas que se incorporan al bloque de constitucionalidad en el ámbito interno. Las normas internas que integran el bloque de constitucionalidad están sometidas a la constitución y realizan su función de mediación normativa dentro del marco de la constitución. Por el contrario, las normas supranacionales o internacionales pueden realizar *una función de mediación normativa respecto de las propias normas constitucionales*. Esto supone una diferencia de *status* importante porque pueden generar un conflicto entre el derecho internacional o supranacional y la propia constitución.

*Los tribunales externos utilizan instrumentos normativos de los sistemas jurídicos estatales como normas mediadoras que se integran dentro de su parámetro de enjuiciamiento* (como es el caso del respeto a la identidad constitucional nacional en la aplicación del Derecho de la Unión por parte del TJUE). Es viable, por tanto, que un ordenamiento reciba normas de otro para modular los ámbitos de validez de sus

propias normas, en este caso el ámbito territorial de validez en relación con determinados Estados.

En el caso de los tribunales constitucionales estatales, se trata de un control de constitucionalidad en el que se integra necesariamente en el parámetro a las normas de la UE o a las del CEDH, que se configuran como normas interpuestas y generan un bloque de constitucionalidad externo. Sigue siendo un control de constitucionalidad, no cambia su naturaleza, *no es realmente un control de europeidad o de convencionalidad*, porque no enjuicia la validez de las normas internas basándose exclusivamente en el derecho europeo o en el convencional, sino que lo hace basándose en la constitución, mediante *un control indirecto de constitucionalidad que integra normas mediadoras*.

Por su parte, los jueces y tribunales no realizan propiamente un control de constitucionalidad, aunque el conflicto tenga naturaleza constitucional, como tampoco realizan un control de validez de la norma europea. En el caso de que aprecien una posible tacha de validez en la norma europea tendrán que plantear la cuestión prejudicial al TJUE. Si la norma europea es válida entonces la norma legal interna será inconstitucional por aplicación del artículo 93 CE, al lesionar el derecho europeo, y debe ser inaplicada, limitando su ámbito temporal de validez. Si se trata de normas incorporadas a tratados internacionales válidamente celebrados, el mecanismo de control es similar, sigue siendo un conflicto de naturaleza constitucional que determina la inconstitucionalidad de la norma interna por ser contraria al artículo 96 CE, pero no su invalidez, sino su inaplicación mediante la restricción de su ámbito temporal de validez.

Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional, ciertamente, *la función primordial de un Tribunal Constitucional no consiste en determinar la inaplicación de las normas contrarias a la constitución o en realizar un control parcial de su constitucionalidad sobre alguno de sus ámbitos de validez*. Si lo hace así es debido a las *condiciones de pluralismo ordinamental* en las que debe operar, que inciden sobre el parámetro de constitucionalidad y sobre los efectos posibles de la declaración de inconstitucionalidad. El TC puede integrar normas procedentes del derecho europeo o del derecho convencional en el parámetro de constitucionalidad o las puede someter a control de constitucionalidad. Pero *lo que no puede es realizar un enjuiciamiento pleno de la validez de esas normas, porque su invalidez no se puede establecer desde la constitución, sino que se determinará en función del derecho europeo o del derecho internacional aplicable*. Tiene que limitar su control, por tanto, a los *ámbitos de validez* de las normas, determinando la restricción de esos ámbitos, como hacen los jueces y tribunales en relación con las normas legales contrarias al derecho europeo o convencional.

Desde esa perspectiva, podríamos decir que *la validez* de las normas, que iba asociada de manera directa al control de constitucionalidad en el Estado constitucional, se ha relativizado en las condiciones de pluralismo ordinamental que se derivan de la integración supranacional y de la aplicación del derecho convencional. En su lugar, los *ámbitos de validez* de las normas aparecen ahora como un mecanismo de flexibilización del control de constitucionalidad en el contexto de las relaciones entre ordenamientos.

## X. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- A. AGUILAR CALAHORRO, *La dimensión constitucional del principio de primacía*, con Prólogo de M. Azpitarte Sánchez, Thomson Reuters, 2015.
- R. ALONSO GARCÍA, “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020.
- R. ALONSO GARCÍA y P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *El sistema europeo de fuentes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022.
- M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002.
- “Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.
- P. HÄBERLE, “Europa –eine Verfassungsgemeinschaft?”, en P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.
- “¿Tienen España y Europa una Constitución?”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, julio-diciembre, 2009.
- “Universaler Konstitutionalismus aus nationalen und völkerrechtlichen Teilverfassungen – sieben Thesen”, versión española de F. Balaguer Callejón, *Derecho Público*, núm. 54, 2013.
- F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Fuentes del Derecho*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1992.
- “La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, en M.Á. GARCÍA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997.
- “Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. Una reflexión a la luz de la regla de supletoriedad”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998.

- “La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Sexagésimo aniversario, Número conmemorativo 1948-2008, Año 2008.
- “Validez y vigencia de las normas”, en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2010.
- “El Estado Autonomómico en el contexto de la integración europea. Un comentario a la STC 31/2010, de 28 de junio”, *Nuove Autonomie - Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, 2010.
- “La función normativa de las sentencias constitucionales”, *Criterio y Conducta*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 4, julio-diciembre 2008, México.
- “El pluralismo constitucional como contribución del proceso de integración europea al constitucionalismo global”, en J.M. BENEYTO (dir.), *Contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014.
- “Profili metodologici del Diritto Costituzionale europeo”, *La cittadinanza europea*, núm. 1, 2015.
- *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., 2015.
- “European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform”, en R. ARNOLD (ed.), *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Springer, 2016.
- “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*, Padova, Cedam, 2017.
- “The dialectic relation between the national and the European constitutional identity in the framework of European Constitutional Law”, *UNIO - EU Law Journal*, vol. 3, núm. 3, mayo, 2017.
- “Die Einwirkungen des Unionsrechts und der EMRK auf die nationalen Verfassungen. Der Fall Spanien”, en H. VON BLANKE; S. MAGIERA; J. PIELOW; A. WEBER, *Verfassungsentwicklungen im Vergleich*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021.
- F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, 17ª ed., vol. I, Tecnos, Madrid, 2022.
- P.R. BARBOSA RAMOS y B.D. VALE CASTRO, “Tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Su impacto en el ordenamiento jurídico brasileño”, traducción de A. Aguilar Calahorro, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 24, julio-diciembre, 2015.
- P. BILANCIA, “Lo stato di diritto come valore in una dimensione spaziale”, *Nomos*, núm. 1, 2012.

- P. BRASIL MENEZES, *Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2020.
- R. BUSTOS GIBERT, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto, 2012.
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del Diritto*, versión española de C.G. Posada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- V. CRISAFULLI, “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960.  
– “Disposizione (e norma)”, *EdD*, tomo XIII, 1964.
- P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*, con Prólogo de A. Carmona Contreras, Aranzadi, 2022.
- P. CRUZ VILLALÓN, “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”, en F. BALAGUER CALLEJÓN, P. CRUZ VILLALÓN, P. GROSSI, P. HÄBERLE, S. MANGIAMELI, G. MILANO, J. MIRANDA y D. SCHEFOLD, *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Giuffrè Editore, 2015.
- C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della postestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, 1934, reimpresión de Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964.
- D.-U. GALETTA, “Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze”, *federalismi.it*, núm. 14, 2020.
- S. GAMBINO, “Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18, julio-diciembre, 2012.
- A. GARRORENA, “Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica”, *REP*, núm. 13, 1980.
- P. GIOCOLI NACCI, “Norme interposte e giudizio di costituzionalità”, en *Scritti su la Giustizia costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli* (I), CEDAM, Padova, 1985.
- E. GUILLÉN LÓPEZ, “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.
- L. JIMENA QUESADA, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 15, 1<sup>er</sup> semestre, 2010.

- H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, versión española de la segunda edición de 1929 de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Editorial Labor, Barcelona, 1934.
- “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, 1928, versión española de R. Tamayo y Salmorán, revisada por D. García Belaunde, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, Madrid, 2011.
  - “Der Wandel des Souveränitätsbegriffes”, 1931, versión española de M. Azpitarte Sánchez, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18, julio-diciembre, 2018,
  - *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpression de 1967.
  - *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, versión italiana, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1985.
- P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5ª ed., 1911, reimpression de Scientia Verlag, Aalen 1964.
- S. MANGIAMELI, “L’Unione Europea e l’identità degli Stati membri”, en F. BALAGUER CALLEJÓN, P. CRUZ VILLALÓN, P. GROSSI, P. HÄBERLE, S. MANGIAMELI, G. MILANO, J. MIRANDA y D. SCHEFOLD, *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Giuffrè Editore, 2015.
- S. MARTÍN-RETORTILLO, “Consideraciones sobre los tribunales constitucionales”, *REDA*, núm. 15, 1977.
- J. MATÍA PORTILLA, “Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.
- A. MERKL, “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues”, publicado inicialmente en 1931, versión italiana incluida en la recopilación A. MERKL, *Il duplice voto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè Editore, Milano, 1987.
- F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento Giuridico, Pluralità degli Ordinamenti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1985.
- S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- H. NOGUEIRA ALCALÁ, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Iberoamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, enero-junio, 2013.
- T. PERASSI, *Introduzione alle Scienze Giuridiche*, 1922, reimpression de CEDAM, Padova 1967.

- A. PIZZORUSSO, *Delle Fonti del Diritto. Commentario del Codice Civile, art. 1-9*, Nicola Zanichelli Editore/ Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977.
- A. QUERALT JIMÉNEZ, “Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.
- A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2017.
- T. REQUENA LÓPEZ, *El principio de jerarquía normativa*. Editorial Civitas, Madrid, 2004.
- S. ROMANO, *L'Ordinamento Giuridico, 1917-1918*, edición de 1946, Sansoni, Firenze, 1962.
- F. RUBIO LLORENTE, “El bloque de constitucionalidad”, *REDC*, núm. 27, 1989.
- F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN, “La Jurisdicción constitucional”, en A. PREDIERI, E. GARCIA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980.
- A. RUGGERI, “Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i ‘controlimiti’)”, en: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/04/ruggeri.pdf>.
- A. SAIZ ARNAIZ, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.
- J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- J. SARRIÓN ESTEVE, “El retorno de los límites constitucionales a la primacía: a propósito del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 34, julio-diciembre, 2020.
- A. SCHILLACI, “Camino de la integración material: la comunitarización de los contralímites en la Decisión Société Arcelor Atlantique et Lorraine del Conseil d’Etat”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, julio-diciembre, 2007.
- *Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità*, Granada, 2008.
- *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordenamenti*, Jovene Editore, Napoli, 2012.
- J.L. SOURIOUX, “Source du droit en droit privé”, *A PhD*, tomo 27, 1982.
- F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell’europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino, 2012.



- J.A. XIOL RÍOS, “El diálogo entre tribunales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 33, enero-junio, 2020.
- G. ZANOBINI, “Gerarchia e parità tra le fonti”, 1939, en G. ZANOBINI, *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1955.

### **Resumen**

*El control de constitucionalidad presenta perfiles específicos en los sistemas de pluralismo ordinamental que incorporan normas procedentes de ordenamientos externos ya sea como parte del parámetro ya sea como objeto del control. En lo que a su incorporación al parámetro se refiere, cobra especial importancia el concepto de mediación normativa, mientras que en su configuración como objeto del control resulta relevante la transformación que se ha producido respecto del paradigma kelseniano —para evitar conflictos existenciales entre ordenamientos— mediante la transición del control pleno de validez de las normas al control más limitado de ámbitos de validez específicos.*

*El juez constitucional se convierte también en juez supranacional e internacional, en una compleja relación entre constitución y Estado en el contexto global que le obliga a abrir su perspectiva constitucional más allá de la constitución estatal. Las relaciones entre normas de distintos ordenamientos son siempre relaciones mediadas por normas sobre la producción jurídica, por normas competenciales que determinan su validez. Por sus propias características, competencia y validez nos conducen necesariamente a una mediación normativa, ya que remiten a una tercera norma que es la que define las competencias y las condiciones de validez de las normas que pueden producirse dentro de cada ámbito competencial.*

*Pero, del mismo modo que la normatividad de la constitución encuentra su más firme desarrollo en el Estado nacional, también la validez, como categoría estrechamente vinculada a la constitución normativa, alcanza su plenitud bajo esa forma estatal. Sin embargo, la proyección supranacional del Estado y la extensión del poder estatal hacia organizaciones supranacionales en contextos de integración política, están planteando nuevas formas de articular las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, que no se manifiestan a través del pleno control de validez de los actos y no determinan su invalidez y su anulación. Es necesario recurrir ahora a institutos intermedios entre la eficacia y la validez entendidos en el sentido que se les atribuye en el Estado legal y en el Estado constitucional de derecho. Nuevas figuras que nos permitan entender el funcionamiento del control de validez en el marco del derecho constitucional de la integración supranacional y, en general, de la relación entre ordenamiento interno y ordenamientos externos.*

*En las condiciones de pluralismo constitucional y de diversidad de ordenamientos propias del derecho constitucional de la integración supranacional, el control de validez no encuentra una referencia basada en una constitución común. La constitución nacional es solamente una parte, como también lo es el derecho supranacional. El paradigma kelseniano no se puede realizar en estas condiciones. El nuevo paradigma se basa en una combinación de*



*elementos propios del Estado legal de derecho y del Estado constitucional de derecho, una especie de síntesis que cambia, sin embargo, su sentido original. Por un lado, la validez no será determinable en plenitud por todas las instancias jurisdiccionales (cada una de ellas puede operar solamente sobre su esfera de validez propia). Por otro lado, para evitar un conflicto existencial entre ordenamientos, el control no se realiza ya sobre la validez de las normas en plenitud, sino que se limita a los ámbitos de validez de las normas, en particular al ámbito de validez temporal, pero también sobre el territorial. La eficacia pasa a ser así un principio que completa la validez en el contexto de las relaciones entre ordenamientos propia del derecho constitucional de la integración supranacional.*

**Palabras clave**

*Control de constitucionalidad; pluralismo ordinamental; validez; eficacia; jerarquía; competencia; ámbitos de validez; mediación normativa.*

**Abstract**

*The control of constitutionality presents specific profiles in pluralist legal systems that incorporate norms from external systems as part of the parameter or as the object of control. As far as its incorporation into the parameter is concerned, the concept of normative mediation is particularly important, while in its configuration as the object of control, the transformation that has taken place with respect to the Kelsenian paradigm is relevant—to avoid existential conflicts between systems—through the transition from full validity control of norms to a more limited control of specific areas of validity.*

*The constitutional judge also becomes a supranational and international judge, in a complex relationship between constitution and State in the global context that forces him to open his constitutional perspective beyond the state constitution. The relations between norms of different legal systems are always mediated by rules on legal production, by competence norms that determine their validity. By their very nature, competence and validity necessarily lead us to normative mediation, since they refer to a third norm that defines the competences and conditions of validity of the norms that can be produced within each area of competence.*

*But just as the normativity of the constitution finds its strongest development in the national state, so too validity, as a category closely linked to the normative constitution, reaches its fullness under that state form. However, the supranational projection of the State and the extension of State power towards supranational organizations in contexts of political integration are giving rise to new ways of articulating relations between legal systems, which do not manifest themselves through the full control of the validity of acts and do not determine their invalidity and annulment. It is now necessary to resort to intermediate institutes between efficacy and validity understood in the sense attributed to them in the legal State and in the constitutional State of law. New figures that allow us to understand the functioning of the control of validity in the framework of the constitutional law of supranational integration and, in general, of the relationship between internal and external legal systems.*

*In the conditions of constitutional pluralism and diversity of legal systems inherent to the constitutional law of supranational integration, the control of validity does not find a refe-*

*rence based on a common constitution. The national constitution is only one part, as it is supranational law. The Kelsenian paradigm cannot be realized under these conditions. The new paradigm is based on a combination of elements typical of the legal state of law and the constitutional state of law, a kind of synthesis that changes, however, its original meaning. On the one hand, validity will not be fully determinable by all jurisdictional instances (each of them can only operate on its own sphere of validity). On the other hand, to avoid an existential conflict between legal systems, the control is no longer carried out on the validity of the norms in full but is limited to the areas of validity of the norms, in particular the temporal validity, but also the territorial validity. Efficacy thus becomes a principle that completes the validity in the context of the relations between legal systems proper to the constitutional law of supranational integration.*

**Keywords**

*Control of constitutionality; Pluralism of legal systems; Validity; Efficacy; Hierarchy; Competence; Ambits of validity; Normative mediation.*

Recibido: 14 de junio de 2022

Aceptado: 21 de junio de 2022

**EL PAPEL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA  
EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONALISTA  
ITALIANA. LA HISTORIA INTERMINABLE**  
**The role of the President of the Republic within the  
Italian Constitutional Scholarship.**  
**The never-ending story**  
FIAMMETTA SALMONI  
*Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico. Università  
degli Studi Guglielmo Marconi*

**SUMARIO:**

- I. Introducción.
- II. La teoría de Esposito: el Jefe de Estado como guía del Estado en momentos de crisis.
- III. La tesis de Rescigno: el discípulo sigue al Maestro con alguna divergencia.
- IV. El Presidente de la República, estructura poliédrica.
- V. La teoría del “indirizzo” político constitucional.
- VI. La teoría garantista.
- VII. El “giroscopio constitucional”... del revés.

**I. INTRODUCCIÓN**

Tras más de setenta años desde la entrada en vigor de la Constitución republicana, el análisis del papel atribuido al jefe de Estado y las distintas interpretaciones de la doctrina constitucional italiana sobre la configuración asumida por el Presidente de la República en nuestro sistema siguen siendo de gran relevancia<sup>1</sup>. Como es

<sup>1</sup> No parece haber cambiado mucho desde cuando –hace ya 24 años– Massimo Luciani afirmaba “a cinquant’anni dalla Costituzione, ruolo e posizione del presidente (della Repubblica, n.d.a.) sono rimasti incerti e sfumati” (M. LUCIANI, “Introduzione. Il presidente della Repubblica oltre la funzione di garanzia della Costituzione”, en M. LUCIANI, M. VOLPI (eds.), *Il presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 11). En términos, ex plurimis, R. BIN, “Sui poteri del Presidente della Repubblica nei confronti del Governo e della ‘sua’ maggioranza”, *forumcostituzionale.it*, 2008, pp. 3-4; G. SCACCIA, “Il ‘settennato’ Napolitano fra intermediazione e direzione politica attiva”, *Quaderni Costituzionali*, 2013, pp. 93 y ss.; A. MORRONE, “Il Presidente della Repubblica in trasformazione”,

sabido, la actividad de la Constituyente en el tema estuvo marcado por actitudes dispares, dictadas por la coyuntura política contingente en la que se encontraban: espejo de este estado de ánimo eran también las normas de la Constitución sobre el Presidente de la República, que delinearón esta institución a la luz de nuestra experiencia constitucional<sup>2</sup>. No resultó, como pretendía el honorable Vittorio Emanuele Orlando, en un “*fainéant*”<sup>3</sup>, un “presidente travicello”<sup>4</sup>, pero tampoco en esa viva *vox Constitutionis* de la que hablaba Piero Calamandrei en 1955<sup>5</sup>.

Se decía, entonces, que solo con el tiempo, con la práctica y con la implementación concreta de esas reglas por parte de los hombres que, en el futuro, ocuparían ese cargo, su papel podría ser interpretado de una manera determinada y definida. Sin embargo, a la luz de las experiencias vividas hasta el momento, se puede argumentar que aún no ha habido nadie que haya adscrito de manera inequívoca y resolutive una configuración unánimemente aceptada sobre la posición institucional asumida por el Presidente de la República<sup>6</sup>.

Muchas son sus atribuciones en el Texto fundamental, pero están trazadas de tal manera que no pueden dar lugar a una interpretación unívoca<sup>7</sup>, quizás porque,

*Rivista AIC*, 2013, pp. 7 y ss.; O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, pp. 53 y ss.; B. CARAVITA, “Il presidente della repubblica nell'evoluzione della forma di governo: i poteri di nomina e di scioglimento delle camere”, *federalismi.it*, 29 noviembre 2010, pp. 9 y ss.

2 Advierto ahora mismo que en ocasiones en el texto usaré la denominación “Presidente de la República” y la de “Jefe de Estado” de manera indistinta, aunque soy consciente de que esta última es solo una de las dos funciones atribuidas al órgano, junto con el de representante de la “Unidad Nacional”.

3 V.E. ORLANDO, “Asamblea constituyente”, 10 marzo 1947, p. 1938.

4 Parafraseando a V.E. ORLANDO, “Asamblea Constituyente”, 22 de octubre de 1947, p. 1458, quien dijo que “uno de los puntos más graves de mi disidencia fue la desautorización total de este futuro jefe de estado republicano. Parecería que se trata casi de una especie de desconfianza anticipada, de una sospecha continua del abuso de los poderes otorgados, por lo que se reducen considerablemente las atribuciones del Jefe de Estado tal como habitualmente se hace con los regímenes monárquicos. Ahora, todos recordarán el espíritu satírico por el cual, precisamente por esta escasez de poderes, el apelativo de ‘*rey travicello*’ fue atribuido a los reyes constitucionales” (la cursiva es mía).

5 P. CALAMANDREI, “Viva Vox Constitutionis”, *Il Ponte*, 1955, pp. 809 ss.

6 E. CHELI, “Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale”, en AA. VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. I, Milano, 1999, p. 302.

7 Hablan de verdadera y propia ambigüedad M.E. BUCALO, “L'‘anomala’ estensione dei poteri presidenziali a fronte della ‘ritrosia’ della Corte costituzionale nell'epoca del maggioritario”, en M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (coords.), *Gli atti normativi del governo tra Corte*

como se dijo, las normas que definen las funciones aceptadas en el texto constitucional han perfilado “una enigmática confusión de poderes no homogénea”<sup>8</sup>.

Es obvio que la Constituyente tuvo que tomar en cuenta la posición distinta que tomó el jefe de Estado en el paso de la Monarquía a la República<sup>9</sup>. Con la aprobación de la constitución republicana, de hecho, al principio monárquico, a la que corresponde la idea de un jefe de Estado como organismo soberano, colocado en una posición preeminente con respecto a los demás órganos constitucionales, le substituyó el principio republicano, que sostiene la idea de un jefe de Estado “órgano entre órganos”, *super partes*, sujeto, como los demás<sup>10</sup>, a la Constitución y que deriva su legitimidad de la voluntad popular<sup>11</sup>.

*costituzionale e giudici*, Torino, 2011, p. 262; P. STANCATI, “Della ‘neutralità’ del Capo dello stato in tempo di crisi: sulla (presunta) ‘deriva presidenzialista’ nella più recente evoluzione della forma di governo parlamentare in Italia, con precipuo raffronto all’esperienza weimariana”, *Costituzionalismo.it*, 2013, p. 18; G. SCACCIA, *Il presidente della Repubblica fra evoluzione e trasformazione*, Modena, 2015, p. 1. Sin embargo, L. PALADIN, “Presidente della Repubblica”, *Enc. dir.*, Milano, p. 237, exhorta, a no exagerar ni subrayar desmesuradamente las ambigüedades del modelo constitucional, tal como parece que hace C. FUSARO, “Il presidente della repubblica nel sistema bipolare: spunti dalla prassi più recente”, en A. BARBERA, T. GIUPPONI (coords.), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna 2008, pp. 23 y ss., lo que sostienen a la luz de la indeterminación con que la letra constitucional atribuye precisamente un papel particularmente importante en la praxis.

8 *La Revista Panorama* de 27 de febrero de 1975 atribuye a Paolo Barile todo lo referido en el texto. Sobre el pensamiento de este autor sobre el papel del jefe de Estado, P. BARILE, “I poteri del presidente della repubblica”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, pp. 307 ss.

9 A. MASTROPAOLO, “Il dualismo rimosso. La funzione del presidente della Repubblica nella forma di governo parlamentare italiana”, *Rivista AIC*, 2013, pp. 45 y ss.

10 Se me consienta el reenvío a F. SALMONI, “La responsabilità del capo dello Stato tra sovranità popolare, globalizzazione e cosmopolitismo”, *Rivista di diritto costituzionale*, 2001, p. 184. En jurisprudencia, Corte cost., sent. 18 mayo de 2006, n. 200 y 15 enero de 2013, n. 1, cons. dir. 8.2, en que se lee que “la ricostruzione del complesso delle attribuzioni del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano mette in rilievo che lo stesso è stato collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche” e che il suo ruolo è quello di “di garante dell’equilibrio costituzionale e di “magistratura di influenza” la cui “attività informale di stimolo, moderazione e persuasione (...) costituisce il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana” (ivi, cons. dir., 8.3). Entre tantos comentarios, M. LUCIANI, “La gabbia del Presidente”, *Rivista AIC*, 2013, pp. 1 y ss.; A. ANZON DEMMING, “Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione”, *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 71 ss.; M.C. GRISOLIA, “La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale”, *Forumcostituzionale.it*, 5 febrero de 2013, pp. 1 y ss., O. CHESSA, “Le trasformazioni

Hasta el momento, la doctrina ha tratado de ubicar la figura del Presidente de la República en un contexto bien definido, prestando especial atención a la interpretación que los propios actores presidenciales dan a las normas constitucionales, pero quizás, precisamente por esa razón, no pudo llegar a una identidad de puntos de vista<sup>12</sup>. Porque esas reglas se podían interpretar de forma expansiva o restrictiva dependiendo también de la personalidad del hombre que pasaba a ocupar ese cargo, que subjetivamente supo representarlo en su propia forma<sup>13</sup>.

## II. LA TEORÍA DE ESPOSITO: EL JEFE DE ESTADO COMO GUÍA DEL ESTADO EN MOMENTOS DE CRISIS

Fue precisamente la consideración de la mutabilidad de la naturaleza humana lo que llevó a Esposito a desarrollar su conocida tesis, dirigida a negar al jefe de Estado la naturaleza de un cuerpo imparcial, de poder neutral y calificarlo como el gobernante supremo del Estado legitimado para actuar en momentos de crisis del orden constitucional<sup>14</sup>.

Claramente, en lo que respecta al poder neutro, Esposito trasladó del principio monárquico al de soberanía popular lo que Benjamin Constant atribuía a “su” jefe

della funzione presidenziale di garanzia”, *Quaderni Costituzionali*, 2013, pp. 21 y ss.; F. MODUGNO, “Tanto rumore per nulla (o per poco)?”, *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 1247 y ss.; A. MORELLI, “La riservatezza del Presidente. Idealità dei principi e realtà dei contesti nella sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale”, *penalecontemporaneo.it*, 2013, pp. 1 y ss.; F. SORRENTINO, “La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza”, *Consulta Online*, 2013, pp. 1 y ss.

11 M. LUCIANI, “Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)”, *Rivista AIC*, 2017, p. 13.

12 M. CAVINO, “Art. 87”, en F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (eds.), *La Costituzione italiana*, vol. II, Bologna, 2018, pp. 174 y ss.

13 “La prestación real” de los servicios presidenciales depende en gran medida de la personalidad del titular del cargo (y, como sabemos, las cosas no siempre han funcionado de la manera correcta). Así, M. LUCIANI, “Forma di governo e organi di garanzia”, en D. NARDELLA (ed.), *Per una nuova stagione delle riforme istituzionali*, Firenze, 2006, p. 107.

14 C. ESPOSITO, “Capo dello Stato”, en *Idem*, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi*, Milano, 1992, pp. 1 y ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, “Stato d’assedio”, *Noviss. dig. it.*, vol. XVIII, Torino, 1971, pp. 290 y ss.; S. TRAVERSA, “Il Capo dello Stato parlamentare come reggitore dello Stato nelle crisi del sistema”, *Rassegna parlamentare*, 2011, pp. 229 y ss.; M. OLIVETTI, “Governare con l’aiuto del presidente”, *Il Mulino*, 2012, pp. 233 y ss.

de Estado, el Rey<sup>15</sup>. Un poder “*neutre, intermédiaire y regoulateur*”<sup>16</sup> que para Constant “está en el medio” del poder legislativo, ejecutivo y judicial, “una autoridad neutral y de mediación, obviamente sin ningún interés en alterar el equilibrio y teniendo, por el contrario, todo el interés en mantenerlo”<sup>17</sup>, pero con la posibilidad, aunque solo sostenida de paso, de desempeñar una función “*préservatrice et réparatrice*” y, por tanto, también importantes poderes políticos<sup>18</sup>.

Definición adoptada, pero con diferencias significativas, por Carl Schmitt, según la cual el jefe de Estado “no está por encima de los demás poderes constitucionales, sino junto a ellos”<sup>19</sup>, es el “guardián” de la Constitución, su “guardián”, operando con poderes neutrales hasta que exista algún peligro de desintegración del Estado y entonces, solo entonces, habilitado para intervenir con la asunción de todos aquellos poderes necesarios para poner fin a la peligrosa situación<sup>20</sup>.

Esposito hizo suyo este punto de vista, apuntando sobre todo a derribar el supuesto de imparcialidad del jefe de Estado, asumiendo que, de considerarse válido, debería de haber llevado a aceptar una concepción de este órgano como un “simple” garante de la Constitución, desprovisto de todo poder capaz de hacerlo “gobernante”, precisamente por su posición super partes, que no le habría permitido, como

15 M. LUCIANI, “Un giroscopio”, *cit.*, p. 12.

16 B. CONSTANT, “Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle”, en *Collection complète des ouvrages de Benjamin Constant*, Paris, 1818, pp. 14 ss. Se suma a la tesis del jefe de Estado jefe de Estado como poder neutro G. NAPOLITANO, “Lezione alla prima edizione di biennale democrazia, Torino, Teatro Regio, 22 aprile 2009”, en *Idem, Discorsi e interventi in occasione di cerimonie e viaggi*, vol. III, Roma, 2009, p. 160.

17 B. CONSTANT, “Réflexions, *cit.*”, p. 15 (traducción mía). Crítico sobre la real neutralidad del poder del jefe de Estado, ex multis, M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica nelle recenti esperienze costituzionali*, Napoli, 2013, p. 2; D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, Milano, 2011, vol. II, p. 439.

18 Ya en B. . CONSTANT, “Réflexions, *cit.*”, p. 181, se apuntaba muy vagamente la posibilidad de atribuir al jefe de Estado la capacidad de erigirse en custodio de la Constitución en momentos de crisis, aunque en este Autor tal tesis no se ha desarrollado suficientemente.

19 C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 203.

20 C. SCHMITT, *Il custode, cit.*, p. 210. Precisa G. SCACCIA, *Il presidente, cit.*, p. 11, que “para las actividades presidenciales distintas a las de estricto control, la neutralidad es en cambio una virtud pasiva, que exige no traspasar la frontera más allá de la cual cualquier conducta presidencial necesariamente se vuelve partidista: el ámbito de la orientación política”. También sobre la cuestión T.E. FROSINI, “Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar”, *Il Politico*, 1996, pp. 98 y ss.

tal, una injerencia entre las decisiones adoptadas por los demás órganos del Estado<sup>21</sup>. En efecto, ¿cómo podía verse en él un órgano que nace ajeno al juego político con alguna función que fuera algo más que un simple “control” o “garantía”?<sup>22</sup>. A partir de estas premisas, la tesis de Esposito presenta algunos aspectos de vivo interés para la profundización del cargo y rol del Presidente de la República en nuestro ordenamiento jurídico. Para el ilustre autor, en efecto, una vez que se le reconoce que es un organismo “de parte” (en el sentido de que sus acciones no se presentan como imparciales), entonces sus funciones ya no pueden ser únicamente las de garante de la Constitución. Esto es obvio. Lo importante es comprender de dónde extrae Esposito el argumento de la “parcialidad” del jefe de Estado. El propio autor lo ilustra cuando afirma que

“cuando se atribuyen poderes al Jefe de Estado (...) estos no se dan a la ‘Diosa de la Razón’, sino a un hombre, con sus vicios y virtudes, con sus pasiones y con sus orientaciones inevitables, (un hombre) que (...) en el ejercicio de sus funciones, estará animado por el deseo de implementar o preservar su poder, de afirmar y hacer prevalecer (aunque dentro de los límites marcados por la ley) su poder, sus propias orientaciones, sus ideas, sobre los demás”<sup>23</sup>.

Por tanto, del análisis de la naturaleza humana surge la afirmación de la inevitable parcialidad del Presidente de la República. Sin embargo, poner esta explicación como base sobre la que construir una tesis de significación innovadora como la de Esposito, a diferencia de lo que el propio autor afirmó respecto de sus propias consideraciones, definiéndolas como “realistas” y no “místicas”, es bastante menos realista de cuanto pueda aparecer y no está acreditada<sup>24</sup>.

De hecho, ¿cómo puede una teoría jurídica sentar las bases de su propia veracidad en un argumento ciertamente objetivo –la mutabilidad y debilidad de la

21 Fundamental para la reconstrucción del jefe de Estado como órgano de garantía, S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale*, Milano, 1950, passim; *Idem*, “Controlli costituzionali”, *Enc. dir.*, Milano, 1962; *Idem*, “Garanzia costituzionale”, *Enc. dir.*, Milano, 1969.

22 Para una sistemática (y susceptible de compartir) crítica sobre la función de control del jefe de Estado, M. LUCIANI, “Un giroscopio, cit.”, pp. 5 y ss. Habla, en cambio, de función de control E. STRADELLA, “Il controllo del presidente della Repubblica sulla decretazione d’urgenza: fondamenti e prassi alla prova della crisi”, *Osservatoriosullefonti.it*, 2016.

23 C. ESPOSITO, “Capo dello Stato”, cit., p. 34.

24 C. ESPOSITO, “Capo dello Stato”, cit., p. 34. Según M. LUCIANI, “Un giroscopio”, cit., p. 1, la admonición de Carlo Esposito “es tan conocida como ignorada”.



naturaleza humana— pero no tan capaz de considerarlo decisivo?<sup>25</sup> El jefe de Estado, en el pensamiento de Esposito, no es un organismo *super partes*, sino que, por el contrario, puede “ascender a la categoría de gobernante del Estado en un período de crisis”<sup>26</sup>. En efecto, el jefe de Estado, que en tiempos normales se define como uno de los muchos órganos constitucionales, con poderes también predeterminados constitucionalmente, en tiempos de crisis le corresponde “reemplazar al Parlamento, y proveer ministros nombrados por él y que gocen de su confianza (en lugar de la del Parlamento)”<sup>27</sup>.

Pero hay un fuerte argumento contra el que choca la reconstrucción propuesta por Esposito y es que un poder de esta magnitud solo puede ser previsto expresamente por la Constitución<sup>28</sup>. Allí donde el Presidente de la República se hace pasar por “gobernante del Estado”, como por ejemplo en la Francia de la Quinta República, existe un artículo constitucional especial que lo prevé, el art. 16 de dicha Constitución, del mismo modo que ocurría con el art. 48 de la Constitución de Weimar<sup>29</sup>.

En nuestra Constitución, sin embargo, el mecanismo de “poderes de excepción” no se activa entre el Parlamento y el Presidente de la República, sino entre el Parlamento y el Gobierno. De hecho, el art. 78 de la Const. dispone explícitamente la atribución de las facultades necesarias, en caso de guerra, por el Parlamento al Gobierno; y el Presidente de la República forma parte de este mecanismo, de conformidad con el art. 87.9, de la Const., a través de una función puramente declarativa<sup>30</sup>.

25 El argumento de la mutabilidad de la naturaleza humana pudo haber representado una de las explicaciones, pero no la principal, de la presunta parcialidad del Presidente de la República. En el mismo sentido, me parece, M. LUCIANI, “Un giroscopio”, *cit.*, p. 1, que afirma que “la reconstrucción realista solicitada por Esposito” es posible “y no es una paradoja solo con la condición de que el texto de la Constitución”. Y también el otro argumento espositiano, de la imparcialidad que se impondría a todos los órganos constitucionales y, por tanto, todos los órganos deberían ejercer ese control constitucional que, en consecuencia, dejaría de constituir una prerrogativa presidencial, parece insatisfactorio, como puntualizó agudamente S. GALEOTTI, “Il Presidente della Repubblica: struttura garantistica o struttura governante?”, in *Idem, Il presidente della Repubblica garante della Costituzione*, Milano, 1992.

26 C. ESPOSITO, “Capo dello Stato”, *cit.*, p. 38.

27 *Ibid.*, 39.

28 A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Roma-Bari, 1985, p. 301.

29 A. BALDASSARRE, “Il capo dello Stato”, en G. AMATO, A. BARBERA (coords.), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 474.

30 A. BALDASSARRE, “Il capo dello Stato”, *cit.*, p. 474.

### III. LA TESIS DE RESCIGNO: EL DISCÍPULO SIGUE AL MAESTRO CON ALGUNA DIVERGENCIA

No muy diferente de la posición de Esposito, aunque articulada de manera diversa, es la de Rescigno. Según Baldassarre, los caminos de ambos autores serían distintos para llegar a una misma conclusión (la de que el jefe de Estado puede asumir excepcionalmente poderes que define como “dictatoriales” en el sentido del “dictador romano”), respecto de lo cual ambos recuperan la posibilidad, inherente al principio monárquico, de hacer que el Presidente de la República encarne “el poder que restablece el orden turbado”<sup>31</sup>.

Caminos diferentes, porque, como afirma el propio Rescigno, hay una cierta diferencia de escenario y también de conclusiones entre él y Esposito (que es su Maestro, como lo define cariñosamente). Para Rescigno, de hecho, la posición de Esposito es solo aparentemente más garantista. A partir de la observación de que el jefe de Estado personifica la unidad de la comunidad estatal y la unidad y continuidad del aparato estatal, Rescigno llega a afirmar que, precisamente como símbolo del Estado, el Presidente es su supremo y último garante. Y esto es así pues en la Constitución se prevé expresamente que el jefe de Estado sea el garante de la continuidad del Estado (como en la Constitución francesa), y por ello afirma Rescigno

“aunque exista la figura del jefe de Estado, aparentemente esta función se silencia: si ese silencio existe es porque, en estos países, la paz social es en aquel momento tal que nadie duda de la unidad y continuidad del Estado. Pero queda en el fondo, más o menos expresada y advertida, la certeza de que el jefe de Estado es el último juez si alguna otra autoridad no logra contener las disfunciones sociales”<sup>32</sup>.

Así pues, para Rescigno, cualesquiera que sean las competencias que expresamente atribuya la Constitución al Presidente de la República, este órgano tiene en sí mismo la doble potencialidad de actuar como órgano puramente simbólico o, por el contrario, como órgano político preeminente. El Presidente de la República

“se encuentra en una posición institucional que, de hecho, le permite dirigir en casos excepcionales lo que queda del aparato burocrático y militar, incluso sin una legitimación formal previa, en beneficio del restablecimiento el orden preexistente”<sup>33</sup>.

31 *Ibid.*, p. 472.

32 G.U. RESCIGNO, “Art. 87”, en G. Branca (coord.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1978, p. 144.

33 *Ibid.*, p. 146.

Según Rescigno, la tesis de Esposito entraña una suerte de ambigüedad que impide su aceptación: de hecho, de producirse en la realidad la imposibilidad del normal funcionamiento de los demás órganos constitucionales provocada por una posible crisis del sistema, sostiene un desplazamiento de competencias desde los órganos materialmente incapaces de ejercer sus funciones frente al jefe de Estado, sin admitir, sin embargo, la posibilidad de que éste adopte decisiones *contra Constitutionem*.

Pero, subraya Rescigno, las conclusiones a las que se llegaría profundizando en el pensamiento de Esposito podrían resultar muy distintas e incluso subversivas. Como, de hecho, señala acertadamente el ilustre autor, la sustitución por el Jefe de Estado a las Cortes y al Gobierno podría convertirlo, en efecto, en el titular de todas aquellas competencias que legítimamente pertenecen a los órganos mencionados y, por tanto, de ser necesario, también la facultad de revisar la Constitución, que, en virtud del artículo 138 de la Constitución, compete al Parlamento.

Existe una suerte de indeterminación, por tanto, en esta forma de desarrollar el razonamiento sobre el alcance de los poderes presidenciales ante una crisis del sistema que no escapa a Rescigno y este parece ser el punto fundamental: la base de la teoría rescignana es siempre y en todo caso, que prima la

“posición institucional más favorable para asumir poderes extraordinarios en caso de una crisis general del Estado, pero para quienes quieran hacer un discurso fundamentado jurídicamente y no solo una predicción sociológico-política, solo tiene sentido y forma parte del universo jurídico el estudio de esos poderes y libertades con base en la Constitución vigente”<sup>34</sup>.

34 *Ibid.*, p. 147. Acertadamente, G. DE VERGOTTINI, “La gestione della sicurezza internazionale: un correttivo presidenziale”, *Rivista AIC*, 2012, p. 1, según el cual queda “en un segundo plano el inquietante problema de identificar una posible atribución al Presidente de la función de solucionador de emergencias constitucionales, en caso de una parálisis real del funcionamiento del aparato constitucional y peligro para las libertades fundamentales, función sustituta de la incapacidad de los órganos que ostentan las funciones ordinarias de dirección, control y garantía, para asegurar la supervivencia del orden constitucional”. Sobre la cuestión V. ANGIOLINI, “Presidente della Repubblica e stati di crisi”, M. LUCIANI, M. VOLPI (coords.), *Il Presidente, cit.*, pp. 408 y ss.; A. SPADARO, “Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere”, *Politica del diritto*, 1993, pp. 219 y ss., según el cual el PdR interviene cuando los otros órganos constitucionales llevan a cabo acciones o comportamientos que se consideran contrarios a la Constitución.

#### IV. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, ESTRUCTURA POLIÉDRICA

A pesar de las apariencias, las tesis mencionadas se encuentran a medio camino entre otras dos tendencias más marcadas, que se han desarrollado sobre la naturaleza y alcance legal de los poderes presidenciales. La primera enfatiza los poderes de intervención e impulso político del Presidente de la República y sus partidarios definen al jefe de Estado como el portador de una “dirección política constitucional”<sup>35</sup>. El segundo, por el contrario, acentúa los poderes presidenciales de garantía y/o control, de tal manera que el Presidente de la República se configura como una “estructura de garantía” o incluso, en ocasiones, con cierta deriva autoritaria, como un verdadero guardián de la legalidad constitucional (haciéndose eco de la definición de memoria schmittiana)<sup>36</sup>. Ambos son el resultado de análisis detallados y desarrollados en profundidad de la constitución y la práctica.

La llamada “teoría de la garantía”, sin embargo, que es sin duda la más difundida y la más seguida por los estudiosos del derecho constitucional, parece haberse expandido hasta los límites de lo permitido, a menos que se quiera creer que todas las intervenciones de los últimos presidentes de la República (incluso los más incisivos) se han realizado para garantizar el dictado constitucional, algo que es muy debatido en la doctrina<sup>37</sup>.

Hoy es un dato asumido que el jefe de Estado goza de un “poder de intensidad variable, cuya extensión depende de la situación política”, ya que “las circunstancias afectan también el ejercicio y la coherencia de sus poderes”<sup>38</sup>. Esto se deriva precisa-

35 P. BARILE, “I poteri”, *cit.*, pp. 307 y ss.; E. CHELI, “Poteri autonomi del Capo dello Stato e controfirma ministeriale”, *Quaderni Costituzionali*, 1983, p. 361; G. DE VERGOTTINI, “Il ruolo del presidente della Repubblica negli scritti di Giustino D’Orazio”, *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2017, p. 6; G. SILVESTRI, “La presidenza Napolitano”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, pp. 976 y ss.

36 Que la schmittiana sea una posición autoritaria lo sostiene, entre muchos, P. STANCATI, “Della ‘neutralità’”, *cit.*, p. 5, una afirmación confirmada en la lectura de C. SCHMITT, *La dittatura: dalle origini dell’idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma, 1975, pp. 28 y ss.

37 G. FERRARA, “La crisi del neoliberalismo e della governabilità coatta”, *Costituzionalismo.it*, pp. 6 y ss.

38 L. CARLASSARE, “Capo dello stato: potere di nomina (art. 92) e modalità di elezione (art. 83) a Costituzione invariata”, *Rivista AIC*, 2013, pp. 1-2. Que los espacios reconocidos por la Constitución al jefe de Estado se amplíen cada vez que la relación gobierno-parlamento-partidos políticos se restringe fue sostenido *in primis* por L. ELIA, “Governo (forme di)”, en *Enc. dir.*, Milano, 1970, pp. 645 y ss.; E. CHELI, “Tendenze evolutive nel ruolo e nei poteri del Capo dello Stato”, en G. SIL-

mente de esa ambigüedad –o quizás sería mejor hablar de elasticidad– del precepto constitucional (que ha sido mencionado varias veces)<sup>39</sup>, donde se definen los poderes y funciones del Presidente de la República<sup>40</sup>. Y diría más: tal como se subraya en la doctrina, la amplitud de los poderes presidenciales previstos en la Constitución es infinitamente mayor respecto de la de otros órganos constitucionales y, ello, no obstante, su función depende esencialmente de las condiciones políticas e institucionales en las que se ve llamado a actuar<sup>41</sup>.

La cuestión es que el rol del jefe de Estado en la praxis ha sido tal, que todas las tesis mencionadas parecen encontrar su propia validez y en cierto modo una cierta coincidencia. El Presidente puede ser poder neutro, dirigente del Estado en momentos de crisis, con poder de gobernar y ser garante al mismo tiempo. En consecuencia, una parte de la doctrina ha encontrado en el jefe de Estado una estructura multifacética, no adhiriéndose a ninguna de las tesis mencionadas o, tal vez, por el contrario, adhiriéndose a todas ellas, levitando en un limbo que no deriva en absoluto de la falta de espíritu crítico o de claridad interpretativa, sino de la dificultad objetiva de insertar las baldosas de un mosaico en constante evolución en los espacios preestablecidos. Así,

“tanto la teoría del control constitucional como la de la dirección política constitucional parecen ser interpretaciones parciales y por tanto unilaterales de las disposicio-

VESTRI (coord.), *La figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1985, p. 102; G. D’ORAZIO, “Commento, en Dibattito sul messaggio presidenziale del 26 giugno 1991 concernente le riforme istituzionali e le procedure idonee a realizzarle”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, p. 3266; A. BARBERA, “Fra governo parlamentare e governo assembleare: dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana”, *Quaderni Costituzionali*, 2011, p. 24; R. BIN, “Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo”, *Quaderni Costituzionali*, 2013, p. 9; O. CHESSA, “Le trasformazioni”, *cit.*, p. 32; M. LUCIANI, “Un giroscopio”, *cit.*, p. 15. Véase también G.F. FERRARI, “The Parliamentary Form of Government and Its Evolution in Recent Years”, *Global Jurist*, 2019, p. 2, que subraya como una forma de gobierno monista como la nuestra favorece el papel de árbitro del jefe de Estado.

39 *Supra*, nota 5. También, véase S. STAIANO, “La forma di governo italiana. Permanenza e transizione”, *Osservatorio AIC*, 2018.

40 Se enfatizó acertadamente que la Constitución “trazó de manera sintética pero muy efectiva los límites realísticamente posibles (tan elásticos como se quiera, pero aún así, límites) del órgano en un estado de partidos en forma de gobierno parlamentario (débilmente racionalizado)”. Así, M. LUCIANI, “Un giroscopio”, *cit.*, p. 1.

41 A. PISANESCHI, “Il Presidente Mattarella garante del nuovo assetto costituzionale e la ‘funzione di indirizzo politico europeo’”, *federalismi.it*, 4 de febrero de 2015, p. 2.

nes de la Constitución sobre los poderes presidenciales<sup>42</sup>: mientras que la primera enfatiza los poderes de control y garantía, eclipsando a las demás, a la inversa, la segunda enfatiza los poderes de influencia e intermediación política, exagerando sus potenciales y descuidando la consideración a los demás. En realidad, una definición del cargo del Presidente de la República que pretende ser fiel a la Constitución no puede dejar de tener en cuenta ambos tipos de poderes a la vez<sup>43</sup>.

## V. LA TEORÍA DEL “INDIRIZZO” POLÍTICO CONSTITUCIONAL

Es evidente que, mucho más clara y circunscrita, es la tesis de los que sostienen la existencia de un “indirizzo” político constitucional del cual sería titular el Presidente de la República<sup>44</sup>. Una vez que se le atribuye al jefe de Estado un poder de dirección distinto de la mayoría política, y que conlleva su participación activa en la conducción de los asuntos públicos, dicho poder no puede sino involucrar todas las disposiciones constitucionales que le conciernen.

Es decir, o no existe la dirección política constitucional y entonces todo lo que hace el Presidente de la República lo hace interpretando las normas que en cada momento le conciernen o bien ese poder (¿o función?) existe y entonces es inevitable que la interpretación que se le da a la figura del jefe de Estado quede condicionada profundamente y se amplifiquen los poderes de intervención e intermediación política.

42 Hablando del rol del jefe de Estado, a menudo sucede que los términos “función de control” y/o “función de garantía” se usan indistintamente, pero jurídicamente son dos funciones muy diferentes. Así como erróneamente tendemos a no distinguir entre función y poder. En este sentido, M. LUCIANI, “Un giroscopio”, *cit.*, p. 2.

43 A. BALDASSARRE, “Il capo dello Stato”, *cit.*, p. 475. Según S. GALEOTTI, “Il Presidente della Repubblica: struttura garantistica o struttura governante?”, *cit.*, p. 264, la tesis de Baldassarre “moviéndose de manera flexible desde una de las muchas interpretaciones de la teoría del “poder neutral” del jefe de estado, vista aquí en su versión de “pouvoir intermédiaire”, siempre termina desembocando en el inquieto lecho de la concepción politizadora del presente de la República”. El propio Baldassarre respondió a esta afirmación precisando que Galeotti “hace una asimilación errónea a esta línea de cualquier teoría que suponga un valor político en el papel del jefe de Estado”. Así, BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, *cit.*, p. 293.

44 G. MOTZO, “Il potere di esternazione e di messaggio (Appunti)”, *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, vol. CLII, 1957, pp. 22 y ss.

Piénsese en lo que sostiene Barile, que le atribuye exactamente una función de dirección política constitucional. Según este autor, en efecto, la función de dirección política

“es una función impulsora (que) elige los fines, determina el grado de su valor y los distribuye en el tiempo en relación con la consecución más o menos rápida de los mismos. (...) Los fines que se fija la función de dirección política son en primer lugar los que se derivan de la Constitución, directa e indirectamente, en el sentido de que son fines que están directa o indirectamente vinculados a las normas constitucionales. Pero esa misma función plantea también otros fines que están solo remotamente conectados con las normas constitucionales, es decir, fines contingentes, que la historia de un pueblo plantea gradualmente de manera positiva sin tener que subsumirse en el rango de principios constitucionales”<sup>45</sup>.

Esta segunda función que busca y logra “fines ajenos a la Constitución” es la de orientación política mayoritaria, mientras que la primera, en la que también participaría el Presidente de la República (junto con el Tribunal Constitucional), es la de orientación política constitucional.

Es cierto que, en épocas más recientes, alejadas de su primera formulación, el propio Barile afirmó que un hecho a considerar, absolutamente cierto, es que el Presidente de la República es el titular de poder político y, al respecto,

“no lo llamemos una dirección política constitucional, como tuve la debilidad de hacer hace años, y que me causó una cantidad inverosímil de críticas por parte de muchos. Entonces, en este punto, olvido esa definición y trato de pasar a otra definición. Los autores que me critican hablan de dirección presidencial, poder presidencial; sin embargo, lo definen como un poder político de garantía constitucional y, al mismo tiempo, de impulso para la implementación constitucional. Por otro lado, los guardianes de la Constitución no son solo quienes dicen no a las violaciones de la Constitución, sino también quienes presionan por el cumplimiento activo de la Constitución por parte de todos los demás órganos políticos”<sup>46</sup>.

Además, de cualquier modo, que se quiera definir, a través de esta función el autor no deja de atribuir al Presidente de la República en forma exclusiva una suma de poderes políticos decididamente significativos. El gobierno, por ejemplo, entraría en conflicto con el jefe de Estado si se opusiera sustancial y formalmente a los actos

45 P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1982, pp. 244-245.

46 P. BARILE, “Relazione di sintesi”, en G. SILVESTRI (ed.), *La figura, cit.*, pp. 258-259. Sobre la cuestión, E. FURNO, *Il presidente della Repubblica al tempo delle crisi*, Napoli, 2021, p. 90.

presidenciales, con la consecuencia de que el único órgano facultado para resolver tales disputas sería el Tribunal Constitucional.

Pero ¿cómo podrían entrar en conflicto el Gobierno y el Presidente de la República, si los poderes que corresponden a la función política constitucional pertenecen exclusivamente al Jefe de Estado, como parecería sugerir Barile? Aquí es donde entra en juego la función y configuración constitucional del referendo ministerial, en el que, por la economía de este trabajo, no nos es posible profundizar<sup>47</sup>.

Sin embargo, solo a modo de ejemplo, si, con Barile, el Presidente de la República es el único titular de la potestad de disolución anticipada de las Cámaras y si el Gobierno debe refrendar únicamente los actos propuestos por sus ministros, el silogismo que se deriva es que el acta de disolución presidencial no debe ser refrendada. Entonces, en este caso, ¿cómo podría haber un conflicto de atribuciones entre los poderes del Estado?

O si se acepta la premisa de la necesidad de una contrafirma gubernamental solo cuando existe una propuesta ministerial real y entonces es posible, como afirma Barile, que el poder de disolución anticipada de las Cámaras sea una prerrogativa exclusivamente presidencial<sup>48</sup>, o no se acepta y en ese caso hay una coparticipación de los dos órganos en el acto de disolución (aunque la participación del Gobierno debe entenderse exclusivamente desde un punto de vista formal y no concierne a la conveniencia política de la decisión, que en cualquier caso pertenece al Presidente de la República). Pero, asumida como válida la tesis de Barile, me parece que se llega a una conclusión contradictoria, cuando se contempla la posibilidad de una sentencia del Tribunal Constitucional por el surgimiento de un conflicto de poderes entre el Gobierno y el Presidente de la República, donde hasta ese momento se ha alegado que la disolución de las Cámaras es un acto decidido y ordenado exclusivamente por el Jefe de Estado y que el Gobierno no debe estampar el referendo<sup>49</sup>.

47 O. CHESSA, “Il Presidente”, *cit.*, pp. 16-17, argumenta que el referendo “asigna igual valor decisivo a los dos deseos distintos de la PdR y el Gobierno” por lo que el Presidente no tiene la obligación de firmar los documentos gubernamentales porque su negativa “entra en el campo legal de las valoraciones políticas libres”. Para esta doctrina, por tanto, el Presidente “puede legítimamente colocar un veto político “sobre las decisiones del gabinete” (*ivi.*, 53). Véanse al respecto, las feroces –hasta impropias– críticas de A. BALDASSARRE, “Il presidente della Repubblica nell’evoluzione della forma di governo”, *Rivista AIC*, 2010, pp. 3-4.

48 Contra, G. GUARINO, “Il Presidente della Repubblica italiana”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, p. 957.

49 La posición de Cheli es un poco diferente, especialmente en lo que se refiere al problema del referendo, que de hecho lo resuelve a través de una lectura e interpretación del art. 89 de la Constitución



## VI. LA TEORÍA GARANTISTA

Aquellos académicos que se adhieren a la llamada teoría garantista ciertamente no pueden aceptar el enfoque anterior. En virtud esta teoría el Presidente de la República sería un órgano de garantía, poseedor mayoritariamente de una facultad de persuasión moral<sup>50</sup> y mediación destinada a “salvaguardar” la Constitución<sup>51</sup> y proteger el orden constitucional<sup>52</sup>. Una garantía política, sin embargo, no jurídica<sup>53</sup>,

diferenciados de los demás. De acuerdo con esta interpretación, ciertamente debe haber una conexión entre refrendo y propuesta ministerial, que, sin embargo, no se refiere solo a aquellos actos que son sustancialmente gubernamentales y formalmente presidenciales, sino también a aquellos formal y sustancialmente presidenciales, así como a los de estructura compleja, donde efectivamente se determinaba una convergencia de voluntades, sobre el contenido del acto, entre el jefe de Estado y el gobierno. *Cfr.*, E. CHELI, “Poteri autonomi”, *cit.*, así como, *Idem*, “Art. 89”, en G. BRANCA (coord.), *Commentario alla Costituzione, Bologna-Roma*, 1983, pp. 96 y ss.

50 C. NEGRI, *La moral suasion del Presidente della Repubblica nella forma di governo italiana*, Milano, 2018, pp. 5 y ss.; V. LIPPOLIS, “Il presidente della Repubblica”, *Rivista AIC*, 2018, p. 13.

51 G. GUARINO, “Il Presidente”, *cit.*, p. 957.

52 S. GALEOTTI, “La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica (1949)”, en *Idem, Il Presidente della Repubblica, cit.*, pp. 63 y ss.; V. CRISAFULLI, “Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia (1958)”, en *Idem, Stato, Popolo, Governo*, Milano, 1985, pp. 172 y ss.; G. GUARINO, “Il Presidente”, *cit.*, pp. 963 ss. (que además no excluye la existencia de un *indirizzo* político constitucional del Presidente); G. D’ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1988, p. 46; asimismo, más recientemente, G. AZZARITI, “Uno schiaffo inquietante al Presidente della Repubblica”, *Costituzionalismo.it.*, 2009, pp. 1 y ss.; M. SICLARI, “Il Presidente della Repubblica”, *cit.*, pp. 2 y ss. Del PdR como órgano constitucional “di extrema garantía” habla E. BETTINELLI, “Il ruolo di garanzia effettiva del Presidente della Repubblica (in un sistema politico che deraglia...)”, *Astrid Online*, 2011, p. 1. Véase también la interesante reflexión de A. PISANESCHI, “Il Presidente Mattarella”, *cit.*, p. 5, según el cual el PdR sería el verdadero representante de la unidad nacional y el garante de la estabilidad del Estado en relación con Europa “titular de una función de orientación política europea (...) encaminada a garantizar el respeto interno y externo de los principios en el que se basa la cohesión europea”.

53 G. GUARINO, “Il presidente”, *cit.*, p. 957. Más recientemente, ex multis, G. AZZARITI, “Dibattito sul potere del presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri”, *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 980, para quien el PdR es titular de una función de garantía política y órgano de intermediación política; G. FERRARA, “La sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale e la garanzia della Costituzione”, en *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, Napoli, 2014, vol. IV, p. 3133; R. ROMBOLI, “Presidente della Repubblica e Corte costituzionale”, en M. LUCIANI, A. VOLPI (coords.), *Il Presidente, cit.*, pp. 333 y ss.

entendida en un sentido amplio<sup>54</sup> o para algunos su defensa<sup>55</sup>, ya que jurídicamente, la garantía constitucional requiere de órganos o instituciones capaces de proteger la Constitución con actos jurídicos “definitivos y vinculantes”, a diferencia de los que derivan del jefe de Estado<sup>56</sup>.

Por tanto, es órgano de estabilización y/o garantía política de la Constitución, pues la garantía legal pertenece al Tribunal Constitucional<sup>57</sup>. Una posición ya desarrollada por Carl Schmitt cuando afirmó que

“el Tribunal Superior del Estado es el guardián de la Constitución. Pero es y sigue siendo un tribunal y no tiene otro recurso que las particularidades de esta forma judicial y jurisdiccional (...) El Tribunal Superior del Estado sólo tiene el amparo judicial de la Constitución. Dado que una Constitución es una estructura política, también se necesitan decisiones políticas esenciales, y es en este sentido, creo, que el Presidente del Reich es el guardián de la Constitución y precisamente sus poderes derivados del art. 48 tanto para los elementos federalistas como para los demás

54 M. LUCIANI, “La funzione di garanzia ‘politica’ del presidente della Repubblica”, en C. DE FIORES (coord.), *Lo stato della democrazia*, Milano, 2003, p. 133, que establece que “al presidente de la república se le puede asignar como máximo una función de garantía política (...) *latu sensu*”. Sin embargo, en un trabajo más reciente, el mismo autor, criticando la tesis de la garantía, hace realidad su razonamiento y llega a la conclusión de que “no es apropiado seguir definiéndola (el Presidente de la República, ed.) de política garantísta de la Constitución”. Así, M. LUCIANI, “Un giroscopio”, *cit.*, p. 18.

55 M. LUCIANI, “La parabola della presidenza della Repubblica”, *Rivista AIC*, 2014, p. 5, que añade “el Presidente (...) debe defender las normas y valores constitucionales mediante una labor de estabilización institucional y promoción de la unificación nacional, según el modelo que la propia Constitución sintetiza, otorgándole –respectivamente– la calidad de jefe de Estado y representante de la ‘Unidad Nacional’”.

56 S. GALEOTTI, *Garanzia costituzionale*, *cit.*, p. 507, al que se suma M. LUCIANI, “Introduzione”, *cit.*, p. 18; A. RUGGERI, “Rinvio presidenziale delle leggi ed autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi”, en M. LUCIANI, A VOLPI (eds.), *Il Presidente*, *cit.*, p. 177.

57 Según T.L. RIZZO, “Il rapporto tra Presidente della Repubblica e Presidente del Consiglio nell’Italia repubblicana”, *Nuova antologia*, 2018, p. 295, “el Jefe de Estado es, en última instancia, una figura dotada de la ‘auctoritas’ romanista (autoridad moral) pero no de la ‘potestas’ (poder efectivo), que representa la unidad nacional por encima de cualquier diferenciación política”. Atribuyen al PdR el rol de moderador de sujetos políticamente activos, G. AZZARITI, “Osservazioni sul Presidente della Repubblica nella forma di governo italiana”, en *Idem*, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, 2000, pp. 415 y ss.; G.M. SALERNO, “Presidente della Repubblica”, en S. CASSESE (coord.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, pp. 4551 y ss.

elementos de la constitución tienen sobre todo el sentido de constituir un verdadero guardián de la constitución<sup>58</sup>.

En definitiva, la Constitución, para ser tal, necesita un tutor, un fiador, y esta garantía puede ser legal, como la que ofrece el Tribunal Superior al que se refiere Schmitt o a la Consulta a la que la doctrina constitucional o política italiana se refiere; o bien política y por tanto incardinada en la figura del Presidente de la República, quien, para el politólogo alemán, era el verdadero y único guardián de la Constitución.

De esta manera Schmitt se enfrentaba a la tesis de Sieyes, el primero en sugerir la necesidad de la existencia de un guardián de la Constitución, identificado en un “*jurì constitutionnaire*” y por lo tanto en un garante jurídico<sup>59</sup>, como hizo Kelsen años más tarde en su conocido ensayo sobre la justicia constitucional<sup>60</sup>.

La crítica más significativa frente a la doctrina que abraza la teoría de la garantía fue la de haber interpretado el rol presidencial de una manera más reduccionista que el dictado constitucional y de estar desvinculado del contexto social, histórico y político en el que se encuentra habitualmente operando.

Sin embargo, como han demostrado a lo largo del tiempo algunas de las sucesivas presidencias –hasta la actual presidencia de Mattarella–<sup>61</sup>, la plasticidad de la disposición constitucional ha permitido al jefe de Estado intervenir de manera muy enérgica siempre que el sistema de partidos políticos ha mostrado preocupantes signos de debilidad, utilizando sus prerrogativas “hasta sus límites más extremos”<sup>62</sup>.

58 C. SCMITT, “Discorso conclusivo davanti alla Suprema Corte di Stato a Leipzig”, en *Idem*, *Posizioni e concetti*, Milano, 2007, pp. 299-300.

59 J.E. SIEYES, “Opinione di Sieyes su alcuni articoli dei Titoli IV e V del Progetto di Costituzione pronunciata alla Convenzione il due Termidoro dell’anno III (20 luglio 1795) della Repubblica”, en *Idem*, *Opere e testimonianze politiche*, vol. II, Milano, 1993, pp. 802, 813 y ss.

60 H. KELSEN, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)”, en C. GERACI (coord.), *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 149 y ss., que en la justicia constitucional incardina la función de garantía jurisdiccional de la Constitución.

61 G. CAPORALI, “Sulla scelta dei ministri: verso un mutamento della forma di governo?”, *federalismi.it*, 2019, pp. 2 ss.; M. PIAZZA, “‘Mattarella vs Savona’: un caso, non-caso, non a caso”, *forumcostituzionale.it*, 8 de abril de 2019, pp. 1 y ss.

62 M. LUCIANI, “Un giroscopio”, *cit.*, p. 23, quien añade, “el jefe de Estado realmente se colocó en el centro de la forma de gobierno y actuó como motor de todo el sistema político debido a la grave crisis de los partidos, pero lejos de ser una suerte de preconización del semipresidencialismo, la presidencia Napolitano fue la expresión más clara de la forma de gobierno parlamentario, permaneciendo dentro de cuyas fronteras utilizó todo el potencial que le asigna al jefe de Estado, pero llegando

Esta apreciación encuentra su razón de ser en el hecho de que la teoría que consideramos se fundamenta en la imparcialidad e irresponsabilidad del Presidente de la República<sup>63</sup>.

La asunción de irresponsabilidad, en particular, es criticada por quienes no se adhieren a este enfoque sobre la base de que el jefe de Estado, en cualquier caso, estaría sujeto a una responsabilidad política generalizada frente a la opinión pública<sup>64</sup>, que se habría afirmado con la práctica y habría dado lugar a un tipo particular de responsabilidad política que no se desprende del texto de la Carta Constitucional, mientras que, en cambio, cuando se quería atribuir la responsabilidad política a cualquier órgano o institución se ha hecho expresamente.

Quienes invocan la responsabilidad política del Presidente de la República lo hacen con el argumento de que, dado que este órgano puede ser reelegido, al igual que los diputados y senadores, al igual que estos últimos debe estar sujeto a sanción política, dando lugar a la no reelección. Este argumento, sin embargo, es excesivo. De hecho, si se lleva a sus extremas consecuencias, se debe concluir que todos los

a sus límites más extremos”. Sobre la cuestión, A. CELOTTO, “Le regole dell’incarico”, *federalismi.it*, 2018, pp. 2 y ss.; F.R. DE MARTINO, “Il presidente della Repubblica e il potere di nomina del presidente del Consiglio dei ministri”, *Costituzionalismo.it*, 2018, pp. 71 y ss.; A. LUCARELLI, “Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri”, *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 1002. Sobre la Presidenza Mattarella y su negativa al Prof. Savona para ser nombrado ministro de Economía, junto a los autores ya citados, G.F. FERRARI, “Dibattito”, *Giurisprudenza costituzionale*, *cit.*, pp. 1000 y ss.; L. TRUCCO, “La ‘non nomina’ di un ministro nell’epoca dei social”, *lacostituzione.info*, 2018; E. FURNO, “Il Presidente”, *cit.*, pp. 89 y ss.

63 El Tribunal de Casación llevó a cabo una reconstrucción de los poderes y el consecuente rol presidencial en nuestro muy amplio sistema constitucional, reconociendo en el mismo una “necesidad fundamental de independencia (...) en el ejercicio de sus funciones”, de tal manera que su irresponsabilidad debe extenderse “además de los actos oficiales refrendados, a todo acto, declaración o conducta que tenga su causa en la función o en un fin que le es inherente”, atribuyéndole así un ámbito de inmunidad extendido también a la denominada perímetro externo de su actividad, es decir, extendido a todos aquellos actos y/o hechos que no son estrictamente funcionales, pero directa o indirectamente deducibles de estos últimos y resultado de actividades discrecionales implementadas en el ejercicio de funciones institucionales. Cass., III sez. civ., 27 junio de 2000, n. 8733, *Flamigni c. Cossiga* e Cass., III sez. civ., 27 junio de 2000, n. 8734, *Onorato c. Cossiga*, sobre la cual se puede consultar, F. SALMONI, “L’intervento in giudizio del terzo offeso, la legittimazione attiva dell’ex presidente della Repubblica ed altre novità nei ricorsi per conflitti fra poteri: la ‘storia infinita’ del c.d. caso Cossiga”, *federalismi.it*, 29 de julio de 2004, p. 11.

64 G.U. RESCIGNO, “Responsabilità (diritto costituzionale)”, en *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 1365 y ss.

presidentes que se han sucedido hasta ahora, al no haber sido reelegidos (excepto el presidente Napolitano), se han comportado de alguna manera susceptible de reproche y por lo tanto sancionados políticamente por la falta de reelección<sup>65</sup>.

También hay que decir que los partidarios de la teoría de la garantía no parecen querer menguar ningún poder sustancial del Presidente de la República<sup>66</sup>. Así lo demuestra la declaración, por ejemplo, de Mario Galizia cuando escribió que “la disolución (temprana de las Cámaras, ed.) está fuera de la función de gobierno, es un poder autónomo del Presidente de la República, quien la ejerce, (...) con el refrendo del Primer Ministro, sin necesidad de propuesta ministerial”. La disolución se erige como “un acto objetivo y debe estar vinculado, en sus fines y efectos, a las necesidades estructurales del sistema” que el ilustre autor identifica en razones de funcionalidad, respecto de las cuales “la disolución no deja una decisión al pueblo; es en sí misma una decisión, cuya responsabilidad política y jurídica recae en el jefe de Estado, tras la observación de que el sistema no funciona y que son necesarias nuevas elecciones”<sup>67</sup>.

Esta es una posición ahora definitivamente superada, aunque al Presidente de la República en todo caso se le siguen reconociendo, desde otro ángulo, algunos poderes que tienen una significación sustancial propia, pero que no alteran su función<sup>68</sup>.

65 Sobre la Presidenza Ciampi, por todos., M. MANETTI, “I due Presidenti. Il settennato di Ciampi alla prova del bipolarismo della Repubblica tra diritto e storia”, *Rivista AIC*, 2007 y bibliografía ahí cit.; sobre la Presidenza Napolitano G. SCACCIA, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, Modena, 2015, *passim*; D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano: evoluzione politico-costituzionale della Presidenza della Repubblica*, Milano, 2012; V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente. Il Settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna, 2013; así como los volúmenes coordinados por F. GIUFFRÈ, I.A. NICOTRA, *Il presidente della Repubblica. Frammenti di un settennato*, Milano, 2012 y *Lecezionale “bis” del Presidente della Repubblica*, Torino, 2014, y la bibliografía ahí cit.

66 Según R. DICKMANN, “Sulla funzione costituzionale di garanzia del presidente della Repubblica”, *federalismi.it*, 29 diciembre de 2010, p. 4, “la función del Presidente de la República (...) debe leerse a la luz del principio según el cual la Constitución contiene los parámetros necesarios para garantizar su conservación frente a iniciativas revisionistas no atribuibles a un mandato constituyente explícito”.

67 M. GALIZIA, *Nomina e fiducia. Il Presidente della repubblica e la formazione del governo*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1954, pp. 1073 y ss.

68 Véase la Declaración del Presidente de la República Sergio Mattarella al final del coloquio con el professor Giuseppe Conte, en la web *Quirinale.it*, 27 mayo de 2018, en la que el Presidente Mattarella –aun habiendo utilizado los poderes que la Constitución le confiere en forma bastante asertiva– se suma expresamente a la tesis garantista afirmando que “el Presidente de la República cumple

## VII. EL “GIROSCOPIO CONSTITUCIONAL”... DEL REVÉS

Una definición unívoca del papel del Presidente de la República en nuestro ordenamiento jurídico -siguiendo el examen de los aportes sedimentados de la doctrina- no parece entonces posible, ni quizás útil: la Constitución le atribuye múltiples funciones y resumirlas en un *unicum* es tarea demasiado ardua<sup>69</sup>.

No tanto porque el mismo, como también se ha argumentado con autoridad, no es un

“órgano de control (...), no es un poder neutral, no es garante de la Constitución, no es titular del imperium y de potestas, no puede construir, en la soledad, una unidad no generada en otros ámbitos, no necesariamente apto, en igual soledad, para gobernar los asuntos públicos en tiempos de crisis”<sup>70</sup>.

Tan compleja y articulada conclusión lleva, como lógica consecuencia, a la doctrina que la ha elaborado a ofrecer otra definición del papel del Presidente calificándolo como un “giroscopio constitucional” capaz de sostener el eje de la máquina de las instituciones y la convivencia civil no obstante las inevitables sacudidas a las que la dialéctica política y social, con el tiempo, le someten<sup>71</sup>.

La metáfora del giroscopio es seductora e ingeniosa: El Presidente de la República se compara con un “cuerpo sólido con características particulares de simetría con respecto a un eje determinado, alrededor del cual se puede rotar: si la rotación es libre, la orientación del eje giroscópico con respecto a un sistema de referencia inercial no varía en el tiempo”<sup>72</sup>, donde, obviamente, el giroscopio es el Presidente

un rol de garantía, que nunca ha sufrido ni puede sufrir imposiciones”, lo que demuestra que esta teoría no tiene en absoluto una visión limitada de las prerrogativas presidenciales.

69 Sobre la multifuncionalidad del PdR, A.M. SANDULLI, “Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa”, en *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, vol. IV, pp. 217 ss.

70 M. LUCIANI, “Un giroscopio”, *cit.*, p. 24. Pero ya antes el mismo autor, en “La parábola”, *cit.*, p. 1, afirmaba “El Presidente no es un poder neutral en el sentido de la doctrina clásica, no es en el sentido propio garante de la Constitución, no es un gobernante de los asuntos públicos en casos de crisis. Y no porque sea algo menos, sino simplemente porque es algo diferente y más complejo”. Afirma que el PdR es, en algunos casos, titular de potestas, O. CHESSA, “Il ruolo presidenziale e la distinzione tra funzioni di garanzia e funzioni d’indirizzo politico”, *dirittoestoria.it*, 2010.

71 M. LUCIANI, “Un giroscopio”, *cit.*, p. 22. Del rol cameleónico del PdR habla C. FUSARO, *Il presidente della Repubblica*, Bologna, 2003, pp. 81 y ss.

72 G. DEVOTO, G.C. OLI, L. SERIANNI, M. TRIFONE, *Nuovo Devoto-Oli. Il vocabolario dell’italiano contemporaneo*, Milano, 2022.

y el eje es la Constitución, que es, por tanto, el único punto de referencia alrededor del cual debe girar su actividad.

Seductora e ingeniosa porque argumentar que el presidente “no es” toda una serie de “cosas” equivale a argumentar que él es exactamente todas esas cosas juntas. Y, de hecho, el Presidente actuaría como un giroscopio, aunque afirmemos exactamente lo contrario de lo que se acaba de decir: es el órgano de control, es un poder neutro, es el garante de la Constitución, es el titular de la *imperium* y de la *potestas*, es capaz de construir, en la soledad, una unidad que no se genera en otro lugar, es apto, en igual soledad, para gobernar los asuntos públicos en momentos de crisis.

Él es todo esto, todo a la vez, y su papel funciona en forma elástica que se afloja y contrae según la estabilidad del circuito democrático representado en el continuo partido–Parlamento–Gobierno, teleológicamente orientado a ser, al mismo tiempo, jefe de Estado y representante de la unidad nacional.

Ciertamente, como se dijo,

“el misterio de la Presidencia de la República está todo aquí: en la cuadratura de un círculo que se traza la mitad por la calificación de ‘jefe de Estado’ y la otra mitad por la calificación de ‘representante de la unidad nacional’. Cualificaciones a las que se vinculan, respectivamente, los poderes designados (los enumerados en el art. 87 y mencionados por las demás disposiciones constitucionales relacionadas) y los innominados (en primer lugar, el poder de externalización) del Presidente”<sup>73</sup>.

Es, por tanto, justo y necesario reconstruir su papel teniendo en cuenta que pueden existir, y de hecho existen, diferentes formas de configurar su posición en el sistema. Caminos con contornos menos definidos que las tesis claramente preconfiguradas que se relatan brevemente en los párrafos anteriores, pero por esta razón, quizás, más respetuosas con los dictados constitucionales.

### **Resumen**

*La función del Presidente de la República a la luz de la doctrina constitucional italiana. La historia interminable. Este ensayo desarrolla un análisis de la erudición constitucional italiana sobre el papel del Presidente de la República en nuestro sistema legal. Las teorías desarrolladas en este punto van desde la que lo describe como el gobernante supremo del Estado en momentos de crisis, hasta la que lo ve como el gerente de un poder de dirección política*

73 M. LUCIANI, “La gabbia”, *cit.*, p. 4. Tengo la obligación de agradecer a Massimo Luciani, mi Maestro en la vida y el Derecho, quien me enseñó a aplicar el rigor y la lógica en los estudios jurídicos, a través de su genio multifacético y su visión unificada de la teoría del Derecho Constitucional, omnipresente en sus escritos, que siempre he leído y meditado con suma atención y dedicación.

*constitucional. La principal pregunta que se han planteado los investigadores desde la aprobación de la Constitución de 1948 es si el presidente es una estructura garante o de gobierno, pero la doctrina autoritaria más reciente ha descartado ambas tesis, acabando por definirlo como un “giroscopio constitucional”. En definitiva, la definición del papel del Presidente de la República en el ordenamiento jurídico italiano es una verdadera historia interminable debido a la flexibilidad de las normas constitucionales que regulan sus atribuciones, que no permiten concluir con una tesis unívoca.*

**Palabras clave**

*Rol del Presidente de la República; doctrina constitucional italiana; garante; poder rector; giroscopio constitucional.*

**Abstract**

*This essay develops an analysis of the Italian constitutional scholarship on the role of the President of the Republic in our legal system. The theories developed on this point range from that which describes him as the supreme ruler of the State in moments of crisis, to that which sees him as the holder of a power of constitutional political direction. The main question that researchers have asked themselves since the approval of the Constitution of 1948 is whether the President is a guaranteeing or governing structure, but the most recent authoritative doctrine has ruled out both theses, ending up by defining him as a constitutional gyroscope. In short, the definition of the role of the President of the Republic in the Italian legal system is a real never-ending story because of the flexibility of the constitutional norms that regulate its attributions which do not allow to embrace a univocal thesis.*

**Keywords**

*Role of President of Republic; Italian Constitutional scholarship; Guarantor; Governing power; Constitutional gyroscope.*

Recibido: 3 de marzo de 2022  
Aceptado: 21 de marzo de 2022



**EL “NUEVO CONSTITUCIONALISMO  
LATINOAMERICANO” Y LA FORMA DE ESTADO:  
ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DE LOS  
ORDENAMIENTOS DE ECUADOR Y BOLIVIA**  
**The “New Latin American Constitutionalism” and the  
form of State: some reflections on the legal systems of  
Ecuador and Bolivia**

ROSA IANNACCONE

*Doctoranda de la Università di Roma “Sapienza” y de  
la Universidad de Granada*

**SUMARIO:**

- I. La evolución del catálogo de derechos: de una forma de Estado a otra.
- II. Las características esenciales del “Nuevo constitucionalismo latinoamericano”.
- III. Un catálogo de derechos renovado.
- IV. ¿Hacia una nueva forma de Estado?

**I. LA EVOLUCIÓN DEL CATÁLOGO DE DERECHOS: DE UNA FORMA DE ESTADO A OTRA**

Como es sabido, el reconocimiento de los derechos fundamentales es una de las principales características de las constituciones y, a lo largo de la historia, el constitucionalismo ha desarrollado nuevas fórmulas para que los ciudadanos puedan ejercerlos<sup>1</sup>. Es precisamente la evolución del catálogo de derechos y de los instrumentos concebidos para protegerlos lo que ha marcado la transición de una forma de Estado a otra.

A efectos de clasificación y para dar una lectura diacrónica, los derechos y las libertades se han distinguido convencionalmente por la doctrina en generaciones. La primera, que se sitúa entre la Gloriosa Revolución Inglesa (1688-89) y las revolucio-

1 A.R. SOTILLO ANTEZANA, “La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Ciencia y Cultura*, núm. 35, 2015, p. 163.

nes francesa y americana de finales del siglo XVIII, incluye los llamados derechos de libertad civil y, en particular, los derechos económicos. En este periodo también aparecen los denominados derechos políticos que solo adquieren sus plenos contornos en la segunda generación, que abarca un periodo de tiempo muy amplio, aproximadamente desde 1830 hasta el periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, con la extensión del sufragio universal en un principio a los hombres y posteriormente también a las mujeres. Sin embargo, lo que caracteriza esta fase de manera particular es la afirmación de los derechos sociales. El Estado del bienestar se fija como objetivo crear unas condiciones de vida que garanticen la ausencia de necesidades y el cumplimiento de las expectativas de seguridad social para la generalidad de los ciudadanos. Las constituciones de los años setenta y noventa dieron origen a la tercera generación de derechos, los derechos de la personalidad. Son el derecho a la imagen, al nombre, a la identidad, a la intimidad, al honor. En el mismo período, también surgieron los derechos culturales y grupales, con especial énfasis en los derechos relacionados con las tradiciones y la identidad cultural de una comunidad<sup>2</sup>. Todas las generaciones de derechos están protegidas por el Estado constitucional democrático. Se trata de un modelo complejo que reúne instituciones de diferentes tradiciones –liberales, democráticas y sociales– y que maduró en Occidente después de la Segunda Guerra Mundial. Sus elementos característicos son, además de un amplio catálogo de derechos fundamentales –que, como ya se ha dicho, incluye las libertades, los derechos políticos y los derechos sociales–, una constitución escrita, rígida y suprema; reglas para organizar democráticamente el acceso y la gestión del poder político; mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes<sup>3</sup> y precisamente los largos catálogos de derechos, que caracterizaron a las constituciones del siglo XX. Todos estos elementos dieron al constitucionalismo un sello diferente<sup>4</sup>.

La mayoría de los estados latinoamericanos no experimentaron plenamente el estado de bienestar y sus constituciones fundacionales, cercanas al liberalismo conservador, no fueron el resultado de procesos constituyentes democráticos, sino elitistas. Precisamente en esta zona, entre finales del siglo XX y principios del XXI,

2 L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 233 y ss.

3 G.C. FERRONI, “Le forme di Stato”, en A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, tomo II, Laterza, Roma-Bari, 2014; en particular, sobre la importancia de la introducción del control de constitucionalidad, véase F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2004, pp. 64 y ss.

4 R. GARGARELLA, C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Naciones Unidas, Cepal, Asdi, Santiago del Chile, 2009, p. 39.

en un momento histórico descrito por Ferrajoli<sup>5</sup> de crisis del Estado de Derecho y del constitucionalismo liberal, se produjo el desarrollo de una nueva ola de constitucionalización definida por una parte de la doctrina “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (NCL), cuyo objetivo principal ha sido tratar de resolver el problema de la desigualdad social.

La constitucionalización que está ocurriendo en América Latina ha sido descrita como el resultado de una lucha de clases, en la que nuevos actores –movimientos sociales, mujeres y pueblos indígenas– han actuado por primera vez para establecer un nuevo orden político, económico y social, fruto de un esfuerzo descolonizador y del deseo de recuperar la tradición indígena y campesina.

Entre las principales características del NCL, que se ilustrarán someramente más adelante, se encuentra una codificación más amplia de los derechos fundamentales<sup>6</sup>, proponiendo una nueva clasificación que supera la generacional, amplía el concepto de dignidad humana e introduce nuevos derechos políticos de participación directa, con el objetivo de generar un mayor y mejor reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos<sup>7</sup>. A modo de ejemplo, citemos el caso de la Constitución ecuatoriana de 2008, donde los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos se utilizan como sinónimos, entendiendo que no hay diferenciación entre derechos fundamentales y no fundamentales basta decir que los derechos del buen vivir, contenidos en el Título II, no están ordenados por prioridad sino por orden alfabético<sup>8</sup>. Además, la recepción de las convenciones internacionales de derechos humanos, la búsqueda de los criterios de interpretación

5 Entre las diversas contribuciones del autor sobre este tema se encuentran L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Bari, 1997; *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Bari, 2013; *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Bari, 2013; *Il costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi Editore, Modena, 2017. Véase el volumen de J.A. PABÓN ARRIETA, *La democracia en América Latina: un modelo en crisis*, Bosch Barcelona, 2019, que se centra en la peculiar realidad política e institucional latinoamericana, analizada a través de la lente de la teoría de la democracia constitucional de Ferrajoli.

6 R. VICIANO PASTOR, “Presentación”, en R. VICIANO PASTOR (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 9.

7 A.R. SOTILLO ANTEZANA, “La nueva clasificación de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 163.

8 R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en AA. VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 36.

más favorables para los individuos y la previsión de acciones de amparo<sup>9</sup> directo acompañan a estas cartas de derechos que, en algunos casos, reconfiguran su significado y, con ello, su nomenclatura<sup>10</sup>. El propósito de este artículo es ilustrar, a grandes rasgos, algunos de los “nuevos” derechos contenidos en las Constituciones pertenecientes a este ciclo de constitucionalismo, en particular las de Ecuador y Bolivia, con el fin de destacar su alcance innovador respecto a la forma de Estado socialdemócrata, en su versión occidental, y cuestionar la posibilidad de que se esté configurando una nueva forma de Estado, propia del siglo XXI. Para ello, los capítulos dedicados al examen de los derechos y a la pregunta final sobre si se puede hablar de una nueva forma de Estado, están precedidos por un breve análisis dedicado a las características esenciales del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano y a los procesos constituyentes que llevaron a la adopción de estas nuevas normas fundamentales.

## II. LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL “NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO”

En América Latina, desde los procesos de independencia, el constitucionalismo ha sido un mecanismo de incorporación de modelos extranjeros. Después de la larga noche de las dictaduras militares, las élites que dirigieron los nuevos procesos constituyentes adoptaron el constitucionalismo del estado de bienestar de tradición europea, con algunos elementos del modelo constitucional norteamericano, especialmente el sistema presidencialista. Esta importación estaba condenada al fracaso, entre otras cosas, porque el diseño constitucional no iba acompañado de un pacto social de redistribución de la riqueza, como había ocurrido en Europa. La frustración que esto produjo en el subcontinente fue la semilla que condujo al inicio de una respuesta constitucional autóctona<sup>11</sup>: una nueva ola de constitucionalismo,

9 El amparo, el recurso individual de protección, fue contemplado primero en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 y luego en la Constitución Federal Mexicana de 1847. Esta institución tuvo un éxito extraordinario en todo el subcontinente e influyó en la configuración de sistemas de acceso individual directo para garantizar los derechos y libertades introducidos en numerosas constituciones. Véase, al respecto, L. PEGORARO, “Alcune riflessioni sulle recezioni e l’exportazione di modelli nel costituzionalismo latinoamericano”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 9, 2011, pp. 2 y ss.

10 R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, pp. 35-36.

11 R. VICIANO PASTOR, “Presentación”, *cit.*, p. 9.

denominado por una parte de la doctrina como “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (NCL), un constitucionalismo “sin padres”<sup>12</sup>.

Antes de analizar las principales características del NCL, parece oportuno hacer algunas consideraciones previas y sucintas sobre los “constitucionalismos” que le precedieron inmediatamente, es decir, el “neoconstitucionalismo” y el “nuevo constitucionalismo”. El neoconstitucionalismo es una orientación ampliamente difundida en la doctrina italiana, pero también en la española y en la latinoamericana, cuyos principales presupuestos son: la referencia a la dimensión moral a efectos de la determinación del sentido de la ley (el orden del Estado constitucional se fundamenta en principios cuya interpretación presupone la referencia a los valores de los que son expresión); la importancia decisiva, también a efectos del sentido de la ley, que se reconoce a los procedimientos argumentativos del intérprete; y la importancia que se atribuye a la interpretación judicial y al papel de los Tribunales Constitucionales y Supremos en la aplicación de los imperativos constitucionales<sup>13</sup>.

El neoconstitucionalismo propone una nueva concepción del Estado de Derecho, que rechaza la teoría según la cual el Estado solo es responsable del cumplimiento de la ley. Se hace así evidente una crítica a las teorías jurídicas positivistas, que han reducido las funciones del Estado a ser un mero guardián del cumplimiento de la ley, vaciando el verdadero espíritu de la noción de Estado<sup>14</sup>.

Esta expresión indica, por tanto, al mismo tiempo: las transformaciones sistemáticas provocadas por la introducción del control de constitucionalidad y la progresiva constitucionalización del sistema jurídico; y los análisis, en términos de teoría jurídica, de estas transformaciones, con especial atención a la conexión entre derecho y moral (y la doble legitimación, democrática y de contenido, de las decisiones políticas), así como a la racionalidad y objetividad del discurso práctico y la consiguiente revisión de la metodología jurídica, en la que categorías como la razonabilidad pasan a ser centrales<sup>15</sup>.

12 R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, pp. 20 y ss.

13 A. MORELLI, “La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione”, *Consulta online*, núm. 1, 2018, pp. 105.

14 A. R. SOTILLO ANTEZANA, “La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 170.

15 M. MASSA, “Prospettiva storica e concezioni della Costituzione”, *Quaderni costituzionali*, fas. 2, 2020, p. 291; Véase M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; *ibid.*, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

Las posiciones del neoconstitucionalismo, especialmente en lo que respecta a la centralidad de la constitución y la positivización de un catálogo de derechos, han sido asumidas por el “nuevo constitucionalismo”, que se centra no solo en la dimensión jurídica de la Constitución, sino sobre todo en su legitimidad democrática. Según esta vertiente, dado que el constitucionalismo es el mecanismo por el que los ciudadanos determinan y limitan el poder público, es imprescindible que garantice el fiel traslado de la voluntad del pueblo, único titular del poder constituyente, al texto constitucional, que solo puede ser modificado por el propio pueblo. El nuevo constitucionalismo recuerda así el origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino<sup>16</sup>.

Como se sabe, durante la Revolución Francesa, Condorcet, uno de sus más ilustres protagonistas y víctimas, llegó a afirmar un postulado básico del poder constituyente democrático, es decir, que un pueblo siempre tiene derecho a revisar, reformar o cambiar su Constitución porque una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras<sup>17</sup>. De ello se desprende que el Estado constitucional solo puede ser el Estado regido por una Constitución directamente legitimada por la ciudadanía, cuyo contenido sea coherente con su fundamento democrático, por lo que deben existir mecanismos de participación directa, deben garantizarse los derechos fundamentales, incluidos los sociales y económicos, y deben establecerse procedimientos de control de constitucionalidad, que pueden ser activados por el cuerpo electoral<sup>18</sup>. Esta centralidad del pueblo se perdió en parte en las rígidas Constituciones europeas del periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Por tanto, ya no es cierto que cada generación pueda cambiar la constitución y decidir una nueva, pero hay que tener en cuenta que la rigidez constitucional ata las manos de las generaciones presentes para que no amputen las manos de las generaciones futuras, como ocurrió con los totalitarismos y autoritarismos del siglo XX<sup>19</sup>. De lo que se ha dicho sobre la LCN y de lo que se comentará a continuación, se desprende su continuidad y sus puntos de ruptura con los “constitucionalismos” anteriores.

Las diferencias entre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el constitucionalismo liberal radican fundamentalmente en el distinto contenido que estas

16 R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 18.

17 F. ZUÑIGA URBINA, “Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile”, *Serie Doctrina Jurídica*, núm. 482, 2014, p. 121.

18 R. VICIANO, R. MARTÍNEZ DALMAU, “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 19.

19 L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, *cit.*, pp. 14-15.

dos corrientes dan a los constructos de nación, derechos (individuales, sociales y políticos) y ciudadanía, y en las diferentes formas de concebir y diseñar el gobierno democrático. En términos epistemológicos, y en oposición al constitucionalismo liberal, los cambios implementados en las constituciones del NCL se desarrollan desde una filosofía e ideología diferente, que no identifica como centro de su universo normativo la silueta de un individuo ideal, nominalmente igual en capacidad a todos los demás individuos con los que conforma una mítica y homogénea “nación”, sino a una sociedad heterogénea, lo cual es evidente al observar la realidad latinoamericana: una pluralidad o multinación de comunidades diversas que, en su esfuerzo histórico por coexistir y construir un estado de derecho y justicia, no han sido dotadas por el constitucionalismo liberal de los instrumentos jurídicos adecuados<sup>20</sup>. El último constitucionalismo latinoamericano ha intentado remediar el grave déficit democrático que parece que afecta a la región desde hace décadas. Así, las medidas que adoptó se basaban en el reconocimiento generalizado de que las instituciones políticas funcionaban mal y no permitían la participación ciudadana, y tenían como objetivo lograr mayores oportunidades de control popular y de toma de decisiones<sup>21</sup>. El NCL, por tanto, puede describirse como un constitucionalismo desde abajo protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades)<sup>22</sup> y las constituciones derivadas de estos procesos han sido definidas como “transformadoras”<sup>23</sup> o “rupturistas”<sup>24</sup>.

#### 1. Algunos elementos sobre los procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia

Esta nueva ola de constitucionalización comenzó con el inicio del proceso constituyente colombiano (1990-1991), maduró con el proceso constituyente ecuatoria-

20 J. DONIUSH, S. Inés, *El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del derecho constitucional latinoamericano*, Clacso, Buenos Aires, 2013, pp. 23-24.

21 R. GARAGARELLA, “Sobre el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, núm. 1, 2018, p. 116.

22 B. DE SOUSA, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Buenos Atropofagia, Aires, 2010, p. 57.

23 *Ibid.*

24 R. VICIANO PASTOR (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, cit.

no de 1998 y se perfeccionó con la aprobación, mediante referéndum de ratificación popular, de los textos constitucionales de Ecuador y Bolivia, considerados los más avanzados. La Constitución ecuatoriana de 2008, de hecho, destaca por haber incorporado un amplísimo catálogo de derechos fundamentales redactados en fórmulas abiertas y abstractas, mientras que la Constitución boliviana de 2009 enriqueció esta ola constituyente al reconocer el carácter plurinacional y poscolonial del Estado y, como reafirmación del énfasis popular del fenómeno, sancionó la elección democrática y popular de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional<sup>25</sup>. En esta contribución nos centraremos, en particular, en los últimos productos del NCL, es decir, las constituciones andinas de Ecuador y Bolivia, ya que se consideran especialmente avanzadas en cuanto a la protección de los derechos y, en particular, aquellos relacionados con la Naturaleza. Antes de profundizar en esta temática, abordaremos sucintamente las motivaciones y características de los procesos constituyentes<sup>26</sup> que condujeron a la redacción de estos textos, entre los que destacan la centralidad del papel del poder ejecutivo, las competencias asumidas por el constituyente y la tendencia a implementar mecanismos de democracia directa, que han coexistido con el sistema representativo tradicional complementándolo, en respuesta a las críticas a la democracia representativa<sup>27</sup>. De hecho, lo que tienen en común las experiencias de Ecuador y Bolivia, además de las disposiciones contenidas en sus respectivas normas en materia de derechos fundamentales y las motivaciones que llevaron al nacimiento de sus procesos constituyentes, son los instrumentos previstos para su éxito. Estas experiencias, de hecho, pueden considerarse pioneras de un nuevo modelo de proceso constituyente en el que la participación popular impregna todo el procedimiento de elaboración de la nueva norma fundamental. Así, se amplían los momentos y el abanico de instrumentos que garantizan la participación popular en la elaboración de la Constitución, superando la fase de elección de los constituyentes y no dete-

25 P. SALAZAR UGARTE, “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en L. R. GONZÁLEZ PÉREZ, D. VALADÉS, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, Ciudad de México, 2013, pp. 354-355.

26 Para un análisis más amplio de los recientes procesos constituyentes en América Latina, véase A.M. BEJARANO, R. SEGURA, “Asambleas constituyentes y democracia: una lectura crítica del nuevo constitucionalismo en la región andina”, *Colombia Internacional*, núm. 79, 2013; F. Soto Barrrientos, “Asamblea constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2014; G.L. NEGRETTO, “Los procesos constituyentes en América Latina. Una visión comparada”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, núm. 16, 2015.

27 V. SOTO MARTÍNEZ, “La participación ciudadana en el proceso constituyente ecuatoriano (2007-2008)”, *Serie Minuta*, vol. 55-20, núm. 3, 2020, p. 3.



niéndose solo en los referendos<sup>28</sup>. En particular, se caracterizaron por la disposición de la iniciativa legislativa constitucional popular, que, si reúne un determinado número de firmas de ciudadanos, obliga al órgano constituyente a deliberar sobre la propuesta y, eventualmente, a votarla.

En lo que respecta a Ecuador, durante la vigencia de la Constitución de 1998, el sistema de gobierno se caracterizó por una fuerte inestabilidad política que llevó, en 2005, al surgimiento de un amplio movimiento ciudadano que exigía una transformación sustancial del Estado. Así, durante las elecciones presidenciales de 2006, el entonces candidato Rafael Correa<sup>29</sup> fijó como base de su programa la activación de un proceso constituyente y, apenas asumido el cargo, emitió el Decreto Presidencial n. 2 del 15 de enero de 2007, en el que –en uso de las facultades que le confería la Constitución vigente– convocó a una consulta popular para que el pueblo ecuatoriano decidiera la formación de una Asamblea Constituyente. El decreto incluía un estatuto para la elección, instalación y funcionamiento del órgano constituyente, en el que el Presidente definía su naturaleza, el número de miembros, el mecanismo de elección y las normas básicas para su instalación. Tras un arduo enfrentamiento entre el Ejecutivo y el Legislativo, el texto final sobre estas cuestiones se fijó en el Decreto Presidencial n. 148, de 27 de febrero de 2007, que confirmó uno de los elementos más complejos del proceso: la concesión de “plenos poderes” al órgano constituyente. Los meses siguientes se caracterizaron por el conflicto entre la oposición parlamentaria y el Tribunal Supremo Electoral. La primera tomó varias medidas para bloquear el proceso de consulta, pero el tribunal declaró la inhabilitación de 57 diputados. Esto, unido a diversas movilizaciones ciudadanas, algunas de ellas violentas, a favor de iniciar el proceso constituyente, generó un fuerte clima de tensión<sup>30</sup>.

La consulta popular, que tuvo lugar el 15 de abril de 2007, decidió la formación de una asamblea constituyente con el 82% de los votos a favor. La elección de los constituyentes tuvo lugar después de tres meses y en ella se eligieron 24 miembros de la Asamblea Nacional, 100 miembros de la Asamblea Provincial y

28 I.M. LO PRESTI, “Le costituzioni partecipate nell’area andina. Esperienze costituenti a confronto in vista dell’elezione dell’Assemblea costituente cilena”, *Nuove Autonomie*, núm. 1, 2021, p. 206.

29 Sobre la candidatura y la elección de Rafael Correa, véase A. ORTIZ LEMOS, “Sociedad civil y Revolución Ciudadana en Ecuador”, *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 4, 2014.

30 V. SOTO MARTÍNEZ, “La participación ciudadana en el proceso constituyente ecuatoriano (2007-2008)”, *cit.*, p. 4. Sobre el último proceso constituyente vivido por Ecuador, véase también R. MARTÍNEZ DALMAU, “El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 23, 2009.

6 representantes de los inmigrantes: 2 de América Latina, 2 de Estados Unidos y Canadá y 2 de Europa<sup>31</sup>. Con su primer acto oficial, la Asamblea Constituyente definió lo que debía entenderse por plenos poderes, estableció la superioridad jerárquica de sus actos sobre los de todos los poderes constituidos y la imposibilidad de someterla a la autoridad judicial (art. 2). En virtud de ello, la Asamblea no solo ejerció su mandato de redactar la nueva Constitución, sino que también suspendió el Congreso Nacional y asumió la función legislativa (art. 7). Durante su mandato, promulgó y modificó leyes y realizó una serie de nombramientos públicos de alto nivel. En otras palabras, asumió el poder soberano de facto, identificándose con el poder constituyente original<sup>32</sup>. El reglamento de la Asamblea Constituyente del 12 de diciembre de 2007 incluyó la promoción de la participación ciudadana como una de las funciones del presidente de la Asamblea (art. 7.15). Al mismo tiempo, se incluyó un capítulo especial titulado “De la iniciativa para presentar propuestas constituyentes”, cuyo artículo 23 estipulaba que “los miembros de la Asamblea, los movimientos sociales, las organizaciones migratorias, sindicales, indígenas, étnicas, de clase, cívicas, gremiales y de la sociedad civil, las diversas instituciones y organismos del Estado y cualquier persona natural o jurídica, individual o colectivamente, podrán presentar sus propuestas a la Asamblea Constituyente”. Esto suponía una organización que no solo recibiera sino que canalizara todas las propuestas y, para ello, el artículo 24 del reglamento establecía tres canales la Secretaría de la Asamblea, las propias comisiones constituyentes y la Unidad de Participación Social (UPS), encargada de recoger, organizar, canalizar y sistematizar las propuestas procedentes de los distintos organismos<sup>33</sup>.

El proceso constituyente boliviano también se originó tras una larga crisis social y política, cuyos orígenes inmediatos se remontan al episodio conocido como la “Guerra del Agua” en el año 2000. La asamblea constituyente tomó posesión el 6 de agosto de 2006, en la capital boliviana, Sucre, y según la ley especial que regula su convocatoria (art. 3, Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente (LECAC) de 6 de marzo de 2006), su mandato era expresa y exclusivamente crear una nueva Constitución, prohibiéndole interferir en la labor de los poderes consti-

31 OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, “Una discusión constitucional con participación ciudadana. Propuesta para un diálogo deliberativo entre convencionales y ciudadanía”, p. 7.

32 V. SOTO MARTÍNEZ, “La participación ciudadana en el proceso constituyente ecuatoriano (2007-2008)”, *cit.*, p. 5.

33 M. PEÑA, “Mecanismos de participación ciudadana en la Convención Constitucional. Temas de la Agenda Pública”, *cit.*, p. 8.

tuidos. Esta ley, que se aprobó de acuerdo con la Constitución vigente, reformada en 2004, estableció, además del mandato de la Asamblea Constituyente, otros aspectos fundamentales relativos a su organización y funcionamiento como su composición, el sistema electoral aplicable, el estatuto de los constituyentes, la duración de sus trabajos, el carácter público de sus sesiones y el quórum de aprobación del texto. Asimismo, en marzo de 2006 se aprobó la ley sobre la celebración de un referéndum sobre la autonomía departamental, vinculante para la Asamblea. Esta norma también establecía tres límites a las labores constituyentes: uno temporal, que estipulaba que los trabajos debían concluirse en un plazo máximo de 12 meses desde su instalación; otro sustantivo, en la medida en que el mandato solo incluía la redacción de una nueva Constitución y debía respetar el resultado del referéndum autonómico; y, por último, un límite de procedimiento, según el cual el texto debía ser aprobado por al menos dos tercios de los asambleístas presentes. Esto último estaba estrechamente relacionado con el sistema electoral establecido, que estaba diseñado para que ninguna fuerza política pudiera obtener esa mayoría por sí sola<sup>34</sup>. El proceso de elaboración de la Constitución fue impulsado por el poder ejecutivo, que desempeñó un papel fundamental en todo momento. Esta última puede dividirse en tres fases, en función de los mecanismos de participación utilizados, a saber, una fase preconstituyente, una constituyente y una postconstituyente. En la fase preconstituyente se recogieron propuestas de particulares, actores políticos, sociedad civil, organizaciones sociales, laborales, cívicas, sindicales y otras de todo el país<sup>35</sup>. De hecho, los preparativos formales de la constituyente comenzaron incluso antes de la aprobación de la ley sobre su convocatoria. Durante el corto mandato del presidente Rodríguez Veltzela, se publicó la Ley 3091 en julio de 2005, que no solo convocaba la elección de la asamblea constituyente en junio de 2006, sino que creaba un Consejo Nacional Preconstituyente. El objetivo de este órgano era organizar el debate público sobre el tema, promover la participación ciudadana y evaluar el proyecto de ley de convocatoria especial. Este consejo, con el inicio de la presidencia de Morales, fue sustituido por la Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente y el Referéndum

34 M.G. MEZA-LOPEHANDÍA, “Elementos del proceso constituyente boliviano. Funcionamiento de la Asamblea Constituyente de 2006”, *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, 2020, pp. 2-3. Véase también, F. Gamboa, “Las razones del fracaso: la Asamblea Constituyente en Bolivia como democracia bloqueada”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 143, 2009; S. PAZ PATIÑO, “Una mirada retrospectiva sobre la asamblea constituyente en Bolivia”, *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, núm. 2, 2007.

35 OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, “Una discusión constitucional con participación ciudadana...”, p. 6.

Autonómico (REPAC), que dependía de la Vicepresidencia de la República<sup>36</sup>. Esta instancia tuvo la función de ilustrar a la sociedad civil de los nueve departamentos del país sobre la importancia histórica de una Asamblea Constituyente y logró recoger 180 propuestas que fueron sistematizadas en una publicación. Incluso en la fase constituyente, la asamblea generó espacios de deliberación pública, información y difusión de los resultados obtenidos en la fase anterior, y las 21 comisiones en las que se organizó celebraron reuniones territoriales en los diferentes departamentos<sup>37</sup>. La norma reconoció el derecho a presentar iniciativas y/o proyectos de textos para la Nueva Constitución Política del Estado a la Asamblea Constituyente, no solo a la propia asamblea, sino también a la ciudadanía en general, tanto individual como colectivamente (art. 77). Las propuestas, recibidas por la Mesa de la Asamblea Constituyente, serían remitidas a la comisión correspondiente, según afinidad temática, y examinadas en su seno (art. 78).

Welp y Soto han elaborado una clasificación sobre 27 países en la que proponen cinco tipos de procesos deliberativos para evaluar su carácter democrático y la eficacia de la participación popular. Según los autores, el carácter democrático de los procesos constituyentes deliberativos está determinado por el mecanismo de participación y, en particular, por factores como: el acceso a la información, el tiempo de deliberación, la inclusión de diferentes actores y la pluralidad de posiciones. Estos aspectos son fundamentales para explicar si se produjo una deliberación informada, abierta y pluralista, pero no son suficientes. De hecho, también hay que tener en cuenta el método utilizado para tratar los contenidos resultantes de la participación popular. Por lo tanto, es necesario considerar si dicho mecanismo existe o no, si se ha definido previamente o no, si permite o no la trazabilidad de los resultados y si está o no controlado por el gobierno. A partir de la combinación de los resultados atribuidos a las dos dimensiones, los procesos constitutivos del NCL, y por lo tanto también los de Ecuador y Bolivia, entran en la categoría de “desborde participativo” en el sentido de que, aunque relativamente plurales e inclusivos, mostraron poca o ninguna planificación y métodos aún menos definidos de procesamiento de los contenidos generados<sup>38</sup>.

36 M.G. MEZA-LOPEHANDÍA, “Elementos del proceso constituyente boliviano. Funcionamiento de la Asamblea Constituyente de 2006”, *cit.*, p. 3.

37 OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, “Una discusión constitucional con participación ciudadana...”, p. 6.

38 G. DELAMAZA, C. HEISS, Y. WELP, “¿Para qué sirve una Constitución Política en América Latina?”, *Polis Revista Latinoamericana*, núm. 20, 2021, pp. 8 y ss.; Y. WELP, F. SOTO, “Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales”, *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 50, 2019, pp. 24 y ss.

## 2. Los rasgos de las nuevas constituciones

En las constituciones que se remontan al NCL, el alma política prevalece sobre su vocación jurídica, de modo que los elementos esenciales son la garantía de un proceso participativo, la construcción de la legitimidad desde abajo, la salvaguarda del poder constituyente entendido en su complejidad, como actividad que configura el cuerpo político y su fisonomía<sup>39</sup>. Además, poseen cuatro características formales: la originalidad de su contenido; su amplitud; su complejidad, derivada de elementos técnicamente complejos pero formulados en un lenguaje accesible; y su rigidez, caracterizada por la sustitución del control constitucional por el poder constitucional popular<sup>40</sup>. La Constitución ecuatoriana cuenta con 444 artículos y la boliviana con 411, sin tener en cuenta las disposiciones transitorias. Muchos de estos artículos, además, son extremadamente largas y contienen muchos apartados. El artículo 66 de Constitución ecuatoriana, por ejemplo, tiene 29 apartados, alguno de ellos con su propio subapartado<sup>41</sup>. La extensión de los textos, estrechamente vinculada a su complejidad, obedece a una decisión estratégica del poder constituyente, es decir, expresar claramente su voluntad e imponerla a los poderes constituidos. Por otro lado, se decidió utilizar un lenguaje simbólico para acercar el texto a sus destinatarios, ya que aligeraría la extensión constitucional y contrarrestaría la complejidad técnica de los documentos, presente sobre todo en su parte orgánica<sup>42</sup>. El objetivo de esta estrategia sería coherente con un objetivo elemental de cualquier documento constitucional: ser accesible a sus destinatarios o usuarios. Salazar Uguarte señala cómo, desde la perspectiva de una teoría constitucional que valora la eficacia del derecho, este tipo de disposiciones –independientemente de su significado y utilidad política– son problemáticas porque carecen de la claridad necesaria para generar certeza y seguridad jurídica. Así, por mucho que el acuerdo político que condujo a la constitucionalización de estas disposiciones haya sido una solución pragmática a un profundo desacuerdo –superado por la estrategia de plasmar las aspiraciones de todos los interesados en el texto constitucional–, sentó las bases para futuros desacuerdos<sup>43</sup>.

39 A. MASTROMARINO, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva”, *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo*, núm. 2, 2020, p. 329.

40 R. VICIANO, R. MARTÍNEZ DALMAU, “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, pp. 13 y ss.

41 P. SALAZAR UGARTE, “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano...”, *cit.*, p. 361.

42 R. VICIANO, R. MARTÍNEZ DALMAU, “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 18.

43 P. SALAZAR UGARTE, “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano...”, *cit.*, pp. 363-364.

Por último, en cuanto a la rigidez, como ya se ha dicho, consiste en procedimientos de reforma con la participación del constituyente original. Los instrumentos principales son: la iniciativa popular como una de las vías constitucionalmente previstas para iniciar la enmienda; la protección de determinados contenidos frente a posibles modificaciones o reformas parciales, en particular, las disposiciones sobre la estructura fundamental de la Constitución y el carácter y los elementos constitutivos del Estado; los procedimientos de aprobación agravados, es decir, la previsión de una mayoría cualificada, los “períodos de reflexión” y el referéndum de ratificación (arts. 242-246, Const. Venezuela; art. 411, Const. Bolivia y arts. 441-444 Const. Ecuador)<sup>44</sup>.

Sin embargo, desde el punto de vista sustancial, presentan amplios catálogos de derechos con una clara indicación de los sujetos débiles (mujeres, niños, ancianos, discapacitados) y de los grupos marginados, como los pueblos indígenas y los afrodescendientes; refuerzan la justicia constitucional; incluyen disposiciones sobre el tipo de economía que debe ponerse en práctica para satisfacer las necesidades de igualdad social y económica; y prevén múltiples dispositivos para promover la democracia directa y participativa<sup>45</sup>. De hecho, el modelo de democracia participativa ha sido recogido expresamente en estas cartas fundamentales, y uno de los rasgos más llamativos, además de la estructura y contenido del catálogo de derechos, de este “nuevo paradigma constitucional” es la sustitución del esquema de democracia inorgánica, característico de la tradición liberal clásica, por un modelo de democracia participativa que, sin renunciar a los instrumentos de participación propios de la democracia representativa, los complementa y profundiza con mecanismos de democracia directa<sup>46</sup>.

En Ecuador, la participación se reguló en un capítulo especial de la Constitución de 2008, y el artículo 95 establece que

“Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La par-

44 C.M. VILLABELLA ARMENGOL, “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 25, 2010, p. 63.

45 R. VICIANO, R. MARTÍNEZ DALMAU, “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, pp. 13 y ss.

46 P. PAZMIÑO FREIRE, “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 67-68, p. 27.

participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”.

El artículo 11 de la Constitución boliviana y la Ley del Régimen Electoral reconocen también la “democracia intercultural”, que se basa en la complementariedad de la democracia directa y participativa, de la democracia representativa y la democracia comunitaria.

Los mecanismos concretos de participación previstos en estos sistemas son, para simplificar: el referéndum (nacional, departamental y municipal), que puede ser convocado tanto por el Estado como por la ciudadanía; la revocatoria de mandato a iniciativa del pueblo; las asambleas y consejos municipales constituidos a iniciativa de la ciudadanía, de las organizaciones de la sociedad civil y de las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; y la consulta previa obligatoria antes de tomar decisiones sobre la ejecución de proyectos, obras o actividades relacionadas con la explotación de los recursos naturales. La democracia comunitaria, en cambio, consiste en el reconocimiento de las instituciones de las naciones y pueblos indígenas campesinos, y por lo tanto de las autoridades, reglas y procedimientos a través de los cuales los pueblos originarios ejercen su derecho al autogobierno, y no requiere de normas escritas para su ejercicio, a menos que exista una decisión en ese sentido de las propias naciones o pueblos indígenas y campesinos<sup>47</sup>.

### III. UN CATÁLOGO DE DERECHOS RENOVADO

Como ya se ha mencionado, uno de los aspectos más importantes de estas nuevas Constituciones es la presencia de largos catálogos de derechos<sup>48</sup>, que proporcionan una nueva clasificación de los mismos, superando la tradicional generacional y proponiendo un nuevo modelo de Estado en el que todos los derechos reconocidos en el texto constitucional son directamente exigibles y justiciables. Por lo tanto, todos ellos son derechos fundamentales<sup>49</sup>. Este extenso catálogo tiene su núcleo en el

47 O. COLPARI, “La nueva participación ciudadana en Ecuador y Bolivia. ¿Resultados de la lucha del movimiento indígena – campesino?”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. especial: América Latina, 2011, pp. 5-6.

48 R. GARGARELLA, C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano...*, cit., p. 31.

49 A.R. SOTILLO ANTEZANA, “La nueva clasificación de los derechos fundamentales...”, cit., p. 178.



concepto de dignidad humana, en todas sus acepciones, y la lucha por su afirmación ha tenido que ver con la fundamentación y transformación de los derechos existentes y la elaboración y reivindicación de otros nuevos, que amparen necesidades individuales y colectivas igualmente nuevas<sup>50</sup>. La igualdad jerárquica, por su parte, está específicamente consagrada en los artículos 6 y 11 de la ley fundamental ecuatoriana y en los artículos 9, 13 y 109 del texto constitucional boliviano<sup>51</sup>.

El régimen de protección jurídica reforzada del que gozan los derechos se realiza mediante garantías normativas o abstractas, jurisdiccionales o concretas e institucionales. En la Constitución Política de la República Del Ecuador (CRE) y en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPB), se prevé: un procedimiento de reforma constitucional agravado (art. 441, CRE; art. 411, CPB); la reserva de ley ordinaria o ley orgánica para la regulación de los derechos constitucionales (arts. 132 y 133, CRE; art. 109, Sección II, CPB); la obligación del legislador de respetar su contenido esencial (art. 11, c. 4, CRE); una serie de garantías normativas (art. 84, CRE); políticas, bienes y servicios públicos destinados a hacer efectivos los derechos y la prestación de control ciudadano (art. 85, CRE); el carácter vinculante directo de todos los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legislativo previo (art. 11, c.3, CRE; art. 410, CPB); un procedimiento preferente y sumario para la protección judicial de los derechos, los instrumentos de reparación y la garantía del cumplimiento efectivo de las sentencias y resoluciones (art. 86, CRE; arts. 128 y ss., CPB); acciones para garantizar determinados derechos<sup>52</sup>; la posibilidad de interponer una acción extraordinaria de protección ante el Tribunal Constitucional para la protección de los derechos (art. 94 CRE), el carácter obligatorio de su jurisprudencia en materia de garantías (art. 436, § 6 CRE) y su poder de revisión (art. 202, § 6 CPB). También hay que tener en cuenta que todos los derechos gozan de otras garantías como la protección que ofrece la propia existencia de un Tribunal Constitucional, competente para el control de constitucionalidad de las leyes; la obligación de los jueces y tribunales ordinarios de respetar los derechos y garantías constitucionales y, en particular, la interpretación de las normas infraconstituciona-

50 J. MÉNDEZ, D. CUTIE, La participación popular y los derechos. Fundamentos y contenidos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, en R. Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, cit., pp. 226-227.

51 A.R. SOTILLO ANTEZANA, "La nueva clasificación de los derechos fundamentales...", cit., p. 178.

52 La Constitución ecuatoriana los define como protección, *habeas corpus*, *habeas data*, incumplimiento y acceso a la información pública (arts. 88 y ss.) y la boliviana como libertad, protección de la intimidad, popular y conforme (arts. 125 y ss.).



les a favor de los derechos constitucionales; y, por último, la institución de órganos como la Defensoría Pública, la Defensoría del Pueblo (arts. 191 y ss., arts. 214 y ss., CRE; arts. 218 y ss. CPB), la Fiscalía General del Estado (arts. 194 y ss. CRE) y el Ministerio Público (arts. 225 y ss. CPB)<sup>53</sup>.

En cuanto a la clasificación de los derechos, en los sistemas considerados, se dividen en “individuales”, “pluriindividuales” y “transindividuales”. Los primeros, también llamados derechos de libertad, reconocen, precisamente, las distintas libertades del individuo y el respeto a la vida y a la dignidad humana. Los derechos “pluriindividuales”, por su parte, son los derechos sociales y económicos, que obligan al Estado a realizar diversas actividades para asegurar el desarrollo integral y el bienestar del individuo. Por último, los llamados derechos “transindividuales”, que son colectivos y difusos. Se reconoce que las colectividades tienen derechos inherentes a su naturaleza –son, de hecho, los derechos de los pueblos indígenas– y su violación contraviene el principio de autodeterminación<sup>54</sup>.

La importancia de los derechos también es evidente en el análisis que hace Garagarella acerca del NCL. Este, de hecho, a pesar de afirmar que más que de una nueva fase del constitucionalismo, habría que hablar de un reforzamiento de ciertas características ya presentes en el marco constitucional latinoamericano, reconoce como característica fundamental de las más recientes reformas las novedades introducidas en las declaraciones de derechos, que pretenden subsanar tres grandes “deficiencias” históricas del constitucionalismo regional: la falta de tutela de los “postergados entre los postergados”, es decir, de las comunidades indígenas; el desconocimiento de los derechos humanos; y la incapacidad de garantizar y hacer valer los derechos políticos de la mayoría de la población, fomentando así la “ciudadanía activa”<sup>55</sup>. Como ya hemos visto, los textos del nuevo constitucionalismo latinoamericano consagran nuevos derechos políticos que se traducen en la dotación de instrumentos de democracia directa, semidirecta e incluso comunitaria. Los más comunes son: la iniciativa legislativa y la reforma constitucional; el referéndum y el plebiscito; el poder de veto y la abrogación popular; la revocación del mandato de los representantes y su obligatoria rendición de cuentas<sup>56</sup>.

53 C. STORINI, “Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, Madrid, 2012, pp. 645-646.

54 A.R. SOTILLO ANTEZANA, “La nueva clasificación de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 179.

55 R. GARGARELLA, “Sobre el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, *cit.*, p. 115.

56 C.M. VILLABELLA ARMENGOL, “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 25, 2010, pp. 67 y ss.

Los compromisos sociales asumidos por el constitucionalismo desde principios del siglo XX se extendieron, por tanto, a sectores –principalmente grupos indígenas y mujeres– y a temas –los derechos de “tercera generación”– que no habían sido previstos por la primera “ola social” del constitucionalismo regional. De este modo, por un lado, los que no habían sido reconocidos cuando se abrieron las puertas a la clase trabajadora fueron protegidos en las constituciones, que adquirieron un perfil “multicultural” y previeron la aplicación de medidas de discriminación positiva<sup>57</sup>. Por otro lado, es reductivo afirmar que simplemente se han implementado los llamados derechos de tercera generación, entre los cuales los derechos ambientales constituyen ciertamente una tipología emblemática, ya que estamos ante un aspecto que es consustancial al NCL, para algunos autores hasta el punto de considerarlo la quintaesencia del mismo<sup>58</sup>. De hecho, existe una clara tendencia a extender la titularidad de los derechos no solo a los individuos, sino también a un amplio conjunto de sujetos colectivos e incluso a entidades abstractas como la “naturaleza”. Para ilustrar este punto, citamos el artículo 10 de la Constitución ecuatoriana que dice: “la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. Esto supone un desafío a la teoría tradicional de los derechos subjetivos. Al otorgar derechos a la naturaleza, estos documentos constitucionales no solo abandonan la tradición liberal, sino que superan otras tradiciones que se han propuesto como alternativa a ella, como las teorías comunitaristas o multiculturalistas, y rompen con el concepto de derechos subjetivos como pretensiones o expectativas, positivas o negativas, atribuidas por una norma jurídica a un sujeto concreto. Al mezclar elementos de diversas tradiciones teóricas establecidas con complejas corrientes de pensamiento contemporáneas –como el indigenismo y el ecologismo– y con otros movimientos y tradiciones indígenas –el culto a la Pacha Mama; los valores y tradiciones ancestrales, el “sumak kawsay” en quechua y el “suma qamaña” en aymara, o el “buen vivir” en la versión castellana<sup>59</sup>–, el NCL produce documentos constitucio-

57 R. GARGARELLA, “Sobre el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, *cit.*, p. 115.

58 A. MASTROMARINO, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano...”, *cit.*, 337.

59 El término “buen vivir” no puede equipararse a la idea occidental de bienestar. Literalmente, la expresión suma *qamaña* significa alma buena o vida digna, mientras que *sumak kawsay* se traduce como existencia hermosa. En una perífrasis, la idea subyacente sería el equilibrio entre la razón, los sentimientos y los instintos para vivir plenamente la existencia (S. BALADIN, “La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 143, 2015, 483 y ss.). Buen vivir, en una dimensión amplia, significa vivir en armonía con la comunidad y la naturaleza, donde las esferas privada y comunitaria, el material y la espiritual, son interdependientes. En el sistema de pensamiento andino, el bienestar solo es posible dentro de la comunidad y en el respeto

nales heterodoxos que, por su lenguaje y contenido, están abiertos a las más diversas interpretaciones<sup>60</sup>.

Si nos fijamos, por tanto, en los principios que recogen, en el catálogo de derechos que contienen y en las competencias que otorgan al Estado, las nuevas constituciones latinoamericanas son complejas, intrincadas y a veces contradictorias<sup>61</sup>. A diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer los derechos de forma genérica y, en su caso, no se preocupa de su individualización o colectivización, en los textos del NCL se produce la identificación de grupos débiles y una interpretación amplia de los beneficiarios de los derechos<sup>62</sup>.

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia –además de referirse a los derechos económicos, a la protección del medio ambiente (arts. 33 y 34, CPB), a la salud y seguridad social (arts. 35-45, CPB), al trabajo (arts. 46-55, CPB), a la propiedad (arts. 56 y 57, CPB), a la educación (arts. 77-90, CPB) y a los derechos sexuales y reproductivos (art. 66, CPB)– prevé los derechos de grupos sociales como los niños, los adolescentes y los jóvenes (arts. 58-61, CPB), de las familias (arts. 62-66, CPB), de las personas mayores (arts. 67-69, CPB), de las personas con discapacidad (arts. 70-72, CPB), de las personas privadas de libertad (arts. 73 y 74, CPB), de los pueblos indígenas (arts. 30-32, CPB), y de los usuarios y consumidores (arts. 75 y 76, CPB). La larga sección dedicada a los derechos (Título II) de la Constitución ecuatoriana incluye –además de los derechos del “buen vivir”, es decir, el derecho al agua, a la alimentación, a un medio ambiente sano, a la comunicación e información, a la cultura y la ciencia, a la educación, a la vivienda a la salud (Capítulo 2, CRE) y al trabajo y la seguridad social– los derechos de las personas y grupos de interés prioritario, es decir, adultos, ancianos, jóvenes, mu-

a la Pacha Mama, y mientras la idea de desarrollo representa el modo occidental para una buena vida, que incluye vivir mejor, el buen vivir contempla la existencia armoniosa y designa la relación entre la naturaleza y la sociedad en términos de un proceso evolutivo, en el que ambas interactúan a lo largo del tiempo y no es posible entender una sin la otra, ya que están integradas. Se reconoce así que los ecosistemas y las comunidades naturales no son mercancías, objetos de los que se pueda disponer a voluntad, sino entidades con derecho autónomo a existir y prosperar. La naturaleza se entiende aquí como el *tertium* necesario, además del binomio libertad-autoridad, de la dialéctica constitucional para asegurar la supervivencia humana (S. BALADIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 68 y ss.).

60 P. SALAZAR UGARTE, “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano...”, *cit.*, p. 358.

61 *Ibid.*, p. 356.

62 R. VICIANO, R. MARTÍNEZ DALMAU, “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 35.

jeros embarazadas, niños, adolescentes, discapacitados, enfermos graves, personas privadas de libertad, usuarios y consumidores (Capítulo 3, CRE) y los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (Capítulo 4, CRE)<sup>63</sup>.

En cuanto a la protección y los derechos específicos de las comunidades indígenas, cabe recordar que, en las dos últimas décadas, América Latina ha experimentado un movimiento constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas que ha incluido, además de los países de la NCL, a Nicaragua, Colombia, Paraguay, Perú, México, Brasil, Guatemala y Panamá, en cuyas constituciones se ha introducido el derecho a la identidad étnica y cultural<sup>64</sup>. El “nuevo constitucionalismo latinoamericano” se caracteriza, sin embargo, por un elemento innovador y peculiar que confiere toda una nueva centralidad a la “cuestión indígena”<sup>65</sup>, es decir, el hecho de que estos pueblos entraron en los procesos constituyentes mismos, reclamando un papel de igualdad con otros grupos, de modo que la tradición propia ha penetrado necesariamente en la redacción del texto constitucional y en la selección de sus contenidos<sup>66</sup>. El protagonismo de las comunidades indígenas en el debate político ha llevado al reconocimiento no solo de su subjetividad –a través del concepto de Estado plurinacional, el principio de interculturalidad y el pluralismo jurídico– sino también de su cosmovisión, caracterizada por la concepción de que el hombre no está en el centro de la creación, sino que forma parte de un Todo que lo incluye y del que depende su supervivencia<sup>67</sup>.

Las constituciones ecuatoriana y boliviana son especialmente avanzadas en este sentido, ya que, entre otras cosas, han absorbido los preceptos de la “Declaración de los Pueblos Indígenas”, adoptada por Naciones Unidas en 2007, que precisa los

63 R. GARGARELLA, C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano...*, *cit.*, pp. 31-32.

64 X.A. CUJABANTE VILLAMIL, “Los pueblos indígenas en el marco del constitucionalismo latinoamericano”, *Revista Análisis Internacional*, núm. 1, 2014, p. 212.

65 La “cuestión indígena” plantea un problema que se ha trasladado al terreno de la marginalidad moral y jurídica. Desde la perspectiva de la visión oficial del Estado y la ley, los derechos de estos pueblos y comunidades han sido vistos como ajenos o contrarios a la forma institucional del modelo republicano y el carácter homogéneo de la nación terminó por excluir y anular la diversidad de los pueblos y comunidades indígenas. G. GONZALES MANTILLA, “Notas sobre el futuro de los derechos fundamentales en América Latina”, en M. LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO, R. ROMBOLI (eds.), *Il futuro dei diritti fondamentali*, Pisa University Press, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 191-193.

66 A. MASTROMARINO, “Il nuevo constitucionalismo latinoamericano...”, *cit.*, p. 338.

67 S. BAGNI, “Le forme di Stato in America Latina”, en S. BAGNI, S. BALDIN (eds.), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 52 y ss.

derechos individuales y colectivos de estas comunidades, estableciendo unas normas mínimas –en cuestiones como la identidad cultural, la educación, el empleo y la lengua– y, al mismo tiempo, garantiza su derecho a la diversidad.

La Constitución boliviana consagra un Estado plurinacional, afirmando los principios del pluralismo en todos los ámbitos (art. 1, CPB); considera las lenguas de las minorías étnicas como lenguas oficiales y ordena que cada gobierno departamental se comunique en al menos dos lenguas (art. 5, CPB); define como principios morales fundamentales los relacionados con el “buen vivir” (art. 8, CPB); incluye, dentro de la forma de gobierno, la definida comunitariamente por las naciones y los pueblos indígenas (art. 11, CPB); considera, entre los derechos fundamentales, los relativos a la autodeterminación de los pueblos y a la preservación del medio ambiente y del patrimonio cultural (Título II, CPB); se compromete a “descolonizar” la educación (art. 78, CPB); reconoce los territorios indígenas originarios campesinos (art. 272, CPB) y organiza su jurisdicción (art. 190, CPB); protege las formas de organización comunitaria, determinando la obligación del Estado de controlar sectores estratégicos de la economía (art. 307, CPB) y afirmando la propiedad popular de los recursos naturales (art. 348, CPB).

La Ley Fundamental ecuatoriana también muestra importantes avances en esta materia, en particular: reconoce la identidad intercultural y plurinacional de Ecuador (art. 1, CRE); consagra el derecho de los pueblos indígenas a utilizar su propia lengua (art. 2, CRE); prevé una serie de derechos colectivos, entre ellos el derecho a conservar la posesión de las tierras y territorios ancestrales, a participar en el uso, goce, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus tierras, y el derecho a la consulta libre, previa e informada sobre los planes y programas de exploración, explotación y comercialización de los no renovables (art. 51, CRE); prevé la propiedad colectiva de la tierra (art. 60, CRE); les otorga el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales, basándose en sus tradiciones ancestrales y en su ley (art. 171, CRE); y define regímenes especiales para la organización del territorio<sup>68</sup>.

Con respecto a este último aspecto, la centralidad de la llamada “cuestión indígena” en los procesos constituyentes analizados ha tenido también consecuencias evidentes en la estructura de las relaciones entre el centro y las periferias, diseñando modalidades relacionales inéditas destinadas a garantizar e implementar los “nuevos” derechos contenidos en estas constituciones.

68 R. GARGARELLA, “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción”, *Boletín Onteaiken*, núm. 15, 2013, pp. 27-28.

En América Latina, los tipos de Estado adoptados por los distintos ordenamientos jurídicos han tendido al tipo federal y unitario. Sin embargo, es posible afirmar que ambas tipologías han adquirido características propias y han desarrollado tendencias opuestas, que sin llegar a la confusión las han distanciado, respectivamente, de los Estados Unidos de América y del modelo francés que se remonta al período napoleónico. En efecto, la tendencia a la centralización en los Estados federales<sup>69</sup> sigue trayectorias diferentes de las que caracterizaron el centralismo de los

69 La doctrina (véanse, entre otros, J. CARPIZO, *Federalismo en Latinoamérica*, Ciudad de México, UNAM, IJ, 1973; L. LUATTI, “Il federalismo ‘virtuale’ latinoamericano”, *Quaderni costituzionali*, Il Mulino, núm. 1, 1999; L. PEGORARO, A. RINELLA, *op. cit.*; F. FERNÁNDEZ SEGADO, “Reflexiones críticas en torno al Federalismo en América Latina”, en A. ALFREDO ARISMENDI, J. CABALLERO ORTIZ (eds.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, vol. 1, 2003; J. CHAIRES ZARAGOZA, “El fracaso del federalismo en Latinoamérica. Un estudio comparado con la cultura federal de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista Via Iuris*, núm. 23, 2017, se ha referido a un conjunto de modelos para describir la evolución del federalismo en el área latinoamericana. En particular, ha utilizado la categoría de “federalismo centralizado” para referirse al fenómeno de la concentración de poder en la Federación. Esta expresión no identifica el proceso generalizado de “centralización” que teje, en todo el mundo, prácticamente la totalidad de los sistemas federales existentes, sino un tipo diferente de federalismo, en el que todas las competencias estatales, provinciales o regionales y los poderes locales dependen totalmente de las decisiones nacionales adoptadas por el poder central. La idea del Estado federal en América Latina no solo se ha alejado del modelo estadounidense, sino que se ha desarrollado de forma diferente en cada uno de los cuatro países que se caracterizan por ello, es decir, México, Argentina, Brasil y Venezuela. (G. PAVANI, “Stato unitario e Stato federale in America Latina: due categorie in evoluzione”, en S. BAGNI, S. BALADIN, en *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, *cit.*, pp. 71 y ss.).

Mezzetti, al delinear algunas reflexiones reconstructivas sobre el funcionamiento de los sistemas federales latinoamericanos, destaca algunas causas, de distinta naturaleza, que han marcado históricamente y aún contribuyen a connotar una acentuada anomalía de estos sistemas, en comparación con los modelos federales tradicionales, y específicamente con el norteamericano. Un primer factor puede identificarse con la inestabilidad constitucional endémica de los sistemas políticos latinoamericanos. Además, un elemento fundamental es la concentración del poder ejecutivo en manos del Presidente, que en algunos casos ha dado lugar a formas de hiperpresidencialismo, lo que ha demostrado ser un factor ulterior capaz de afectar negativamente a algunos de los principios que sirven de piedra angular a cualquier sistema federal, y en particular al de cooperación-colaboración y al de equilibrio de poderes. La frecuente instauración de regímenes militares o autocráticos también ha conducido en muchos sistemas a una fuerte concentración de poder en la sede central y en detrimento de los Estados miembros. El autor cuenta entre los factores que han perjudicado el funcionamiento fisiológico de los sistemas federales, la estructura del sistema de partidos y, en particular, la ausencia de partidos que operen a nivel de los Estados miembros y la tímida

Estados unitarios, y las tendencias centrífugas registradas en los Estados unitarios miran hacia formas de autonomía diferentes de las concedidas a los Estados miembros de los Estados federales, con el fin de garantizar una participación que acerque cada vez más a los ciudadanos a sus territorios.

Los ordenamientos ecuatoriano y boliviano se inscriben en esta última tendencia y sus disposiciones constitucionales representan un conflicto semántico en la medida en que, si bien definen la forma unitaria del Estado, contemplan formas de descentralización relacionadas con la centralidad asumida en el diseño constitucional por los pueblos indígenas. El artículo 1 de la Constitución boliviana establece que Bolivia es un “Estado unitario/plurinacional comunitario”; “unitario/descentralizado” y con “autonomías”, mientras que la disposición correspondiente de la norma fundamental de Ecuador lo describe como un “Estado independiente/unitario/intercultural, plurinacional”, que se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada<sup>70</sup>.

Como se anticipó, esta aparente paradoja surge del papel que juegan las comunidades indígenas, entre los elementos más significativos de los procesos de descentralización, y de las demandas de inclusión y participación social en la realización de la justicia social. Como hemos visto, en los textos constitucionales analizados se produjo el reconocimiento de los derechos de las poblaciones originarias, incluido el derecho a la autodeterminación territorial, y con la afirmación del Estado intercultural se rompió el modelo unitario de integración asimilacionista de corte francés, y la organización territorial que surgió resulta basada en la asimetría<sup>71</sup>.

#### IV. ¿HACIA UNA NUEVA FORMA DE ESTADO?

EL NCL, en particular con las constituciones ecuatoriana y boliviana, ofrece una nueva visión de los derechos y sus garantías, proponiendo un cambio de para-

sensibilidad de los partidos nacionales a la inspiración federal del sistema. Por último, no puede obviarse la incidencia de factores culturales y sociológicos que ponen de manifiesto la fragilidad de las bases sociopolíticas que normalmente acompañan a los sistemas federales latinoamericanos, vaciados por una pluralidad de perfiles de consistencia institucional real y destinados a convertirse en meros contenedores formales (L. MEZZETTI, “L’America Latina”, en P. CARROZZA *et al.*, *op. cit.*, pp. 488 y ss.).

70 G. PAVANI, Stato unitario e Stato federale in America Latina: due categorie in evoluzione, en S. BAGNI, S. BALADIN (eds.), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, *cit.*, pp. 65 y ss.

71 A. D’ANDREA, Decentramento, pluralismo, comunità indigena e potere popolare in America Latina tra Stati unitari e Stati federali, en S. BAGNI, S. BALADIN (eds.), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, *cit.*, p. 85.



digma, ilustrado, en sus elementos esenciales, en el análisis realizado hasta ahora. No obstante, habrá que comprobar que no existe una diferencia sustancial entre el mandato constitucional y la realidad<sup>72</sup>. Bobbio argumentó que solo hay un elemento positivo en nuestro tiempo: la creciente relevancia de la cuestión de los derechos humanos en los debates internacionales. En este sentido, considera que la revolución de los derechos es para el mundo jurídico lo que la revolución copernicana fue para la física. Las nuevas constituciones latinoamericanas representan potencialmente esta revolución y el resultado de una evolución constante<sup>73</sup>. De hecho, aunque es imposible no reconocer los avances presentes en el constitucionalismo europeo, especialmente a partir del siglo XX, fue en América Latina donde se produjeron los últimos intentos de poner en práctica ese modelo, a través de asambleas constituyentes plenamente democráticas que tradujeron la voluntad revolucionaria de los pueblos en constituciones<sup>74</sup>.

Lo que se ha argumentado hasta ahora plantea la pregunta de si se puede hablar de la afirmación de una nueva forma de Estado, considerando también la evolución que en el “mundo occidental” –y en particular en el sistema de la Unión Europea– está caracterizando el sujeto de derecho cada vez más en su dimensión de consumidor<sup>75</sup>.

Ferrajoli, refiriéndose a los dos modelos de Estado de Derecho –el “modelo paleo-iuspositivista” del Estado de Derecho legislativo (o Estado legal) y el “modelo neo-iuspositivista” del Estado de Derecho constitucional (o Estado constitucional)– se pregunta si las condiciones críticas actuales, que se manifiestan en el colapso de la capacidad normativa de la ley y en la pérdida de unidad y coherencia de las fuentes

72 Martínez Dalmau subraya como la capacidad emancipadora de las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano ha sido limitada por su propia naturaleza y por las condiciones sociopolíticas en las que se aplican, y que tanto los sectores políticos que las han impulsado como otros surgidos con posterioridad han podido actuar contra la aplicación material de la Constitución porque, finalmente, les resultaban incómodas (R. MARTÍNEZ DALMAU, “¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?”, *Cultura Latinoamericana*, vol. 28, núm. 2, 2018, p. 142).

73 C. STORINI, “Derechos y garantías...”, *cit.*, pp. 660-661.

74 R. VICIANO PASTOR, “Presentación”, *cit.*, p. 16.

75 Véase al respecto A. AGUILAR CALAHORRO, *El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor*, en M.Á. GARCÍA HERRERA, J. ASENSI SABATER, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Constitucionalismo Crítico. Liber Amicorum Carlos de Cabo Martín*, 2.ª ed., Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 489-534.



del derecho, no están conduciendo a un tercer modelo ampliado de Estado de Derecho<sup>76</sup>.

A este respecto, Silvia Bagni<sup>77</sup> identifica el “Caring State” como una forma de Estado en sí misma, caracterizada por la incorporación de los valores comunitarios tradicionales en las constituciones y los programas políticos<sup>78</sup>. El “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, y en particular el constitucionalismo andino, como se ha ilustrado anteriormente, introdujo elementos innovadores en la teoría de las formas de Estado, principalmente ligados al protagonismo de las comunidades indígenas en el debate político, lo que condujo al reconocimiento no solo de su subjetividad –a través del concepto de Estado plurinacional, el principio de interculturalidad y el pluralismo jurídico– sino también de su cosmovisión, caracterizada por la concepción de que el hombre no está en el centro de la creación, sino que forma parte de un Todo que lo incluye y del que depende su supervivencia. Esto no solo produjo el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos originarios, sino que también favoreció un giro ecocéntrico en el derecho, con la proclamación de la Naturaleza como sujeto de derechos, y el redescubrimiento de los valores fruto de compartir una vida comunitaria. El “Caring State” se caracteriza por la asunción de deberes y obligaciones específicas de justicia ambiental y social hacia los miembros de la comunidad. Se trata, por tanto, de una forma de Estado que superaría al Estado del Bienestar de origen burgués, completándolo, confirmando sus logros y reinterpretando uno de sus principios básicos, el de la autonomía<sup>79</sup>.

Los dos países andinos que se analizan en esta contribución también suscitan otra propuesta clasificatoria, la del Estado intercultural. Sus principales características se encuentran en la incorporación al Estado de ciertos valores de las comunidades indígenas; en la aplicación práctica de la interculturalidad en las instituciones, a través de políticas gubernamentales activas; y en la diversidad cultural, tomada como fundamento del Estado plurinacional comunitario<sup>80</sup>.

76 L. FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en M. CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 18-19.

77 S. BAGNI, *Dallo stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizioni nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013.

78 L. PEGORARO, A. RINELLA, *op. cit.*, pp. 68-69.

79 S. BAGNI, “Le forme di Stato in America Latina”, en S. BAGNI, S. BALDIN (eds.), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, cit., pp. 52 y ss.

80 S. BAGNI, “Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria”, en S. BAGNI, G.A. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (dirs.), *Las ciencias del derecho constitucio-*

No obstante, como ya se ha señalado, la evidencia científica de una nueva forma de Estado es aún incipiente, y la doctrina ha constatado la existencia de dificultades relacionadas con la aplicación práctica de los derechos consagrados en el NCL y con la ambigüedad teórica e imprecisión conceptual y semántica de las nuevas constituciones, lo que tendría consecuencias negativas en términos de certeza jurídica<sup>81</sup>.

Asistimos a una “inflación” de derechos, muchos de ellos de difícil cumplimiento, pero esto no debe llevar a descalificar automáticamente la operación de ampliación realizada en estos nuevos textos<sup>82</sup>.

También es necesario considerar la paradoja que existe entre estos catálogos de derechos avanzados e innovadores y la forma de gobierno de estas constituciones. No será posible aquí profundizar en esta cuestión, sin embargo, cabe destacar cómo, en cuanto a la forma de gobierno, se mantienen en la categoría de la forma de gobierno presidencialista latinoamericana, caracterizada por la presencia de un Ejecutivo, elegido directamente por el cuerpo electoral<sup>83</sup>, con facultades de colegislador, pudiendo presentar proyectos de ley —en algunos casos con competencia exclusiva en determinadas materias— y con un amplio abanico de poderes de excepción, incluyendo en casi todos los ordenamientos la posibilidad de adoptar actos con fuerza de ley. También es significativo el amplio reconocimiento en las Constituciones la-

*nal comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, tomo II, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017, pp. 137 y ss.

81 A este respecto, Gargarella ha elaborado la tesis de la dimensión política de las constituciones del NCL, según la cual estos textos serían el producto de graves crisis políticas, pero sus normas también reflejarían las reivindicaciones históricas de los grupos marginados, que, una vez constitucionalizadas, sentarían las bases de nuevas luchas sociales. Desde esta perspectiva, las objeciones a la ambigüedad teórica y a la imprecisión conceptual y semántica se compensarían, en cierta medida, en la dimensión política y, en cierto sentido, extraconstitucional de esta ola constitucional. El NCL, por tanto, sería la expresión de una tradición teórica coherente; una expresión que, frente al constitucionalismo conservador (elitista en lo político, perfeccionista en lo moral) y manteniendo las distancias con el constitucionalismo liberal (antiestatista en lo político, defensor de los controles y equilibrios y neutral en lo moral), se vincularía al constitucionalismo radical (mayoritario en lo político, populista en lo moral) (P. SALAZAR UGARTE, “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano...”, *cit.*, pp. 367-368).

82 R. GARGARELLA, C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano...*, *cit.*, p. 32.

83 Esta característica, según algunos autores, especialmente Valadés, representa un giro plebiscitario de la forma de gobierno presidencialista latinoamericana, derivado de la influencia de la Constitución francesa de 1848. Esto es particularmente problemático ya que invirtió la dirección del control político, depositando en manos del Presidente una vasta suma de poderes, algunos de los cuales incluso trascienden el orden normativo. Véase, entre otros, D. VALADÉS, *La formación del sistema presidencial latinoamericano (Un ensayo de cultura constitucional)*, Ciudad de México, UNAM, IJ, 2007.

tinoamericanas del llamado veto parcial, es decir, la posibilidad de que el Presidente impida la entrada en vigor no de todo el texto de la ley sino solo de determinados artículos<sup>84</sup>. Un elemento que hace aún más central la figura del Presidente en los sistemas ecuatoriano y boliviano es la previsión de la institución de la “revocación de mandato”<sup>85</sup>. Este último, aunque aparentemente es un instrumento para dar mayor relevancia a la ciudadanía al otorgarle el poder de cesar el mandato de un Ejecutivo no deseado, en la práctica se ha convertido en un elemento más a favor del hiperpresidencialismo y el caudillismo, dotando de una renovada legitimidad a ejecutivos ya fuertemente personalistas.

Gargarella, a propósito de la forma de gobierno adoptada en los ordenamientos del NCL, subraya cómo la concentración de poder en el Ejecutivo garantiza que las promesas constitucionales sigan siendo aspiracionales y no reales<sup>86</sup>. La explicación

84 Mezzetti identifica las características de la forma de gobierno analizada en la legitimidad autónoma del cargo presidencial, en los amplios poderes del Presidente – tanto ordinarios como extraordinarios – y en la ausencia de un control institucional suficiente – ni el Parlamento ni el poder judicial ejercen un control que limite las competencias, legales y extralegales, del poder presidencial. Los tres factores mencionados, comunes a todos los presidencialismos latinoamericanos, hacen imposible o muy problemático el funcionamiento fisiológico de un sistema de pesos y contrapesos y representan un elemento significativo de diferenciación con el presidencialismo norteamericano. L. MEZZETTI, *L'America Latina, cit.*, p. 470.

Sobre la forma de gobierno presidencial en América Latina, se permita la remisión a R. IANNACCONE, “Brevi riflessioni a proposito di forma di Stato, tipo di Stato e forma di governo in America Latina a partire dal volume ‘Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande’ a cura di Silvia Bagni e Serena Baldin”, *Nomos-Le attualità del diritto*, núm. 1, 2022.

85 A este respecto véase, entre otros, E. DOMINGO BARBERÁ, “La revocación del mandato presidencial como instrumento de la ciudadanía en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, *Diálogos de Saber*, núm. 47, 2017.

El otro ordenamiento de la subregión latinoamericana, además de los pertenecientes al NCL, que contempla este instrumento es el de México, donde se aplicó por primera vez el pasado 10 de abril hacia al Presidente Andrés Manuel López Obrador. Este último abogó firmemente por su introducción, convirtiéndola primero en uno de los puntos más destacados del programa electoral de su candidatura y luego de su gobierno, proponiendo una reforma constitucional con este fin poco después del inicio de su mandato en 2019. Se permita la remisión a R. IANNACCONE, “Alcune considerazioni sulle elezioni messicane del 6 giugno 2021 alla luce della più recente evoluzione della legislazione”, *Forum DPCE online*, núm. 4, 2021; *ibid.*, “Tra vecchie tensioni e nuovi ‘nemici’ il Messico vota per la revocación de mandato”, *Nomos-Le attualità del diritto*, núm. 1, 2022.

86 R. GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, Madrid, 2014, p. 241.

de esta posición del Ejecutivo podría estar en que, como hemos visto en los casos ecuatoriano y boliviano y como también ocurrió en Venezuela, estos procesos constituyentes fueron expresamente queridos y dirigidos por un líder –Hugo Chávez en Venezuela, Rafael Correa en Ecuador y Evo Morales en Bolivia– y por tanto la forma de gobierno refleja esta centralidad, lo que explica también la personalización a la que tiende.

No obstante, lo anterior, no se puede negar la evolución que se ha producido en materia de derechos, y se cree que hay una base sólida para sostener que, con toda probabilidad, en un futuro próximo podremos hablar de una nueva forma de Estado, y es probable que una contribución significativa en este sentido la haga el proceso constituyente chileno actualmente en marcha<sup>87</sup>, aunque caracterizado por algunas diferencias sustanciales respecto a sus predecesores<sup>88</sup>.

Incluso la mera posibilidad de que pueda existir una nueva forma de Estado resulta especialmente interesante en el contexto actual de profundos cambios en los Estados-nación –en extrema síntesis, se trata de la evolución o, si se quiere, de la crisis de la soberanía del Estado y de la globalización– que han transformado el entorno en el que la Constitución está llamada a desempeñar su papel en la actualidad y han dado lugar a la acentuación de la tensión entre las libertades económicas y los derechos, especialmente los sociales. Como se ha observado, el riesgo que corren las democracias modernas es que la cultura constitucional de la segunda mitad del siglo XX y, en consecuencia, el equilibrio entre el orden político, el orden económico y el orden social contenidos en los textos constitucionales queden desfasados<sup>89</sup>. Además, las constituciones “austeras” van de la mano de una práctica judicial muy hostil a los derechos sociales, culturales y económicos. En particular, cuando los jueces no encuentran apoyo escrito para nuevos derechos –por ejemplo, el derecho a la salud, a

87 Se permita la remisión a R. IANNACCONI, “Borrar todo tu legado será nuestro legado”: alle radici del plebiscito cileno del 25 ottobre 2020 e le prospettive future”, *Nomos-Le attualità del diritto*, núm. 1, 2021; *ibid.*, “La Convezione Costituente cilena: un’importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo”, *Nomos-Le attualità del diritto*, núm. 1, 2021 y a la sección “Cronache dalla Convenzione Costituzionale cilena” (“Crónicas de la Convención Constitucional Chilena”) de la misma revista.

88 No es posible profundizar aquí en estos elementos, pero es relevante destacar que se trata principalmente del ya mencionado protagonismo del poder ejecutivo y de los poderes reconocidos o autorreconocidos por las asambleas constituyentes en detrimento de los poderes constituidos, especialmente el legislativo.

89 P. CARRETTI, “Considerazioni di sintesi”, en M. LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO, R. ROMBOLI (eds.), *Il futuro dei diritti fondamentali*, cit., pp. 20 y ss.

un medio ambiente sano o las prerrogativas de las comunidades indígenas— tienden a negarles toda relevancia. Esto, por supuesto, no significa que sea suficiente incluir los nuevos derechos en las constituciones para hacerlos efectivos, pero su no previsión tiende a ir en contra de su posible, y deseable, materialización<sup>90</sup>.

Actualmente, América Latina está demostrando ser una zona especialmente privilegiada para el cambio democrático, tanto por razones históricas como de actualidad. En particular, el subcontinente se caracteriza por un protagonismo social sin parangón en el mundo, debido a los recientes procesos de democratización y a las contradicciones que la caracterizan, es decir, sociedades muy polarizadas, altos índices de desigualdad, elevados niveles de exclusión y marginación, y una mayor conciencia de la explotación rampante. A ello se suma el uso de formas singulares de expresar la disidencia, con una fuerte tradición de levantamientos campesinos, movimientos guerrilleros y revueltas indígenas<sup>91</sup>.

### **Resumen**

*La evolución del catálogo de derechos y de los instrumentos concebidos para protegerlos ha marcado la transición de una forma de Estado a otra. El propósito de este artículo es ilustrar, a grandes rasgos, algunos de los “nuevos” derechos contenidos en las Constituciones pertenecientes al ciclo de constitucionalismo llamado por una parte de la doctrina “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (NCL), y en particular en las de Ecuador y Bolivia, con el fin de destacar su alcance innovador respecto a la forma de Estado socialdemócrata, en su versión occidental, y cuestionar la posibilidad de que se esté configurando una nueva forma de Estado, propia del siglo XXI. Para ello, los capítulos dedicados al examen de los derechos y a la pregunta final sobre si se puede hablar de una nueva forma de Estado, están precedidos por un breve análisis dedicado a las características esenciales del NCL, a los procesos constituyentes que llevaron a la adopción de estas nuevas normas fundamentales y a los elementos característicos de estas últimas.*

### **Palabras clave**

*“Nuevo constitucionalismo latinoamericano”; Ecuador; Bolivia; catálogo de derechos; forma de Estado.*

### **Abstract**

*The evolution of the catalogue of rights and the instruments designed to protect them has marked the transition from one form of State to another. The purpose of this article is to illustrate, in broad terms, some of the “new” rights contained in the Constitutions belonging*

90 R. GARGARELLA, C. COURTIS, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 32.

91 J. MÉNDEZ, D. CUTIE, *La participación popular y los derechos...*, en R. VICIANO PAS-TOR (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, *cit.*, p. 220.

*to the cycle of constitutionalism called by part of the doctrine “new Latin American constitutionalism” (NCL), and in particular in those of Ecuador and Bolivia. The aim is highlight their innovative scope with respect to the social democratic form of State, in its Western version, and to question the possibility that a new form of State, typical of the 21st century, is being configured. To this end, the chapters dedicated to the examination of rights and the final question of whether it is possible to speak of a new form of State are preceded by a brief analysis of the essential characteristics of the NCL, the constituent processes that led to the adoption of these new fundamental norms and their characteristic elements.*

**Keywords**

*“New Latin American constitutionalism”, Ecuador, Bolivia, catalogue of rights, form of State.*

Recibido: 13 de diciembre de 2021

Aceptado: 8 de marzo de 2022

# Perfiles/Noticias

---





# EL ACADÉMICO QUE UN DÍA FUE JUEZ: PABLO PÉREZ TREMPs

## The scholar who was once a judge: Pablo Pérez Tremps

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad Carlos III  
de Madrid. Letrada del Tribunal Constitucional*

CARMEN MONTESINOS PADILLA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense de Madrid*

### SUMARIO:

- I. La vocación constitucionalista y la creación de la red académica (1978-1990).
- II. La cátedra extremeña y el regreso a Madrid (1991-2004).
- III. Un académico que fue juez constitucional (2004-2013).
- IV. Un juez constitucional en primero de carrera (2013-2021).

## I. LA VOCACIÓN CONSTITUCIONALISTA Y LA CREACIÓN DE LA RED ACADÉMICA (1978-1990)

No se sabe bien de qué materia están hechas las vocaciones profesionales. Quizá de un poco de capacidad innata o de un punto de habilidad en determinadas disciplinas académicas, combinadas con buenos resultados que refuerzan nuestras preferencias. Para algunos quizá se trate simplemente de una idea clara sobre el papel que quieren desempeñar en la vida adulta. A veces, son fruto del puro azar. Otras, tiene que ver con el hecho de cruzarse con la persona indicada en el momento apropiado.

Para Pablo Pérez Tremps (Madrid, 1956-2021), muy probablemente, fue una combinación de tradición (su padre fue integrante del poder judicial, y su hermano mayor, Jose María, también había estudiado Derecho) y ruptura porque, lejos de opositar, optó por dedicarse a lo que él definía como la más artística y creativa de las profesiones jurídicas: la académica. Y eso en un período, el de finales de los años 70 del siglo XX, sumamente creativo en el Derecho público, en la vida política y en el surgimiento, como resulta obvio, de un nuevo régimen constitucional.

Pablo terminó su licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en 1978, el mismo año en que se aprobó la Constitución y en el que realizó el diplomado en Sociología Política que se impartía en el Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de Madrid.

Acto seguido, y bajo la dirección de Jorge de Esteban inició sus estudios de posgrado, defendiendo su tesis en 1984, ante un Tribunal formado por el propio Jorge de Esteban, Luis López Guerra, Francisco Rubio Llorente, Gregorio Peces Barba y Luis Aguiar de Luque. Tenía 27 años. Apenas uno más tarde, el CEC publicaría ese trabajo con el título “Tribunal Constitucional y Poder Judicial”<sup>1</sup>, tras haberle concedido el Premio Nicolás Pérez Serrano.

En las primeras páginas de aquella monografía, con los pocos años de experiencia que entonces acumulaba, Pablo escribió algo que terminaría por ser premonitorio, y que marcaría, como luego explicaremos, su paso como magistrado por el Tribunal Constitucional. Decía en la introducción a un trabajo, que pretendía explicar la relación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en los albores del funcionamiento de esta última en España, que

“el hecho de que los conflictos constitucionales, entendidos en sentido amplio, tengan una gran trascendencia política no significa que su resolución no pueda sujetarse a criterios de Derecho y a formas jurisdiccionales; ése es el sentido de la justicia constitucional, la reducción del conflicto a unos cauces jurídicos, sin que ello suponga el ignorar su naturaleza política”<sup>2</sup>.

1984, por lo demás, sería un año determinante en la trayectoria profesional de Pablo, por razones que van más allá del hecho de que se doctorase en aquel momento. De un lado, esa es la fecha que se marca como hito de la separación de las disciplinas del derecho político y del derecho constitucional. En ese año, mediante el RD 1988/1984, de 26 de septiembre, que desarrollaba la Ley Orgánica de Reforma Universitaria 11/1983, se crean el área de Derecho Constitucional y el área de Ciencia Política y de la Administración, y a partir de ese momento se fueron definiendo las redes académicas que aún hoy identificamos al formular un mapa de la disciplina a la que Pablo se adscribió: el Derecho Constitucional.

Quizá se podría identificar ese momento fundador, como el origen de las escuelas académicas de Derecho Constitucional en España, aunque el propio Pérez Tremps ne-

1 P. PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

2 *Ibid.*, p. 14.

gaba la autonomía dogmática del término “escuela” en el ámbito académico español. Hablar de escuelas, nos lleva a pensar en grupos de trabajo que tienen una visión coherente, determinada y común sobre el objeto y el método de la disciplina que estudian<sup>3</sup>. Pero en aquel momento, las discrepancias en torno al objeto y método no generaron, con claridad, diversas escuelas de pensamiento dentro del Derecho Constitucional, sino que separaron a los académicos entre los que se decantarían por el estudio de la Ciencia Política y quienes lo harían por el análisis del Derecho Constitucional. Como sostienen Luis López Guerra<sup>4</sup> o Ángel Garrorena<sup>5</sup>, la mayoría de los constitucionalistas de la “primera generación”, los que lanzan la disciplina tras la aprobación de la Constitución de 1978, corresponden a una misma y única corriente hegemónica, dentro de la que se identifican la mayor parte de las familias académicas y en la que se incluyen casi todos los institutos o centros de investigación.

Esta gran escuela surge al amparo de la propia identificación de la disciplina de Derecho Constitucional en España, que se concretó a través de la asunción de un objeto de estudio propio (el texto constitucional), y disociándose de los estudios genéricos y omnicomprensivos asociados al antiguo Derecho Político. El método, por su parte, era eminentemente positivista y exegético, apegado al examen del bloque de constitucionalidad (entendido en sentido amplio) y de la jurisprudencia constitucional. Pero, además, la búsqueda de las señas propias de la disciplina pasó por la identificación (incluso ideológica) de los investigadores con el texto de la Constitución de 1978 y por la individualización progresiva de los siguientes caracteres: i) la comprensión de la disciplina dentro de una pauta estrictamente jurídica, emulando el proceso de juridificación que ya viviera el derecho constitucional durante la II República<sup>6</sup>; ii) la consecuente adhesión a un método de trabajo jurídico (al positivismo

3 I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, “Las escuelas de derecho constitucional españolas en el marco de la crisis constitucional presente”, *IberICONnect*, 30 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2021/09/las-escuelas-de-derecho-constitucional-espanolas-en-el-marco-de-la-crisis-constitucional-presente/> (último acceso 30 de mayo de 2022). Parte del análisis sobre la cuestión de la organización de la disciplina se toma literalmente del texto citado.

4 L. LÓPEZ GUERRA, “Algunes notes sobre el desenvolupament de la doctrina constitucionalista española”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 41, 2010 (Ejemplar dedicado a: Evolució i perspectives del dret públic), pp. 85-116.

5 A. GARRORENA MORALES, “Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 51, 1997, pp. 37-64.

6 M. REVENGA SÁNCHEZ, “El derecho constitucional y el método científico”, *Revista Estudios Jurídicos*, Segunda Época, núm. 9, 2009. Recuperado a partir de <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/137> último acceso 30 de mayo de 2022).

clásico), al que se añadirá el método comparatístico y, entrado el siglo XXI, algunos elementos de interdisciplinariedad<sup>7</sup>; iii) la pérdida del carácter enciclopédico de la disciplina, unida a la desconexión entre el Derecho Constitucional y la Sociología y la Ciencia Política; iv) el respeto por el “consenso de 1978” que da surgimiento al texto constitucional y que, sin anular la crítica, supone un punto de partida del análisis que se sustenta en la falta de cuestionamiento del pacto en sí<sup>8</sup>.

Podría negarse, por tanto, la idea de escuela o de diversidad de escuelas en aquel momento, aunque quizá no pueda mantenerse lo mismo en el presente, y reconocer en cambio que sí se generaron redes profesionales muy bien identificadas<sup>9</sup>, entendidas como grupos de profesores y profesoras que se formaron con el mismo investigador principal, desarrollaron bajo su tutela sus respectivas tesis doctorales y colaboraron entre sí en proyectos de investigación conjuntos, en la mayoría de los casos identificados también con una o varias líneas de investigación homogéneas. En este caso quizá debiera hablarse de familias o de redes académicas, porque tienen más relieve los vínculos personales y la pertenencia a una genealogía común, que la existencia de una reflexión epistemológicamente coincidente.

Las redes personales que tejió Pérez Tremps, durante aquellos primeros años, se estabilizarían y mantendrían durante las décadas siguientes y marcarían profundamente su trayectoria profesional. Me atrevo a decir que, incluso, la personal. Tal y como sostienen Garrido y Martínez,

“los grupos fundacionales y sus posteriores ramificaciones se construyen, por tanto, en función de una variable espacial, como es la universidad de origen. Pero cada grupo terminará estructurándose a partir de la idea que sus catedráticos tenían sobre lo que debía ser el derecho político, de modo que algunos maestros tendieron a generar discípulos que cultivaron casi exclusivamente el derecho constitucional (Sánchez Agesta, Rubio Llorente, Jorge de Esteban)”<sup>10</sup>.

Sin duda esto se certifica como cierto en el caso de Pérez Tremps.

7 L. LÓPEZ GUERRA, “Algunes notes sobre el desenvolupament de la doctrina constitucionalista española”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 41, 2010 (Ejemplar dedicado a: “Evolució i perspectives del dret públic”), p. 95.

8 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Constitución del pluralismo y método jurídico”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 21, 2008, pp. 447-459.

9 A. GARRIDO, M.<sup>ª</sup>A. MARTÍNEZ, “Las redes científicas del derecho constitucional y de la ciencia política en España: genealogía, estructura y desarrollo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 193, 2021, pp. 101-143.

10 *Ibidem*, p. 115.

Tratando de definir la estructura de su red, y echando la vista tan atrás como al período de posguerra, es necesario citar, efectivamente, a Luis Sánchez Agesta, que tras ingresar como catedrático en Oviedo en 1942, se incorporó a la Universidad Complutense de Madrid en 1964, formando, entre otros a Luis Aguiar de Luque (al que ya he citado como integrante del Tribunal de tesis de Pablo y al que volveremos más adelante) y a Jorge de Esteban que, a su vez, no sólo dirigió la tesis doctoral de Pérez Tremps, sino también las de Luis López Guerra (coprotagonista asimismo de la historia profesional de Pérez Tremps), Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Miguel Satrústegui<sup>11</sup>, Ángel Sánchez Navarro, Pedro González Trevijano y, más recientemente, Esther González Hernández.

Esa red, y volvemos ahora al icónico año 1984, se extendió a Italia en ese momento, abriendo un canal de comunicación y una apertura de Pérez Tremps al método comparatístico. Durante el curso 1984-1985, y tras encadenar varias ayudas a la formación durante su fase de formación predoctoral, Pablo fue “Becario del Programa de Formación del Personal Investigador en el extranjero del Ministerio de Educación y Ciencia en Italia”. Esa beca le permitió pasar un curso académico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia, donde conoció a Alessandro Pizzorusso que enseñaba allí Derecho Constitucional Comparado<sup>12</sup>. Pizzorusso volvería en el año 1989 al Departamento de Derecho Público de la Universidad de Pisa y, a partir de entonces sería la Piazza dei Cavalieri el destino preferente de Pablo para un sin número de actividades y proyectos. De hecho, el “*Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale*” de la Universidad de Pisa, que lleva en su recuerdo y homenaje el nombre de Alessandro Pizzorusso, terminaría siendo la última actividad internacional presencial en la que participó Pablo, en enero del año 2020.

A la vuelta de su estancia en Florencia, Pérez Tremps se incorporó como catedrático interino a la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (desde diciembre del año 1986, hasta julio de 1986), asumiendo la plaza de Profesor Titular de Universidad el 31 de julio de 1986. En 1987 publicó su segunda monografía, reflejo en parte de su ejercicio de titularidad, dedicada a la acción exterior del Estado y las Comunidades Autónomas, en relación con la muy reciente incorporación de

11 Aunque luego volveré a ello, vale la pena apuntar aquí que este grupo de profesores empezó a publicar, en el año 1991 y en la editorial Tirant lo Blanch un manual de la disciplina que va por su 11.ª edición.

12 R. ROMBOLI, “Un recuerdo de Alessandro Pizzorusso a los tres años de su desaparición”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 31, 2019. Consultable en [https://www.ugr.es/~redce/RE-DCE31/articulos/07\\_PIZZORUSSO\\_ROMBOLIi.htm](https://www.ugr.es/~redce/RE-DCE31/articulos/07_PIZZORUSSO_ROMBOLIi.htm) (último acceso 30 de mayo de 2022).

España a la Comunidad Europea y al impacto que dicha incorporación podía tener en la organización territorial del Estado. Se inicia con este trabajo una línea de investigación que ya no dejaría atrás, y que tendría reflejo también en su actividad jurisdiccional. Ya en aquel trabajo, Pérez Tremps sostenía, entre otras cosas, que el derecho creado por la Comunidad Europea prevalece sobre los derechos estatales.

Un año y medio después de haber asumido como Profesor Titular, en febrero de 1988, pasaría a la situación de servicios especiales como Letrado de adscripción temporal del Tribunal constitucional. Tenía entonces 31 años, y presidía el Tribunal, desde marzo de 1986, Francisco Tomás y Valiente, coincidiendo con la renovación del TC tras la nominación de Magistrados por el CGPJ y el Gobierno que presidía Felipe González. Luis López Guerra, fue nombrado Magistrado en aquella terna y esta circunstancia fue, sin duda, determinante en el hecho de que Pérez Tremps entrase a formar parte del elenco de Letrados que, en aquel momento en número de dieciocho, asistían técnicamente a los Magistrados.

La impronta académica que acompañaba a Pablo, es decir, la comprensión de la disciplina dentro de una pauta estrictamente jurídica y la adhesión a un método de trabajo jurídico (positivista clásico), se reforzará durante este período al servicio del Tribunal. Garrido y Martínez sostienen que “los académicos con responsabilidades como letrados o magistrados de órganos constitucionales desarrollaron una especial sensibilidad hacia la necesidad de construir dogmáticamente un derecho constitucional aplicable a la nueva realidad”<sup>13</sup>. Y creo que, efectivamente, en el caso de Pérez Tremps, fue así. Sobre este período como Letrado el propio Pablo decía:

“Los tres años y medio que allí trabajé (...) fueron, sin duda, los más ‘productivos’ de mi vida profesional. La experiencia que supone para un profesor enfrentarse a la realidad diaria del ‘recurso’ es algo inapreciable. Pero a ello no sólo contribuyó esa realidad (...). El ambiente y método de trabajo de los Letrados hicieron realidad, fuera de la Universidad, el sueño de muchos universitarios: el trabajo en equipo”<sup>14</sup>.

Pablo permaneció en el Tribunal hasta el 30 de septiembre de 1991, momento en que concursó y obtuvo la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura, donde se reincorporó para ejercer la actividad académica en aquel curso 1991-1992.

13 A. GARRIDO, M.<sup>a</sup> A. MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 109.

14 P. PÉREZ TREMPs, *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, 1.<sup>a</sup> ed., 2004 y 2.<sup>a</sup> ed., 2015. Prólogo.

## II. LA CÁTEDRA EXTREMEÑA Y EL REGRESO A MADRID (1991-2004)

Cuando Pérez Tremps llegó a Cáceres como catedrático, era un profesor muy joven. Apenas acababa de cumplir los 35 años, pero acumulaba ya una experiencia notable, tanto en la academia, como en la jurisdicción. Una experiencia enorme y una trayectoria fulgurante si la observamos desde los tiempos que hoy se imponen a la vida universitaria. Y añadió a toda la que traía, la de la gestión Universitaria asumiendo como Decano de la Facultad de Derecho entre los años 1992 y 1994. Justo el período en que la sede de la facultad se trasladó desde el Palacio de la Generala, ubicado en pleno casco histórico, al campus universitario.

Esa experiencia acumulada, desde la teoría y la práctica del derecho, y también desde la gestión académica, le permitía afirmar, con autoridad, pero sin atisbo de superioridad alguna, que la actividad académica es eminentemente creativa. O, mejor dicho, que debía ser creativa. Una idea que no fue nunca una mera declaración de principios teóricos, sino su forma de enfrentar el trabajo académico y, con el tiempo, llegado el momento de asumir sus funciones como Magistrado del Tribunal Constitucional, también fue la forma de abordar el trabajo jurisdiccional.

Pablo fue creativo en el modo de enseñar el Derecho Constitucional. En el curso 1993-1994, siendo profesor del entonces Derecho Constitucional I (Plan de estudios de 1953), lo que hoy conocemos como “plan Bolonia” no estaba ni en el horizonte. Pero Pablo ya acostumbraba a enseñar derecho desde una perspectiva práctica, para desarrollar el espíritu crítico de los alumnos y su adecuada comprensión de la realidad sociopolítica que acompañaba, justificaba y explicaba el Derecho Constitucional. A cada tema del programa<sup>15</sup> asociaba la lectura y comentario de una sentencia del Tribunal Constitucional o la resolución de un caso práctico que,

15 El programa de la asignatura bianual se correspondía, en aquel momento, con el índice del *Manual Derecho Constitucional* publicado por la Editorial Tirant lo Blanch desde el año 1991, al que me he referido previamente. No obstante, este no fue el primer manual en cuya elaboración participó Pérez Tremps. Con carácter previo había colaborado, junto con Joaquín García Morillo, en el coordinado por Jorge de Esteban y Luis López Guerra, denominado *El régimen Constitucional español* que, en dos volúmenes publicados por la editorial Labor Universitaria (1980). Aquel había sido uno de los primeros manuales universitarios en abordar la enseñanza de la Constitución de 1978, siendo su propósito declarado no sólo servir como útil didáctico, sino “contribuir (...) a consolidar y afianzar las instituciones del Estado social y democrático de Derecho de que habla el artículo 1.º de la Constitución. No parece dudoso que se necesario contar, para la auténtica eficacia de esta, con un amplio arsenal doctrinal que la estudie, la explique y la interprete” (p. 7).

en muchas ocasiones, traía sorpresivamente a la clase, para evitar que sus alumnos de primero se acomodaran, se aburrieran o, sencillamente se durmieran en aquella complicada aula magna del renacentista Palacio de la Generala. Además, en un Plan de Estudios que ignoraba la existencia del Derecho Comunitario, no ya como disciplina autónoma, sino como mera materia existente, incluía siempre un tema de estudio relacionado con la entonces naciente Unión Europea, consciente de la importancia del tema desde la perspectiva del sistema de fuentes y también del sistema institucional de reparto del poder. Ese interés, reflejado en la docencia, tenía, como no puede ser de otro modo, una sólida base en su trabajo de investigación.

De hecho, en 1994 publicó otra de sus monografías más recordadas, la que se ocupó de analizar las relaciones entre la Constitución española y la Comunidad Europea<sup>16</sup>. Este trabajo, que le valió la obtención de la cátedra en Cáceres, suponía, según él,

“la culminación de una línea investigación (...) consistente en analizar problemas constitucionales derivados de la integración en la Comunidad Europea”. Pero, en realidad, no culminaba nada. Pablo seguiría trabajando en esta línea asumiendo siempre que “a la hora de analizar la integración y, sobre todo, las barreras constitucionales a la integración, a menudo se olvida que ésta constituye un proceso de naturaleza jurídica, pero de una clara dimensión política” (p. 191).

Pérez Tremps, en aquel año y en los sucesivos, fue para sus alumnos y alumnas la realidad en el sentido más amplio de la palabra: la realidad europea, la realidad de los derechos humanos, la realidad de la interacción entre niveles normativos. Sin dogmas y con espíritu crítico.

En ese tiempo, Pablo empezó a crear su propia red académica. Como no le gustaba en absoluto que se le llamase maestro, seguramente sea mejor decir que empezó a ejercer como mentor. Sí, quizá sea esa la mejor forma de referirse a él, recordando que Méntor, en la mitología griega clásica, fue un amigo de Odiseo al que este encomendó la educación de su hijo Telémaco mientras acometía su muy conocido viaje. Alguien destinado a sacar lo mejor de su discípulo. La primera tesis que dirigió el profesor Pérez Tremps, fue la de José Ignacio Navarro Méndez<sup>17</sup>. Y, en el prólogo a la misma pone de manifiesto cómo entendía él esa labor de mentorazgo:

“Desde que tuve que enfrentarme a la decisión de elegir el objeto de mi propia tesis doctoral tuve claro que las tesis deben versar sobre cuestiones que cumplan con un

16 P. PÉREZ TREMPs, *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, 1994.

17 J.I. NAVARRO MÉNDEZ, *Partidos políticos y “democracia interna”*, CEPC, 1999.



doble requisito; en primer lugar, que el tema posea carácter formativo para el doctorando; en segundo lugar, que ese tema tenga interés científico”.

Esa fue una máxima que siguió siempre, en todas las direcciones de tesis que acometió a partir de aquella: las de Javier Donaire<sup>18</sup>, Claudia Storini<sup>19</sup>, Itziar Gómez<sup>20</sup>, Ana Ovejero<sup>21</sup>, Adrián Joaquín Miranda<sup>22</sup>, Beatriz Sánchez Mojica<sup>23</sup>, Eddy Daza Cardozo<sup>24</sup>, María José Gálvez<sup>25</sup>, Luis Gordillo<sup>26</sup>, Sabrina Ragone<sup>27</sup>, Carmen Montesinos<sup>28</sup> y Gloria Garrido<sup>29</sup>.

Cuando llevaba siete años ejerciendo como profesor de Derecho Constitucional en Cáceres tuvo la oportunidad de pasar en comisión de servicio a la Universidad Carlos III de Madrid. En ese momento, Tomás, su tercer hijo (Claudia y Paula nacieron mientras ejercía en Cáceres) estaba a punto de llegar y se hacía necesario, desde el punto de vista familiar, volver a Madrid. Era la Universidad en la que también tenían su cátedra Luis Aguiar de Luque y Luis López Guerra. Estando este último en servicios especiales como vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, Pablo vino a ocupar interinamente su plaza hasta que, en junio de 2004, concursó para acceder definitivamente a la cátedra que ocuparía hasta su fallecimiento y con el paréntesis que supuso su paso como Magistrado por el Tribunal Constitucional.

18 F.J. DONAIRE VILLA, *La Constitución y el acervo de Schengen*, Tirant lo Blanch, 2002.

19 C. STORINI, *La interpretación constitucional y el estado de las autonomías*, Tirant lo Blanch, 2002.

20 I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Universidad Carlos III de Madrid, 2005.

21 A. M.<sup>a</sup> OVEJERO PUENTE, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, 2006.

22 Análisis del federalismo hacendario mexicano, tesis inédita defendida en 2006.

23 El estatuto constitucional del desplazado interno en Colombia, tesis inédita defendida en 2008 (codirigida con Luis Peral).

24 El proceso de amparo en Bolivia, tesis inédita defendida en 2008.

25 Articulación de la diversidad lingüística en el ordenamiento jurídico comunitario: lenguas oficiales y lenguas minoritarias, tesis inédita defendida en 2009.

26 L.I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales: “las constituciones de entonces ya no son las mismas”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

27 S. RAGONE, *I Controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali: profili teorici e comparativi*, Bononia University Press, Bologna, 2011. En codirección con el profesor Roberto Romboli.

28 C. MONTESINOS PADILLA, *La Tutela Multinivel de los Derechos Desde una Perspectiva Jurídico Procesal*, Tirant lo Blanch, 2017. En codirección con Itziar Gómez.

29 Pendiente de defensa en 2022, en codirección con Itziar Gómez.

A partir de ese momento (octubre de 1998), la creatividad de Pablo se concentró aún más en la tarea de investigación y de cooperación académica. Fue el momento de mayor expansión de su trabajo hacia América Latina.

Si durante su primera década profesional se había centrado en el estudio del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, con algunos trabajos en materia de sistema de fuentes y organización territorial del Estado, y a partir del año 1991 empezó a dirigir su interés académico sobre la integración europea, la llegada a la Universidad Carlos III supuso su proyección hacia América Latina. El libro coordinado por él bajo el título “*La justicia constitucional como elemento de consolidación democrática en Centroamérica*” (Tirant lo Blanch, 2000), es muestra inequívoca de esa tendencia.

La UCIIM, una Universidad joven y dinámica, le da la posibilidad de profundizar en sus temas de interés desde el trabajo colaborativo y a través de la ejecución de varios proyectos de investigación y cooperación al desarrollo. Su primer proyecto de investigación había sido, estando en Cáceres, el que llevó a la publicación del libro sobre la justicia constitucional en Centroamérica (desarrollado con quien después sería su buen amigo el profesor Rubén Hernández Valle). A partir de ahí colaboró, con distinto grado de implicación, en proyectos de los diversos Planes Nacionales de Promoción del Conocimiento, y en otros financiados por entidades privadas o por la UE<sup>30</sup>.

Además, en la Carlos III consolidó su propio equipo de investigación, su propia red académica, en torno al Instituto de Derecho Público Comparado, creado por acuerdo de la Junta de Gobierno de 25 de abril de 1997, poco antes de su llegada a esta Universidad, y que él dirigiría en un primer período en el curso académico 2003-2004. No sólo culminó en ese período la dirección de varias tesis, sino que abrió la actividad del Instituto a investigadores de otras universidades españolas, y de otros lugares del mundo. Pablo recordaba con especial cariño la estancia de Antonio Gomes Moreira Maués en el verano del año 2000 y la estrecha colaboración que surgió desde entonces con la Universidad Federal do Pará (Brasil) y que se extendería, algunos años más tarde, a otras instituciones universitarias de América Latina a

30 La justicia constitucional quince años después: balance y perspectivas (1995-1998); Garantía institucional de la autonomía local (1997-1999); El desarrollo del Estado de las Autonomías (1998-2001); Gobernabilidad y transformación de los órganos constitucionales en la reforma del Estado en Iberoamérica (1998-2001); Informe de las Comunidades Autónomas (1992-2003); Justicia Constitucional en Iberoamérica (2001-2004); Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador (2002-2004); La solución jurídica de controversias en los sistemas de integración económica (Europa y América Latina) (2002); *After 2004: the integration of the constitutional Treaty into the national Constitution* (2003-2004).

través del Consorcio Latinoamericano de Universidades expertas en Derechos Humanos y de dos proyectos ALFA, de cooperación al refuerzo de la educación superior en América Latina, financiados por la Unión Europea.

Su interés por establecer lazos académicos, y su estrecho vínculo con Alessandro Pizzorusso, que en ese momento ya estaba en la Universidad de Pisa, permitió desarrollar las estructuras necesarias para una formación doctoral más amplia y basada en el estudio comparado del derecho. El doctorado conjunto con la Universidad degli Studi di Pisa, a la que después se uniría la Facultad de derecho de Aix en Provence, fueron prueba inequívoca de esa vocación. Dos de sus doctorandas, Sabrina Ragone e Itziar Gómez, se titularon en aquel programa que benefició a muchas otras personas y que, tiempo después, sería reemplazado por los ya generalizados doctorandos con mención europea.

En el último año de esta fase profesional se dedicó a trabajar en dos grandes proyectos. De un lado gestionó un proyecto de investigación internacional sobre el proceso de ratificación de la Constitución Europea con dos ilustres colegas: Bruno de Witte y Marta Cartabia<sup>31</sup>. Ni Pablo, ni Marta imaginaban entonces que ambos acabarían compartiendo también la experiencia de la magistratura constitucional. Ya entonces, Pérez Tremps, que hablaba francés e italiano con fluidez, lamentaba no hablar un mejor inglés y empezó a estudiarlo, porque sabía que era necesario tender más puentes y ver más lejos. E insistía a quienes trabajábamos con él en la necesidad de abrirnos a experiencias en el extranjero. Cobijarnos bajo sus alas nunca fue una opción. Siempre nos empujó a salir, a mirar fuera, a conocer otras personas y tener experiencias distintas de las que él podía darnos. Y siempre fue generoso con sus contactos y amistades, que iban siendo poco a poco también los nuestros.

De otro lado, terminó la redacción de su libro sobre el recurso de amparo<sup>32</sup>, uno de los trabajos de referencia sobre el tema, con una eminente vocación práctica. En el prólogo del libro se dice: “El objeto de este volumen es ofrecer una visión del recurso de amparo fundamentalmente práctica, con un método descriptivo, y dirigida, en especial, a quienes, como Abogados, pueden verse en la tesitura de interponer un recurso de amparo”. Le empezaba a preocupar ya en ese momento la defectuosa calidad de los recursos de amparo que llegaban al Tribunal Constitucional, la ingente cantidad de demandas que lo colapsaban, y la necesidad de trabajar en la reforma

31 P. PÉREZ TREMPs, B. DE WITTE, M. CARTABIA, *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*, Tirant lo Blanch, 2005.

32 P. PÉREZ TREMPs, *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2004.

del recurso de amparo. No sabía aún que estaría en condiciones de trabajar muy directamente en estas cuestiones.

### III. UN ACADÉMICO QUE FUE JUEZ CONSTITUCIONAL (2004-2013)

Y cuando todos esos proyectos académicos empezaron a consolidarse llegó el acontecimiento inesperado de su nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional en junio de 2004. Le nombró, como en su día sucediera con Luis López, el Gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero. Tenía 48 años, a punto de cumplir los 49. Ni él lo esperaba (sí había imaginado, en un momento dado, poder ser director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), ni lo esperábamos quienes entonces trabajábamos con él en la Universidad. No fue su primera responsabilidad institucional, porque había sido designado vocal de la Junta Electoral Central en la V.<sup>a</sup> y VI.<sup>a</sup> Legislatura (1994-2000). Pero sí fue la más importante, y la que marcaría, para lo bueno y para lo menos bueno, el final de su carrera profesional.

Y empezó ahí la fase de creatividad jurisdiccional, con la compañía inestimable de su Letrado adscrito, Jose Miguel Sánchez Tomás y de un equipo con el que creó un vínculo personal intenso.

Asumió como magistrado un académico que nunca dejó de ser académico, a pesar de verse en la tesitura de ejercer como Magistrado constitucional. Un auténtico experto en justicia constitucional que lo era por haberse doctorado con una tesis sobre la jurisdicción constitucional, por haber ejercido como Letrado durante tres años, y por haber continuado durante toda su vida académica trabajando en este tema<sup>33</sup>. Un magistrado que, como académico, comprendió las virtudes del trabajo colaborativo también en el seno de una alta jurisdicción, impulsando desde esa convicción la creación de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional (CIJC), cuya Secretaría General ocupó entre los años 2006 y 2012<sup>34</sup>.

33 *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional* (Diput. Barcelona-Marcial Pons, 1998); *Escritos sobre justicia constitucional* (Porrúa, México, 2005); Los procesos constitucionales (la experiencia española) (Palestra, Lima, 2006); además de un ingente número de capítulos de libros y artículos sobre esta materia (véase el perfil en Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=231076> – último acceso el 30 de mayo de 2022).

34 Sobre la conferencia véase <https://www.cijc.org/es/Paginas/default.aspx> (último acceso 30 de mayo de 2022).

Durante sus nueve años como magistrado en la jurisdicción constitucional fue ponente (magistrado redactor) de 239 sentencias (23 recursos de inconstitucionalidad, 21 cuestiones, 183 recursos de amparo y 12 conflictos positivos de competencias). Y formuló 48 votos particulares (9 de ellos frente a autos y no frente a sentencias). Y, si hubiera que destacar un par de sentencias y un voto particular, tendría muy claros cuáles son los pronunciamientos en que, con más claridad, se pone de manifiesto el constitucionalista que era Pablo Pérez Tremps.

La STC 198/2012, de 6 de noviembre, desestimó el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificaba el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, para incluir a las personas del mismo sexo. La sentencia, más allá del fallo, construye un modelo de interpretación evolutiva de la Constitución que pone de manifiesto la postura de Pablo en relación con la labor de los Tribunales Constitucionales y con la concepción dinámica del Derecho Constitucional:

“la Constitución es un ‘árbol vivo’, –en expresión de la sentencia Privy Council, *Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta” (FJ 9).

Si Pablo hubiera imaginado que, en la primavera del año 2022, constitucionalistas de todo el mundo estaríamos discutiendo sobre la validez de la interpretación evolutiva de los textos constitucionales, creo que no hubiera dado a aquel fundamento la (muy poca) importancia que le dio. Si al principio de estas páginas hablábamos sobre la inexistencia de escuelas de pensamiento en el Derecho Constitucional Español en los años 80, creemos que esa afirmación no es válida ya en la segunda década del S. XXI. También aquí estamos en pugna teórica quienes sostenemos la imposibilidad de interpretar los textos constitucionales sobre la base predominante de la voluntad del constituyente y de la dicción literal de los preceptos de la Constitución, y defendemos la validez y necesidad de acudir a una interpretación evolu-

tiva de esos documentos fundacionales, y quienes pretenden que es imprescindible asegurar la esencia de las opciones políticas de la Constitución de 1978 desde una aproximación originalista y formalista a la misma.

El positivismo clásico, de la primera fase de su vida profesional, y el respeto por el “consenso de 1978” que dio surgimiento al texto constitucional, dio paso a una visión más abierta y flexible de ese mismo texto, bajo la presión impuesta por la necesidad de resolver problemas concretos, desde una perspectiva contextualizada y desde una visión que, en Pablo, fue progresista y eminentemente garantista de los derechos humanos. Pérez Tremps asumió cuando sometió aquella sentencia a la votación del Pleno que el consenso constitucional seguía siendo necesario, y por esa razón, por sumar más votos favorables a su propuesta, jamás propuso afirmar que no cabía en la Constitución el rechazo al matrimonio entre personas del mismo sexo por ser contrario a la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE. La solución del ponente fue más compleja e inteligente, pensando en el largo plazo y en la dificultad, constatada ya entonces, de reformar la Constitución en el capítulo reservado a la regulación de los derechos fundamentales. Desde la introducción en la jurisprudencia constitucional de la teoría de la interpretación evolutiva, era posible pensar en lo sucesivo, en la adaptación interpretativa del texto a nuevas realidades sociales.

También en 2012 se aprobó la STC 238/2012, de 13 de diciembre, con la que Pérez Tremps pudo volver al tema del poder judicial, que le ocupó como joven doctorando. Esta resolución se pronuncia sobre una de las muchas reformas de la LOPJ que había venido a alterar las funciones del Consejo General del Poder Judicial. En aquella sentencia, que bien podría dar respuesta a más de un problema actual, se decía:

“el clientelismo existe o no independientemente de las mayorías que en el seno de un órgano se exijan para la adopción de determinadas decisiones, o para proceder a determinados nombramientos, y tampoco se puede partir de su existencia cierta para valorar la constitucionalidad de la norma sometida a nuestro escrutinio, porque la admisión de esa existencia pone en tela de juicio la legitimación democrática del Poder Judicial que, en nuestro sistema constitucional, deriva ‘directamente de la Constitución, que configura a la justicia como independiente, sometida únicamente al Derecho y no a opciones políticas. Es más, si en un Estado no existe un Poder Judicial independiente (independencia que se predica de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial) entonces lo que no hay es Estado de Derecho, pieza esencial, como es sabido, de un Estado auténticamente constitucional’ (STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 5). Por tanto, y aun reconociendo que el funcionamiento normal de la institución ha de ser tenido en cuenta por el legislador a la hora de proceder a las reformas legislativas que estime pertinentes para introducir mejoras en ese funcionamiento, en

la medida en que este Tribunal no puede basarse en una presunción de mal uso de las normas para declarar la inconstitucionalidad de las mismas, máxime en este caso en que tal presunción lleva aparejada una comprensión de nuestro sistema político como un Estado de partidos que no cabe dentro de la Constitución y que, por tanto, no puede servir a este Tribunal como presupuesto del razonamiento, tampoco puede entenderse lesionado el principio de independencia judicial (arts. 117 y 122 CE), ni la prohibición de filiación política a los Jueces (art. 127 CE) por parte la norma impugnada”.

Por lo que hace a la mención de sus votos particulares, el más reseñable, seguramente, es el que se opuso al ATC 86/2011, de 9 de junio, que acordaba el planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo que en él se dice es expresión clara de la posición que Pablo tenía en relación con la integración europea:

“La confianza legítima horizontal, recíproca, en el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de otro Estado cobra especial significado en un mecanismo jurídico como es el de la orden europea de detención y entrega, mecanismo inserto en la cooperación policial y judicial y que arranca precisamente de la filosofía de que los Estados cooperan sobre la base de aceptar ‘el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal’ (considerando 2 de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, entre otras normas)”.

Para Pablo, esta confianza legítima horizontal, hacía innecesaria plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre el nivel de garantía aplicable en España a la hora de aplicar una euroorden: el nivel de garantía español no podía pretender hacerse extensible a otro estado miembro de la UE. Aunque pudiera parecer paradójico, lo cierto es que el más europeísta de los Magistrados integrantes del Pleno, en aquel momento, fue, precisamente por eso, el único que se opuso a plantear, por primera y única vez hasta la fecha, cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión.

Otro auto, mucho menos memorable, también impactó muy directamente en la trayectoria jurisdiccional de Pablo. Me refiero al ATC 26/2007, de 5 de febrero, que aceptó la recusación formulada contra él por quienes habían formalizado recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. La causa de la recusación se sostenía en que el Magistrado redactó en su momento un dictamen, por encargo del Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalidad de Cataluña, sobre las “relaciones de la Generalidad con la Unión Europea y acción exterior de la Generalidad”, que habría servido de base a la redacción de varios preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña de los que conformaban el objeto del recurso

de inconstitucionalidad. Sin necesidad de entrar a recordar el texto del auto, ni las circunstancias concomitantes, y sin desmentir el hecho cierto de que Pérez Tremps era experto en la materia litigiosa (ya se ha hecho referencia a su segunda monografía), la cuestión es que aquel auto ha sido único en la historia del Tribunal que ha aceptado una recusación. Siendo necesario mencionar que, posteriormente, llamado a adoptar soluciones equivalentes por cuestiones seguramente más polémicas, ha rechazado estimar la recusación de otros magistrados (por citar solo algunos ejemplos véanse los AATC 180/2013, 208/2013, 237/2013, 238/2013, 202/2014, 82/2022). En ocasiones<sup>35</sup> alguno de los magistrados recusados ha optado por abstenerse, para evitar al Tribunal tener que formular juicios tan polémicos como el contenido en el ATC 26/2007, siendo ello la mejor prueba de que, a nivel de dinámica interna del Tribunal, aquel pronunciamiento fue un clamoroso error.

Con pocas semanas de diferencia desde que excluyó a Pérez Tremps de los debates sobre la constitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña, resultó aprobada la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Esta reforma de la LOTC introdujo, entre otras cuestiones a las que no me referiré, la reforma en el trámite de admisión del recurso de amparo, haciendo protagonista del mismo a la noción de especial trascendencia constitucional. Pablo trabajó, entonces y desde dentro, en la formulación teórica de la noción de especial trascendencia, desde la convicción genuina de que el amparo no podía ser la rémora de la jurisdicción constitucional y de que el Tribunal debía dotarse de herramientas en el trámite de admisibilidad que le permitieran centrarse en los asuntos realmente determinantes para la interpretación de la Constitución y el refuerzo material del sistema de garantías de los derechos fundamentales. El resultado de aquel trabajo de reflexión interna se puede leer en la STC 155/2009, aunque la ponencia no fue suya.

La enfermedad se manifestó a finales del invierno del año 2007. Pero no dejó de trabajar. Ni de escribir. Ni de juzgar. Ni de crear. Resulta manifiestamente claro cuando recordamos que algunas de sus mejores ponencias fueron aprobadas después del año 2007. Quizá la energía fuera menor, los viajes menos, las comidas de trabajo y de placer menos copiosas y las cervezas todas sin alcohol. Claro que la vida nunca fue igual, pero llegó a parecerse bastante, durante buena parte de los quince años en que convivió con el cáncer, a lo que había sido hasta ese aciago 2007.

35 Valga como ejemplo paradigmático el ATC 17/2021, de 16 de febrero, en que simultáneamente se archiva un expediente de recusación y se admite la abstención del magistrado recusado.



#### IV. UN JUEZ CONSTITUCIONAL EN PRIMERO DE CARRERA (2013-2021)

La vuelta de Pablo Pérez Tremps a la Universidad, en el año 2013, le liberó el tiempo necesario para volver a escribir y publicar el *Sistema de Justicia Constitucional* (Civitas, 2016), así como una nueva edición, la segunda, de *El recurso de amparo* (Tirant lo Blanch, 2015). En su última obra (*Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Tirant lo Blanch, 2018), empezó a asumir también, como muchos otros teóricos, que la Constitución de 1978, que le había acompañado desde que se licenció en la Facultad de Derecho de la Complutense, y que inspiró su deseo de incorporación al mundo académico, había cumplido un ciclo y era necesario empezar a pensar en su reforma. En este trabajo introduce un tema nuevo para él: la aproximación al sexo como causa clave de la discriminación estructural que se vive en las sociedades modernas. Muchas de sus alumnas, de sus doctorandas, le fuimos enseñando, con los años, que la discriminación sexual, en la academia, en el Tribunal, en la sociedad, sigue siendo realidad, y no historia. Nos demostró, con ese último gesto, que el maestro, al que no le gustaba que llamásemos maestro, había llegado al punto de convertirse de nuevo, con toda la humildad, en aprendiz.

La misma humildad le llevó a recuperar en seguida sus obligaciones docentes en los primeros cursos de la carrera, con los alumnos más jóvenes y con la ayuda inestimable de muchos compañeros, también más jóvenes, que habían continuado trabajando en la Carlos III mientras él ejercía la magistratura constitucional. No fue fácil continuar y no le fue posible encontrar la fuerza de recuperar sus proyectos de investigación. La situación en la Universidad había cambiado, la gestión se había complicado, conservar a sus mejores colaboradoras cerca, con las dificultades de la progresión en la vida académica para ellas se hizo misión casi imposible. Pero siguió acudiendo siempre que podía a la llamada de su red para colaborar en seminarios, cursos, formaciones especializadas. Algún viaje esporádico a América Latina aún fue posible. Alguno a Francia, Andorra, Italia. La dirección del Instituto de Derecho Público y de la Asociación de Constitucionalistas de España fueron sus últimos compromisos colectivos y no fue sencillo responder a ellos porque la fuerza física ya no le acompañaba. Pero hizo lo que tenía que hacer porque se le había pedido.

Y es que, para él, para el magistrado constitucionalista, para el constitucionalista magistrado, la academia era algo más que un trabajo. Era su forma de vivir y de ver el mundo y de enseñárnoslo al resto. Y de aprender. Sobre todo, de aprender.

Maestro, Amigo, Pablo... Que sigas aprendiendo allí donde estés. Aquí seguiremos en ello también.

**Resumen**

*A un año del fallecimiento del catedrático y Magistrado emérito del Tribunal Constitucional, dos de sus colaboradoras, las profesoras Montesinos Padilla y Gómez Fernández, realizan esta semblanza de Pablo Pérez Tremps con el objetivo de recordar el contexto en el que desarrolló su trabajo académico y jurisdiccional, sus más notables aportaciones a la doctrina constitucional y la forma en que, su impronta personal marcó todo ese devenir.*

**Palabras clave**

*Pérez Tremps, Constitución, Justicia constitucional, Magistrado Constitucional.*

**Abstract**

*One year after the pass of the professor and emeritus judge of the Constitutional Court, two of his collaborators, researchers Montesinos Padilla and Gómez Fernández, write this portrait of Pablo Pérez Tremps with the aim of recalling the context in which he developed his academic and jurisdictional work, his most notable contributions to the constitutional doctrine and the way in which his personal imprint marked all this evolution.*

**Keywords**

*Pérez Tremps, Constitution, Constitutional Justice, Constitutional Judge.*

Recibido: 30 de mayo de 2022

Aceptado: 10 de junio de 2022

# Textos clásicos

---



# LA COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO<sup>1</sup>

## The coherence of the legal system

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

*Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada*

### SUMARIO:

- I. La coherencia del ordenamiento.
- II. Conflictos normativos de primer grado.
- III. Conflictos normativos de segundo grado.
- IV. Los efectos del conflicto normativo.
- V. Bibliografía citada.

## I. LA COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO

La coherencia de un ordenamiento podría identificarse, en una primera aproximación, como equivalente a la inexistencia de antinomias, de conflictos normativos. Sin embargo, los conflictos normativos son inevitables, en cuanto inherentes al propio dinamismo del orden jurídico y a la diversidad de poderes normativos que coexisten en los ordenamientos complejos. Más aun, en un sistema jurídico basado en el pluralismo, la coherencia entre los diversos centros de producción, además de ser imposible resulta, en cierto modo, contradictoria con los principios sobre los que se asienta el orden jurídico.

Por eso el problema de la coherencia no debe enfocarse desde la inexistencia de antinomias (del mismo modo que el problema de la plenitud no debe enfocarse desde la inexistencia de lagunas) sino desde la previsión por el ordenamiento de principios que hagan posible la solución de las colisiones normativas y la determinación del Derecho aplicable. Y es que el conflicto normativo se produce siempre en la fase de aplicación del Derecho, momento en el que la unidad del ordenamiento se presenta como una exigencia ineludible, obligando a una interpretación del material normativo que permita la adopción de una decisión jurídicamente correcta<sup>2</sup>.

1 Este texto se corresponde, con adaptaciones mínimas, con los primeros cuatro apartados del capítulo III del vol. I del libro de Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho*, publicado en 1991 por la editorial Tecnos.

2 En ese sentido, V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, vol. II, CEDAM, Padova,

Esta localización del problema de la coherencia en la fase de aplicación del Derecho supone también que los criterios de solución de antinomias no puedan entenderse de una manera rígida y formalizada. Y ello porque la interpretación de los órganos de aplicación será determinante a efectos de esclarecer cual es la norma que debe prevalecer en el conflicto, e incluso para decidir previamente si el conflicto existe como tal<sup>3</sup>. La argumentación jurídica tiene aquí un papel relevante que no debe desconocerse, como lo tienen igualmente las circunstancias del caso concreto sobre el que debe resolverse<sup>4</sup>.

La proliferación de categorías normativas y de criterios de estructuración del ordenamiento (que son a la vez criterios de solución de antinomias) conlleva un aumento de la conflictividad misma y una mayor dificultad para resolver los conflictos. Pese a ello, no existe acuerdo en la doctrina acerca de la determinación de los supuestos conflictuales y en concreto en relación con la consideración que deba tener la validez de las normas incompatibles a efectos de establecer si hay o no conflicto. Esto es, para algunos autores el conflicto normativo sólo es posible cuando alguna de las normas incompatibles no es válida, para otros, por el contrario, sólo es posible cuando las dos normas son válidas<sup>5</sup>.

1984, pp. 180-183, si bien se refiere sólo al momento de la actuación jurisdiccional. Como indica VILLAR PALASÍ, la coherencia del ordenamiento hace referencia a la consistencia de las decisiones que se derivan del sistema. *Cfr.* de este autor, L. VILLAR PALASÍ, “Consideraciones sobre el sistema jurídico”, *RAP*, núm. 100-102, 1983, p. 517.

3 “Le fait que des antinomies supposent toujours une incompatibilité entre des textes *interprétés* explique qu’un désaccord puisse se manifester quant à l’existence même d’une antinomie dans un cas déterminé, car celle-ci peut s’évanouir si l’on adopte une autre interprétation d’un même texte”, CH. PERELMAN, *Les antinomies en droit. Études publiées par Ch. Perelman*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 402.

4 En cierto modo, podría decirse con FORIERS, que “pour résoudre l’antinomie il n’existe point *une* technique mais *des techniques* de solution, que ce ne sont pas quelques recettes stéréotypées qui vont épuiser la matière mais des procédés de raisonnement adaptés aux éléments intrinsèques de chaque cas d’espèce”, P. FORIERS, “Les antinomies en droit”, en CH. PERELMAN, *op. cit.*, p. 37. Es preciso matizar, en todo caso, que del mismo modo que no debe caerse en el legalismo ni en el judicialismo extremos, tampoco debe incurrirse, a mi juicio, para huir de la falsa seguridad del sistema lógico-deductivo, en la dispersión a que puede conducir la tópica (o al menos cierto entendimiento de ésta). Si los razonamientos deben de ser jurídicos, tendrán que basarse en las reglas establecidas por el sistema. Desde esa perspectiva, criterios como el de jerarquía o el de competencia no son meros tópicos totalmente disponibles para el juez, sino principios a los que debe atenerse en su actividad.

5 Es el caso de KELSEN, cuyas tesis no son por cierto nada claras en esta materia. Para KELSEN, en todo caso, el conflicto normativo sólo puede tener lugar entre normas válidas, ya que la

Volvemos aquí al problema del doble concepto de validez de las normas. Los conflictos se producen porque alguna de las normas no es válida, en relación con los ámbitos de validez que se definen en la misma. Esta invalidez se manifiesta a través de la falta de legitimidad de la norma respecto de las *normas sobre la producción jurídica* del sistema, esto es, de acuerdo con PERASSI, respecto de aquellas reglas mediante las cuales el ordenamiento regula los procesos de creación, modificación y extinción de sus normas y que se corresponden también con el concepto de “constitución material” de KELSEN: las normas que regulan la producción de las normas generales<sup>6</sup>. Estas *normas sobre la producción jurídica* sirven como parámetro para determinar la validez de las normas de un sistema jurídico.

Pero la invalidez-ilegitimidad que se deriva de su falta de correspondencia con las *normas sobre la producción jurídica* no impide que la norma sea válida desde el punto de vista de su eficacia, pues en caso contrario no se produciría conflicto alguno. Por eso la norma puede considerarse válida en cuanto a la eficacia que desarrolla, pero inválida por lo que se refiere a la legitimidad de su producción o de su permanencia en el ordenamiento.

Cuando dos normas colisionan y procede la aplicación de una de ellas, es claro que la otra presenta un ámbito de validez ilegítimo. Esa norma no se corresponde ya (aunque lo hiciera en el momento de su producción) con las *normas sobre la producción jurídica* del sistema. Pero más allá de estos estrictos términos, será el ordenamiento el que determine, por medio de sus órganos de control, el destino final de esa norma: si se anula, si se inaplica, si se preservan sus efectos y durante cuánto tiempo se mantienen, etc. Un ordenamiento coherente es aquel que hace posible a los órganos de aplicación y control la decisión de los casos concretos, de acuerdo con los principios del sistema.

validez de la norma es equivalente a su existencia, por lo que una norma no existe si no es válida. *Cfr.* H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpresión de 1967pp. 209 y ss., 271 y ss., y *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979 (obra póstuma), versión italiana, Giulio Einaudi editore, Torino, 1985, pp. 195, p. 353.

<sup>6</sup> *Cfr.* T. PERASSI, *Introduzione alle Scienze Giuridiche*, 1922, reimpresión de CEDAM, Padova, 1967, p. 34. Para KELSEN: “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”, *Reine Rechtslehre, cit.*, p. 228.

## II. CONFLICTOS NORMATIVOS DE PRIMER GRADO

Por conflicto normativo hay que entender aquella situación de incompatibilidad que se produce entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento<sup>7</sup> y tienen el mismo ámbito de validez, en virtud de la cual, la aplicación de una de las normas conduce a resultados contrarios a los que se generan con la aplicación de la otra. Junto a este tipo de conflictos, que pueden definirse como de primer grado, hay que considerar también aquellos que se plantean entre los propios criterios utilizados para resolver las colisiones normativas<sup>8</sup>. Aquí vamos a considerar seis criterios: los de jerarquía, competencia, procedimiento, especialidad, cronológico y prevalencia o preferencia aplicativa.

Conviene tener en cuenta que algunos de esos criterios son, además, principios de estructuración del ordenamiento. Esta doble faceta de alguno de los principios que se van a analizar aquí no debe ser pasada por alto. En cuanto principios de estructuración del ordenamiento, jerarquía y competencia implican obligaciones concretas para los órganos de producción jurídica: el respeto de las normas que determinan la potencialidad normativa de esos órganos y de las fuentes que pueden producir. En cuanto criterios de solución de conflictos normativos, jerarquía y competencia son dos principios disponibles para los órganos de aplicación y control, que hacen posible no sólo la determinación de la norma aplicable, sino también la sanción correspondiente para la norma que vulnera las reglas de producción jurídica.

La condición estructuradora de estos principios implica una concepción más amplia de los mismos que su cualidad de criterios de solución de antinomias. Pese a ello, esta dualidad no resulta fácil de disociar, ya que el carácter estructurador alcanza su auténtica virtualidad jurídica en la medida en que los órganos de aplicación y control resuelven los conflictos normativos aplicando estos principios. Las dos facetas se manifiestan unidas en la relación normativa que se genera a partir de estos principios, por lo que su análisis debe realizarse integrándolas a ambas.

### 1. El criterio de jerarquía

Aunque el criterio de jerarquía ya no es principio único de estructuración del ordenamiento (como lo fue en el Estado legal de Derecho) su importancia no puede

<sup>7</sup> En su caso, pueden pertenecer a dos ordenamientos diferentes vinculados entre sí mediante relaciones de coordinación o subordinación.

<sup>8</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, Giappichelli Editore, Torino, 1960, pp. 90, 115.



obviarse en modo alguno. De hecho, la relación de la Constitución con el resto del ordenamiento sí se basa en gran medida en este criterio, aunque podría conceptuarse más bien como una relación de supremacía que de superioridad jerárquica<sup>9</sup>. Y es que, en definitiva, la jerarquía es una técnica imprescindible para asegurar la armonía entre los diversos poderes sociales con capacidad de producción normativa y para reconducir el ordenamiento a unidad.

Se trata sin embargo de un concepto espurio en el confluyen elaboraciones a veces radicalmente distintas<sup>10</sup> y ello explica en gran medida la resistencia que ofrece para su construcción teórica. Ni siquiera en la propia Escuela de Viena, de la que procede la famosa tesis gradualista tantas veces invocada, se puede hablar de una armonía conceptual clara de este principio. Antes bien, las posiciones de KELSEN podrían muy bien situarse en un lugar intermedio entre el principio de jerarquía y el de competencia. Por paradójico que esto pueda parecer, la concepción kelseniana, basada en la fundamentación de la validez de una norma en otra norma (considerada por ello superior, aunque no en el sentido de la jerarquía tradicional derivada de la eficacia o de la fuerza de ley) permite explicar igualmente la técnica de la competencia que la de la jerarquía. Y ello porque la norma superior es considerada *norma sobre la producción jurídica* y es por medio de las *normas sobre la producción jurídica* como se establecen las reservas competenciales en el ordenamiento<sup>11</sup>. Por el con-

9 El criterio jerárquico ofrece, a mi juicio, un molde muy estrecho para encuadrar el complejo sistema de relaciones que se generan entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Pese a ello, para facilitar la exposición, utilizaré el concepto de jerarquía también por referencia a esas relaciones.

10 En acertada definición de V. CRISAFULLI, “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”, publicado inicialmente en la *RTDP*, 1960, versión recogida en los *Studi Zanobini*, vol. III, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, p. 176.

11 Determinar hasta qué punto la famosa *Stufenbau* o construcción escalonada (pirámide, en la imagen más popularizada) no se corresponde con la teoría kelseniana, es algo que escapa totalmente a los objetivos de este trabajo. Baste aquí indicar que, frente a la usual interpretación de esta teoría como una articulación de normas en términos de fuerza o eficacia normativa desplegada por la superiores sobre las inferiores, la realidad es que para KELSEN esa articulación se produce en términos de validez, y de fundamentación de validez de unas normas (consideradas por eso superiores) sobre otras (consideradas por lo mismo inferiores). La interpretación incorrecta del sistema diseñado por KELSEN fue por lo demás, durante bastante tiempo, interpretación correcta de la realidad de un sistema jurídico ordenado en términos de jerarquía y de eficacia normativa. La interpretación que aquí se sugiere de KELSEN nos permite comprender como su sistema sirve para explicar en gran medida la realidad de los ordenamientos actuales y de las *normas sobre la producción jurídica* de los mismos. Salvo -por paradójico que pudiera parecer- en un punto: en el de la ordenación jerárquica de las normas en cuanto *normas sobre*

trario, las posiciones de MERKL, el formulador de la “*Stufenbau*”, partiendo de la matriz kelseniana, se abren claramente hacia el concepto de jerarquía dominante en la dogmática jurídica tradicional, de origen Labandiano, y basado en la articulación de las normas de acuerdo con su fuerza formal<sup>12</sup>.

Es ese último el criterio que (usualmente bajo el manto artificial de la “*Stufenbaue*”) ha utilizado mayoritariamente, partiendo del concepto de fuerza formal de ley, en su vertiente pasiva y activa, y ordenando las diversas fuentes del Derecho de acuerdo con su distinta fuerza reflejo, por cierto, de la condición propia del órgano productor.

En cuanto criterio de solución de conflictos normativos, quizás sea su aparente obviedad lo que explique la ausencia de construcciones doctrinales que expliciten claramente cuál es su significado. A ello no es ajeno tampoco el hecho de que el criterio jerárquico puede asumir un sentido distinto en los diversos ordenamientos, ya que por sí misma la jerarquía sólo implica superioridad de una norma sobre otra, sin que tengan que ser necesariamente idénticos los efectos de esa superioridad.

En todo caso es cierto que los criterios habitualmente usados para determinar cuando estamos en presencia de una relación jerárquica entre normas no son –al menos individualmente– satisfactorios. Criterios tales como los de aplicabilidad de la norma superior en caso de conflicto, de especialidad derogatoria o de capacidad derogatoria, de la referencia al órgano creador de la norma, de la fundamentación material o formal de la validez o de la posibilidad de fiscalización judicial resultan insatisfactorios a la hora de definir la relación jerárquica. Unos no pueden explicarla porque, por el contrario, ellos mismos se explican por la existencia de esa relación jerárquica, otros son innecesarios o son incompletos<sup>13</sup>.

*la producción jurídica.* Y ello porque las *normas sobre la producción jurídica* no pueden explicarse desde la relación directa entre normas propia del principio de jerarquía, sino que deben entenderse desde el ordenamiento mismo.

12 Cfr. F. BALAGUER, *Fuentes del Derecho*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1991, en el epígrafe “*Normas sobre la producción jurídica* y ordenamientos complejos. Principios de jerarquía y de competencia. Competencia y control”, pp. 103 y ss.

13 Cfr. el excelente trabajo de A. RUIZ MIGUEL, “El principio de jerarquía normativa”, *REDC*, núm. 24, 1988. Debo decir sin embargo que el recurso que hace este autor al sistema jurídico mediante la regla de reconocimiento me parece tautológico, ya que el problema comienza justamente a la hora de determinar cuál es esa regla, o lo que es lo mismo, cuáles son los criterios de identificación de la relación jerárquica. Llegados a este punto, el autor propone como criterio el del “deber de acatamiento”, que me parece en gran medida acertado, aun cuando personalmente entiendo que la relación jerárquica va más allá del mero acatamiento. Dejando a un lado esa cuestión, conviene resaltar sin

Podría decirse que el criterio en virtud del cual se puede determinar la existencia de una relación internormativa jerárquica es el del *deber de acatamiento* de la norma (de los órganos productores de la norma) inferior respecto de la norma superior. Cuando no exista ese deber de acatamiento no habrá jerarquía, sino igualdad de rango<sup>14</sup>.

Pero este criterio no resulta plenamente satisfactorio porque el deber de acatamiento no es exclusivo de la relación jerárquica, sino que se manifiesta también en normas de igual rango, e incluso en normas de diferente rango que no se rigen por el principio de jerarquía. Esto es así porque el deber de acatamiento es expresión en

embargo que esta tesis no va mucho más allá del criterio de fundamentación de la validez propuesto por KELSEN (que él adjetiva como fundamentación *material*. El autor rechaza este criterio entre otras cosas, porque el mismo puede no coincidir en absoluto con los niveles jerárquicos de los sistemas jurídicos existentes.

En ese sentido pone como ejemplo de esa falta de coincidencia los supuestos de un Decreto que regule una materia recogiendo la previa remisión de una orden ministerial (inferior sobre la base del criterio formal, superior de acuerdo con el de fundamentación de la validez), o el de una ley que desarrolle el contenido de una ley anterior (iguales por el criterio formal, inferior por el de fundamentación de la validez). Sin embargo, este planteamiento no es correcto a mi juicio. Ni la ley fundamenta su validez en la validez de la otra ley, ni el Decreto en la validez de la orden ministerial. Ambas normas fundamentan su validez en la norma superior que determina sus condiciones formales y materiales de producción. Estamos hablando aquí de categorías normativas, no de normas concretas. Una ley puede desarrollar el contenido de otra ley o de un reglamento sin fundamentar su validez en la validez de la otra ley o del reglamento. Y lo mismo puede decirse de un reglamento superior respecto de otro inferior.

Pero es que, además, si utilizamos el criterio propuesto por este autor, llegamos a la misma paradoja aparente: Si una ley desarrolla lo establecido en otra ley, o si un Decreto regula una materia recogiendo la previa remisión de una orden ministerial, es de suponer que ello es porque existe un “deber de acatamiento” previo (especialmente en el segundo caso, ya que, si no fuera así, sí existiría ese deber por parte de la orden ministerial sobre el Decreto, con lo cual la paradoja es mayor). En otros términos, tanto si hablamos de fundamentación de la validez como de deber de acatamiento, o una de las dos normas (la fundamentada o la obligada) puede regular libremente su contenido (sin que de ello se derive fundamentación u obligación alguna) o no puede hacerlo porque se fundamenta en otra o debe acatar lo que la otra establece. Y ello porque tanto da hablar de fundamentación de la validez como de deber de acatamiento. En ambos casos una norma se somete a lo establecido en otra norma.

14 A. RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, pp. 148-9. El autor conecta este criterio con la remisión a lo que cada sistema jurídico considere como relación jerárquica, de tal modo que el deber de acatamiento sería la consecuencia, el efecto obligado o la manifestación de esa relación jerárquica ya definida explícita o implícitamente por el sistema.

última instancia del sometimiento al principio de constitucionalidad (del sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico).

Desde esa perspectiva, no se da sólo en la relación jerárquica, sino que existe también en toda diferenciación basada en la distribución de materias, en el principio de competencia. Bien es verdad que se manifiesta en una relación negativa: la obligación de respetar y no modificar la normativa emanada de los órganos competentes y no en una relación positiva, de obediencia a la norma acatada. Pero esa especificidad no afecta al deber de acatamiento, que sigue siendo el mismo, y se puede manifestar de diversas maneras según que la relación entre los órganos normadores y las normas correspondientes sea una relación jerárquica o competencial.

Por tanto, no es posible determinar si el deber de acatamiento que tienen los órganos normadores de abajo a arriba es fruto de una relación jerárquica o de otro tipo de relación (cuestión distinta es la relación normativa de arriba a abajo y la inexistencia de deber de acatamiento –la fuerza activa, si queremos– donde sí se manifiesta la relación jerárquica). En suma, el deber de acatamiento sólo define la relación jerárquica negativamente, esto es, se puede decir que cuando un órgano normador no experimenta ese deber de acatamiento es porque es jerárquicamente superior, pero no se puede decir que cuando lo experimenta es porque sea jerárquicamente inferior.

Ahora bien, la insuficiencia de este criterio no impide que constituya un buen punto de partida para identificar la relación jerárquica y diferenciarla de otras relaciones internormativas. Esto es, se trataría –junto a otros rasgos que puedan determinarse– de distinguir entre el tipo de acatamiento que implica la relación jerárquica y el que va unido a otras relaciones. Para ello habría que diferenciar dos clases de obligación de acatamiento que expresan su aspecto positivo y negativo: la que puede identificarse con un deber de obediencia y la que puede definirse como una obligación de respeto. Además, habría que diferenciar otros aspectos, como el tipo de relación internormativa que se genera, y en concreto si ésta es directa o indirecta.

La relación internormativa indirecta implica un deber de respeto de una norma en relación con otra norma del ordenamiento, deber que se genera a través de la obediencia a una tercera norma (una *norma sobre la producción jurídica*, usualmente prevista en la Constitución)<sup>15</sup>. Por el contrario, la relación internormativa directa implica un deber de obediencia inmediata de una norma en relación con otra.

15 Como indicara ZANOBINI, la superioridad debe excluirse cuando dos normas están subordinadas ambas a una tercera que fija su competencia y que puede considerarse vulnerada en caso de inobservancia por parte de cualquiera de ellas. *Cf.*: G. ZANOBINI, “Gerarchia e parità tra le fonti”,

Respecto de la jerarquía se puede decir, en suma, que no implica sólo un deber de acatamiento, lo que es consustancial a toda norma en relación con el conjunto del ordenamiento, excepción hecha de aquellas que puede modificar, y que por tanto sólo da cuenta de la relación jerárquica en su aspecto negativo. Por el contrario, la relación jerárquica implica un *deber de obediencia* de la norma inferior respecto de la superior (del órgano productor, en definitiva), manifestado a través de una *relación internormativa directa* y que va unido a la *ausencia de obligación de respeto* de la norma superior en relación con la norma inferior.

El hecho de que la relación jerárquica se configure como una relación internormativa (o interorgánica, si se quiere) de obediencia, explica el carácter dual que tiene este principio (lo que es común al principio de competencia): por un lado, implica un mandato a los poderes normativos (en nuestro ordenamiento, mandato constitucional y legal), por otro, supone la facultad de los órganos de aplicación y control de proceder a la restauración del principio cuando el mandato ha sido vulnerado. Ello explica que, en las declaraciones de los Tribunales ordinarios, cuando aplican el criterio jerárquico, se manifieste permanentemente esta idea de vulneración de un principio, de un mandato<sup>16</sup>, situación ésta que no se da en la aplicación de otros criterios como el cronológico o el de especialidad, donde, pese al conflicto normativo y la incompatibilidad, ninguna de las dos normas vulnera un principio del ordenamiento, antes bien, lo realizan.

Mientras el criterio cronológico y el de especialidad suponen el cumplimiento pleno del principio que incorporan, el criterio jerárquico y el de competencia implican la vulneración del principio que incorporan: sólo cuando se rompe el orden competencial o cuando se rompe la estructura jerárquica, los órganos de control pueden aplicar el principio. Y es que, mientras la aplicación del criterio cronológico o el de especialidad no supone la lesión de la *norma sobre la producción jurídica* en que se basan, la del principio de competencia o el de jerarquía se realiza a partir de esa vulneración de la *norma sobre la producción jurídica* que establece el principio.

publicado inicialmente en 1939, y recogido en *Scritti vari di Diritto Pubblico* Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1955, p. 304.

16 Así en la STS de 26 de marzo de 1982: “al conculcar esa derogación tal jerarquía de normas”, en la STS de 30 de mayo de 1984 “por vulnerar el principio de jerarquía normativa”, y en la misma sentencia “para restablecer el principio de jerarquía normativa” (por referencia a la inaplicación de la norma inferior), en la STS de 20 de julio de 1984 “la invalidación de sus prescripciones si infringen el principio de la jerarquía normativa”, en la STS de 17 de junio de 1985 “deviene ilegal al vulnerar el principio de jerarquía normativa”, o en la STS de 25 de abril de 1986 “por ser contrario al principio de jerarquía normativa”.

Junto al criterio general basado en el deber de obediencia, en el que se fundamenta la relación internormativa jerárquica, se pueden definir otros rasgos que permiten identificar al principio de jerarquía:

1. En función del origen de la norma. Esto es, dependiendo la posición jerárquica del órgano del que la norma procede: una norma puede considerarse inferior y otra superior cuando son producidas por dos autoridades distintas, estando la primera subordinada a la segunda<sup>17</sup>.

2. Según la fuerza que desarrolla cada una de las normas, tanto en el aspecto pasivo como en el activo. Una norma es superior cuando puede derogar a otra sin que la misma pueda derogarla a ella<sup>18</sup>.

3. De acuerdo con las consecuencias que se pueden derivar del incumplimiento del deber de obediencia que en la relación jerárquica se manifiesta. Una norma es superior cuando en su nombre, se puede otorgar una acción con el fin de declarar la regla contraria ilegítima (para el caso de que sean incompatibles)<sup>19</sup>.

El principio de jerarquía está reconocido expresamente en nuestro ordenamiento en el art. 9.3 CE, en el que se indica que la Constitución garantiza el principio de jerarquía normativa. Este reconocimiento expreso debe ser completado a nivel constitucional con la referencia al principio de constitucionalidad establecido en el

17 Cfr. N. BOBBIO, “Des critères pour résoudre les antinomies”, en *Les antinomies en droit, Études publiées par Ch. Perelman*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 242. Cabe recordar aquí las tesis de CARRÉ DE MALBERG acerca de la naturaleza exclusivamente formal del concepto de ley en Francia, y por tanto, a la inexistencia de un reparto competencial entre legislativo y ejecutivo (propio del dualismo germánico) regidos en sus relaciones por un criterio jerárquico: “la notion de loi, dans le droit public français actuel, est déterminée uniquement par un concept relatif à la hiérarchie des organes”, R. CARRE DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, 1931, reimpresión de Económica, Paris, 1984, p. 39. Bien que la superioridad de rango del legislativo no bastaba para explicar la calidad de su poder en el ordenamiento francés. Por el contrario, además de otorgar esa superioridad jerárquica al Parlamento, la Constitución de 1875 asimila a este órgano con el Soberano, dotado en cuanto tal de un poder esencialmente diferente al de las otras autoridades, de un poder ilimitado. *Ibidem*, cfr. p. 46.

18 Cfr. F. BALAGUER, *Fuentes del Derecho*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1991, epígrafes “Incidencia de la Constitución en el Sistema de Fuentes. Jerarquía y competencia como principios de estructuración del ordenamiento” y “Validez y eficacia de las normas”, pp. 51 y ss. y pp. 120 y ss. El deber de obediencia manifiesta, en mayor medida que la fuerza, la condición de principio estructurador de la jerarquía normativa. Los órganos de producción primaria deben obedecer las determinaciones de las fuentes superiores, pues si no lo hacen, la mayor fuerza de esas fuentes podrá provocar la nulidad de sus propias determinaciones.

19 Cfr. N. BOBBIO, “Des critères pour résoudre les antinomies”, *cit.*, pp. 242-3.

art. 9.1, “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, en cuanto que la Constitución es la fuente que mantiene una relación de supremacía con el resto de las fuentes del ordenamiento. En otros preceptos constitucionales se establecen principios que están orientados parcial o totalmente hacia la estructuración jerárquica del ordenamiento<sup>20</sup>.

A nivel legal, el principio de jerarquía se introdujo en nuestro ordenamiento en 1957 por medio de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado<sup>21</sup>. En el art. 23.1 de esa ley se dispone que “Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior”. Por su parte, el 23.2 establece la *jerarquía normativa* de las disposiciones administrativas de carácter general. Los arts. 26 y 27 someten a la Administración al poder legislativo, y el art. 28 determina la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores<sup>22</sup>.

Posteriormente, la reforma del Título Preliminar del Código Civil, en 1974, da lugar al art. 1.2 en el que se determina que “Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior”<sup>23</sup>. En 1979, la LOTC preverá la sanción

20 En el propio art. 9.3, el principio de legalidad, en el 103.1, el sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho, así como su actuación de acuerdo con el principio de jerarquía. Los títulos VI “Del Poder Judicial” y IX “Del Tribunal Constitucional” están destinados a configurar el sistema de garantías que hace posible la efectividad, entre otros, del principio de jerarquía.

21 En realidad, la garantía del principio precedió a su proclamación expresa: ya en la Constitución de 1869 se establecía en su art. 92 que “Los Tribunales no aplicarán los reglamentos generales provinciales y locales sino en cuanto estén conformes con las leyes”. Este mismo principio se recogerá posteriormente en la LOPJ de 1870, y ha sido incorporado a la actual LOPJ de 1985 en su art. 6.

22 VILLAR Y SUÑÉ defienden la idea de que “El principio de jerarquía no es válido, y ni siquiera necesario en todos los sectores de nuestro ordenamiento jurídico. Solamente existe jerarquía y grupo normativo en el Derecho de la Administración, bien se llame Derecho Administrativo, Fiscal o Laboral. El Derecho privado no necesita del grupo normativo ni de la jerarquía normativa porque su desarrollo se efectúa a través de la *lex contractus*, o lo que es lo mismo, de la autonomía de la voluntad, tal y como se expresa en el art. 1255 CC. Si una norma incluida en un Código de Derecho privado recibe excepcionalmente un desarrollo reglamentario, es que se trata de una norma de Derecho público”, J.L. VILLAR PALASÍ y E. SUÑÉ LLINÁS, “Comentario al art. 9”, en VVAA, *Comentarios a las leyes políticas*, EDESA, tomo I, 1983, p. 359.

23 Para BATLLE, este precepto sirve para explicar la prelación entre ley, costumbre y principios generales, en cuanto que en su virtud la costumbre no puede prevalecer sobre la ley ni los principios generales sobre la ley ni la costumbre. *Cfr.* M. BATLLE VÁZQUEZ, comentario a los arts. 2.º y 4.º del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. ALBADALEJO. Editorial Revista de Derecho Privado, tomo 1, 1978, p. 45. Se trata, sin

de nulidad (art. 39.1) para las normas inconstitucionales. Por último, la LOPJ de 1985, en su art. 6 dispone 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”.

A pesar de la claridad con que se expresan estos preceptos legales, lo cierto es que los efectos de la aplicación del criterio jerárquico no pueden definirse previamente atendiendo tan sólo a ellos. No todos los órganos jurisdiccionales pueden enjuiciar en la misma medida una norma que vulnere el principio de jerarquía. En el caso de las normas legales, el monopolio jurisdiccional del TC impide que estas normas puedan ser inaplicadas por los tribunales ordinarios (salvo las leyes preconstitucionales o en determinados conflictos ordinamentales). El TC ha expresado claramente esta situación desde sus primeras sentencias. Así en la STC 17/1981 de 1 de junio (FJ 1), se expresa lo siguiente:

“La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la ley con la simple inaplicación de ésta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica. El constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal, que, en cierto sentido, es así, no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley”.

Tampoco puede afirmarse que el deber de obediencia que la jerarquía implica y la ausencia de deber de respeto se manifiesten necesariamente a través de la nulidad

embargo, de supuestos diferentes, ya que la prelación de fuentes viene establecida en el art. 1.3 CC “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada” y 1.4 CC “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”. La prelación de fuentes, la ordenación de fuentes directas y supletorias expresa sin duda un fenómeno de jerarquización. Pero no puede equipararse al principio de jerarquía tal y como se configura en nuestro ordenamiento este principio. La prelación de fuentes afecta tan sólo al momento de aplicación de las normas, la jerarquía normativa es un principio estructural del ordenamiento que debe ser tenido en cuenta por los órganos de producción jurídica en todo momento. Por eso cabe decir con L. DIEZ-PICAZO que el art. 1.2 se refiere aquí a las fuentes estatales o formales. *Cfr.* “Comentario al art. 1.2 y 2.2”, en AAVV, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid 1977, p. 48.



de la norma inferior. Esta es ya una cuestión que no depende sólo de la relación jerárquica entre normas, sino también de los mecanismos de sanción previstos por el ordenamiento.

## 2. El criterio de competencia

El desarrollo de este criterio va unido al desarrollo del pluralismo. Originariamente el pluralismo territorial que suponen la organización federal del Estado y los fenómenos de regionalización posteriores. Más adelante al pluralismo social y político que pone en crisis al Estado liberal en cuanto Estado oligárquico<sup>24</sup>. El hecho de que se trate de un principio destinado a hacer posible la articulación de diversos intereses sociales, promover la autonomía de grupos y territorios, proteger los derechos de las minorías, etc., nos da ya cuenta de la dificultad que supone su definición.

En efecto, el principio de competencia presenta una cierta complejidad estructural<sup>25</sup>, que deriva de la integración en ese concepto de diversas técnicas normativas. Así, sin llegar a su consideración como criterio único de estructuración del ordenamiento<sup>26</sup>, se podrían distinguir al menos un concepto amplio y otro más estricto de

24 Cfr. a este respecto V. CRISAFULLI, “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”, *cit.*, pp. 182-3, A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1977, p. 211 y ss., G. ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1988, p. 66. En general, los autores italianos tienden a identificar la ruptura del principio jerárquico con la rigidez de la Constitución. Ello se debe sin duda a que la normatividad y la rigidez se han implantado al mismo tiempo en el ordenamiento constitucional italiano. Sin embargo, en nuestro país la rigidez constitucional no dio lugar por sí misma a la normatividad. Por lo demás, el tránsito de la Constitución flexible a la rígida se produjo en Italia ya durante el fascismo [otra cosa es hasta qué punto el ordenamiento fascista pudiera definirse como *constitucional*, ya que la ley núm. 2693 de 9 de diciembre de 1928 exigía la consulta (no vinculante, pero sí preceptiva) al Gran Consejo del Fascismo para las leyes constitucionales, situando así a estas leyes y a la Constitución misma en una posición jurídica distinta a la de la ley ordinaria, en palabras de ZANOBINI, por más que esa diferente posición no estuviera sometida a control de constitucionalidad]. Cfr. G. ZANOBINI, “Gerarchia e parità tra le fonti”, *cit.*, pp. 317-318. Cfr. Igualmente C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, 1934, reimpresión de Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 159 y ss.

25 En palabras de A. RUGGERI, *op. cit.*, pp. 106, 114.

26 Sobre las bases sentadas por C. ESPOSITO quien rechazaba la idea de una ordenación jerárquica de las fuentes, defendiendo por el contrario la igualdad de valor de todas las manifestaciones de voluntad del Estado (*cfr. op. cit.*, pp. 49 y ss.) defenderá MODUGNO la idea de que “El principio

competencia. El concepto amplio se extiende hacia todos aquellos supuestos en que se dan las siguientes condiciones<sup>27</sup>:

1. Diferenciación de actos (lo que incluye tanto a sujetos u órganos como a los procedimientos o formas).

2 Separación de materias (por objeto de regulación o por territorio, o por ambos elementos conjuntamente).

3. Que en cada uno de esos ámbitos una fuente excluya a la otra.

A este criterio, ya amplio, habría que unir los supuestos en los que se produce una diferenciación de actos (órganos) por relación no ya a materias sino a otros actos (formas)<sup>28</sup>, así como aquellos en que la atribución competencial no impide la concurrencia de diversos actos en la regulación de las mismas materias, siempre que no exista ordenación jerárquica estricta entre ellos<sup>29</sup>.

Por el contrario, un concepto estricto de competencia exige junto a la recíproca exclusión del ámbito material de regulación de cada fuente, la diversidad de sujetos u órganos, de tal modo que no cabría hablar de competencia cuando la pluralidad de fuentes se debe a simples especialidades procedimentales dentro de un mismo órgano<sup>30</sup>.

Así pues, la competencia en sentido estricto supone la atribución a un órgano de un poder normativo, aunque en sentido amplio incluye también las diferenciaciones procedimentales dentro de un mismo órgano. Ese poder normativo no necesariamente deriva de una *reserva material* aunque lo usual es que sea así. Cuando

della *competenza* è l'unico principio di organizzazione degli atti giuridici –e, in particolare, degli atti costitutivi dell'ordinamento– e ripete dalla Costituzione il suo esclusivo ed esaustivo fondamento”, F. MODUGNO, *Legge. Ordinamento Giuridico Pluralità degli Ordinamenti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1985, p. 43.

27 De acuerdo con V. CRISAFULLI, “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”, *cit.*, pp. 202-3.

28 Me refiero a aquellos supuestos en los que se distribuyen competencias entre el poder general del Estado y los poderes territoriales no sobre la base de materias sino de funciones normativas específicas: legislativas o ejecutivas. Aquí se produce una diferenciación de órganos, territoriales y generales, que no se manifiesta en un ámbito material reservado, sino en una función reservada.

29 *Cfr.* G. ZANOBINI, “Gerarchia e parità tra le fonti”, *cit.*, pp. 304-5, quien distingue dentro del supuesto general de dos o más fuentes equivalentes que generalmente reciben su autoridad de una tercera fuente, los casos de concurrencia y de separación. Por el contrario, V. CRISAFULLI, “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”, *cit.*, pp. 202-3, entiende que para que haya competencia una fuente debe excluir a la otra.

30 Defiende este concepto estricto G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 1988. pp. 48-9, 66-7.

el criterio de competencia va unido a la reserva material –caso típico que es el que aquí nos interesa para definir la figura– excluye la aplicación del criterio jerárquico. Cuando no va unido a la reserva material y permite la concurrencia de varios poderes normativos competentes sobre el mismo objeto, puede admitir la aplicación preferente (y definitiva) de alguna de las dos normas en conflicto. Y ello porque el principio de competencia supone siempre un criterio de atribución, pero no siempre sirve para resolver –por sí mismo– conflictos normativos entre órganos competentes. Sólo tendrá esa virtualidad cuando además de habilitar a una fuente excluya a las demás del ámbito de esa habilitación. De hecho, la relación jerárquica típica entre ley y reglamento parte de una atribución competencial común para regular la misma materia, ya que de otro modo –si no existiera identidad material– no podría aplicarse el criterio jerárquico.

Si se les considera desde un punto de vista técnico, ambos principios, competencia y jerarquía, no son tan incompatibles como pudiera parecer. De hecho, cada uno de ellos puede interpretarse en función del otro. Así, la relación de superioridad jerárquica puede considerarse como una habilitación competencial (dada por otra norma superior) para modificar lo establecido por determinadas normas, consideradas por ello inferiores. Pero igualmente se puede entender que la competencia no es más que una relación jerárquica indirecta, esto es una relación jerárquica mediatizada por la propia Constitución. Estas interpretaciones no son una simple reducción al absurdo, antes bien, nos permiten observar como en el tratamiento constitucional de las fuentes hay una homogeneidad esencial entre los principios de estructuración del ordenamiento y de solución de conflictos, y es que todos ellos tienden a jerarquizar de un modo u otro la capacidad de producción y la aplicación de las normas, para hacer posible a la vez la participación de diversos grupos en la adopción de decisiones y la articulación de las decisiones que ellos adopten. Ello puede conseguirse por medio de jerarquía, de competencia, de prevalencia o de especialidad, o de cualesquiera otras técnicas normativas destinadas al mismo fin.

En todo caso, la relación de competencia es una relación internormativa indirecta, basada en un deber de respeto recíproco entre dos normas, que se manifiesta a través de la Constitución (o a través de una norma intermedia, una regla sobre la producción jurídica, superior a ambas y de ahí su carácter indirecto)<sup>31</sup>.

31 Cabe decir aquí con RUGGERI, que “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

Si el presupuesto básico de la relación jerárquica es que las dos normas se desplieguen sobre el mismo ámbito material de validez (esa confluencia no se extiende a la categoría normativa utilizada para la regulación de la materia, que obviamente debe ser distinta, pues en caso contrario no habría jerarquía, sino identidad), por el contrario en la relación competencial las dos normas se desarrollan sobre un ámbito material de validez diferente (para que sea el mismo es necesario que exista una distinción entre funciones o categorías normativas que disciplinan la misma materia con una exclusión mutua de los poderes normativos sobre esas funciones).

Si queremos definir la relación internormativa respecto de la Constitución, la situación sería la inversa: la norma sería jerárquicamente inferior si su relación con la Constitución se manifiesta “indirectamente” (con lo que el control de su validez puede hacerse en relación con el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la norma superior). Por el contrario, la norma no es jerárquicamente inferior si su relación con respecto a la Constitución es “directa” y se manifiesta en el mismo plano que la otra norma (por lo que su validez puede ser enjuiciada sin necesidad de contrastarla con la norma superior).

Así pues, la jerarquía implica deber de obediencia directo de la norma inferior sobre la superior y no implica deber de respeto de la superior sobre la inferior, siendo en ambos casos una relación directa entre dos normas cuyo ámbito material de validez es coincidente. Por el contrario, la competencia implica un *deber de respeto recíproco* entre dos normas (por tanto, entre sus órganos productores) en las que no coincide el *ámbito material de validez* (o la función normativa), tratándose de una *relación indirecta* que se produce a través de otra *norma interpuesta* (generalmente la propia Constitución). El incumplimiento del deber de obediencia puede ser sancionado, cuando genera un conflicto normativo, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior y la invalidez o la inaplicación de la inferior. El incumplimiento del deber de respeto puede ser sancionado igualmente (por aplicación del criterio competencial) con la invalidez de la norma que se exceda respecto de su competencia.

### 3. El criterio de procedimiento

Como ya se ha dicho, este criterio puede englobarse dentro de la relación de competencia en sentido amplio o genérico, aunque también se puede entender que

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". Cf: A. RUGGERI, "Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)", *Politica e diritto*, núm. 2, junio de 1987, p. 208.

la relación competencial se refiere tan sólo a la habilitación a diversos órganos, pero no así a la que se produce dentro del mismo órgano a partir de diferencias procedimentales en la elaboración de las normas. Este último caso es el del profesor SANTAMARIA que se muestra partidario de la singularidad de este principio en nuestro ordenamiento<sup>32</sup>.

Sin duda este criterio puede ser útil a efectos de determinar la validez o invalidez de las normas, cuando éstas no se han sometido a los procedimientos previstos en el ordenamiento para su producción. Pero no siempre manifiesta esa utilidad. Así, este principio podría justificar la invalidez de una ley orgánica que no haya seguido el procedimiento establecido para su aprobación (por ejemplo, que no se haya aprobado por mayoría absoluta del Congreso). Pero cabe cuestionarse que resulte aplicable a una ley orgánica que regule materias que no forman parte del ámbito reservado a este tipo normativo. La infracción del procedimiento establecido para la ley ordinaria no justificaría aquí la invalidez de una norma que expresa una voluntad normativa superior (aunque no jerárquicamente superior)<sup>33</sup>. Todo lo más, podría

32 Cfr. J.A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pp. 320 y ss. Por su parte, ZAGREBELSKY define a algunos de estos supuestos como de *especialización de la fuente*, cfr. *op. cit.*, p. 49.

33 Respecto de esta distinción entre superioridad y superioridad jerárquica, por referencia a la ley orgánica, cfr. R. GÓMEZ-FERRER MORANT "Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional", *RAP*, núm. 113, 1987. Este autor diferencia aquí entre la superioridad de la ley orgánica sobre la ley ordinaria y el principio de jerarquía. Sin embargo, esa disociación no es tajante, por cuanto en ocasiones esa superioridad podría explicarse de acuerdo con el principio de jerarquía en sentido estricto, y en otras sobre la base de la función constitucional que cumple la ley orgánica dentro del sistema jurídico (lo que para este autor sería equiparable al principio de jerarquía considerado en sentido amplio, conectado con la fuerza formal de la Ley orgánica. Cfr. pp. 21-22).

Personalmente entiendo que el principio de jerarquía no es aplicable en ningún supuesto a las relaciones entre ley orgánica y ley ordinaria. Sin embargo, creo que la orientación general del estudio de este autor es bastante acertada y muy esclarecedora de la relación entre ley orgánica y ley ordinaria. Aun así (o más bien, precisamente por ello), me atrevería a matizar algo en relación con el mismo. En primer lugar, que, como indica el profesor SANTAMARIA PASTOR, ese concepto de *función constitucional*, cualquiera que sea el alcance que le demos, no constituye un nuevo criterio de solución de conflictos normativos entre ley orgánica y ley ordinaria (o entre cualquier otro tipo de normas) pues no expresa por sí mismo preferencia aplicativa de ningún tipo (Cfr. J.A. SANTAMARIA PASTOR, *op. cit.*, pp. 322-3). En segundo lugar, que el concepto de *función* quizás resulte insuficiente para indagar los motivos sobre cuya base se puede deducir la superioridad de la ley orgánica, salvo que manejemos un concepto de función que no se identifique tan sólo con la finalidad de la norma, sino que permita construir dogmáticamente el concepto de ley orgánica (como el otras categorías normativas) recu-

recurrirse a este criterio a efectos de determinar el régimen jurídico de esa norma, incluida en una ley orgánica, pero que no se corresponde con la reserva material. En ese sentido, el criterio de procedimiento resultaría útil aquí para establecer la eficacia de esa norma ante una ley ordinaria posterior incompatible. Pero la infracción procedimental carece de un régimen unitario, dependiendo sus efectos del tipo de norma a que se aplique este criterio, y en concreto, de si esa norma se incluye en una fuente que requiere un procedimiento agravado o un procedimiento más simple.

Por otra parte, resulta difícil determinar dónde está la línea divisoria entre el criterio de procedimiento y el criterio de competencia<sup>34</sup>. Y ello porque no siempre la competencia supone una remisión a órgano distinto, ya que en ocasiones la función normativa puede estar atribuida al mismo órgano, aunque la diferenciación procedimental da lugar a una función normativa distinta y a una fuente también diversa. El caso más claro es el de la reforma constitucional que a veces se atribuye en exclusiva al Parlamento precisando tan sólo el procedimiento que ha de seguirse para la reforma. Cuando el mismo órgano, el Parlamento, realiza una reforma constitucional, se dice que está ejercitando una competencia distinta de la legislativa y se le califica como poder distinto al legislativo (poder de reforma o poder constituyente constituido).

#### 4. El criterio de especialidad

El principio de especialidad es sin duda el antecedente más inmediato del principio de competencia<sup>35</sup>. Especialidad y competencia responden a la misma finalidad, que enfrenta a ambas técnicas al criterio jerárquico propio del Estado liberal

riendo a la teoría constitucional, y que junto a los criterios teleológicos integre otras técnicas interpretativas. Respecto de la relación ley orgánica-ley ordinaria, *cf.* igualmente J.L. VILLAR PALASÍ y E. SUÑÉ LLINÁS, para quienes la ley orgánica tiene un plusvalor sobre la ley ordinaria, que es distinto a la jerarquía (*op. cit.*, p. 361).

34 Como indica L.M. DIEZ-PICAZO, “Lo único verdaderamente peculiar de la especialidad procedimental sería que ésta se predica de aquellos tipos de normas distintos que proceden, sin embargo, de un mismo órgano; pero ello lo único que aporta es la mera descripción de una de las posibles manifestaciones del principio de competencia, puesto que sus efectos son los de éste último”. Para este autor, “el principio de especialidad procedimental, allí donde tiene un significado propio, no es sino una versión imperfecta del principio de competencia”, L.M. DIEZ-PICAZO, *La Derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 130, 132.

35 Todavía PIZZORUSSO concebirá al principio de competencia como “una particolare manifestazione del principio di specialità”, A. PIZZORUSSO, *Delle Fonti del Diritto. Commentario del Codice Civile, art. 1-9*, Nicola Zanichelli Editore/Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 109.

centralizado: hacer posible la aplicación de normativas singulares a grupos sociales también singulares, permitir que determinados sectores no se rijan por el patrón general, habilitándoles una regulación específica que se adapte en mayor medida a sus necesidades.

Sin embargo, con esa finalidad última, el principio de especialidad no siempre ha ido unido al reconocimiento de una capacidad de autonormación para el grupo social diferenciado. Ciertamente existió tal cosa antes de la centralización culminada con el Estado liberal; pero, bajo el imperio de la ley, la especialidad normativa podía venir de la mano del reconocimiento de usos y costumbres a los que la ley remitía para regular una materia (supuesto claro de autonormación) o de la mano de la simple regulación legal (y por tanto heterónoma) diferenciada para determinados grupos. Por el contrario, el principio de competencia, que expresa la misma necesidad bajo supuestos ideológicos distintos hace posible, no sólo la disciplina diferenciada, sino también la autonormación.

Otra diferencia se deduce de la anterior: en la medida en que la competencia implica una habilitación –otorgada por una fuente superior a las que entran en conflicto– para producir una normativa propia, la invasión competencial puede suponer la invalidez de la norma incompetente. Por el contrario, pues la especialidad es una autolimitación de la misma fuente, el conflicto normativo no es aquí real, sino ficticio, de tal modo que mientras la autolimitación permanezca prevalecerá siempre la ley especial sobre la general –incluso sobre las leyes generales posteriores–. Cuando la autolimitación termine, el conflicto normativo sí será real y no procederá la aplicación de la norma especial, sino de la general.

El criterio de especialidad está limitado por principios constitucionales que vinculan al legislador, prohibiendo las diferenciaciones arbitrarias. Ciertamente, en su formulación este criterio responde a exigencias de justicia, en concreto a la necesidad de tratar de forma igual los casos iguales, procediendo para ello a singularizar normativas en función de la situación material de los destinatarios de las normas<sup>36</sup>. Ahora bien, por tratarse de un criterio material, puede dar lugar igualmente a situaciones discriminatorias<sup>37</sup>. Por ello su aplicación no dependerá sólo de la mera estructura

36 “Le critère de spécialité est l’application de la règle de justice selon laquelle les personnes qui appartiennent à la même catégorie doivent être traitées de la même façon”, N. BOBBIO, “Des critères pour résoudre les antinomies”, *cit.*, p. 248.

37 Siguiendo con N. BOBBIO, cabe decir que “La justice agit tantôt en tant que diversification de l’inégal, tantôt en tant qu’unification de l’égal”, “Des critères pour résoudre les antinomies”, *cit.*, p. 252.

formal de las normas (esto es, de su condición de normas especiales), sino que podrá ser impedida cuando vulnere principios como el de igualdad.

Cuando esa aplicación es posible, el principio actúa para resolver un tipo de conflicto o antinomia específica: la antinomia general-parcial. Para ello se limita a restringir alguno de los ámbitos de validez de la norma general, que sigue desarrollando sus efectos en los demás ámbitos<sup>38</sup>.

## 5. El criterio cronológico

Este criterio tiene utilidad para resolver conflictos normativos producidos por manifestaciones sucesivas de voluntad del mismo órgano normador. Implica por tanto que la voluntad expresada posteriormente se impone sobre la que había vertido el órgano con anterioridad. Se formula mediante el principio de que la norma posterior en el tiempo deroga a la anterior, principio que debe corresponderse con una norma tácita o expresa de derecho positivo. Esta norma, tácita o expresa, es una regla sobre la derogación, y como tal una *norma sobre la producción jurídica*, y no debe confundirse con los actos de derogación concretos (expresos, implícitos o tácitos) que se produzcan en su aplicación. Esta distinción debe servirnos para explicar el alcance de la afirmación tan extendida de que la derogación es una técnica que permite resolver los conflictos normativos<sup>39</sup>.

En realidad, la derogación como *acto* no resuelve un conflicto normativo, sino que lo crea: genera un conflicto entre la norma anterior y la posterior. Conflicto que se podrá resolver de acuerdo con los principios derogatorios establecidos por el sistema jurídico, esto es, con las *reglas sobre la derogación* definidas por el sistema. En ese sentido, el conflicto se resuelve no sobre la base de un principio lógico, sino de la voluntad normativa del Derecho positivo, tácita o expresa, de predeterminar la aplicación prioritaria de una de las normas. La derogación no es así función de una de las dos normas en conflicto, sino de una tercera norma (de un principio normativo) que establece cuál de las dos normas debe perder su validez<sup>40</sup>. Ese principio norma-

38 Cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, cit., pp. 91-2, 100-102. Aunque el principio de especialidad no está explicitado en nuestro ordenamiento, se puede considerar que este criterio se contempla implícitamente en el art. 2.2 CC, del que se puede deducir claramente que la ley especial no deroga a la general más que en los puntos concretamente regulados por ella. Cfr. L. DIEZ-PICAZO, "Comentario al art. 2.2", en AAVV, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, cit., p. 145.

39 Así, V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., p. 184, H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 197-8, 353, 366-7.

40 Cfr. H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., pp. 195-6.



tivo *es una regla sobre la derogación*, pero no la derogación misma. La derogación se produce cada vez que una norma posterior entra en conflicto con otra anterior y tiene capacidad jurídica para derogarla, de acuerdo con esa regla sobre la derogación. Por tanto, la derogación como acto no resuelve un conflicto normativo, sino que lo provoca, mientras que la derogación como *norma sobre la producción jurídica* sí resuelve el conflicto normativo generado por el acto de derogación.

El criterio cronológico está ligado al principio de inagotabilidad de las fuentes del Derecho, en cuanto poderes normativos permanentes<sup>41</sup>, así como al principio de que una fuente no puede atribuir a otra o a sí misma una fuerza mayor de la que posee. Por eso sólo una tercera norma, una norma superior, podría alterar la aplicación del criterio cronológico, determinando la rigidez específica de alguna norma, que no podría ser modificada por ello en el futuro sino a través de esa tercera norma u otra superior<sup>42</sup>.

Cuando la norma posterior es también superior (y por tanto procede de otro órgano distinto) se entiende comúnmente que se produce también una aplicación del criterio cronológico<sup>43</sup>. Esto es muy discutible, ya que si se deroga a la norma anterior no es porque sea anterior, sino porque es inferior. El efecto es sin duda el mismo si se utiliza un criterio u otro en la mayor parte de los casos. Pero es necesario diferenciarlos conceptualmente. Y ello porque la eficacia de la norma superior es mayor que la de la norma inferior, de tal modo que en ocasiones la alteración de la norma inferior puede llegar más allá de la que se produciría si hacemos uso solamente del criterio cronológico.

41 De acuerdo con PUGLIATTI, para quien la existencia de un poder jurídico permanente y potencialmente inagotable constituye el presupuesto del concepto de derogación. A partir de ese presupuesto (a), es necesario igualmente el ejercicio concreto de ese poder, del que deriva un determinado acto jurídico (b), así como la renovación de ese ejercicio concreto y puntual del mismo poder, que da lugar a un acto posterior, capaz de hacer cesar la eficacia jurídica del acto precedente con eficacia *ex nunc* (c). De ese modo, la relación entre (b) y (c) sobre el presupuesto de (a) es justamente lo que se designa con el nombre de *derogación*. Como indica este autor, el poder de la fuente trasciende a los actos normativos a través de los cuales se ejercita, y se mantiene íntegro, sin que esos actos lo agoten ni lo debiliten. *Cfr.* S. PUGLIATTI, "Abrogazione", en *EdD*, vol. I, 1958, p. 142.

42 *Cfr.* G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 39-40.

43 Claramente en relación con la ley, en el sentido de que la idoneidad de la ley formal para derogar normas anteriores del mismo grado incluye, como lo mayor a lo menor, la idoneidad para derogar normas de fuentes inferiores. Menos claramente respecto de la Constitución, debido al monopolio jurisdiccional de que goza el Tribunal Constitucional. *Cfr.* V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale cit.*, pp. 196 y ss.

Existen diferencias apreciables en la aplicación de ambos criterios, el cronológico y el jerárquico, diferencias que podrían resumirse con carácter general en las siguientes:

1. El criterio jerárquico opera retroactivamente, pudiendo impedir la aplicación de normas declaradas inválidas incluso a situaciones y relaciones producidas cuando estaban en vigor (salvo que se determinen los efectos *ex nunc* de la invalidación). Por el contrario, la derogación termina con la existencia de la norma sólo para el futuro<sup>44</sup>.

2. La aplicación del criterio jerárquico presupone la imputación de un vicio a la norma o a la fuente y su consiguiente invalidez. Por el contrario, la derogación puede ser dispuesta libremente por el legislador, y deriva tan sólo de la incompatibilidad objetiva entre la nueva norma y la anterior.

3. El efecto de la anulación derivada del criterio jerárquico requiere del pronunciamiento expreso de un órgano de control competente para ello. Por el contrario, el efecto derogatorio se produce automáticamente y puede ser declarado por cualquier órgano de aplicación del Derecho<sup>45</sup>.

La derogación no tiene por qué producir la extinción de la norma derogada, pues lo que hace es delimitar su esfera de eficacia y por tanto de aplicabilidad. De tal modo que la ley derogada, que era originariamente fuente de una norma aplicable a una serie indefinida de hechos futuros, pasa a ser fuente de una norma aplicable sólo a una serie definida de hechos pasados<sup>46</sup>.

La derogación puede ser tácita, expresa e implícita. En el primer supuesto el intérprete se encuentra ante una norma de contenido incompatible con otra anterior y debe por tanto optar por la posterior. En el segundo la norma posterior determina expresamente cual es la normativa derogada (con o sin su sustitución por otra regulación). En el tercer caso se trata de dos disciplinas sobre la misma materia que

44 Esto no impide que la norma derogada desarrolle aun efectos en el futuro para situaciones que no se han agotado en el momento de la derogación. Como indica G. ZAGREBELSKY, lo que la derogación hace en realidad no es eliminar la norma anterior, sino circunscribir en el tiempo la eficacia de la norma derogada a partir del momento de la entrada en vigor de la norma que deroga. *Cfr. op. cit.*, p. 42. Por otra parte, la norma derogadora puede prever también en ocasiones –con las limitaciones que el ordenamiento determine– efectos retroactivos.

45 *Cfr.* V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale cit.*, p. 195.

46 En ese sentido las Sentencias 49/1970 y 63/1970 de la Corte Costituzionale italiana. *Cfr.* G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 42, V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale cit.*, p. 191. Véase igualmente *supra*, nota núm. 43.

se suceden en el tiempo. No se trata aquí de una incompatibilidad puntual, sino de una nueva normativa que deja sin vigor a la anterior<sup>47</sup>.

En nuestro ordenamiento, el criterio cronológico se recoge en el art. 2.2 CC que establece que

“Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que, en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado”.

El instituto de la derogación plantea serios problemas que no es posible abordar aquí en toda su dimensión<sup>48</sup>. Es preciso sin embargo mencionar algunos de ellos, que me parecen de especial relevancia. Son los referidos a la naturaleza de la derogación tácita y a la reviviscencia de las normas derogadas.

1. Respecto de la derogación tácita, es claro que se trata de un supuesto que se basa en la interpretación que los aplicadores del Derecho realicen sobre la existencia o no de incompatibilidad entre las normas. Sin embargo, ello no quiere decir que no exista una auténtica derogación, puesto que la valoración de los órganos de aplicación es siempre necesaria para determinar el derecho aplicable, sin que se pueda negar la condición normativa del mismo en base a esa dependencia<sup>49</sup>. Por ello no se debe

47 Esta distinción, perfectamente aplicable a nuestro derecho, es propia de la doctrina italiana, y procede del art. 15 DPCCI que establece que “Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazioni espresse del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore”. Cfr. en *Leggi fondamentali del diritto pubblico e costituzionale*, edición de M. BASSANI, V. ITALIA y C.E. TRAVERSO, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1990. Sobre la distinción misma, cfr. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 41.

48 En relación con todas las cuestiones que pueden plantearse en torno a la derogación, me remito a la obra ya citada de L.M. DIEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, de lectura obligada para el conocimiento de este instituto, tanto con carácter general como en lo que respecta a nuestro derecho positivo.

49 Para GUASTINI, por el contrario, sólo en la derogación expresa existe un auténtico acto derogatorio: “nei casi di abrogazione *tacita* propriamente parlando non vi è atto abrogativo alcuno: quanto meno non vi è alcun atto abrogativo *legislativo*. Con una leggera forzatura, si potrebbe dire piuttosto che vi sia un atto abrogativo (autorizzato dal legislatore, ma) compiuto direttamente dal giudice e da questi imputato ad una presunta volontà del legislatore stesso. A questo riguardo è forse il caso di parlare di abrogazione *giurisprudenziale*”, G. GUASTINI, “In tema di abrogazione”, en C. LUZZATI (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, p. 10 (Cfr. igualmente de este autor *Produzione e applicazione del Diritto. Lezioni sulle “Preleggi”*, 2.ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 1989, pp. 105 y ss.). Para GUASTINI, en suma, la derogación expresa es

confundir el *acto* de derogación, que como tal es común a la derogación tácita y a la expresa –y que da lugar a la aplicación subsiguiente del criterio cronológico– con los *efectos* de la derogación, que sí pueden ser distintos en uno y otro tipo. Es justamente porque existe un acto de derogación, por lo que los aplicadores del Derecho pueden inaplicar la norma anterior que consideren incompatible con otra posterior. Pero en cuanto que este acto no es expreso, sino que se requiere de la interpretación que cada aplicador del derecho realiza sobre las dos normas en conflicto, la norma derogada (y por tanto no vigente) podrá desarrollar efectos (ultraactividad) en mayor medida que cuando se produce la derogación expresa. Podrá hacerlo, pero no necesariamente será así. Depende de la interpretación que realicen los órganos de aplicación<sup>50</sup>. En suma,

un acto normativo realizado por el legislador, mientras que la derogación tácita es un acto normativo realizado por el juez, como consecuencia de una delegación legislativa, e imputado por él al legislador. Y ello porque, al establecer el principio cronológico, el legislador ha atribuido al juez una especie de delegación permanente, en virtud de la cual el juez está autorizado para considerar derogadas y, por tanto, para desaplicar, todas las disposiciones o normas que considere incompatibles con disposiciones o normas posteriores. Esto hace que el efecto derogatorio dependa totalmente de la interpretación de los jueces, que pueden entender que procede ese efecto unas veces y considerar en otras ocasiones que no es procedente. Por ello el efecto derogatorio en la derogación tácita no puede ser en principio *erga omnes* (salvo el valor que pueda tener el precedente). *Cfr. Ibidem*, pp. 8 y ss.

El autor adopta en relación con la derogación tácita una postura formalista que se contradice claramente con sus presupuestos de partida. Admitiendo la distinción entre disposición y norma, entiende que la derogación tácita puede recaer sobre una disposición, o sobre una norma extraída de la misma. Siendo así que de la disposición D se pueden extraer las normas N1 y N2, es posible que sólo la norma N1 sea incompatible con la norma posterior, por lo que la norma N2, extraída de la misma disposición, podrá seguir aplicándose (*Cfr.* pp. 20-1). Desde ese punto de partida, habría que considerar que el legislador no sólo habilita al juez a realizar la *derogación* jurisprudencial, sino también a realizar la *legislación* jurisprudencial, ya que es el juez el que define esas dos normas a partir de la disposición D. Sin embargo, el autor no hace referencia alguna a esa cuestión. Centra el acento en las facultades del juez para derogar, sin aludir previamente a las facultades del juez para producir. Asume por tanto una visión formalista del Derecho para definir la intervención del juez en la derogación, partiendo implícitamente de una visión antiformalista en relación con la intervención del juez en la producción normativa.

50 En sentido parcialmente contrario a lo que aquí se afirma, *cf.* L.M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 108, 301 y ss. Para este autor, “en la derogación por incompatibilidad no hay, en rigor, un acto de derogación, o al menos, no hay un acto legislativo cuya finalidad directa e inmediata sea producir la cesación de la vigencia de una ley o disposición legal anterior” (p. 302). En relación con los efectos, entiende que la derogación por incompatibilidad no es auténtica derogación, ya que no opera sobre la vigencia de la norma anterior, que permanece inalterada, sino tan sólo sobre su eficacia o aplicabilidad, provocando una simple suspensión de la eficacia de la ley: “Así, la derogación por incompatibilidad

el acto de derogación tiene que darse en todo supuesto de incompatibilidad, y por tanto en la derogación expresa y en la tácita. Pero el régimen jurídico de cada una de ellas es diferente porque la *expresa* al identificar formalmente la norma derogada (por la fuente o el texto) evita cualquier discusión posterior de los órganos de aplicación. La *tácita* por el contrario, pese a derogar la norma anterior, la identifica sólo materialmente, obligando a los órganos de aplicación del Derecho a interpretar en cada caso los términos de la colisión normativa y de su solución.

2. En relación con la reviviscencia de las normas derogadas, el art. 2.2 CC no debe interpretarse como prohibición de reviviscencia en nuestro ordenamiento. Por el contrario, es preciso entender ese precepto en el sentido de que la derogación de una ley es una *condición necesaria* para que aquellas que hubiere derogado previamente recuperen vigencia, pero no será *condición suficiente* de tal modo que la reviviscencia requiere de alguna circunstancia adicional. El art. 2.2 implica así sólo una presunción *iuris tantum* de irreversibilidad del efecto derogatorio, que podría ser destruida por la concurrencia de alguna circunstancia que constitucionalmente justificase la reviviscencia<sup>51</sup>.

provoca también una disociación entre vigencia y eficacia, pero de signo inverso a la que provoca normalmente la derogación expresa: mientras esta última hace que la ley antigua sea eficaz sin estar vigente, aquella hace que esté vigente sin ser eficaz”, p. 331. A mi modo de ver, la vigencia de la norma termina igualmente en la derogación expresa y en la tácita (ese es justamente el sentido del acto de derogación). De otro modo, estaríamos otorgando competencias a los órganos de aplicación para suspender la eficacia de una ley considerada válida y vigente. Me parece por el contrario que estos órganos sólo pueden declarar el fin de la vigencia de la ley siempre que exista un acto de derogación previo de los órganos competentes.

51 Tal y como indica L.M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 241. Sobre el régimen de la reversibilidad en nuestro ordenamiento, así como sobre las posibles excepciones a la irreversibilidad, *cf.* pp. 235 y ss. Para este autor, sólo cabe hablar de auténtica excepción a la regla general en el supuesto de invalidez de la ley derogatoria, ya que la nulidad arrastra todos los efectos de la ley, incluido el efecto derogatorio. En lo que se refiere a la reviviscencia de las normas derogadas tácitamente, en congruencia con su tesis de que la derogación tácita no implica pérdida de vigencia de la ley derogada, sino suspensión de su eficacia, este autor entiende que “Esta conservación de la vigencia determina que los efectos de la derogación por incompatibilidad sean esencialmente reversibles; es decir, si desaparece la causa de la suspensión de la eficacia, la ley readquiere toda su capacidad reguladora, ya que continúa perteneciendo al ordenamiento. Su eficacia se halla *comprimida*; pero, cuando cesa la presión, *se reexpande*, porque la ley, en cuanto tal –el objeto de la derogación por incompatibilidad es la norma– no ha dejado de pertenecer al ordenamiento. De aquí se sigue que la irreversibilidad, núcleo esencial del efecto derogatorio *strictu sensu*, no se da en la derogación por incompatibilidad o, si se prefiere, que la derogación de la *lex posterior* sí produce la *reviviscencia* de la ley antigua”, *ibidem*, pp. 331-2. Es obvio que si partimos

## 6. El criterio de prevalencia o de preferencia aplicativa

El criterio de prevalencia no actúa del mismo modo en los distintos ordenamientos, ya que, siendo un criterio que va unido sobre todo a la delimitación de competencias entre el poder general y los poderes territoriales, su estructura depende en primer lugar de como se distribuyan las competencias. Así en los supuestos de competencias concurrentes, la prevalencia actúa igual que la jerarquía con la sola excepción de los efectos inherentes a su aplicación. Esto es, la relación internormativa es la misma, sólo que no genera la derogación o la anulación de la norma inferior, sino tan sólo su desplazamiento (lo que por otro lado no es desconocido para la relación jerárquica, aunque no sea su supuesto típico o tradicional)<sup>52</sup>.

Por el contrario, cuando va unida a una delimitación competencial que no admite ámbitos concurrentes, la prevalencia no puede actuar como la jerarquía porque ninguno de los poderes tiene competencia más allá de las habilitaciones establecidas por la Constitución o por las *normas sobre la producción jurídica*. En esos supuestos

de la idea de que la derogación tácita sí es una auténtica derogación que provoca la pérdida de vigencia de la norma derogada, no puede haber diferencia en el régimen de la derogación tácita y de la expresa a efectos de reviviscencia.

52 Se podrá constatar en el texto que la formulación de este criterio se basa fundamentalmente en la regla del art. 149.3. Es preciso realizar, sin embargo, dos advertencias. La primera de ellas que no se va a analizar aquí el art. 149.3. Sobre este precepto, en lo que a la cuestión de la prevalencia se refiere, me remito a mis trabajos, “La cláusula de prevalencia del art. 149.3 y los Estatutos de Autonomía”, *RVEA*, núm. 4, 1986, donde se estudian las propuestas doctrinales existentes hasta el momento, y F. BALAGUER CALLEJÓN, “Conflictos normativos entre el Derecho estatal y el Derecho autonómico”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 19, 1990, donde se propone una definición general de la regla de prevalencia más allá de las relaciones Estado-Comunidades Autónomas. Con posterioridad a esa publicación, cabe citar aquí los trabajos del Profesor G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal”, y de J. GARCÍA TORRES, “La cláusula de prevalencia y el Poder Judicial”, publicados ambos en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991. Aunque estos autores parten de perspectivas distintas, coinciden entre ellos en desligar la regla de prevalencia del criterio competencial, así como en propugnar, en diversa medida, su aplicación por el Poder Judicial.

La segunda precisión consiste justamente en que lo que aquí se intenta es establecer una categoría general, la de prevalencia o preferencia aplicativa bajo la que pueden acogerse supuestos comunes de nuestro sistema constitucional, más allá del art. 149.3, que es sólo una de sus manifestaciones concretas. Así, he defendido la aplicación del criterio de prevalencia a los conflictos entre ley orgánica y ordinaria en mis trabajos “Aplicación de la Constitución y garantías de los Derechos”, *ADP*, núm. 2, 1989-1990; “Conflictos normativos entre el Derecho estatal y el Derecho autonómico”, *cit.*, y “Notas sobre la estructura constitucional del Estado español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 32, 1991.

la prevalencia sólo puede ser un criterio provisional de atribución competencial hasta tanto se decida a quién corresponde la competencia. En nuestro ordenamiento la prevalencia cumple ambas funciones, ya que existen competencias concurrentes y también competencias claramente definidas que excluyen la capacidad normativa de otros órganos.

Se podría definir al principio de prevalencia como una categoría intermedia entre competencia y jerarquía. Esto es, la prevalencia consiste en una relación indirecta entre dos normas (igual que la competencia), pero se trata de una relación que se produce sobre el mismo ámbito material de validez y/o sobre la misma función o categoría normativa, al contrario de lo que ocurre cuando se aplica el principio de competencia. Se trata de una relación normativa que opera dentro del mismo ámbito material de validez, como ocurre cuando actúa el principio de jerarquía. Pero, a diferencia de la jerarquía, puede operar también sobre la misma categoría normativa de regulación: al igual que en la relación competencial, puede haber prevalencia entre dos normas de distinto o de igual rango, ya que en definitiva este elemento resulta irrelevante desde el punto de vista de la prevalencia<sup>53</sup>.

53 Una relación jerárquica típica sería aquella que se produce entre dos normas que regulan la misma materia (que tienen el mismo ámbito material de validez) pero que poseen distinto rango. Como es evidente, el criterio jerárquico se aplica cuando hay identidad en el ámbito material de validez de las normas (pues si no, no habría jerarquía, sino separación) y al mismo tiempo exige diferenciación formal (pues de otro modo habría identidad y aplicación del criterio cronológico). En la relación jerárquica, por tanto, el aspecto formal y el material de las normas no coinciden a la vez. Sólo hay coincidencia en el material, pero no en el formal.

Por el contrario, la relación competencial se produce entre dos normas que no pueden regular la misma materia (esto es, no pueden tener el mismo ámbito material de validez) si la competencia debe servir como criterio delimitador, salvo que se produzca una diferenciación en la forma de las normas (esto es en las funciones o categorías normativas atribuidas a cada uno de los órganos competentes). Por eso en la relación competencial el aspecto material y el formal tampoco coinciden a la vez, pues si coincide el material no coincidirá el formal y viceversa (esto es, si son dos normas del mismo rango tendrán que recaer sobre distinta materia, y si se trata de la misma materia tendrán que ser normas de distinto rango).

En la relación de prevalencia las normas deben regular la misma materia, esto es, debe existir, como en la relación jerárquica, identidad en el ámbito material de validez. Pero también puede existir identidad en la forma, como en la relación competencial (así, dos normas reglamentarias que regulen la misma materia). Por tanto, en la relación de prevalencia pueden coincidir los dos ámbitos, el material y el formal, que no pueden coincidir sin embargo ni en la relación jerárquica ni en la competencial. El ejemplo claro de esta situación es el de las competencias concurrentes, cuyos conflictos no pueden dirimirse merced al criterio competencial y sí merced a la regla de prevalencia. Por el contrario, en aquellos

La prevalencia es un principio exclusivamente conflictual (como el de especialidad) que en sí mismo no implica deber de obediencia de una norma con respecto de otra, con lo que nuevamente se asemeja a la competencia. Pero tampoco se basa siempre en un deber de respeto recíproco, sino que, como en el caso de la jerarquía, ese deber de respeto lo es tan sólo de una de las normas respecto de la otra (de la que cede respecto de la prevalente, pero no a la inversa, pues de otro modo, no existiría prevalencia).

La prevalencia como criterio de solución de conflictos no se manifiesta en un juicio de validez de las normas, sino en la aplicación preferente de una de ellas. El aplicador del Derecho no debe aquí sancionar el incumplimiento de un deber de obediencia o de respeto, ya que, constatada la contradicción, se limita a aplicar la prevalente. Naturalmente, cuando este criterio de prevalencia opera sólo con carácter provisional, el recurso posterior al criterio de competencia puede dar lugar a una solución contraria a la adoptada inicialmente.

La prevalencia está prevista expresamente en nuestro ordenamiento tan sólo para regular las relaciones entre el Derecho estatal y el Derecho autonómico. Así, el art. 149.3 CE determina que las normas del Estado prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas, en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. Ahora bien, como técnica general de preferencia aplicativa puede localizarse igualmente en otras relaciones internormativas, como es el caso de la primacía del Derecho de la Unión Europea<sup>54</sup>.

### III. CONFLICTOS NORMATIVOS DE SEGUNDO GRADO

Los conflictos de segundo grado son aquellos que se producen cada vez que, para resolver un conflicto de primer grado, una colisión normativa, se pueden aplicar varios de los criterios que hemos visto anteriormente y ello impide determinar cuál es la norma aplicable (porque en virtud de uno de esos criterios deba aplicarse una norma y de acuerdo con otro de ellos la contraria).

casos en los que el criterio competencial es aplicable, la identidad en el ámbito de validez no es legítima, procede únicamente de la relación conflictual, y es por eso por lo que la regla de prevalencia sólo puede aplicarse provisionalmente, no como solución de fondo (ya que ésta debe darse de acuerdo con el criterio de competencia). Como es obvio, todo conflicto normativo se produce por una confluencia de dos o más normas sobre el mismo objeto, pero esa confluencia puede ser legítima (si se resuelve con criterios de prevalencia) o ilegítima (si se resuelve con criterios de competencia).

<sup>54</sup> Véase *supra*, nota núm. 51, *in fine*.



No hay criterios formalizados de solución de conflictos de segundo grado, por lo que habrá que estar a la distinta fuerza de cada uno de los criterios indicados. En ese sentido, se puede decir que el criterio cronológico cede normalmente ante cualquier colisión con los otros criterios. Tanto la prevalencia como la competencia, la jerarquía o la especialidad, se suelen imponer sobre el criterio cronológico.

Por su parte, el criterio jerárquico, además de imponerse siempre sobre el cronológico, lo hace también generalmente sobre el criterio de especialidad. No ha lugar sin embargo a la opción entre competencia y jerarquía, pues donde interviene uno de esos principios no puede intervenir el otro, ya que dos normas que se relacionan entre sí sobre la base del principio de competencia, sólo se rigen por el criterio de jerarquía respecto de la norma superior que define los ámbitos competenciales de ambas.

Respecto del criterio de especialidad debe precisarse, no obstante, que, por tratarse de una regla unida al contenido de las normas, a valoraciones de justicia y a principios generales del ordenamiento, es posible que decaiga en ocasiones ante el criterio cronológico (cuando deje de corresponderse con esos principios y exprese sólo una especialidad formal)<sup>55</sup>, como igualmente es posible que llegue a imponerse en ocasiones sobre el jerárquico<sup>56</sup>.

Del mismo modo se puede constatar que el criterio de competencia se impone sobre todos los demás, porque se basa en la aplicación de una norma superior a las dos que están en conflicto. El criterio de competencia rompe los mecanismos de resolución de antinomias propios del Estado legal de Derecho, estableciendo campos normativos distintos que precisamente por ser distintos no admiten (o no deberían admitir) entre ellos otro criterio de resolución de antinomias que el competencial. En ese orden, resulta irrelevante que una norma tenga rango inferior o superior, sea anterior o posterior, sea general o especial. El criterio que se imponga sobre todos los demás deberá ser el competencial<sup>57</sup>.

55 Respecto del conflicto entre criterio cronológico y criterio de especialidad, cabe decir que la máxima por la que la ley especial anterior se impone a la general posterior no tiene la misma validez que la que expresa la preferencia del criterio jerárquico sobre el cronológico. *Cfr.* N. BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, *cit.*, p. 117.

56 *Cfr.* en este sentido N. BOBBIO, “Des critères pour résoudre les antinomies”, *cit.*, pp. 255-8, quien tras un análisis de la práctica jurisprudencial de la Corte Costituzionale italiana en sus primeros años, concluye que se admiten excepciones al principio jerárquico en base a exigencias de justicia material plasmadas en leyes especiales.

57 En relación con aquella competencia que se deriva directamente de preceptos constitucionales, cabe aplicar aquí las consideraciones de GUASTINI: “quando la competenza a disciplinare una

Esa fuerza superior del criterio competencial no está exenta de problemas, porque frente al criterio cronológico o al jerárquico, que han sido los instrumentos tradicionales de solución de conflictos, el competencial es un criterio material, no formalizado generalmente. Ciertamente es que puede expresarse también a través de formas normativas concretas. Pero a diferencia del criterio jerárquico o del cronológico, que atienden sólo a aspectos formales (rango o fecha), el competencial implica también un referente necesario a la materia<sup>58</sup>.

Esta condición material del criterio competencial convierte su aplicación en una operación difícil que no siempre puede ser inmediata y no siempre será indiscutida, como sí ocurre cuando se comprueba la fecha de entrada en vigor de una norma, o su rango jerárquico. No debemos olvidar que el deber de respeto a que la competencia va unida es un deber indirecto, y que de él no se deriva una obligación de obediencia internormativa inmediata como en el supuesto jerárquico. Por ello para definir los límites de ese deber indirecto hay que recurrir necesariamente a una tercera norma, a la que las dos normas en conflicto deben obediencia. De ahí que la relación conflictual resulte aquí más compleja y difícil de solucionar.

Es justamente esa dificultad de aplicación inmediata, que procede de la escasa formalización del criterio competencial, lo que justifica la existencia de la regla de prevalencia que, como criterio transitorio, permite la aplicación provisional de una de las dos normas, hasta tanto se aplique, en su caso, el criterio de competencia.

Ahora bien, el criterio competencial se basa en la división y el reparto de la materia o de la función, por lo que actúa otorgando la competencia a uno u otro poder normador. Por eso cuando los dos poderes pueden concurrir en la competencia material o funcional, este principio no sirve para resolver las antinomias que se produzcan y es necesario acudir a otras técnicas. En esos supuestos, el criterio de prevalencia puede actuar no ya con carácter provisional, sino determinando de

data materia è riservata ad una certa fonte ad esclusione di tutte le altre, le norme provenienti dalla fonte titolare della riserva prevalgono, in quella materia, sulle norme eventualmente dettate di fonti diverse. Nel senso che –essendo la riserva istituita dalla stessa Costituzione– le norme provenienti dalla fonte incompetente sono in contrasto con la Costituzione e, pertanto, invalide”, en *Produzione e applicazione del Diritto*, cit., p. 21.

58 En nuestro ordenamiento concurre además la circunstancia de que en los ámbitos en los que podría haberse formalizado el criterio competencial, la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado de conceptos tales como legislación o normación básica (especialmente del primero, por permitir en mayor medida la formalización) ha difuminado los posibles límites formales dificultando aún más la aplicación inmediata y efectiva del principio de competencia (lo que no obsta para reconocer la necesidad de esa interpretación).

manera definitiva la imposición de la norma que para el sistema jurídico debe ser de aplicación preferente.

Es preciso indicar finalmente que, junto a todos estos criterios, permanece siempre un criterio material último, como es la exigencia de realizar una interpretación de las normas que sea congruente con la Constitución y favorable a los derechos y libertades. Esta interpretación se manifiesta en primer lugar como una especie de metacriterio que puede condicionar la opción final, en estos conflictos de segundo grado, por alguna de las reglas de colisión que están en juego. Naturalmente, siempre dentro del marco de relaciones formales determinado por el ordenamiento. A esta utilidad esencial se une en segundo lugar la que puede desarrollar en los supuestos en los que no sea posible aplicar criterio alguno para la solución del conflicto: el caso, por ejemplo, de dos normas incluidas en un mismo texto legal, que resultan incompatibles entre sí. La aplicación de una interpretación favorable a los derechos, o la opción por aquella norma que responda en mayor medida a principios constitucionales que deben orientar la acción del Estado (el principio de Estado social, singularmente), deberán seguirse por los aplicadores del Derecho<sup>59</sup>, en congruencia con la supremacía de la Constitución dentro del ordenamiento.

59 Es posible que dentro de estos supuestos haya que incluir el principio de norma más favorable, previsto en el Estatuto de los Trabajadores, y en virtud del cual (art. 3.3) “Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables”. V. ITURRALDE SESMA, en un excelente trabajo, se refiere a este principio como una posible excepción al principio de jerarquía normativa, siguiendo a una parte de la doctrina laboralista. Cfr. V. ITURRALDE SESMA, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 117-8. En mi opinión, no es posible hablar aquí de excepción al criterio jerárquico. Y ello porque, si fuera posible aplicar normas inferiores y contrarias a la ley (que no sean dispositivas, claro está), nunca podrá basarse esa aplicación en un principio establecido en una ley anterior, como es la Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (salvo que el art. 3.3 ET se entienda como una declaración que la propia ley realiza para conferir carácter dispositivo a preceptos legales, en cuyo caso no habría aquí tampoco infracción del criterio jerárquico, sino aplicación del ET como ley especial respecto de otras normativas legales, ya que a través del ET se podría aplicar la norma inferior). Tendríamos que considerar al principio de norma más favorable como un principio constitucional (que no lo es en sus estrictos términos) o como principio suprapositivo. Si por el contrario se trata de aplicar este principio en relación con normas reglamentarias superiores, es evidente que no se infringe aquí el criterio jerárquico (por lo demás, reafirmado tajantemente en el art. 3.2 ET), pues sería la ley la que autorizara a aplicar la norma más favorable, y el conflicto normativo sólo podría plantearse entre el reglamento y la ley que habilita para inaplicarlo. Sólo puede hablarse de infracción del criterio

#### IV. LOS EFECTOS DEL CONFLICTO NORMATIVO

Los efectos del conflicto normativo se diferencian no sólo en función del tipo de conflicto<sup>60</sup> sino también del criterio aplicado a este y del órgano encargado de resolverlo.

Cuando el conflicto se genera entre una fuente anterior y otra posterior del mismo tipo, el efecto es siempre la derogación de la norma anterior<sup>61</sup>. Cualquier órgano de aplicación del Derecho puede resolver este conflicto sea cual sea la posición de la norma en el sistema de fuentes (incluida la propia Constitución). La explicación es clara: el criterio cronológico responde a la idea de respeto a la última voluntad del mismo órgano productor, actúa siempre en el marco de la misma categoría normativa, de la misma fuente, y por tanto en relación con la misma fuerza social. Igual ocurre cuando el conflicto se da entre norma general y norma especial, siempre que se trate de la misma fuente.

Cuando el conflicto se genera entre una fuente superior y otra inferior, el efecto puede ser tanto la derogación como la anulación o la inaplicación de la norma inferior. Existe derogación cuando la norma superior es también posterior, supuesto en el que se aplica por mimetismo el criterio cronológico, entendiéndose que la voluntad más fuerte de la norma superior vincula para el futuro sobre la de la inferior. Se podrá proceder a la inaplicación o anulación cuando la norma inferior contradice lo establecido en una norma superior.

jerárquico cuando una norma inferior, por sí misma, se aplica sobre otra superior. Pero no así cuando es la superior la que excepciona su aplicación en determinados supuestos, o simplemente se declara norma dispositiva. Como indica A. MONTOYA MELGAR, “la aplicación de la norma de rango inferior no es consecuencia de su prevalencia en un conflicto con la superior, sino, justamente al revés, de su obediencia a la norma superior que se configura a sí propia como norma mínima, con vocación de ser superada por disposiciones jerárquicamente inferiores”, A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del trabajo*, décima ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 217. De ahí que cuando una norma jerárquicamente inferior mejore condiciones de trabajo que la norma superior configura como no mejorables, no cabe invocar este principio de norma más favorable para evitar la nulidad de la disposición inferior (*Ibidem*, *cfr.* p. 217). En todo caso, es clara también la conexión de este principio de norma más favorable con otros principios constitucionales, que deben servir en la interpretación y aplicación de la normativa laboral, favoreciendo los derechos del trabajador, pero superando también algunas concepciones tradicionales.

60 Si se trata de conflicto total-total, total-parcial o parcial-parcial, así como si se trata de una norma imperativa, prohibitoria o permisiva, *cfr.* a este respecto N. BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, *cit.*, pp. 82 y ss.

61 Salvo que se trate de un conflicto entre norma especial anterior y norma general posterior, en cuyo caso prevalece habitualmente la norma especial.

Se produce aquí una infracción del ordenamiento, ya que la norma inferior no ha respetado la voluntad normativa más fuerte de la superior. Pero, en este caso, el ordenamiento no otorga tantas facilidades para la aplicación del criterio de solución de conflictos. Ya no es cualquier órgano de aplicación del Derecho el encargado de resolver el conflicto sino tan sólo órganos específicos (esencialmente jurisdiccionales, excepcionalmente administrativos) los habilitados para solucionar un conflicto que se produce entre diversas fuentes normativas (expresión por tanto de fuerzas productoras distintas).

Cuando el conflicto se genera entre fuentes que tienen ámbitos materiales reservados a su competencia (o que deben seguir procedimientos especiales para la producción normativa), el ordenamiento restringe aún más la capacidad de solución a determinados órganos, en este caso tan sólo a órganos jurisdiccionales. Para evitar la distorsión que ello puede suponer establece a veces un criterio provisional de solución (prevalencia o preferencia aplicativa) que permite atribuir una presunción de validez a una de las normas (hasta tanto decida, en su caso, el órgano competente) con la consiguiente inaplicación de la otra norma<sup>62</sup>. Sin embargo, la solución de fondo de este tipo de conflictos implica la anulación o la limitación de los ámbitos de validez de alguna de las normas incompatibles.

Un efecto peculiar del conflicto normativo, al que no se suele aludir generalmente, puede ser la de producción de nuevo Derecho como consecuencia de la intervención de los órganos que resuelven el conflicto. Ello ocurre cada vez que los órganos de aplicación y control determinan la solución del conflicto mediante decisiones que tienen eficacia *erga omnes*. El conflicto normativo que se plantea entre las reglas emanadas de los órganos de producción primaria puede generar así la actividad normativa de los órganos de producción secundaria, dando lugar a la incorporación de nuevas normas al sistema jurídico.

## V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- F. BALAGUER CALLEJÓN, “La cláusula de prevalencia del art. 149.3 y los Estatutos de Autonomía”, *RVEA*, núm. 4, 1986.  
– “Conflictos normativos entre el Derecho estatal y el Derecho autonómico”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 19, 1990.

62 También puede facultar al órgano jurisdiccional para suspender la vigencia de alguna de las normas en conflicto hasta tanto recaiga resolución sobre la norma válida.

- “Aplicación de la Constitución y garantías de los Derechos”, *ADP*, núm. 2, 1989-1990.
- “Notas sobre la estructura constitucional del Estado español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 32, 1991.
- N. BOBBIO, *Teoria dell’Ordinamento giuridico*, Giappichelli Editore, Torino, 1960.
- “Des critères pour résoudre les antinomies”, en *Les antinomies en droit, Études publiées par Ch. Perelman*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1965.
- R. CARRE DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, 1931, reimpresión de Economica, Paris, 1984.
- V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale* vol. II, CEDAM, Padova, 1984.
- “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”, publicado inicialmente en la *RTDP*, 1960, versión recogida en los *Studi Zanobini*, vol. III, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965.
- C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della postestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, 1934, reimpresión de Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964.
- G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991.
- P. FORIERS, “Les antinomies en droit”, en CH. PERELMAN, *Les antinomies en droit. Études publiées par Ch. Perelman*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1965.
- J. GARCÍA TORRES, “La cláusula de prevalencia y el Poder Judicial”, publicados ambos en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991.
- R. GÓMEZ-FERRER MORANT “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional”, *RAP*, núm. 113, 1987.
- G. GUASTINI, “In tema di abrogazione”, en C. LUZZATI (ed.), *L’abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987.
- *Produzione e applicazione del Diritto. Lezioni sulle “Preleggi*, 2.<sup>a</sup> ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 1989.
- V. ITURRALDE SESMA, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989.
- H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpresión de 1967.
- *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979 (obra póstuma), versión italiana, Giulio Einaudi editore, Torino, 1985.

- F. MODUGNO, *Legge. Ordinamento Giuridico Pluralità degli Ordinamenti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1985.
- A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del trabajo*, décima ed., Tecnos, Madrid, 1989.
- T. PERASSI, *Introduzione alle Scienze Giuridiche*, 1922, reimpresión de CEDAM, Padova, 1967.
- CH. PERELMAN, *Les antinomies en droit. Études publiées par Ch. Perelman*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1965.
- S. PUGLIATTI, “Abrogazione”, en *EdD*, vol. I, 1958.
- A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1977.
- A. RUGGERI, “Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoría general, dogmática, perspectivas de reforma)”, *Politica e diritto*, núm. 2, junio de 1987.
- A. RUIZ MIGUEL, “El principio de jerarquía normativa”, *REDC*, núm. 24, 1988.
- J.A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- J.L. VILLAR PALASÍ, “Consideraciones sobre el sistema jurídico”, *RAP*, núm. 100-102, 1983.
- J.L. VILLAR PALASÍ y E. SUÑÉ LLINÁS, “Comentario al art. 9º”, en *VVAA, Comentarios a las leyes políticas*, EDERSA, tomo I, 1983.
- G. ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1988.
- G. ZANOBINI, “Gerarchia e parità tra le fonti”, publicado inicialmente en 1939, y recogido en *Scritti vari di Diritto Pubblico* Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1955.

### **Resumen**

*Este texto es un extracto de la obra Fuentes del Derecho, publicada en dos volúmenes en los años 1991 y 1992. En él se analiza la coherencia del ordenamiento jurídico y se desarrollan los principales criterios de solución de conflictos normativos, tanto de primer grado como de segundo grado, así como los efectos del conflicto normativo.*

### **Palabras clave**

*Fuentes del Derecho; ordenamiento jurídico; normas sobre la producción jurídica; coherencia del ordenamiento; conflictos normativos.*

### **Abstract**

*This text is an extract from the work Fuentes del Derecho, published in two volumes in 1991 and 1992. It analyses the coherence of the legal system and develops the main criteria for*

*resolving normative conflicts, both first degree and second degree as well as the effects of the normative conflict.*

**Keywords**

*Sources of Law; Legal system; Norms on legal production; Coherence of the system; Normative conflicts.*

Recibido: 2 de junio de 2022  
Aceptado: 13 de junio de 2022



# Jurisprudencia

---



# LA ATRIBUCIÓN DE APELLIDOS A LOS HIJOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA<sup>1</sup>

## The assignment of surnames to children in the case law of the Italian Constitutional Court

MATTEO CALDIRONI

*Becario de investigación. Universidad de Módena y Reggio Emilia*

### SUMARIO:

- I. El contexto europeo.
- II. La situación italiana.
- III. El último lugar de aterrizaje: Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 131 de 31 de mayo de 2022.
- IV. Algunas reflexiones.

## I. EL CONTEXTO EUROPEO

La atribución de un apellido a un niño sigue, en los distintos ordenamientos jurídicos, lógicas diferentes, que contribuyen a diferencias apreciables en las soluciones normativas adoptadas<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El presente texto es el resultado de los estudios realizados en el marco del proyecto “*JUST PARENT. Legal Protection for Social Parenthood*”, un proyecto financiado por el Justice Programme de la Unión Europea (2021-2027) Número de proyecto: 101046382.

<sup>2</sup> Para un estudio más detallado en perspectiva comparada, véase C. BASSU, *Il diritto alla identità anagrafica: il cognome materno tra personalità individuale e principio di eguaglianza*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2021, C. BASSU, “Nel nome della madre. Il diritto alla trasmissione del cognome materno come espressione del principio di uguaglianza. Un’analisi comparat”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2016, pp. 545 y ss.; C. CICERO, “Il diritto al cognome materno”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2018, pp. 245 y ss.; R. PELEGGI, “Il cognome dei figli: esperienze statali a confronto”, en A. FABRICOTTI (ed.), *Il diritto al cognome materno. Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell’Unione europea, comparato ed internazionale privato*, Nápoles, Jovene, 2017, pp. 115 y ss.; y en *L’attribuzione del cognome al figlio in caso di disaccordo tra i genitori. Appunto relativo ad alcune esperienze europee continentali*, editado por el

Las disciplinas de atribución de apellidos también difieren en número: desde el único apellido impuesto (con algunas excepciones) en Alemania, hasta los cuatro apellidos del caso portugués. Aunque, en la mayoría de los casos, ahora la alternativa es entre un doble apellido y un único apellido.

Por otra parte, la atribución de los apellidos difiere según el grado de libertad que se deja a los padres, desde soluciones más bien restrictivas (como en Alemania, donde se adopta un apellido conyugal, destinado como tal a ser transmitido a los hijos) hasta soluciones de un tenor completamente diferente, que permiten –como en Dinamarca o Inglaterra, por ejemplo– la atribución de un “nuevo” apellido (o, en cualquier caso, uno distinto del de los padres).

Es posible argumentar que tradicionalmente era el apellido paterno el que se identificaba como el apellido “familiar”. Sin embargo, este enfoque, deudor de una concepción patriarcal de la familia, ha sido objeto de diversas intervenciones por parte de los órganos de justicia constitucional en toda Europa. De ellos se desprende el arraigo paulatino de una sensibilidad diferente a la del pasado y una mayor atención a las implicaciones del principio de igualdad entre los cónyuges<sup>3</sup>. Se pueden citar tres experiencias a este respecto, antes de abordar el caso concreto de Italia.

El primero, en orden cronológico, es el alemán. Antes de 1991, el artículo 1355 del BGB establecía que, a falta de una elección precisa del apellido conyugal por parte de los cónyuges, el apellido conyugal se identificaba automáticamente con el del marido, que se transmitía también al hijo. Sin embargo, esta disposición fue declarada inconstitucional por el “*Bundesverfassungsgericht*” en un auto de 5 de marzo de 1991 (BVerfGE 84, 9), ya que constituía una violación de la prohibición de discriminación por razón de

Servizio Studi della Corte costituzionale (2021) accesible gratuitamente en la web institucional del Tribunal Constitucional italiano.

3 Sobre el tema del Tribunal Constitucional como intérprete de la cambiante conciencia social, véase en este ámbito específico: N. ZANON, “Corte costituzionale, evoluzione della ‘coscienza sociale’, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico”, *Rivista AIC*, núm. 4, 2017, esp. pp. 11-16; A. CIERVO, “Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale”, *Politica del diritto*, núm. 4, 2019, pp. 574-580; A. RUGGERI, “Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale”, *Rivista AIC*, núm. 2, 2017, pp. 16-21.

sexo<sup>4</sup>. Según el Tribunal Constitucional, la desigualdad de trato no estaba justificada ni por las diferencias objetivas entre los sexos ni por otros motivos. Aunque es legítimo querer mantener un nombre que refleje la unidad familiar, ello no puede justificar una diferenciación por razón de sexo, ya que el artículo 6.1 de la “Ley Fundamental” no obliga al legislador a preservar la unidad del apellido. Tampoco se impuso ante la necesidad de determinar el apellido de la descendencia.

La segunda es la belga, que hasta 2016 preveía que en caso de desacuerdo o en caso de no elegir un apellido en el registro civil, el niño debía llevar el apellido del padre, sin que la madre pudiera recurrir. Sin embargo, esta disposición fue impugnada ante el Tribunal Constitucional belga, que la declaró inconstitucional en su sentencia núm. 2 de 14 de enero de 2016. Tras reconocer que la norma censurada permitía un sistema sencillo y rápido de atribución de apellidos a los descendientes en caso de desacuerdo o falta de elección por parte de los progenitores, el Tribunal consideró, sin embargo, que se vulneraban los principios de igualdad y no discriminación entre sexos recogidos en los artículos 10, 11 y 11 bis de la Constitución, lo que se traducía, de hecho, en el derecho absoluto y arbitrario del padre a oponerse a la elección de atribuir o incluso a añadir únicamente el apellido de su madre<sup>5</sup>.

El tercero es el austriaco. Antes de la reforma que iba a tener lugar en 2013, a falta de un apellido conyugal y/o de la determinación del apellido del niño, se le asignaba el apellido del padre (“de acuerdo con la tradición imperante en Europa”). En 1993, el Tribunal Constitucional austriaco había considerado que esta elección era compatible con la Constitución<sup>6</sup>. Según el Tribunal, no se trataba de un privilegio del hombre sobre la mujer, sino de una solución que tenía en cuenta la costumbre social, la experiencia y las

4 Art. 3, apartado 2, de la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*.

5 Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Justicia señala que las disposiciones impugnadas regulan de manera diferente situaciones similares –las del padre y la madre– en el sentido de que, en caso de desacuerdo entre los progenitores o a falta de elección, el niño debe llevar únicamente el nombre del padre. En esta situación, las madres recibían un trato diferente al de los padres en su derecho a transmitir su apellido y esta diferencia se basaba en el criterio del sexo, que sólo podía justificarse tras un escrutinio estricto. Así las cosas, repasando los trabajos preparatorios de la ley, la *Cour constitutionnelle* consideró que las razones aducidas para mantener la norma impugnada, como el respeto a la tradición y la conveniencia política de reformar el sistema de forma gradual, no eran suficientemente sólidas.

6 Decisión de 18 de diciembre de 1993, JBl, 1994, p. 326.

circunstancias de hecho de las que surgía, en cualquier caso, la preferencia por el apellido del marido; las circunstancias en las que se basaba esta preferencia no parecían haber cambiado significativamente en ese momento, lo que hacía que la preferencia en sí misma no fuera inapropiada ni arbitraria. En una sentencia de 4 de diciembre de 1997<sup>7</sup>, el Tribunal Constitucional austriaco se pronunció entonces de forma más explícita sobre la disposición legal relativa a la determinación del apellido de un hijo por parte de padres con apellidos diferentes<sup>8</sup>, según la cual sólo podía elegirse uno de sus apellidos para el hijo y que, a falta de elección (y, por tanto, especialmente en caso de desacuerdo), atribuía el apellido del marido al hijo legítimo. También en esa ocasión, el Tribunal de Justicia no consideró que la legislación impugnada fuera contraria al principio de igualdad.

## II. LA SITUACIÓN ITALIANA

En Italia se aceptaba tradicionalmente el principio del “apellido paterno” hasta ahora, pero, como veremos, puede decirse que la situación ha cambiado radicalmente, dadas las recientes declaraciones de inconstitucionalidad.

Con la sentencia núm. 131 de 31 de mayo de 2022, en efecto, el Tribunal Constitucional se pronunció de nuevo sobre la controvertida cuestión de la atribución de apellidos a los hijos, decidiendo sobre la orden núm. 78/2020<sup>9</sup>, respecto a la cual el Tribunal Ordinario de Bolzano había planteado cuestiones de legitimidad constitucional con respecto al artículo 262, párrafo 1, del Código Civil, en la parte en que no permitiría a los padres<sup>10</sup>, de mutuo acuerdo, transmitir a su hijo únicamente el apellido materno<sup>11</sup>; y en el auto núm. 25/2021<sup>12</sup> con el que, en el curso del primer procedimiento,

7 VfGH G 124/96.

8 Art. 139 ABGB, reformado en 1995.

9 En concreto, se trata de la orden de 17 de octubre de 2019, inscrita con el núm. 78 en el Registro de Órdenes de 2020.

10 En cuanto a la hipótesis del reconocimiento simultáneo del niño (segunda frase del apartado 1).

11 A juicio del tribunal remitente, la disposición censurada es contraria a los artículos 2, 3, 11 y 117, apartado 1, de la Constitución, este último en relación con los artículos 8 y 14 del CEDH y los artículos 7 y 21 de la CDFUE.

12 En concreto, se trata de la Orden núm. 18 de 2021 presentada el 11 de febrero de 2021, inscrita con el núm. 25 en el Registro de Órdenes 2021. Para justificar la autoatribución, el Tribunal de

el Tribunal había ordenado la vista ante él<sup>13</sup> de las cuestiones sobre la legitimidad constitucional del artículo 262, apartado 1, del Código Civil, en referencia a los artículos 2, 3 y 117, apartado 1, de la Constitución italiana, este último en relación con los artículos 8 y 14 CEDH, en la medida en que exigiría, a falta de un acuerdo diferente de los padres, la adquisición al nacer del apellido paterno, en lugar de los apellidos de ambos progenitores.

Como se ha anticipado, esta decisión no es más que la última de un largo *iter* que comenzó hace más de treinta años y que ha seguido la evolución de la conciencia social: desde una concepción patriarcal de la familia que tenía su origen en el derecho de familia románico, hasta una idea de la familia basada en la igualdad entre los cónyuges y el “*best interest*” de los hijos.

El Tribunal reconoció el fondo de las cuestiones planteadas en ambas ordenanzas reconstruyendo detalladamente los hechos ocurridos a lo largo

Justicia se basa en la “relación de presuposición y continencia” existente entre la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente y la cuestión planteada por el propio Tribunal de Justicia, de modo que esta última puede configurarse como “lógicamente preliminar e instrumental para la definición de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente”.

Para más detalles sobre la ordenanza en cuestión, véanse los comentarios de G. MONACO, “Una nuova ordinanza di ‘autorimessione’ della Corte costituzionale”, *federalismi.it*, núm. 11, 2021, pp. 161-175; L. SANTORO, “L’attribuzione del cognome ai figli: dalla discrezionalità del legislatore... alla discrezionalità dei genitori (considerazioni controcorrente a partire dalla ord. núm. 18/2021 del Tribunal Constitucional)”, *Consulta Online*, núm. 2, 2021, pp. 543-560; E. MALFATTI, “Ri-costruire la ‘regola’ del cognome: una long story a puntate (e anche un po’ a sorpresa)”, *Nomos*, núm. 1, 2021, pp. 1-13; E. FRONTONI, “Il cognome del figlio: una questione senza soluzione”, *Osservatorio AIC*, núm. 4, 2020, pp. 276-291; C. INGENITO, “Una nuova occasione per superare ‘l’anche’ nell’attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell’ordinanza n. 18/2021 della Corte Costituzionale”, *federalismi.it*, núm. 11, 2021, pp. 57-72.

13 Véase, sobre el tema de la autoevaluación, al menos L. CARLASSARE, “Riflessioni sulla Corte costituzionale come giudice ‘a quo’ e sui giudizi di eguaglianza”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1980; I.B. CARAVITA, “Appunti in tema di ‘Corte giudice a quo’ (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)”, en AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 291 y ss.; R. CHIEPPA, “Sulle questioni di legittimità costituzionale sollevabili incidentalmente dalla Corte costituzionale e sulla ‘gratuità assoluta’ degli atti del procedimento avanti la Corte”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, pp. 1210 y ss. CRISAFULLI, *Postilla, ibid.*, p. 1219; M. CAPPELLETTI, “Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato”, *Rivista di diritto processuale*, 1960, pp. 412 y ss. F. PIERANDREI, “Appunto a proposito del rinvio di una questione di legittimità da parte della Corte costituzionale”, *Giurisprudenza italiana*, núm. 1, 1960, pp. 1326 y ss.; C. ESPOSITO, “La Corte costituzionale come giudice ‘a quo’”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, pp. 212 y ss.

de los años. En aras de la claridad, aquí también se hará lo mismo, aunque de forma resumida y dentro de los límites de su utilidad para las reflexiones que se van a desarrollar.

### 1. La norma

Como punto preliminar, es necesario recordar las características esenciales de la disposición censurada. En efecto, el artículo 262, párrafo 1, segunda frase, del Código Civil, al regular la atribución del apellido a los hijos nacidos fuera del matrimonio, dispone que “cuando el reconocimiento se hace simultáneamente por ambos padres, el hijo toma el apellido del padre”.

La norma refleja la disciplina sobre la atribución de un apellido a un hijo nacido dentro del matrimonio, que es la institución en la que se encuentra la matriz legislativa de la norma. Su fuente se encuentra en la formulación, anterior a la reforma de 1975<sup>14</sup>, del artículo 144 del Código Civil, que establecía que: “el marido es el cabeza de familia; la mujer sigue su estado civil, toma su apellido y está obligada a acompañarle donde él considere oportuno establecer su residencia”<sup>15</sup>. En este contexto, el apellido del marido impuesto a la mujer era el de la familia, lo que hacía superfluo explicar su evidente transmisión también a los hijos nacidos durante el matrimonio.

La reforma del derecho de familia de 1975 modificó el art. 144 del Código Civil e introdujo el art. 143 *bis del* Código Civil, previendo la adición y ya no la sustitución del apellido del marido por el de la mujer, disposición interpretada inequívocamente como una opción y no una obligación para esta última. Así, la nueva normativa difuminó la idea del apellido del marido como apellido familiar.

Sin embargo, la norma sobre la atribución del apellido del padre a los hijos ha permanecido firmemente arraigada en un complejo de disposiciones, al que también pertenece el precepto censurado, que no se ha visto afectado ni siquiera por la reforma de la filiación<sup>16</sup>. En concreto, según ha

14 Ley núm. 151 de 19 de mayo de 1975 sobre la *reforma del derecho de familia*.

15 Obsérvese que el texto era idéntico al del artículo 131 del Código Civil del Reino de Italia de 1865.

16 Ley núm. 219 de 10 de diciembre de 2012 (Disposiciones sobre el reconocimiento de los hijos naturales) y Decreto Legislativo núm. 154 de 28 de diciembre de 2013 (Revisión de las disposiciones vigentes en materia de filiación, en aplicación del artículo 2 de la Ley núm. 219 de 10 de diciembre de 2012).



aclarado el propio Tribunal Constitucional, se trata de los artículos 237<sup>17</sup>, 262<sup>18</sup> y 299<sup>19</sup> del Código Civil, artículo 72 párrafo 1<sup>20</sup> de la Orden del Estado Civil<sup>21</sup> y artículos 33<sup>22</sup> y 34<sup>23</sup> del Decreto Presidencial de 3 de noviembre de 2000, núm. 396.

## 2. Evolución de la jurisprudencia

La legitimidad constitucional de esta disciplina está en duda desde los años 80.

17 Artículo 237 del Código Civil, modificado por el Decreto Legislativo núm. 154 de 2013, establece que “la posesión del estatus resulta de una serie de hechos que, en su conjunto, sirven para acreditar la relación filial y de parentesco entre una persona y la familia a la que dice pertenecer” y, en concreto, de la concurrencia de “los siguientes hechos: - que el progenitor haya tratado a la persona como a un hijo y haya proveído en esta calidad su mantenimiento, crianza y acogimiento; - que la persona haya sido considerada constantemente como tal en las relaciones sociales; - que haya sido reconocida en esta calidad por la familia”.

18 En cuanto al hijo nacido fuera del matrimonio, el artículo 262 del Código Civil, también en la versión modificada por el Decreto Legislativo núm. 154 de 2013, antes de la intervención aditiva del Tribunal, establecía que “el hijo tomará el apellido del progenitor que lo haya reconocido por primera vez”. Si el reconocimiento fue realizado simultáneamente por ambos progenitores, el hijo adoptará el apellido del padre. Si la filiación hacia el padre fue constatada o reconocida después del reconocimiento de la madre, el hijo puede tomar el apellido del padre añadiéndolo, precediéndolo o sustituyéndolo por el de la madre. Si la filiación respecto al progenitor se ha comprobado o reconocido después de la atribución del apellido por parte del registrador, se aplicarán los párrafos primero y segundo del presente artículo; no obstante, el hijo podrá “conservar el apellido que se le haya atribuido anteriormente, si éste se ha convertido en un signo independiente de su identidad personal, añadiéndolo, precediéndolo o sustituyéndolo por el apellido del progenitor que lo haya reconocido por primera vez o por el de los padres en caso de reconocimiento por ambos”.

19 El artículo 299 del Código Civil, antes de la intervención aditiva del Tribunal, establecía que “si la adopción se realiza por los cónyuges, el adoptado tomará el apellido del marido”.

20 El apartado 1 del artículo 72 del Real Decreto núm. 1238 de 9 de julio de 1939 prohibía imponer al niño el nombre del padre vivo.

21 Real Decreto núm. 1238, de 9 de julio de 1939.

22 El artículo 33 (Disposiciones sobre los apellidos) establecía que “El hijo legitimado tendrá el apellido de su padre, pero si es mayor de edad en la fecha de la legitimación, podrá optar, en el plazo de un año a partir del día en que tenga conocimiento de ello, por conservar el apellido que llevaba anteriormente, si es diferente, o por añadirle o anteponerle, a su elección, el del progenitor que lo legitimó”.

23 El artículo 34, que establece límites a la atribución de un nombre, dispone en su primer párrafo que “Se prohíbe imponer al hijo el mismo nombre que el padre vivo [...]”.

En 1988, el Tribunal señaló que “sería posible, y probablemente en consonancia con la evolución de la conciencia social, sustituir la norma actual relativa a la determinación del nombre distintivo de los miembros de la familia constituida por el matrimonio por un criterio diferente, más respetuoso con la autonomía de los cónyuges, que conciliara los dos principios consagrados en el artículo 29 de la Constitución, en lugar de utilizar la autorización para limitar uno en función del otro” llegó sin embargo a la conclusión de que “tal innovación normativa [...] es una cuestión de política y de técnica legislativa de competencia exclusiva del *conditor iuris*”<sup>24</sup>, declarando así la cuestión inadmisibile.

Dieciocho años después, el Tribunal volvió a pronunciarse sobre la disciplina del apellido del niño, pero adoptando de nuevo una decisión de inadmisibilidad. Sin embargo, la decisión de 19 de febrero de 2006, núm. 61<sup>25</sup> señaló de forma aún más explícita que “el sistema actual de atribución de un apellido es la herencia de una concepción patriarcal [...] que ya no es coherente con los principios del ordenamiento jurídico y el valor constitucional de la igualdad entre hombres y mujeres”<sup>26</sup>. Se trata esencialmente de una sentencia de inconstitucionalidad constatada, pero no declarada, ya que el juez constitucional constató el conflicto con la Constitución, pero no lo sancionó para no invadir la esfera de discrecionalidad reservada al legislador. En efecto, al justificar la inadmisibilidad, el Tribunal subrayó que la inconstitucionalidad no podía pronunciarse por la existencia de una pluralidad de opciones posibles, entre las que correspondía al legislador elegir<sup>27</sup>.

24 Tribunal Constitucional, Ordenanza núm. 176 de 11 de febrero de 1988. Sustancialmente similar (incluso en su resultado) es la posterior Orden núm. 586 de 19 de mayo de 1988, donde se especifica que “no entra en conflicto con el artículo 29 de la Constitución, ya que utiliza una norma arraigada en la costumbre social como criterio para proteger la unidad de la familia fundada en el matrimonio”.

25 Entre los numerosos comentarios sobre la sentencia, véase G. DOSI, “Doppio cognome, no alla via giudiziaria”, *Diritto e giustizia*, núm. 10, 2006, p. 14; E. PALICI DI SUNI, “Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince”, *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 1, 2006, pp. 552-558; S. NICCOLAI, “Il cognome familiare tra marito e moglie. Come è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell’uguaglianza”, *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 1, 2006, pp. 558-575; R. PANOZZO, “Il cognome del figlio legittimo: un nuovo intervento della Corte Costituzionale”, *Lo Stato civile italiano*, núm. 10, 2006, pp. 733-740.

26 Así también el posterior Tribunal Constitucional, Orden núm. 145, de 27 de abril de 2007.

27 “[L]a intervención invocada en el auto de remisión exige una operación de manipulación que excede las facultades del Tribunal. En efecto, a pesar del cuidado puesto por el tribunal remitente en circunscribir el petitum, limitado a la solicitud de exclusión de la atribución automática del apellido

Esperando (en vano) la intervención del legislador, los cónyuges demandantes en el caso principal, en cuyo transcurso se había planteado la cuestión de constitucionalidad resuelta por la sentencia de 2006, acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para denunciar la violación por parte del Estado italiano del artículo 8 del CEDH, que garantiza el derecho a la vida privada y familiar, y del artículo 14 del CEDH, que sanciona la prohibición de la discriminación. El Tribunal de Estrasburgo, en su sentencia de 7 de enero de 2014, “Cusan y Fazzo contra Italia”, condenó a nuestro país, señalando, además, que la violación de las normas del Convenio no se ve compensada por el hecho de que ahora también en nuestro país se permite cambiar el apellido de los hijos, añadiendo el de la madre, en un momento posterior a su nacimiento<sup>28</sup>.

paterno al hijo en los únicos casos en que los cónyuges han expresado una voluntad diferente y concordante, se deja abierta toda una serie de opciones, que van desde dejar la elección del apellido exclusivamente a la voluntad de los cónyuges –con la consiguiente necesidad de establecer los criterios que debe seguir el encargado del registro civil en caso de no llegar a un acuerdo– o permitir a los cónyuges que han llegado a un acuerdo derogar una norma que sigue siendo válida, hasta exigir que la elección de los cónyuges deba hacerse una sola vez, con efecto para todos los hijos, o que deba expresarse en el momento del nacimiento de cada hijo. Por otra parte, la misma heterogeneidad de las soluciones ofrecidas por los distintos proyectos de ley presentados sobre la materia durante la XIV legislatura (véase, entre otros, el Proyecto de Ley núm. 1739-S., que prevé que los hijos legítimos nacidos en el matrimonio lleven los apellidos de ambos progenitores, y que se indique en primer lugar el apellido del padre, así como que el hijo natural tome el doble apellido de quien lo haya reconocido; el Proyecto de Ley núm. 1454-S., según el cual, en el momento de la inscripción del niño, el encargado del registro civil, oídos los padres, atribuirá al recién nacido el apellido del padre, o el de la madre, o ambos en el orden que determinen los padres de mutuo acuerdo, y, en caso de falta de acuerdo, los apellidos de ambos progenitores por orden alfabético; Proyecto de Ley núm. 3133-S, que, tras haber previsto que el apellido paterno esté compuesto por el primer apellido de cada uno de los progenitores, establece, en cuanto al orden de los propios apellidos, que, durante la celebración del matrimonio, los cónyuges, mediante declaración efectuada ante el funcionario del Registro Civil, establecerán si el primer apellido de la madre precede al del padre o viceversa y que, a falta de manifestaciones de voluntad, el apellido paterno se compone del primer apellido del padre y del primer apellido de la madre) atestigua la pluralidad de opciones disponibles, cuya elección sólo puede dejarse al legislador” (Corte Cost., sentencia 61/2006).

28 En el caso de *Cusan y Fazzo v. Italia*, véase al menos G. P. DOLSO, “La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 1, 2014, pp. 739 y ss.; E. MALFATTI, “Illegittimità dell’automatismo, nell’attribuzione del cognome paterno: la ‘cornice’ (giurisprudenziale europea) non fa il quadro”, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017; S. NICCOLAI, “Il diritto delle figlie a trasmettere il cognome del padre: il caso Cusan e Fazzo v. Italia”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 2014, pp. 453-456; A. RUGGERI,

En 2016, el Tribunal Constitucional, constatando que, “después de muchos años [desde los citados] pronunciamientos, aún ‘no se había introducido un criterio diferente, más respetuoso con la autonomía de los cónyuges’”<sup>29</sup> “a la espera de una urgente intervención legislativa que regule orgánicamente la materia, según criterios finalmente acordes con el principio de igualdad”, estimó las cuestiones de constitucionalidad que se le habían planteado. Por lo tanto, declaró la ilegitimidad constitucional de la disposición en la medida en que no permitía que “los cónyuges, de mutuo acuerdo, transmitan a sus hijos, en el momento de su nacimiento, *también* el apellido materno”, y en consecuencia extendió sus efectos tanto al art. 262, apartado 1, segunda frase, del Código Civil, como a la disposición sobre la atribución del apellido al mayor de edad adoptado por los cónyuges, según el art. 299, apartado 3, del Código Civil.

El Tribunal superó así el *self-restraint* que había caracterizado a la decisión de 2006, sancionando la inercia del legislador, agravada por el hecho de que, mientras tanto, se había aprobado la reforma del *status* del menor, que bien podría haberse considerado el foro adecuado para abordar también esta cuestión<sup>30</sup>.

“Famiglie, genitori e figli, attraverso il ‘dialogo’ tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?”, *Consulta Online*, 2014; S. WINKLER, “Sull’attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2014 y 520 ss.; S. STEFANELLI, “Illegittimità dell’obbligo de cognome paterno e prospettive di riforma”, *Famiglia e diritto*, núm. 3, 2014, pp. 221 y ss.

29 Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 286 de 21 de diciembre de 2016; con notas de L. TULLIO, “*Il cognome del figlio tra pari dignità dei genitori e diritto all’identità del minore*”, *Rassegna di diritto civile*, núm. 1, 2018, pp. 294-311; F. ASTONE, “*Il cognome: un passo avanti, non un punto d’arrivo, tra certezze acquisite e modelli da selezionare*”, *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 1, 2017, pp. 485-498; V. CARBONE, “Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d’accordo”, *Corriere giuridico*, núm. 2, 2017, pp. 167-174; A. FUSCO, “Chi fuor li maggior tui?": la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull’attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016”, *Osservatorio costituzionale*, núm. 3, 2017, pp. 1 y ss.; C. INGENITO, “*L’epilogo dell’automatica attribution del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*”, *Osservatorio costituzionale*, núm. 2, 2017; B. AGOSTINELLI, “*Il cognome materno tra parità dei coniugi e identità personale del figlio*”, *Ordine internazionale e diritti umani*, núm. 1, 2017; E. AL MUREDEN, “L’attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figli”, *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2017, pp. 218 y ss.; C. FAVILLI, “*Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 6, 2017, pp. 823 y ss.; A. RUGGERI, “Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse del minore”, *Diritti Comparati*, núm.1, 2017, pp. 90 y ss.

30 Véanse al menos M. TRIMARCHI, “Il cognome dei figli: un’occasione perduta dalla rifor-

Esta conclusión pudo igualmente encontrar apoyo en la mencionada sentencia del Tribunal Europeo que resolvió el caso “Cusan y Fazzo contra Italia”.

La sentencia de 2016 supone un avance muy importante en la cuestión del apellido del hijo; sin embargo, no restablece la legalidad constitucional ya que, a falta de acuerdo entre los padres, sigue prevaleciendo el apellido paterno. Por ello, el Tribunal esperaba “una intervención legislativa, destinada a regular orgánicamente la materia, según criterios finalmente conformes con el principio de igualdad”<sup>31</sup>. También correspondería al legislador dictar una regulación de la materia capaz de subsanar algunos aspectos problemáticos inevitables que han surgido tras la sentencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, incluso esta nueva invitación fue desatendida<sup>32</sup>.

ma”, *Famiglia e Diritto*, 2013, pp. 243 y ss. y S. TROIANO, “Cognome del minore e identità personale”, *Jus civile*, núm 3, 2020, pp. 559 y ss.

31 Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 286 de 21 de diciembre de 2016.

32 El único acto destinado a resolver algunos aspectos problemáticos tras la sentencia del Tribunal fue la Circular núm. 7 del Ministerio del Interior, de 14 de junio de 2017 (disponible íntegramente en el siguiente *link*: <https://dait.interno.gov.it/documenti/circ-007-servdemo-14-06-2017.pdf>). En él, se afirmaba que:

“1. Teniendo en cuenta que la sentencia se refiere a la transmisión ‘también’ del apellido materno, debe sostenerse que la novedad relevante en el ordenamiento jurídico sólo se refiere a la proposición de éste al apellido paterno, y no a su antecedente.

2. La atribución ‘también’ del apellido materno al recién nacido, si se elige, puede no abarcar todos los elementos onomásticos de los que se compone dicho apellido.

3. En materia de adopción, ámbito también afectado por la declaración de inconstitucionalidad, la atribución ‘también’ del apellido materno al adoptado, que resulta del correspondiente auto judicial, debe reflejarse con exactitud en la transcripción del mismo.

4. La atribución ‘también’ del apellido de la madre, cuando aparece en las partidas de nacimiento redactadas por las autoridades indicadas en el artículo 8, Decreto Presidencial núm. 396/2000, debe indicarse exactamente al transcribirlas.

5. La voluntad de la madre de no ser nombrada en la declaración de nacimiento (artículo 30, apartado 1, del Decreto Presidencial n. 396/2000) debe considerarse incompatible con la presunción de acuerdo entre los padres -casados o no- sobre la atribución del apellido materno.

6. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, las partidas de nacimiento, redactadas en el extranjero, de los hijos de padres exclusivamente italianos, que llevan el apellido materno a continuación del paterno, son ahora también admisibles a efectos de transcripción.

7. Las innovaciones consideradas se aplican a las partidas de nacimiento que se formen a partir del día siguiente a la publicación de la sentencia (que tuvo lugar en el Boletín Oficial n. 52 de 28/12/2016), entendiéndose que, una vez cerrada la partida de nacimiento, cualquier cambio de ape-

### III. EL ÚLTIMO LUGAR DE ATERRIZAJE: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 131 DE 31 DE MAYO DE 2022

Es en este contexto evolutivo en el que debe leerse la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 131 de 31 de mayo de 2022.

En efecto, la cuestión se derivaba del procedimiento en el cual el tribunal *a quo* debía pronunciarse sobre la demanda interpuesta por dos cónyuges contra el decreto del Tribunal Ordinario de Lagonegro de 4 de noviembre de 2020, por el que se había declarado inadmisibile el recurso<sup>33</sup>, contra la denegación por el funcionario del registro civil de la solicitud de inscripción del nacimiento de su hijo, inscribiéndolo únicamente con el apellido de su madre.

Se trataba de asignar el apellido al tercer hijo de la pareja que, antes de su matrimonio, ya había tenido otras dos hijas reconocidas únicamente por su madre y que, por tanto, llevaban su apellido. De hecho, los padres habían acordado no añadir el apellido del padre al de sus hijas para preservar su identidad personal. Con el nacimiento de su tercer hijo, después de su matrimonio, se quejaron de que la norma censurada le imponía la atribución a su hijo de un apellido diferente al de sus hermanas.

Según los padres, por lo tanto, se había producido una violación del “derecho del niño a su propia identidad, a la igualdad de dignidad y a la unidad familiar” y subrayaron que, en este caso, la elección no había sido “motivada por un ‘capricho’ sino por la necesidad de tomar la mejor decisión en el interés superior” del niño, ya que la adopción del mismo apellido que las hermanas habría contribuido “a la unidad de la unidad familiar, garantizando al mismo tiempo la formación de la identidad personal del niño de manera coherente con sus hermanos”.

En primera instancia, los padres habían solicitado, principalmente, la inaplicación de la “norma consuetudinaria” que daba preferencia al apellido paterno, como *contra legem*, y, subsidiariamente, en el caso de que “se aceptara la tesis del

llido está sujeto a las normas de autorización establecidas en el artículo 89 y siguientes del Decreto Presidencial n. 396/2000”.

33 De conformidad con el artículo 95 del Decreto Presidencial núm. 396 de 2000, párrafo 1: “La persona que pretenda iniciar la rectificación de un registro del estado civil o la reconstitución de un registro destruido o extraviado o la creación de un registro omitido o la cancelación de un registro erróneamente inscrito, o que pretenda oponerse a la negativa del funcionario del registro civil a recibir total o parcialmente una declaración o a realizar una transcripción, anotación u otro cumplimiento, deberá recurrir al tribunal en cuya circunscripción se encuentre la oficina del registro civil donde esté inscrito el registro en cuestión o donde se solicite el cumplimiento”.

carácter legislativo de la norma”, plantear cuestiones de legitimidad constitucional. Sin embargo, el recurso fue declarado inadmisibile por el tribunal que conocía del caso, al considerar que “la norma consuetudinaria” sobre la transmisión del apellido paterno al hijo sólo podía superarse mediante la intervención legislativa. Además, se descartó que pudiera haber motivos para plantear cuestiones de constitucionalidad, ya que la “invocada protección de la integridad de la unidad familiar bien podría salvaguardarse mediante la atribución de los apellidos de ambos padres a todos los hijos”.

En el auto registrado con el núm. 78 del reg. ord. 2020, el Tribunal de Bolzano denunció, en cambio, su supuesta ilegitimidad constitucional, en la medida en que no permitiría atribuir el apellido de la madre en virtud de un acuerdo entre los padres. Por lo tanto, se invocó una intervención aditiva de contenido radicalmente derogatorio a la norma general sobre la transmisión automática del apellido paterno.

En el ord. registrado con el núm. 25 de la reg. ord. 2021, el mismo Tribunal Constitucional, como juez *a quo*, propuso entonces, con carácter prejudicial, una sustitución del precepto, en la parte en que, a falta de un acuerdo diferente entre los progenitores, imponía la atribución al nacimiento del apellido paterno, en lugar de los apellidos de ambos. Los parámetros constitucionales, en los que se centran las quejas comunes de las dos ordenanzas, eran el artículo 2 de la Constitución, en relación con la protección de la identidad del niño, y el artículo 3 de la Constitución, invocado en defensa del principio de igualdad en las relaciones entre los padres. Asimismo, el conflicto con las obligaciones internacionales, en virtud del artículo 117, párrafo 1 de la Constitución, se basaba en la protección de la identidad personal del niño, derivado del artículo 8 del CEDH, y en la prohibición de la discriminación, en atención al artículo 14 del CEDH.

El Tribunal señaló que el apellido, junto con el nombre, representa el núcleo de la identidad jurídica y social de la persona, en la medida en que le confiere identificabilidad, tanto en las relaciones de derecho público como en las de derecho privado, y encarna la representación sintética de la personalidad individual, que con el tiempo se enriquece progresivamente de significados. El nombre es un “signo distintivo autónomo de [...] la identidad personal”<sup>34</sup>, así como un “rasgo esencial de [...] la personalidad”<sup>35</sup>, “reconocido como un bien sujeto a derecho autónomo por el artículo 2 de la Constitución” y, por tanto, como un “derecho

34 Tribunal Constitucional, sentencia de 23 de julio de 1996, núm. 297.

35 Corte Cost., sentencia de 24 de junio de 2002, núm. 268. En el mismo sentido, Corte Cost., sentencia de 11 de mayo de 2001, núm. 120.

fundamental de la persona humana”<sup>36</sup>. De ello se desprende que el apellido, como punto de apoyo, junto con el nombre, de la identidad jurídica y social, vincula al individuo con la formación social que lo acoge a través del *status filiationis*. El apellido debe, por tanto, arraigar en la identidad familiar y, al mismo tiempo, reflejar la función que desempeña, también en una proyección de futuro, con respecto a la persona. Por lo tanto, es precisamente la forma en que el apellido da testimonio de la identidad familiar del niño la que debe reflejar y respetar la igualdad y la misma dignidad de los padres.

En el caso previsto en la segunda frase del apartado 1 del artículo 262 del Código Civil, la identidad familiar del hijo, que es anterior a la atribución del apellido, puede desglosarse en tres elementos: el vínculo parental con el padre, identificado por un apellido, representativo de su línea familiar; el vínculo parental con la madre, también identificada por un apellido, igualmente representativo de su línea familiar; y la elección de los padres de reconocer al hijo al mismo tiempo, acogéndolo en una unidad familiar. La selección, entre los datos preexistentes de la atribución del apellido, de sólo la línea parental paterna oscurece unilateralmente la relación parental con la madre. Ante el reconocimiento simultáneo del hijo, el signo de la unión entre los dos padres se traduce en la invisibilidad de la mujer. Según el Tribunal, el automatismo impuesto lleva el sello de una desigualdad entre los padres, que repercute y se imprime en la identidad del niño, determinando así la violación contextual de los artículos 2 y 3 de la Constitución. Además, es un automatismo que no encuentra justificación ni en el artículo 3 de la Constitución, en el que se basa la relación entre los padres, unidos en la búsqueda del interés del menor, ni en la coordinación entre el principio de igualdad y “la finalidad de salvaguardar la unidad familiar, recogida en el artículo 29, párrafo segundo, de la Constitución”<sup>37</sup>. Es, en efecto, “la igualdad la que garantiza esa unidad y, a la inversa, es la desigualdad la que la pone en peligro”, ya que la unidad “se refuerza en la medida en que las relaciones mutuas entre los cónyuges se rigen por la solidaridad y la igualdad”<sup>38</sup>.

La propia reforma del derecho de familia de 1975, que no intervino en la regulación de la atribución de apellidos a los hijos, ha contribuido a centrar el sentido

36 Corte Cost., sentencia de 3 de febrero de 1994, núm. 13; Corte Cost., sentencia de 23 de julio de 1996, núm. 297; Corte Cost., sentencia de 11 de mayo de 2001, núm. 120 y más recientemente Corte Cost., sentencia de 24 de junio de 2002, núm. 268.

37 Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 286 de 21 de diciembre de 2016.

38 Tribunal Constitucional, Sentencia de 13 de julio de 1970, núm. 133; más recientemente Tribunal Constitucional, Sentencia de 21 de diciembre de 2016, núm. 286.



de la relación entre igualdad y unidad familiar. La unidad de la familia fundada en el matrimonio se basa en “los mismos derechos y deberes”<sup>39</sup> de los cónyuges, en la solidaridad mutua y en el reparto de las opciones<sup>40</sup>. Del mismo modo, la asunción de responsabilidades por parte de los padres, dentro y fuera del matrimonio, se basa en la igualdad entre ellos y en el acuerdo sobre las decisiones relativas al niño. Las reformas de 1975 y 2012-2013 siempre han hecho hincapié en ello.

La unidad y la igualdad no pueden coexistir si una niega la otra, si la unidad opera como una limitación que ofrece un velo de aparente legitimidad a los sacrificios impuestos en una sola dirección. Ante la evolución del sistema jurídico, ya no es tolerable el legado de una visión discriminatoria, que a través del apellido repercute en la identidad de cada individuo. Considérese también que, desde finales de los años 70, las obligaciones internacionales, a las que el ordenamiento jurídico italiano está vinculado, exigen la “eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, “en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y las relaciones familiares [...], incluida la elección del apellido”<sup>41</sup>.

Frente a una normativa que garantiza la atribución del apellido del padre, la madre se encuentra en una situación de asimetría, antitética a la igualdad, que, a priori, invalida la posibilidad de un acuerdo, tanto más improbable cuanto que su objeto es la atribución del apellido de la madre exclusivamente, es decir, el sacrificio radical de lo que le corresponde al padre. Sin igualdad, faltan las condiciones lógicas y axiológicas para un acuerdo.

El carácter discriminatorio en sí mismo del precepto censurado, su reverberación sobre la identidad del menor y su tendencia a hacer asimétricas las relaciones entre los progenitores, con respecto al apellido, debe ser eliminado por una norma que sea el reflejo más sencillo y automático de los principios constitucionales implicados. Según el juez constitucional, pues, el apellido del niño debe componerse con los apellidos de los padres, salvo que éstos acuerden lo contrario. La proyección en el apellido del hijo del doble vínculo parental es la representación del *status filiationis*: traduce la relación con ambos padres en la identidad jurídica y social del hijo. Al

39 Art. 143 c.c.

40 Art. 144 c.c.

41 Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 61 de 16 de febrero de 2006, con referencia al artículo 16, apartado 1, lett. g) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, así como las Recomendaciones núm. 1271 de 1995 y núm. 1362 de 1998 del Consejo de Europa, y la Resolución núm. 37 de 1978.

mismo tiempo, es el reconocimiento más inmediato y directo “de la misma importancia de ambas figuras parentales”<sup>42</sup>.

En cuanto al orden de atribución de los apellidos de los dos progenitores, el Tribunal Constitucional señala que no puede reproducirse la misma lógica discriminatoria, con un criterio que antepone mecánicamente el apellido paterno o el materno. De hecho, no es casualidad que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se haya pronunciado expresamente sobre el tema, refiriéndose a una disposición de la ley española<sup>43</sup>, que exigía que se antepusiera el apellido del padre en caso de desacuerdo sobre la orden. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló su carácter “excessivement rigide et discriminatoire envers les”<sup>44</sup>, y luego añadió que “si la sécurité juridique peut être manifestée par le choix de placer le nom du père en premier, elle peut aussi bien être manifestée par le nom de la mère”<sup>45</sup>.

El mero paradigma de la igualdad conduce, por tanto, al orden acordado por los padres, solución también adoptada en otros países europeos que prevén la atribución de un doble apellido. En cuanto a la disciplina necesaria para resolver cualquier desacuerdo, el Tribunal de Justicia señala el instrumento que el ordenamiento jurídico ya prevé para resolver los desacuerdos entre los progenitores sobre opciones de especial importancia relativas a sus hijos. Se trata del recurso a la intervención del juez<sup>46</sup>, previsto, de forma simplificada, por el artículo 316, párrafos segundo y tercero, del Código Civil, así como –en referencia a las situaciones de crisis de la pareja– por los artículos 337-ter, párrafo tercero, 337-quater, párrafo tercero, y 337-octies del Código Civil.

Además, se estima la cuestión planteada por el Tribunal de Bolzano. En efecto, este último cuestionó la constitucionalidad de la norma que exige la atribución

42 Tribunal Constitucional, sentencia núm. 286 de 21 de diciembre de 2016.

43 Art. 194 del Reglamento de Aplicación de la Ley del Estado Civil, modificado por el Real Decreto de 11 de febrero de 2000, en vigor hasta el 30 de abril de 2021, en correlación con el art. 109 del Código Civil español.

44 Sentencia de 26 de octubre de 2021, *León Madrid c. España*, § 68.

45 Sentencia de 26 de octubre de 2021, *León Madrid c. España*, § 69.

46 La opción a favor de dar a un tribunal la tarea de decidir en lugar de los padres es una solución que ha caracterizado el derecho portugués desde hace mucho tiempo, donde el apartado 2 del artículo 1875 del Código Civil (disposición modificada por última vez en 1977), relativo al nombre del niño, dice: “2. La elección del nombre y de los apellidos del niño será hecha por los padres; en caso de desacuerdo, el tribunal decidirá, basándose en el interés del niño”. Este enfoque puede encontrarse en otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, una solución muy similar a la portuguesa se encuentra en Letonia, donde es el juez tutelar el llamado a elegir el apellido en caso de desacuerdo de los padres.

del apellido paterno, en lugar de los de ambos progenitores, “a falta de un acuerdo diferente”, refiriéndose así a la posibilidad de derogar la atribución del apellido de ambos padres. Y, de hecho, lo que el Tribunal de Bolzano señaló –es decir, la sospecha de ilegitimidad constitucional de la norma en la parte en que no permite, sobre la base de un acuerdo, atribuir sólo el apellido de la madre– se repite exactamente de la misma manera para la posición del padre. Evidentemente, en lo que respecta al vínculo ineludible entre el apellido del hijo y el *status filiationis*, el “acuerdo diferente” se limita al apellido de uno de los dos progenitores y encarna su propia voluntad de estar ambos representados, en su relación con su hijo, por el apellido de uno solo de ellos. Con estas premisas, la falta de previsión de la citada norma derogatoria se considera constitucionalmente ilícita, ya que impide a los progenitores valerse, en un contexto que ha devenido igualitario, de un instrumento de aplicación del principio de igualdad, como es el convenio, para resumir en un solo apellido la seña de identidad de su unión, capaz de permanecer también en la siguiente generación y de convertirse en intérprete de los intereses del menor. El acuerdo puede contemplar la proyección futura de la función de identidad que desempeña el apellido para el hijo y puede tener en cuenta los perfiles preexistentes relacionados con el *status filiationis*, como el vínculo con los hermanos que llevan el apellido de uno solo de los dos progenitores. Puede ser el apellido del padre, así como el de la madre, que puede haber reconocido a los hijos anteriores al padre. Tampoco se puede pasar por alto la posibilidad de que los padres –en interés del niño– compartan la opción de transmitir el apellido sólo del progenitor que ya tiene otros hijos, dando así prioridad a la relación de hermanos.

De ello se desprende que, para poder atribuir al hijo el apellido de uno de los progenitores, es necesario su acuerdo, que no puede ser subrogado por el tribunal, ya que implica la elección de identificar con el apellido de uno de los padres el doble vínculo con el hijo. A falta de dicho acuerdo, deben atribuirse los apellidos de ambos progenitores, en el orden que ellos decidan. Si no hay acuerdo sobre el orden de atribución de los apellidos de los padres, que forma parte de la norma supletoria, es necesario resolver el conflicto y el instrumento que permite la normativa actual es la intervención judicial.

#### IV. ALGUNAS REFLEXIONES

Evidentemente, hay varias cuestiones que merecen ser exploradas en profundidad; sin embargo, aquí nos limitaremos a algunas reflexiones sobre el escenario que se contempla a la luz de esta sentencia, y en particular sobre la opción adoptada por

el Tribunal Constitucional de enfatizar el elemento decisorio de los padres. De hecho, la solución adoptada parece acercarse más al modelo francés<sup>47</sup> que al español<sup>48</sup>, a pesar de que esta decisión fue calificada inmediatamente en los medios de comunicación como la sentencia del “doble apellido”<sup>49</sup>; pero sólo en caso de desacuerdo la regla del doble apellido adquiere realmente su papel. Así pues, tal vez pueda decirse que esta *norma* es más bien la *excepción*, ya que queda relegada esencialmente a una técnica de resolución de disputas entre los padres en la atribución de apellidos.

De este modo, la intención del Tribunal parece ser la de reafirmar el carácter igualitario de la familia, en la que las decisiones deben ser compartidas según el principio de igual dignidad de los cónyuges. Sin embargo, cabe preguntarse si ese consentimiento es realmente el mismo en todos los contextos. Cabe preguntarse, en otras palabras, si en un contexto en el que las mujeres están *concretamente* relegadas a una posición de subordinación con respecto a sus maridos (debido a las condiciones económicas y/o sociales y/o culturales) son realmente capaces de negar su consentimiento a la elección del apellido de su padre como apellido familiar, en aquellas realidades en las que dicha concepción sigue estando socialmente más arraigada. Una vez más, uno se pregunta si puede decirse que tal elección es realmente libre y consciente, o si no enmascara de hecho una incapacidad para actuar de otra manera.

47 Según la norma vigente en Francia, los padres pueden elegir qué apellido transmitir a sus hijos, así como adoptar un doble apellido si así lo desean.

48 Según la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, los hijos toman el apellido de ambos padres, según el orden establecido por ellos. Inicialmente, la ley preveía que, si no había acuerdo sobre el orden de precedencia, se daba automáticamente prioridad al apellido paterno. Sin embargo, la normativa ha sido modificada recientemente, dentro de la reforma más amplia del Registro Civil (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entró en vigor, en la parte que aquí interesa, el 30 de junio de 2017), estipulando que si los padres no establecen el orden de los apellidos o no hay acuerdo entre ellos sobre cuál debe primar, una vez transcurrido el plazo de tres días será el funcionario del Registro Civil quien deberá establecer el citado orden. El criterio que debe seguir el funcionario del registro civil para realizar esta delicada elección es el del interés superior del menor.

49 A modo de ejemplo, he aquí algunos “periódicos *online*”: *diritto.it* (<https://www.diritto.it/doppio-cognome-la-corte-constituzionale-ha-depositato-le-motivazioni-sulla-recente-sentenza/>); *Ansa* ([https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2022/05/31/consulta-cognome-paterno-segno-di-disuguglianza-tra-genitori-\\_85a9ec74-f647-468c-9f59-378cd393ab5f.html](https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2022/05/31/consulta-cognome-paterno-segno-di-disuguglianza-tra-genitori-_85a9ec74-f647-468c-9f59-378cd393ab5f.html)); *ecointernazionale* (<https://ecointernazionale.com/2022/06/doppio-cognome-sentenza-corte-constituzionale/>); *Avvenire.it* (<https://www.avvenire.it/attualita/pagine/da-oggi-doppio-cognome-padre-e-madre/>); *SkyTg24* (<https://tg24.sky.it/cronaca/2022/06/01/doppio-cognome-sentenza-cosa-cambia>).

“A pesar de la apertura a las decisiones compartidas, sigue siendo, de hecho, muy probable que, en una sociedad fuertemente impregnada por el privilegio patrilineal, firmemente arraigado en la tradición, la mayoría de las parejas, ante la petición de hacer una elección consensuada, sigan optando –aunque sea de manera formalmente compartida– por la perpetuación del apellido paterno en solitario”<sup>50</sup>.

Por supuesto, un argumento similar sería válido también en el caso de que se adopte un doble apellido y la elección sólo se refiera al orden que debe darse al mismo<sup>51</sup>.

Por otro lado, parece cuando menos cuestionable considerar la identidad del niño como un derecho disponible para los padres. Hablar del “derecho” de un progenitor a “transmitir” su apellido al hijo quizás ya no se ajuste a la evolución reciente del derecho de familia<sup>52</sup>. De hecho, con la reforma de la filiación, se ha afirmado el principio del interés superior del niño en esta materia, respecto del cual los padres ya no ejercen la *patria potestad* sobre el niño, sino la *responsabilidad parental*. Por ello, parece problemático afirmar que puede existir un verdadero “derecho” a “transmitir” el propio apellido. Por estas razones, quizás parecería más correcto, desde un punto de vista argumentativo, abordar la cuestión recurriendo principalmente al perfil de la identidad personal del niño y preguntando si, de este modo, debe reconocerse el derecho a ser identificado con el apellido de ambos padres desde el nacimiento. Dicho de otro modo, la cuestión podría quizás enfocarse desde el punto de vista de la protección del niño únicamente, y del respeto a su identidad personal, que está inmediatamente relacionado con el derecho a un nombre<sup>53</sup>.

Parece, pues, que el Tribunal actuó para librar la diferente “batalla” de la igualdad entre los cónyuges utilizando el “instrumento” del interés superior del niño. Es por ello que lo que parece inconstitucional no es tanto la vulneración del principio de igualdad entre los progenitores en el no reconocimiento del derecho –como se ha dicho, cuanto menos cuestionable– de los padres a poder determinar los apellidos de sus hijos en condiciones de igualdad. Lo que quizá sea inconstitucional es el automatismo con el que se atribuye sólo el patronímico.

En este sentido, quizás potenciar ambos apellidos para el niño hubiera sido una solución más cercana a los intereses relevantes que surgieron en el asunto. En

50 S. TROIANO, *op. cit.*, p. 585.

51 S. TROIANO, *op. cit.*, pp. 591-593, adopta un punto de vista diferente.

52 Así también S. SCAGLIARINI, “Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli”, *Rivista AIC*, núm. 2, 2017, p. 4 (aunque en relación con la sentencia 286/2016).

53 Así, véase L. SANTORO, *op. cit.*, pp. 546-548.

cambio, el mantenimiento de un único apellido podría haberse reservado para casos excepcionales (quizás en el caso de hermanos o hermanas ya nacidos, para respetar la unidad familiar). Así, la elección de adoptar o no el apellido de la madre (posiblemente también en lugar del padre, y viceversa) debería haber tenido como criterio de referencia únicamente el interés del menor y, en particular, la salvaguarda de su identidad personal, atendiendo a su vida pasada y también a sus perspectivas de futuro<sup>54</sup>. En cuanto al orden de los apellidos, también en este caso la solución más neutra podría haberse encontrado en el criterio alfabético<sup>55</sup> o por sorteo<sup>56</sup>, en lugar de la intervención judicial<sup>57</sup>. Tal vez de esta manera, la identidad del niño y el interés superior del niño podrían garantizarse mejor sin discriminación.

Lo que parece incuestionable es sólo que el Tribunal ha intervenido con una decisión que ciertamente no puede decirse que sea definitiva, dados los numerosos perfiles problemáticos que se desprenden de ella y que podrían hacernos dudar de su autoaplicabilidad<sup>58</sup>, al menos hasta que veamos la práctica aplicativa de las oficinas de registro<sup>59</sup>. No es casualidad, en efecto, que el Tribunal, al tiempo que declaraba la inconstitucionalidad de la legislación en cuestión, reafirmara la indispensabilidad de una intervención orgánica en la materia. Sólo nos queda, por tanto, esperar una oportuna intervención del legislador, que adopte una solución sistémica capaz de sintetizar de la mejor manera posible los principios reafirmados, una vez más, por el Juez de las Leyes, garantizando los intereses de todos los actores implicados y, por supuesto, la imprescindible función jurídica y social

54 S. TROIANO, *op. cit.*, p. 573.

55 Sin embargo, incluso este criterio no está exento de críticas. Como de hecho S. TROIANO, *op. cit.*, p. 591: “El criterio que privilegia el orden alfabético, aunque neutro respecto a la elección de la rama paterna o materna, no parece adecuado por otras razones. El orden alfabético (como un criterio basado en el sorteo) es, sin duda, una regla que se ajusta al principio de igualdad; sin embargo, si se asociara a la regla que implica que sólo el primer apellido se transmite a los hijos, se produciría una discriminación injustificada a lo largo del tiempo de los apellidos que se sitúan más abajo en el orden alfabético y que, como tales, serían siempre recesivos con el riesgo de que incluso desaparecieran progresivamente del uso común”.

56 Como estaba previsto, aunque de forma transitoria, en Colombia y Alemania.

57 Esto parece poner aún más en crisis un sistema judicial ya especialmente presionado.

58 Así, A. CELOTTO en la conferencia “Nel nome del padre e della madre”, Universidad de La Sapienza, Roma, 22 de junio de 2022, organizada por la revista *federalismi.it* y accesible en el siguiente *link*: <https://www.youtube.com/watch?v=i0MbO3yCMbo>.

59 Hasta la fecha, la única regulación sobre este punto queda en manos de un acto administrativo del Ministerio del Interior, concretamente la Circular núm. 63 de 1 de junio de 2022.

que necesariamente debe mantener el apellido<sup>60</sup>. Es decir, una que armonice tres necesidades fundamentales: la identidad personal, la igualdad entre los miembros de la pareja y la unidad familiar.

### **Resumen**

*Este ensayo se centra en la reconstrucción de los acontecimientos que han caracterizado la disciplina del apellido en Italia, en comparación con el contexto europeo. Por último, se examina con detalle la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de mayo de 2022, núm. 131, con especial referencia a algunos de los posibles escenarios que se prevén en un futuro próximo a la espera de la intervención del legislador.*

### **Palabras clave**

*Apellido; igualdad entre cónyuges; interés superior del niño; unidad familiar.*

### **Abstract**

*This essay focuses on the reconstruction of the events that have characterized the regulation of the surname in Italy, in comparison with the European context. Finally, it examines in detail the Constitutional Court's decision of May 31, 2022, no. 131, with particular reference to some of the possible scenarios that lie ahead in the near future pending the intervention of the legislature.*

### **Keywords**

*Surname; equality between spouses; best interests of the child; family unity.*

Recibido: 14 de mayo de 2022

Aceptado: 27 de mayo de 2022

60 Así, Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 131, de 31 de mayo de 2022, § 15.1.: “la función identitaria e identificadora del apellido debe ser preservada, a nivel jurídico y social, en las relaciones de derecho público y de derecho privado”.





# Legislación

---



**CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA.**  
**PRIMER SEMESTRE DE 2022**  
**Chronicle of european legislation. First semester 2022**

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN  
*Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga*

**SUMARIO:**

- I. Reglamento (UE) 2022/259 del Consejo de 23 de febrero de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 269/2014 relativo a la adopción de medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania.
- II. Reglamento (UE) 2022/330 del Consejo, de 25 de febrero por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 269/2014, relativo a la adopción de medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania.
- III. Directiva (UE) 2022/211 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2022 por la que se modifica la Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo en lo que respecta a su aproximación a las normas de la Unión sobre protección de datos de carácter personal.
- IV. Directiva (UE) 2022/228 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2022 por la que se modifica la Directiva 2014/41/UE en lo que respecta a su aproximación a las normas de la Unión sobre protección de datos de carácter personal.
- V. Decisión (UE) 2022/121 de la Comisión de 27 de enero de 2022 por la que se establecen normas internas a la comunicación de información a las personas interesadas y a la limitación de algunos de sus derechos en el contexto del tratamiento de datos personales a efectos del examen de las peticiones y reclamaciones presentadas en virtud del Estatuto de los funcionarios.
- VI. Decisión de ejecución (UE) de la Comisión, de 17 de diciembre de 2021, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuación de la protección de los datos personales por parte de la República de Corea en virtud de la ley de protección de la información personal.

**I. REGLAMENTO (UE) 2022/259 DEL CONSEJO DE 23 DE FEBRERO DE 2022 POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO (UE) NÚM. 269/2014 RELATIVO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS RESPECTO DE ACCIONES QUE MENOSCABAN O AMENAZAN LA INTEGRIDAD TERRITORIAL, LA SOBERANÍA Y LA INDEPENDENCIA DE UCRANIA**

Esta primera medida que se adopta en relación con la situación creada por el conflicto entre Ucrania y Rusia modifica el Reglamento de 2014 mediante la adi-

ción de un art. 6 bis que permite la liberación de fondos o recursos económicos para poner a disposición de las autoridades competentes los medios precisos con los que hacer frente a la situación creada en la Unión Europea como consecuencia de ese conflicto.

## **II. REGLAMENTO (UE) 2022/330 DEL CONSEJO, DE 25 DE FEBRERO POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO (UE) NÚM. 269/2014, RELATIVO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS RESTRICATIVAS RESPECTO DE ACCIONES QUE MENOSCABAN LA INTEGRIDAD TERRITORIAL, LA SOBERANÍA Y LA INDEPENDENCIA DE UCRANIA**

Este Reglamento modifica la redacción del art. 3 que sustituye por una inclusión en el Anexo I de una advertencia a las personas físicas responsables de acciones o políticas que menoscaben o amenacen la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania mediante la ejecución de acciones o la obstaculización de la labor de las organizaciones internacionales. En el mismo sentido, en lo que se refiere a personas jurídicas con iguales conductas, a organizaciones separatistas, o a quienes apoyen financieramente a Rusia, incluidos empresarios o entidades y organismos que pudieran transferir fondos económicos.

## **III. DIRECTIVA (UE) 2022/211 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 16 DE FEBRERO DE 2022 POR LA QUE SE MODIFICA LA DECISIÓN MARCO 2002/465/JAI DEL CONSEJO EN LO QUE RESPECTA A SU APROXIMACIÓN A LAS NORMAS DE LA UNIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL**

En relación con la normativa de protección de datos y, desde fechas recientes, la Unión Europea ha sido consciente de la importancia que representa el Derecho digital y la necesidad de que se regule la situación que ha creado la globalización en lo que se refiere a la transferencia de datos por parte de las plataformas digitales. Dado que hoy las empresas multinacionales se sirven de estos datos para su penetración en el mercado globalizado, es necesaria la defensa de los derechos de los ciudadanos de los Estados que conforman la Unión, en lo que afecta a la intimidad, el honor y los demás derechos de la personalidad cuyo reconocimiento y defensa han de ser garantizados.

En tal sentido se vienen formulando propuestas que se materializan en Directivas como ésta, que modifica la Decisión Marco de 2002 en referencia a dicha exigencia. Para ello parte de la idea de que el tratamiento de los datos personales implica el tratamiento, intercambio y utilización de una información que tiene que someterse a las exigencias de la Directiva 2016/680, de manera que, si esos datos se utilizan para fines distintos a la investigación para la que han sido recopilados, ha de hacerse de conformidad con lo regulado en esta Directiva, o de lo contrario se considerará que han sido ilícitamente utilizados.

Tal conformidad exige no solo que se siga el procedimiento del Derecho de la Unión, sino también el de aquel estado de las personas afectadas. De ahí que el art. 2 de la Decisión Marco exija la trasposición por parte de los Estados en un tiempo breve, no superior al 11 de marzo de 2023.

#### **IV. DIRECTIVA (UE) 2022/228 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 16 DE FEBRERO DE 2022 POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2014/41/UE EN LO QUE RESPECTA A SU APROXIMACIÓN A LAS NORMAS DE LA UNIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL**

Esta Directiva modifica la Directiva 2014/41/UE en lo que respecta a su aproximación a las normas de la Unión sobre protección de datos de carácter personal. En realidad, la modificación se reduce a la supresión del art. 20 que disponía:

“Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros velarán porque los datos personales estén protegidos y solo puedan tratarse de acuerdo con la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo y con arreglo a los principios del Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y su Protocolo adicional. El acceso a dichos datos estará *limitado, sin perjuicio de los derechos del interesado. Solo* podrán acceder a dichos datos las personas autorizadas”.

Ciertamente, de la lectura del precepto no se desprende una clara contradicción con la nueva legislación de 2016 sobre tratamiento de los datos personales, pero la consideración que se hace desde la nueva Directiva hace referencia a la necesidad de aproximar los actos jurídicos distintos a la de ésta a las exigencias de una nueva regulación que tenga en cuenta un enfoque coherente, y que el tratamiento de los datos personales se ajuste a las exigencias de la Directiva 2016/680 y el Reglamento 2016/679.

Igualmente, la exigencia de la transposición de esta Directiva deberá realizarse teniendo como fecha límite la de 14 de marzo de 2023.

**V. DECISIÓN (UE) 2022/121 DE LA COMISIÓN DE 27 DE ENERO DE 2022 POR LA QUE SE ESTABLECEN NORMAS INTERNAS A LA COMUNICACIÓN DE INFORMACIÓN A LAS PERSONAS INTERESADAS Y A LA LIMITACIÓN DE ALGUNOS DE SUS DERECHOS EN EL CONTEXTO DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES A EFECTOS DEL EXAMEN DE LAS PETICIONES Y RECLAMACIONES PRESENTADAS EN VIRTUD DEL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS**

El Estatuto de los funcionarios de la UE y el régimen aplicable a los otros agentes de la Unión se recoge en el Reglamento 259/ 68 del Consejo. En su art. 22 recoge un procedimiento para tramitar las reclamaciones efectuadas por el personal contra algunas irregularidades como ultrajes, ofensas y otras conductas contra ellos o sus familias, en el ejercicio de sus funciones. Durante la tramitación de estos expedientes, se manejan determinados informes que contienen datos personales exigidos de protección. Estos datos se almacenan y conservan en un entorno seguro.

Pero, en determinadas circunstancias, han de ser evacuados a instancias que los requieren para enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas cuya sensibilidad informativa exige una protección reforzada. En estos y otros casos, debe determinarse un criterio de protección que ahora se aborda desde esta Decisión, que formula un conjunto de principios sobre los que debe necesariamente considerarse un tratamiento respetuoso de los datos utilizados en tales procedimientos. En la Decisión se ha tenido en cuenta la consulta al Supervisor Europeo de Protección de Datos.

El art. 1 de la Decisión establece como ámbito de aplicación el de aquellas personas que la Comisión trate en función de los arts. 14, 15 y 16 del Reglamento (UE) 2018/1725 en las tramitaciones de peticiones y reclamaciones del Estatuto de Personal y que hagan referencia a datos de identificación, contacto y comportamiento.

En su art. 2 se regulan las excepciones y limitaciones del uso de los datos en función de criterios y principios como el de la singularidad o la proporcionalidad.

En el art. 3 se exige la publicación en la web de la Comisión de un aviso de la necesidad de protección de los datos de las personas que se relacionen con este tipo de procesos relacionados con el Estatuto para el conocimiento general de que se mantendrá esa protección.

El art. 4 regula la limitación del derecho de acceso a los datos personales con el detalle de cuáles son los condicionantes de esa limitación y sus motivos. Contra dicha decisión cabrá la posibilidad de reclamación ante el Supervisor Europeo de Protección de Datos o ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El art. 5 regula la posibilidad de violación de esa seguridad de los datos y la obligación de comunicarla al Supervisor Europeo.

Las limitaciones de ese derecho se mantendrán durante el tiempo imprescindible para la realización de las actuaciones que justifiquen dicha exigencia, y en el art. 7 se establece además la exigencia de una revisión de periodicidad anual de las limitaciones que deberá, además, ser justificada en su necesidad y proporcionalidad.

Finalmente, se establecen las garantías de un almacenamiento seguro, con supervisión de las limitaciones para prevenir los abusos y el acceso ilícito a los datos personales que sean objeto o puedan ser objeto de limitaciones, o la transferencia ilícita de estos. La limitación de los derechos de las personas interesadas de conformidad con esta Decisión será sometida a la revisión por parte del delegado de la protección de datos de la Comisión.

## **VI. DECISIÓN DE EJECUCIÓN (UE) DE LA COMISIÓN, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2021, CON ARREGLO AL REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, RELATIVA A LA ADECUACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES POR PARTE DE LA REPÚBLICA DE COREA EN VIRTUD DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN PERSONAL**

1. La transferencia de los datos y su garantía. El caso de EE. UU.

Desde el Reglamento de 2016 se regulan las condiciones en las que la UE podrá transferir datos personales a terceros países. No se trata de un tema menor, sino que, muy al contrario, reviste caracteres de importancia porque, en realidad, Europa transfiere datos en cantidades ingentes a territorios como EE. UU., que se instalan en las plataformas como Facebook, Twitter o Google a través de los consentimientos prestados por los propios usuarios de manera apresurada en la medida en que supone la condición de entrada a esas páginas web. De ahí la necesidad de regular, desde la UE, la exigencia de garantías adecuadas, o la firma de acuerdos para que los datos se transfieran de conformidad con unas exigencias pactadas.

La necesidad de arbitrar medidas de garantía entre ambos Estados se justifica por los lazos comerciales que les ligan y como respuesta a las exigencias de un tráfico

comercial global. En su transferencia a EE. UU., Europa exige la garantía de que esos datos han de tener un alto nivel de protección. Se negoció como un acuerdo informal de 2015 a 2016, después de un acuerdo, el “*Safe Harbor*”, Puerto Seguro, que fue anulado por el TJUE en el mismo año 2015, después de producirse las filtraciones de E. Snowden sobre secretos de vigilancia masiva.

Las cláusulas pactadas tienen naturaleza contractual y exigen su observancia. La pertenencia a ese pacto permite a las empresas que libremente se adscriban a suscribir unos principios de obligada observancia y a figurar en un registro, que le dotará de una certificación de que han formalizado ese compromiso. De renovación anual, las empresas quedan obligadas a facilitar información sobre los datos que utilizan, los motivos de su uso, las transferencias que realicen, atender a las quejas que se puedan formular, y a las reclamaciones que se le formulen.

Estas quejas se pueden presentar ante la propia empresa, mediante un mecanismo de recurso independiente, ante el Departamento de Comercio de los EE. UU. e incluso en el mismo panel del escudo, si no se obtuvo satisfacción. Resuelve un organismo privado. Cada Estado contará con una autoridad de protección de datos.

Lo que se llamó “*El Panel del Escudo de Privacidad*” contó con un panel compuesto por tres árbitros neutrales que evitaban acudir a los tribunales, con decisiones vinculantes y ejecutables en EE. UU.; la presentación de la reclamación se podía efectuar ante la misma empresa, el organismo independiente o la autoridad nacional, por persona física. El arbitraje tendría lugar en los EE. UU. con garantías de audiencia y abono de los costes, salvo los honorarios de letrado. La resolución se produciría en un plazo de 90 días, y las consecuencias consistían en la rectificación, corrección o eliminación de los datos.

Como nuevo mecanismo se estableció la figura del Defensor del Pueblo, alto funcionario del Departamento de Estado de los EE. UU. como órgano independiente, con capacidad de investigar en tiempo y forma, al que puede acudir con independencia de otras acciones.

La Comisión había declarado adecuada la protección del Escudo de Privacidad en la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de 12 de julio, en un extenso documento por el que se valoraba el Escudo a la luz de Directiva 95/46 CE, al considerar que los EE. UU. garantizaban el nivel adecuado de protección de los datos transferidos en su art. 25.1.

El mecanismo no era demasiado exigente y fue anulado por el Tribunal de Justicia que declaró insuficiente la garantía de ese documento, aprobado por la Decisión 2016-1250<sup>1</sup>.

1 Frente a esta declaración, sin embargo, valida la Decisión 2010-1987 de la Comisión relativa



La STJUE de la Gran Sala, de 16 de julio de 2020, lo anuló en una sentencia dictada en relación con un ciudadano austríaco, el Sr. Schrems, que reclamó a un juzgado de Irlanda contra el hecho de que sus datos se hubieran trasferido a Facebook de EE. UU. El juzgado austríaco interpuso una cuestión prejudicial alegando el escaso nivel de protección de los ciudadanos europeos en este sentido y el del art. 47 Carta. El TJUE afirmó que las autoridades de control no pueden suspender la trasferencia de datos si no existe previamente una declaración de invalidez del Escudo de Privacidad; declaración de invalidez que realiza el Tribunal en esta misma sentencia. El art. 45 del Reglamento de 2016 faculta a la Comisión para evaluar si, a la vista de su legislación interna o de sus compromisos internacionales, un Estado presta garantías suficientes para que la UE pueda permitir la exportación de sus datos. Y en los arts. 46 a 49 se regula la exigencia de que ese tratamiento contenga acciones legales para que el particular pueda exigir el cumplimiento de esos derechos.

El reclamante era usuario de Facebook y pedía que se prohibieran las trasferencias de sus datos porque los EE. UU. no ofrecían suficientes garantías de privacidad. La pretensión se desestimó por considerar que este país ofrecía un “*puerto seguro*”, pero en el recurso ante el Tribunal de Justicia, éste invalidó la Decisión 2000/520 de la Comisión por la que se había declarado que EE. UU. ofrecía un nivel suficiente de protección en el tratamiento de los datos<sup>2</sup>.

De este modo, el Escudo de Privacidad quedó anulado. Fundamentalmente, esa anulación se basa en que la institución estadounidense del Defensor del Pueblo no se ajustaba a las exigencias de la Unión, al carecer de las garantías suficientes por su falta de independencia y por la existencia de normas que le faculden para adoptar decisiones vinculantes respecto de los servicios de inteligencia estadounidenses.

## 2. La Decisión de Ejecución sobre Corea

En este caso, y tras la experiencia con EE. UU., se ha dictado una Decisión que tiene en cuenta una regulación más exhaustiva de las condiciones que deben exigirse en la transferencia de los datos desde Europa a terceros Estados. Se distingue entre varias categorías de datos, por orden de importancia, de manera que algunos *datos*

a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, OJ L 39, 12.2.2010, pp. 5-18.

2 La STJUE de 6 de octubre de 2015 estima el recurso de este ciudadano que vuelve a reclamar a la autoridad de control y este plantea nuevamente la cuestión al TJUE, ahora acerca de la Decisión 2010/87, estimándose que, a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, las cláusulas contractuales tipo son válidas, aunque se anula la Decisión acerca del Escudo de Privacidad.

*sensibles* tengan protección reforzada. Igualmente, se prevén derechos irrenunciables de las personas afectadas, como el derecho de rectificación o de supresión, o la responsabilidad de las empresas en la adopción de las medidas de protección de la intimidad y otros derechos de la personalidad.

Se crean organismos de supervisión a los que deberán sujetarse las empresas usuarios de los datos, y una exigencia a los poderes públicos de Corea para actuar en materia sancionatoria a quienes no cumplan con los requisitos legales.

Da cuenta de que en el sistema judicial coreano se dispone de medidas para obtener la reparación de los daños causados en los casos de utilización ilícita. En primer lugar, porque permite la indemnización por daños y perjuicios en su sistema jurídico, pero también porque ciertas figuras e instituciones la garantizan. Así, el Centro de atención telefónica sobre privacidad, gestionado por la Agencia de Internet y Seguridad de Corea, o el Comité de mediación de conflictos relacionados con la información personal, abren la vía contenciosa para impugnar las decisiones de estos organismos.

Además, cuenta con una Inspección Policial de control de la legalidad en el sector público que actúa de manera independiente; además, está formada por personas de prestigio profesional y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que tiene como una de las funciones la de investigar las vulneraciones de los derechos de privacidad regulados en su Constitución.

La Comisión concluye que, de acuerdo con la STJUE sobre el caso de M. Schrems, cuando una autoridad nacional de protección de datos cuestiona la compatibilidad de una decisión de adecuación, el Derecho nacional ha de proporcionarle un recurso legal ante un tribunal, pero también la posibilidad de accionar con una cuestión prejudicial ante el TJUE. De manera que se condiciona esta Decisión a la exigencia de ser revisada en un plazo de tres años desde su entrada en vigor.

En dicha revisión se deberá comprobar que las exigencias que se formulan en el Anexo del documento se han cumplimentado por parte de Corea.

### **Resumen**

*Durante el primer semestre de 2022, la normativa europea se ha ocupado fundamentalmente de los asuntos relacionados con la agresión militar rusa contra Ucrania, pero también de la regulación de un Derecho digital incipiente que exigen las nuevas tecnologías. La presente crónica de legislación europea se estructura en torno a estos dos pilares. Por un lado, se centra en los Reglamentos dirigidos a la adopción de medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania. Por otro lado, destaca las novedades legislativas adoptadas en materia de protección de datos personales en el seno de la UE y respecto a terceros países.*

**Palabras clave**

*Agresión militar contra Ucrania; Derecho digital; Unión Europea; transferencias de datos personales a terceros países.*

**Abstract**

*European legislation in this semester has focused mainly on issues related to Russia's military aggression against Ukraine and the regulation of an emerging digital law required by new technologies. The present chronicle of European legislation is structured around these two pillars. On the one hand, it focuses on regulations aimed at the adoption of restrictive measures in respect of actions undermining the territorial integrity, sovereignty and independence of Ukraine. On the other hand, it highlights legislative developments in the area of personal data protection within the EU and vis-à-vis third countries.*

**Keywords**

*Military aggression against Ukraine; Digital law; European Union; Transfers of personal data to third countries.*

Recibido: 25 de mayo de 2022

Aceptado: 3 de junio de 2022



Foro

---



# EL ARTE, LA CULTURA Y SU PÚBLICO EN TIEMPOS DE PANDEMIA

## Art, culture, and its public in times of pandemics

PETER HÄBERLE

*Profesor emérito. Universidad de Bayreuth (Alemania). Director del  
Centro de Investigación para el Derecho Constitucional Europeo*

MARKUS KOTZUR

*Profesor de Derecho europeo y Derecho internacional.  
Universidad de Hamburgo (Alemania)*

*En recuerdo de Michael Stolleis*

### SUMARIO:

- I. Intercambios comunicativos dentro de la cultura y gracias a la cultura.
- II. El procedimiento (urgente) de la iniciativa “levantaos por el arte”.
- III. Acceso a una comprensión comunicativa de la libertad artística.
- IV. Consecuencia: dar espacio al arte.

## I. INTERCAMBIOS COMUNICATIVOS DENTRO DE LA CULTURA Y GRACIAS A LA CULTURA

“La presencia del público cambia a los seres humanos e influye en su comportamiento”<sup>1</sup>. Esta observación ha sido confirmada durante la fase de confinamiento padecida en la pandemia. Es también la tesis de partida de nuestras siguientes reflexiones: el arte es comunicación y se construye con la comunicación. Es bien sabido que muchas escenificaciones persiguen, de forma consciente, estrategias comunicativas y buscan encuentros directos con el público. Por ejemplo, en una reseña sobre la nueva puesta en escena de junio de 2021 de F. Rothehäuslers en relación con la ópera *Werther* de J. Masenets, que de nuevo podía verse en vivo: “no hay foso, no hay escenario, sino la posibilidad de participar en lo que se ve. El arte no surge de arriba,

1 SZ de 4 de junio de 2021, p. 1.

sino del público”<sup>2</sup>. En efecto, la mediación comunicativa del arte va de la mano de la génesis creadora del arte.

Ciertamente, no se ha de silenciar que el amplio concepto de comunicación relativiza la tesis de partida<sup>3</sup>. Sin embargo, el punto álgido de la relación entre arte y comunicación no radica en la simple igualación entre arte y comunicación, sino en el foco que atiende a aquellos contenidos del arte vinculados al público, bien porque recibe, bien porque interactúa. De ahí surge la iniciativa “levantaos por el arte”<sup>4</sup>, que acreditó, antes y durante la pandemia, no solo de la relevancia del arte para la vida social, sino también la responsabilidad del público en el arte: “nos falta especialmente el arte que se escenifica: el teatro, la danza, la música, la ópera. En este sentido, nuestra tarea como artistas es crear una intimidad con el público. [...] Y esta relación directa, que solo es posible en el teatro, ahora se ha roto”<sup>5</sup>.

Este trabajo no va a ahondar en los complejos procesos de ponderación ligados a estas situaciones. Ya hay bastante bibliografía respecto a las amenazas de erosión de los derechos fundamentales, la problemática del principio de proporcionalidad y los problemas de coherencia durante la pandemia del Covid-19<sup>6</sup>. Con ocasión de la iniciativa citada – “levantaos por el arte” y su petición de una protección (urgente), debe iluminarse aún más el lado comunicativo del arte y su relevancia sistemática para el Estado constitucional y su función constitutiva de la libertad<sup>7</sup>. El arte facilita

2 THOLL, SZ de 13 de julio de 2021, p. 10.

3 N. LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, reimpresión 2010, p. 193 y ss. Del mismo autor, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1998, pp. 81 y ss. A.S. CLAAS, *Der Begriff der Kommunikation bei Niklas Luhmann. Eine philosophie Analyse*, 2015; J.N. DRUEY, *Der Kode des Gesprächs. Was die Sprechaktlehre dem Juristen zu sagen hat*, 2015.

4 [www.aufstehenfuerdiekunst.de](http://www.aufstehenfuerdiekunst.de).

5 <https://www.tagesspiegel.de/kultur/die-initiative-aufstehen-fuer-die-kunsts-warum-diese-vier-kuenstler-gegen-die-corona-politik-klage/27063420.html>.

6 A. BLANKENAGEL, “Did Constitution Matter?”, *Juristenzeitung*, vol. 76, núm. 14, pp. 702-710; M. ERDMANN, “Kohärenz in der Krise?”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 39, núm. 24, 2020, pp. 1798-1802; H.M. HEINIG, T. KINGREEN, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, U. VOLKMANN, H. WIßMANN, “Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise”, *Juristenzeitung*, vol. 75, núm. 20, 2020, pp. 861-872; H. SCHMITZ, C.-W. NUEBERT, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 39, núm. 10, 2020, pp. 666-670; T. SIEGEL, “Verwaltungsrecht im Krisenmodus”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 39, núm. 9, 2020, pp. 577-583.; R. ZUCK, H. ZUCK, “Die Rechtsprechung des BVerfG zu Corona”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, p. 2302. J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2020; H. PRANTL, *Not und Gebot: Grundrechte in der Quarantäne*, 2021.

7 P. HÄBERLE, M. KOTZUR, “Die Covid-19-Pandemie aus der kulturwissenschaftlichen



el encuentro y la conversación, primero entre los artistas, luego entre el artista y su público, lo cual hace que el arte finalmente facilite la experiencia artística como una suerte de encuentro del público consigo mismo. En definitiva, los espacios culturales son espacios libres para el encuentro comunicativo<sup>8</sup>.

## II. EL PROCEDIMIENTO (URGENTE) DE LA INICIATIVA “LEVANTAO POR EL ARTE”

La iniciativa “levantaos por el arte” buscó desde el 2021 la posibilidad de obtener una protección judicial frente a la norma que había permitido el cierre de teatros, óperas y salas de concierto<sup>9</sup>. La iniciativa también denunció y denuncia una vulneración de la libertad artística (art. 5 III 1 de la LF y art. 108 de la Constitución de Baviera) y del principio de igualdad (art. 3.I de la Ley Fundamental y 118 I de la Constitución de Baviera). Sus miembros, a principio de años, interpusieron un amparo colectivo ante el Tribunal Constitucional de Baviera y un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La solicitud de medidas cautelares ha sido infructuosa en ambos tribunales<sup>10</sup>.

El Tribunal Constitucional de Baviera consideró “que la prohibición de actividades y el cierre de las actividades culturales fue una restricción considerable en el ámbito protegido por el artículo 5.III.1 de la Ley Fundamental”. Sin embargo, no entendió que fuese una vulneración, dada su limitación temporal y la finalidad perseguida: el productor de la norma ha realizado “una ponderación cuidadosa y guiada por la concordancia práctica de los derechos fundamentales en conflicto”<sup>11</sup>. El Tribunal nada dijo respecto al público, “no se ha prohibido uno u otro contenido cultural, sino su escenificación ante el público; la producción de arte y otros modos de exposición no son afectados”<sup>12</sup>.

Perspektive einer europäischen und universalen Verfassungslehre”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, p. 132; de los mismos autores, “Der schmerzvolle Leerlauf des vielgestaltigen Kulturverfassungsrechts in Corona-Zeiten”, *Juristenzeitung*, vol. 76, núm. 4, 2021, pp. 161-166.

8 P. LERCHE, P. HÄBERLE, *Kunst und Recht im In- und Ausland*, 1994, p. 37; C. ENDERS, “Anmerkung”, *Juristenzeitung*, vol. 63, núm. 11, 2008, pp. 581-584.

9 BGBl, 2021 I 802.

10 Decisión de 15 de abril de 2021- 20 NE 21.919, BeckRS 2021, 7403.

11 VGH München, decisión de 15 de abril de 2021 – 20 NE 21.929, BeckRS 2021, 7403, apartado 37.

12 VGH München, decisión de 15 de abril de 2021 – 20 NE 21.929, BeckRS 2021, 7403, apartado 38.

La solicitud de medidas cautelares ante el Tribunal Constitucional<sup>13</sup> puso al público en el centro de su argumentación. Consideró que la prohibición de actuar frente al público sería lo mismo que una prohibición de ejercer el arte: “el arte exige un público con el que generar una interacción espiritual. Este aspecto pertenece al núcleo del ámbito protegido de la libertad artística. Para los artistas de la escena [...] la actuación ante el público es la parte más considerable de su ocupación artística”<sup>14</sup>. Si la “interacción espiritual” define tan intensamente la actuación artística, es posible pensar en una afectación del ámbito protegido, en tanto que la línea de separación entre obra y producción es muy fluida<sup>15</sup>. Así, respecto al llamado *street art*, subraya el Tribunal Constitucional: “dado el estrecho vínculo entre creación de arte y comunicación, entre artista y mundo exterior, en el caso del artista callejero, el ámbito de actuación es tan importante como su actuación”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, aunque camina sobre una jurisprudencia muy antigua, toma otra dirección:

*“La libertad artística y la actuación artística están garantizadas, por el contrario, la mediación de la obra de arte y su función, tienen un menor valor para el constituyente, que considera menos restringible la creación artística frente a la comunicación entre el artista y el mundo exterior”*<sup>16</sup>.

Esta premisa tiene consecuencias en la valoración de la petición de medidas cautelares. Considera el Tribunal Constitucional que el ámbito de protección de la libertad artística, sin duda, se abre, incluyendo “no solo la creación, sino también su exposición en público”<sup>17</sup>. El Tribunal valora “el encuentro con la obra” como “un proceso artístico específico” y añade a su ámbito de eficacia “el suelo desde el que se desarrolla la garantía de la libertad del artículo 5 III 1 de la Ley Fundamental”<sup>18</sup>. Sin

13 BVerfG 20.5.2021 – 1 BvR 928/21, BeckRS 2021, 11560.

14 BVerfG 20.5.2021 – 1 BvR 928/21, BeckRS 2021, 11560, apartado 5.

15 BVerwGE 84, 71 (74) = NJW 199, 2011; I. VON MÜNCH, P. KUNIG, R. WENDT, *Grundgesetz-Kommentar*, 7ª ed., 2021, GG, Art. 5, apartado 152.

16 BVerfGE 77, 240, (253 y ss.) = NJW 1988, 325; I. VON MÜNCH, P. KUNIG, R. WENDT, *op. cit.*, GG, Art. 5, apartado 152.

17 BVerfG 20.5.2021 – 1 BvR 928/21, BeckRS 2021, 11560, apartado. 15.

18 El Tribunal se remite a decisiones previas: BVerfGE 30, 173 (189) = NJW 1971, 1645; BVerfGE 36, 321 (331) = NJW 1974, 689; BVerfGE 67, 213 (224) = NJW 1985, 261; BVerfGE 81, 278 (192) = NJW 1990, 1982; BVerfGE 119, 1 (21 y ss.) = NJW 2008, 39; BVerfGE 142, 74 (96) = NJW 2016, 2247.

embargo, la resolución no va más allá<sup>19</sup>. Parte de la proporcionalidad del cierre de las instituciones culturales y considera que los demandantes incurren en un serio déficit de fundamentación al no tener en cuenta la doctrina de los tribunales de los *Länder* (apartado 32). Ciertamente subraya el aspecto del intercambio comunicativo, pero precisamente ese intercambio conduce a la reunión de personas, aumentando el riesgo de contagio (apartado 24). En definitiva, las limitaciones que acompañan a las medidas no son desproporcionadas a la luz del peso y urgencia de las razones que las justifican (apartado 34). Además, incluso si las instituciones cuyo acceso está vedado suponen un espacio significativo para la actuación artística de los demandantes, “el ámbito de protección queda indemne, pues hay otras formas de actuación y exposición” (apartado 34).

La comparación entre la posibilidad de celebrar actos religiosos bajo estrictas condiciones higiénicas y la prohibición absoluta de actividad artísticas, destaca en el tribunal una importante valoración: el participante en un acto religioso es también titular de la libertad religiosa (art. 4 LF), mientras que el participante en una actividad cultural, “normalmente no es titular de la libertad de creación artística” (apartado 35). Sin embargo, no queda claro qué significa “normalmente”. Si el arte es comunicación y se forma desde la comunicación, entonces ha de aclararse por qué el público solo puede apoyarse en el artículo 2.I. de la Ley Fundamental y, por qué, la libertad activa del artista no es una libertad pasiva de quien recibe el arte.

### III. ACCESO A UNA COMPRENSIÓN COMUNICATIVA DE LA LIBERTAD ARTÍSTICA

#### 1. El concepto abierto de arte

El arte<sup>20</sup> difícilmente puede definirse en un solo concepto a la luz de la riqueza de sus variaciones, la apertura de sus contenidos y la interminable creatividad. La imposibilidad de definir la cultura se ha discutido largamente<sup>21</sup>. Pero un derecho fundamental, cuyo ámbito de protección no puede delimitarse con claridad, carece de efectos normativos. Esto ya lo puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en

19 BVerfG 20.5.2021 – 1 BvR 928/21, BeckRS 2021, 11560, apartado 15.

20 F. MÜLLER, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 1969; F. HUFEN, *Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen*, 1982; G. ERBEL, *Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie*, 1986.

21 W. KNIES, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967, 214; BVerfGE 67, 213 (225) = NJW 1985, 261 – Anachronistischer Zug.

su decisión Mephisto y desde entonces batalla con el concepto abierto de arte: “El ámbito vital del arte está marcado por la esencia del arte, de la cual solo pueden distinguirse algunas características estructurales”<sup>22</sup>. Entre esas características estructurales, el Tribunal cuenta “con la conformación libre de las impresiones, experiencia y acontecimientos del artista a través de una determinada forma del lenguaje que da lugar a un concepto”. Se busca un marco dinámico y abierto para encuadrar las distintas emanaciones del arte y al mismo tiempo ser suficientemente preciso en la distinción del arte respecto a otras formas sociales de vida<sup>23</sup>. Toda actividad artística es “un conjunto interno consciente e inconsciente de procesos, que no se desenlazan de forma racional”<sup>24</sup>. Añade: “En la producción artística intervienen intuiciones, fantasías y conceptos; no es en primer lugar mediación, sino expresión directa de la personalidad individual del artista”.

En la interpretación de la amplia garantía de la libertad artística debe tenerse en cuenta la autocomprensión del artista, su interpretación en la formación de su obra<sup>25</sup>. Sus manifestaciones, en especial su actuación y su vida artísticas (intuiciones, fantasía y conceptos) son una pieza de la interpretación constitucional en sentido amplio<sup>26</sup>. Dicho de manera general: la autocomprensión se convierte en un “elemento material del derecho fundamental”<sup>27</sup>. Este pensamiento encuentra resonancia en el mundo del arte, piénsese, por ejemplo, en el “concepto amplio de arte” de J. Beuys. Para él, cada persona es un artista, pues toda actuación humana es creadora<sup>28</sup>. Son los artistas y la sociedad los que conforman la medida de lo que es el arte, tal y como lo confirma una mirada al desarrollo de la historia del arte. Y con ello se muestra también la relativa dependencia del arte respecto al tiempo. El arte está sobre el tiempo<sup>29</sup> y es también un hijo de su tiempo. Como dijo J.W. Goethe<sup>30</sup>: “El

22 BVerfGE 30, 173 (188 y ss.) = NJW 1971, 1645 – Mephisto; BVerfGE 119, 1 (20 y ss) = NJW 2008, 39 – Esra.

23 J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *StaatsR-HdB* VII/v. Arnauld, 3ª ed., 2009, § 167, apartado 13.

24 BVerfGE 30, 173 (188 y ss.) = NJW 1971, 1645.

25 P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., 1988, p. 2; MORLOK, *Selbsterverständnis als Rechtskriterium*, 1993.

26 P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 79 y ss.

27 BVerfGE 83, 341 (356) = NJW 1991, 2623.

28 J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *StaatsR-HdB* VII/v. Arnauld, 3ª ed., 2009, § 167, apartado 10.

29 P. HÄBERLE, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

30 Sobre las aficiones y el diletantismo práctico en el arte de 1799, citado a través de E. GHI-BELLINO, *Klassikertexte im Verfassungsleben. Goethe im Denken von Peter Häberle*, 2021, p. 26.

arte se da leyes a sí misma y ordena el tiempo. El diletantismo sigue la inclinación del tiempo”. Y en este sentido, tendríamos que preguntarnos, abriendo un tema nuevo, cuáles han sido las formas del arte en el tiempo de pandemia.

## 2. El contenido cultural antropológico de la libertad artística

El significado central de la autocomprensión nos remite a un contenido cultural antropológico, en el que se enmarca el arte y la libertad artística. Deben tenerse en cuenta, sobre todo, las formas jurídico-positivas en los textos constitucionales de los Estados, la Carta de los derechos fundamentales, el Derecho internacional de los derechos humanos, la dogmática y la jurisprudencia relativa a la libertad artística y su dimensión en los derechos humanos: a estos elementos le debemos nuestro “erguido caminar”. La humanidad significa la apertura hacia la producción o recepción del arte, también en tiempos de pandemia, por eso es tan importante el carácter prestacional de la libertad artística. Precisamente allí donde existen inevitables limitaciones proporcionales fundadas en la protección de la salud, no debe perderse de vista la relevancia sistemática del arte y la cultura, no debe olvidarse la llamada “nación cultural” y la República federal debe permanecer como “República de instrucción pública”.

La libertad del Estado constitucional implica la libertad cultural, sobre todo gracias a la religión, el arte y la ciencia (¡libertad científica también para los estudiantes!). Se trata de una libertad que nos lleva más allá del estado de naturaleza (la humanidad como cultura) y se ha de proteger en situaciones de excepción. La libertad cultural hace del *status civilis* un *status culturalis*<sup>31</sup>. Y hoy, a través del Derecho internacional, se construye un *status mundialis hominis*<sup>32</sup>. La posibilidad activa o pasiva de la cultura tiene, por tanto, una relación con los derechos humanos, porque permite a cada ser humano vivir su vida. Por ello, toda persona es titular de un *in dubio pro arte* que toma en cuenta lo relevante de su humanidad. El arte y la cultura confieren fuerza espiritual. De ahí que algunas Constituciones reconozcan el derecho humano a la cultura<sup>33</sup>. Conviene subrayar: primero la cultura hecha por las personas, luego el lenguaje que hace a los seres humanos, humanos (Pestalozzi), lo

31 P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, p. 85; P. HÄBERLE, M. KOTZUR, *EurVerfassungslehre*, 8ª ed., 2016, apartado 1406.

32 P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur. Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre*, 2013, p. 355.

33 El artículo 64 de la Constitución de la República Dominicana; también el 19 párrafo 11 de la Constitución chilena o el 68 de la uruguaya. Véase al respecto P. HÄBERLE, *Ein lateinamerikanisches Verfassungs-, Lese- und Lebensbuch – im Kontext einer universalen Verfassungslehre*, 2021, pp. 99 y ss.

que incluye explícitamente la comunicación. Así se traza el puente desde los contenidos antropológicos a los comunicativos de la libertad artística.

### 3. El arte desde la comunicación, el arte como comunicación

El arte siempre ha de entenderse en atención a su función<sup>34</sup>. Toda la autonomía del arte se encuadra dentro “de la función externa en comunicación recíproca con el programa estético interno”<sup>35</sup>. Estas funciones externas y sociales son plurales y cambiantes<sup>36</sup>, pero siempre se dirigen a la comunicación. El arte quiere ser “comunicación creativa con estructuras interpretativas útiles”<sup>37</sup>. Por eso, la libertad artística se explica fácilmente como derecho fundamental de comunicación<sup>38</sup>. En este sentido, es ilustradora una ojeada a la convención de la Carta de derechos fundamentales de la Unión. En ella, se afirma sobre el artículo 13: “este derecho se deriva directamente de la libertad de pensamiento y de la libertad de expresión”<sup>39</sup>. El aspecto comunicativo debe situarse en un contexto político. Toda libertad comunicativa es esencialmente condición de vida para la libertad democrática<sup>40</sup> y de este modo “elemento constitutivo para el orden democrático-liberal”<sup>41</sup>.

“Debemos interpretar el arte simplemente como un mensaje codificado, que puede traducirse libremente en la comunicación cotidiana”<sup>42</sup>. En esto consiste el arte y su dimensión social. Este elemento social se torna comunicativo en dos direcciones: “hacia afuera, en el que el arte se presenta como el otro ante el medio social, y

34 BVerfGE 30, 173 (188 y ss.) = NJW 1971, 1645. I. VON MÜNCH, P. KUNIG, R. WENDT, *op. cit.*, GG, Art. 5, apartado 145.

35 J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *StaatsR-HdB* VII/v. Arnauld, 3ª ed., 2009, § 167, apartado 2. F. HUFEN, *Die Freiheit der Kunst in staatliche Institutionen*, 1982, pp. 98 y ss.

36 N. LUHMANN, *Die Kunst der Gesellschaft*, 2ª ed., 1996, pp. 215 y ss.; BUSCH, *Eine Geschichte der Kunst im Wandel ihrer Funktion*, 1987; J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *StaatsR-HdB* VII/v. Arnauld, 3ª ed., 2009, § 167, apartado 3 y ss.

37 J. WÜRKNER, “Die Freiheit der Kunst in der Bundesrepublik Deutschland”, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1989, pp. 225 y ss., p. 230.

38 Confrontese BVerfGE 77. 240 (251) = NJW 1988, 325; R. SCHMÜCKER, *Was ist Kunst?*, 1988, pp. 270 y ss.

39 ABl. 2007 C 303, 17.

40 [40 En el sentido de la decisión BVerfGE 7, 198 (208) = GRUR 1958, 254.

41 BVerfGE 10, 118 (121) = NJW 1960, 29; BVerfGE 20, 56 (97) = NJW 1966, 1499; BVerfGE 107, 299 (308) = NJW 2003, 1787.

42 J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *StaatsR-HdB* VII/v. Arnauld, 3ª ed., 2009, § 167, apartado 20.

hacia adentro, en el que el artista, los críticos y el público tratan sobre lo particular del arte<sup>43</sup>. El público no es solo un receptor pasivo, también es un participante activo. La obra y su ámbito de actuación se difuminan. El arte ya no está solo incrustado en un espacio comunicativo<sup>44</sup>, en verdad surge de la comunicación y a través de la comunicación, es una parte de un proceso más amplio. Esto tiene una consecuencia clara para el ámbito de protección de la libertad artística. Si el arte debe protegerse en tanto que ámbito vital de comunicación, también ha de protegerse la obra de arte, el artista y el público<sup>45</sup>. Esta comunicación no solo es contexto para el arte, sino que también es una parte constitutiva del arte. Se producen muchos intercambios creativos entre el artista y el público. Pensemos simplemente en el aplauso, que, en cuanto que reacción, es una para del arte.

La interpretación del público es una actuación artística en sí misma. De la misma manera que las palabras de Tucídides hacen presente la belleza en la mirada del espectador, el arte surge a través de las observaciones reflexivas de sus destinatarios. Markus Lüpertz, uno de los pintores alemanes más famosos, artista gráfico y escultor, ha encontrado una definición precisa: “sin observador no existe el arte, solo con el observador se completa el cuadro”<sup>46</sup>. La participación del público en la obra del artista no se tiene en cuenta si solo se protege a través del derecho general de libertad. La libertad artística –bajo la reserva de lo posible<sup>47</sup>– ofrece un derecho de prestación, que habilita la creación conjunta. El público, en su sustancia o en su proceso, es una parte activa del espacio público de la cultura, que pertenece a la historia, al presente y futuro de un pueblo<sup>48</sup>.

#### IV. CONSECUENCIA: DAR ESPACIO AL ARTE

El arte necesita su espacio, también en los tiempos de crisis. Debemos combatir el empequeñecimiento padecido en la fase de confinamiento, y recuperar, con energía, bajo condiciones sanitarias, el carácter público del arte. El renacer es una

43 J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *StaatsR-HdB* VII/v. Arnould, 3ª ed., 2009, § 167, apartado 28; P. BOURDIEU, *Die Regeln der Kunst*, 2001, pp. 370 y ss.

44 L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Neudruck, 1986, § 204.

45 P. HÄBERLE, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 110, 1985, p. 577 (606); E. BENDA, W. MAIHOFER, H.-J. VOGEL, *VerfassungsR-Hdb II*, 1995, § 26, apartado 52 y ss. J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *StaatsR-HdB* VII/v. Arnould, 3ª ed., 2009, § 167, apartado 49.

46 SZ de 15 y 16 de mayo de 2021, p. 16.

47 P. HÄBERLE, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30, 1972, 43, pp. 96 y 113 y ss.; BVerfGE 33, 303 (303) = NJW 1972, 1561.

48 P. HÄBERLE, *Gibt es eine Europäische Öffentlichkeit?*, 2000.

tarea de toda Europa. Comienza con los coros y teatros aficionados, cuya fuerza para construir comunidad ha sido erosionada en la pandemia; incluye desde el arte pequeño a los grandes festivales, la concesión de premios o el arte callejero. El animal social necesita su día a día comunicativo. La relevancia constitucional de la cultura debería pertenecer a la tan traída nueva normalidad. En este sentido, se ha de subrayar que la Federación haya creado nuevas medidas de apoyo y quiera ayudar con 2.5 billones<sup>49</sup>. El verano cultural en Baviera marca el preludio de un pacto por la cultura<sup>50</sup>, que ya ha sido cerrado en Nord-Rhein-Westfalen<sup>51</sup>. Deben celebrarse esos intentos para superar institucionalmente los déficits de la pandemia.

La mirada a Francia también es positiva. El presidente E. Macron ha concedido a los jóvenes una ayuda de 300 euros para cultura<sup>52</sup>, que incluye, por ejemplo, la compra de libros o entradas al teatro. Así, de la crisis surgen empeños innovativos para facilitar de manera novedosa la participación en el arte. Vendría bien recordar aquí las palabras de Th. Heuss, según el cual con la política no se puede hacer cultura, pero con la cultura, quizá, sí se puede hacer política<sup>53</sup>. Para ello son necesarias iniciativas como “levantaos por la cultura”. Que, incluso si no tienen éxito en los tribunales, deben situar en el centro todo sustrato cultural, sin el cual no viviría la democracia. Y para cerrar con Goethe<sup>54</sup>: “el arte es el modo más seguro de evadirse del mundo, y no hay forma más segura de vincularse a él que con la cultura”.

### Resumen

*Este trabajo estudia la relevancia para el Derecho de la relación entre arte y público. Describe los conflictos jurídicos que se han planteado a raíz de las actuaciones llevadas a cabo por la iniciativa “levantaos por el arte”, que solicitó ante el Tribunal Constitucional de Baviera y el Tribunal Constitucional Federal, medidas cautelaras frente al cierre absoluto de las instituciones artísticas. Luego el trabajo reflexiona sobre el concepto de arte, y su proyección como proceso comunicativo a la construcción antropológica del ser humano.*

49 SZ de 27 de mayo de 2020, p. 11: “Plan para el final de la soledad”.

50 [www.bayern.de/bayern-spielt-kultursommer-im-gesamten-freistaat](http://www.bayern.de/bayern-spielt-kultursommer-im-gesamten-freistaat).

51 SZ de 23 de mayo de 2021, apartado 18.

52 <https://www.sueddeutsche.de/kultur/kulturpass-in-frankreich-alles-aus-ser-amazon-und-netflix-1.5301368>.

53 De la conferencia “Virtudes y límites de la política cultural” de 17 de mayo de 1951, impreso en HEUSS, *Die großen Reden. Der Staatsmann*, 1965, 137.

54 *Die Wahlverwandschaften, 1808/1809*, citado de E. GHIBELLINO, *Klassikertexte im Verfassungsleben. Goethe im Denken von Peter Häberle*, p. 26.



**Palabras clave**

*Libertad artística, público, Tribunal Constitucional de Baviera, Tribunal Constitucional Federal, medidas cautelares.*

**Abstract**

*This work studies the relevance for the Law of the relationship between art and the public. The paper describes the legal conflicts that have arisen as a result of the actions carried out by the initiative "rise for art", which requested before the Bavarian Constitutional Court and the Federal Constitutional Court, precautionary measures against the absolute closure of artistic institutions. Then the work reflects on the concept of art, and its projection as a communicative process to the anthropological construction of the human being.*

**Keywords**

*Freedom of artistic creation, public, Bavarian Constitutional Court, Federal Constitutional Court, precautionary measures.*

Recibido: 31 de marzo de 2022

Aceptado: 15 de abril de 2022



# Noticias de libros

---



***EL SISTEMA EUROPEO DE FUENTES, RICARDO ALONSO GARCÍA Y PAZ ANDRÉS DE SÁENZ DE SANTAMARÍA, FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO, 2022, 223 PÁGINAS***

**Book review**

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

*Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada*

**SUMARIO:**

- I. Las características y la naturaleza del libro.
- II. Sobre el Derecho originario.
- III. Sobre el Derecho derivado.

**I. LAS CARACTERÍSTICAS Y LA NATURALEZA DEL LIBRO**

El libro que recensiono se integra en la colección que edita la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Antes de nada, querría resaltar la encomiable labor de esta Fundación, que ocupa un lugar central en los debates del Derecho público gracias a su esfuerzo a lo largo de años. Conviene recordar que los textos que edita tienen su origen en un debate que se estructura a partir de una ponencia principal y un comentario a la misma. La obra de la que doy noticia responde a este modelo, de manera que el trabajo medular es el de Ricardo Alonso García, Catedrático de Derecho Administrativo y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, y la réplica de Paz Andrés Sáenz de Santamaría, Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Oviedo y consejera de Estado.

Cualquier persona interesada en el Derecho de la Unión conoce a ambos autores. Sus trabajos han servido para consolidar el estudio de esta materia en nuestro país y llevarlo al primer nivel del continente. Indudablemente, el libro responde a la categoría de ambos profesores. El planteamiento no es nada acomodaticio: escogen un tema clásico, el sistema de fuentes, pero huyen de lo sabido y plantean directamente aquellos puntos que consideran problemáticos, todo ello con una radical actualidad (Paz Andrés discute incluso el propio concepto de sistema de fuentes, p.

158). Las cuestiones que analizan y cómo las estudian traslucen un poderoso conocimiento de la lógica jurídica de la Unión y, además, una gran sensibilidad para escoger la jurisprudencia que ilumina los temas.

La intención primordial de esta reseña es describir el contenido del libro. No obstante, realizo una exposición ligeramente divergente al índice, hilando los temas de manera distinta, para ofrecer una visión que se ordena a través de los ejes Derecho originario/Derecho derivado. A continuación, añado una breve lectura político-constitucional de las cuestiones que exponen los autores. Quiero pensar que esa mirada desvela la profundidad de los argumentos de este libro. Un texto que es excelente, precisamente por dar pie a la reflexión.

## II. SOBRE EL DERECHO ORIGINARIO

### 1. Los contenidos del libro

El profesor Ricardo Alonso García comienza cuestionando el igual valor jurídico de las distintas normas que componen el Derecho originario –los Tratados, la Carta y los Protocolos–. Una primera razón radica en la posibilidad que tiene el Tribunal de Justicia de controlar las decisiones que articulan las reformas de los Tratados. Se hace eco de la doctrina *Pringle*, en la que se juzgó tanto el procedimiento, como los límites materiales (p. 18 la profesora Paz Andrés ofrece conclusiones menos rotundas, p. 161). El segundo argumento lo construye Ricardo Alonso a la luz de los Protocolos. Si su función es detallar los Tratados o exceptuar su aplicación, la relación entre ambos cuerpos normativos no puede ser homogénea. La necesaria coherencia impone un mayor peso interpretativo de los Tratados, de suerte que no queden desvirtuados por los Protocolos. Estos dos apuntes críticos le permiten al autor situar la declaración del mismo valor en su justa medida: “En definitiva, cabría concluir sosteniendo que la única verdad insoslayable que encierra la atribución del ‘mismo valor jurídico’ a todo el Derecho originario sería su superioridad ordinamental respecto del Derecho derivado” (p. 24).

Pero ¿cuál es ese valor jurídico respecto al Derecho del Estado? Es este un problema clásico, al que Ricardo Alonso dedica algunas páginas centradas en la última y polémica decisión del Tribunal Constitucional de Polonia. Como bien señala, lo importante de esta sentencia no es tanto su fallo, que en términos generales replica doctrina anterior del propio Tribunal Constitucional y refleja la de otros. La clave reside en el autor y el contexto. El primero, un Tribunal en crisis de legitimidad, cuyo déficit, precisamente, está siendo cuestionado por la Unión. El segundo, la voluntad de erosionar los cimientos de la Unión.

Sin embargo, como explica el autor, los efectos políticos de la decisión resultan inviábiles, pues no es posible imaginar ni una reforma de los Tratados, ni un *exit* de Polonia. Afirma así el autor, arrojando algo de optimismo, que “parece que la solución terminará girando, tarde o temprano, en torno a la reconsideración del problema por las autoridades polacas, acaso forzadas al máximo desde las instituciones europeas y desde la propia sociedad civil” (p. 33). En este punto entran en juego las páginas que Paz Andrés dedica a las diversas resoluciones del Tribunal de Justicia frente a las infracciones del Estado de Derecho imputadas a Hungría y Polonia (p. 166 y ss.). Entiende que están sirviendo para que el Tribunal de Justicia perfile un núcleo constitucional duro.

Me gustaría en esta reseña alterar el orden de los temas estudiados en el libro, y saltar ahora al epígrafe dedicado a los principios generales, pues tradicionalmente estos (o parte de ellos) se han ubicado en el contexto del Derecho originario, tesis que es discutida por Ricardo Alonso. En efecto, considera que afirmar de manera general que los principios tienen rango constitucional es “simplista (además de perturbador)” (p. 74). El rango del principio estaría determinado por el de la “norma a la que resulten de algún modo incorporados” (p. 74). Así las cosas, la naturaleza de los principios generales no vendría fijada por el rango, sino “por su existencia al margen de cualquier reconocimiento normativo positivizado” (p. 73).

El decano de la Complutense aprovecha la reflexión sobre los principios generales para plantear dos asuntos ligados a la dualidad de derechos fundamentales que provoca su incardinación en la Carta y en su condición de principios generales. Señala que algunos derechos de la Carta, inaplicables por su propia naturaleza al Estado miembro (toma como ejemplo el derecho a la buena administración y el derecho de acceso a los documentos), acaban proyectándose en el ordenamiento nacional a través de su reconocimiento por el Tribunal de Justicia como principios generales. En línea con esta expansión aplicativa de los derechos fundamentales de la Unión, el libro atiende al reciente fenómeno por el cual, sin haber Derecho europeo implicado, los Tribunales Constitucionales utilizan la Carta, sea como canon de validez (Austria, Alemania), sea como criterio hermenéutico (España). Pero bien sabemos que esta estrategia, sobre todo en el caso del Tribunal Constitucional alemán, no es inocente. Lo expone de forma prudente el autor cuando muestra las dudas que ofrece la particularidad de utilizar la Carta, prescindiendo del Tribunal de Justicia, a fin de cuentas, intérprete supremo de ese documento:

*“no lleva aparejado cierto riesgo el hecho de recorrer unos senderos, los de la CDFUE, que en ocasiones pueden estar necesitados de una iluminación que debería venir de su intérprete supremo, el TJUE, quien sin embargo vería dificultada, cuando no imposibilitada,*

*su intervención, al no darse las condiciones para entablar un diálogo al respecto vía prejudicial?” (p. 85).*

El difícil juego del reconocimiento de los derechos fundamentales en distintas fuentes, lo plantea también en el epígrafe 4, donde trata el alcance del CEDH. Comienza recordando el lugar limitado que ocupa hoy el Convenio: “no es fuente del Derecho de la Unión, de manera que ni es un instrumento directamente aplicable en la Unión, ni lo es en los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión” (p. 89). En definitiva, la función del Convenio se concentra en coadyuvar a fijar el sentido y alcance de los derechos de la Carta, tal y como dispone el artículo 52.3. Pero ¿qué ocurre cuando el derecho reconocido en el Convenio no ha recibido, vía ratificación, el consenso de todos los Estados de la Unión? ¿Sigue condicionando el contenido y sentido de los derechos de la Carta? Ricardo Alonso presenta las distintas posiciones que han manifestado los Abogados Generales, y suscribe la de Pedro Cruz Villalón, que, en sus conclusiones a Åkerberg Fransson, propuso la interpretación autónoma desde la Carta allí donde el Convenio no encarna consenso.

Todavía en torno al artículo 53.2 de la Carta, Ricardo Alonso apunta un tema para la reflexión. Entiende que el citado precepto transforma el uso previo que el Tribunal de Justicia había hecho del Convenio. Pasa de ser instrumento de inspiración a estándar mínimo. Y esa función plantea evidentes problemas cuando las categorías en conflicto son dos derechos fundamentales. ¿Qué significa entonces estándar mínimo o mayor protección?

El tratamiento de los problemas específicos del Derecho originario se cierra con el epígrafe 6, en el que estudia la diversidad conceptual utilizada por los Tratados para los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia, anulación en el recurso de legalidad (art. 263), invalidez en la cuestión prejudicial (art. 267). Sin embargo, subraya Ricardo Alonso que con el tiempo esta disparidad ha resultado ser una mera variación nominal (p. 127), de manera que las sentencias que anulan y las que declaran la invalidez comparten los mismos efectos “erga omnes” y, por regla general, “ex tunc”. En este contexto, se comparte plenamente con el autor su crítica de que no se hayan trasladado esas características también al control incidental de legalidad previsto en el artículo 277, que solo produciría efectos entre las partes.

## 2. Una lectura político-constitucional de los contenidos del libro

El método de los profesores Ricardo Alonso y Paz Andrés identifica aquellos puntos en los que el Derecho originario plantea dificultades técnicas. No obstante, si reunimos sus apreciaciones en una mirada de conjunto, el libro nos dice mucho



sobre la naturaleza político-constitucional del Derecho originario y, por ende, de la propia Unión.

Es un lugar común afirmar que la estructura formal de un texto normativo con vocación de supremacía revela su naturaleza político-constitucional. Partiendo de esta premisa, son muchas y enriquecedoras las hipótesis a las que invita la obra recensionada. A mi juicio, los hitos destacados por los autores permiten concluir que el Derecho originario tiene tres rasgos esenciales: su cuerpo central, los Tratados, compone un texto híbrido, entre el derecho constitucional y la reglamentación económica; pese a su detalle, esos Tratados necesitan ser completados; y goza de una supremacía modulada. Esbozaré brevemente estas características.

La amplia extensión del Derecho originario trasluce la doble alma de los Tratados. Nacieron para reglamentar un mercado, pero han terminado configurando una organización política. Para lo primero es necesario el detalle; para lo segundo se recomienda la concisión en aras a que la mayoría coyuntural de cada momento desarrolle el marco de posibilidades compartidas. Esta dualidad funcional (¿contradicción?) enmarca las reflexiones de los autores sobre el mismo valor del Derecho originario que, en el fondo, reverdecen un problema clásico de teoría constitucional: ¿existe una jerarquía dentro de la propia norma suprema – los Tratados? O, al menos, ¿tienen el mismo valor hermenéutico para dotar de coherencia al sistema? Es obvio que los distintos procedimientos de reforma anuncian que no tienen igual rigidez. La función del Tratado de la Unión como una suerte de frontispicio ahonda en esta idea. Y Paz Andrés nos explica muy bien la formación de un núcleo constitucional. Pero la realidad es que en la praxis política nunca se ha planteado la oportunidad de descolgar el Tratado de Funcionamiento, pese a que, como señalara Dieter Grimm, su extensión y su rigidez plantean en el fondo un problema democrático.

Los Tratados son un texto incompleto. Lo reconocían desde sus inicios, con esa expresión, hoy recogida en el artículo 19 del TUE, entonces en el artículo 135 del TCE, según la cual el Tribunal de Justicia “garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados”. Esta llamada al Derecho siempre se ha entendido como una atribución específica al Tribunal de Justicia, que lo distingue radicalmente de otros Tribunales Supremos. Y sabemos, lo explican muy bien los autores, que esa compleción se ha logrado con los principios generales, o bien con referencias expresas a otras fuentes, cualificadamente el CEDH.

Lo importante en este punto es tener claro que este rasgo de los Tratados no es un defecto, sino una característica intrínseca, sobre la que tenemos que ocuparnos dogmáticamente. Lo apunta el profesor Ricardo Alonso: ¿cuándo tienen rango constitucional los principios generales? Según él, el rango viene determinado por

la norma a la que se incorpora el principio. Lo que ocurre, como bien señala el autor, es que los principios generales se caracterizan precisamente por preexistir a su reconocimiento en un texto. Esto diferencia a los principios generales de los principios a secas, que necesariamente están reconocidos en los Tratados o cualquier otra fuente y que son principios en virtud de su estructura normativa; si desaparece la norma que los reconoce, dejan de formar parte del ordenamiento, no son principios generales. En definitiva, los principios generales son necesarios precisamente por a la inexistencia de norma. Esto nos obliga, en otro problema clásico de la teoría constitucional, sobre todo la de los Estados Unidos, a elucidar aquellos criterios que permiten distinguir la naturaleza constitucional de un principio general.

Finalmente, los Tratados (y los principios generales constitucionales) tienen una supremacía modulada, en tanto que no se imponen necesariamente sobre el Derecho constitucional del Estado. Aquí estamos ante otro problema clásico, que los autores revitalizan con dos temas de suma actualidad, la sentencia del Tribunal Constitucional polaco y la garantía por el Tribunal de Justicia del Estado de Derecho. La problemática relación entre el Derecho originario y el Derecho constitucional del Estado es el fenómeno que por excelencia refleja la conexión entre texto y función política de los Tratados. Esto es así porque todo texto con vocación de supremacía trasluce la naturaleza del poder que lo produce; y viceversa. En mi opinión, la vocación híbrida de los Tratados, entre la concisión constitucional y el detalle; su necesidad de compleción; y su supremacía modulada, son un resultado derivado de forma natural de su origen político. ¿Quién está detrás de los Tratados? Unos Estados que no pretenden conformar una comunidad política nueva. Quieren dar forma a una organización para que ordene la cooperación de máxima intensidad en una serie de ámbitos. Y lo hacen reservándose siempre la última palabra a través del derecho de veto, que opera como una garantía de las comunidades nacionales. Este modo de producir los tratados explica a fin de cuentas la estructura formal y las particularidades que detalla el libro.

### **III. SOBRE EL DERECHO DERIVADO**

#### **1. El contenido del libro**

Ricardo Alonso, en el epígrafe segundo, hace un repaso completo de la utilización práctica del reglamento y la directiva. Nos recuerda que existen reglamentos que requieren medidas estatales para su completa aplicación, a la vez que hallamos directivas de detalle que dejan poco espacio a la libertad estatal de medios y formas.

Debemos añadir en este punto la precisa exposición de Paz Andrés relativa a las condiciones que la normativa estatal debe cumplir cuando satisface la llamada a completar un reglamento (derogación expresa, depuración de normas redundantes y salvaguarda de la naturaleza del reglamento, p. 173).

La confusión es mayor cuando se produce una hibridación de fuentes, por la cual una directiva es modificada parcialmente por un reglamento, problema que según Ricardo Alonso debería salvarse respetando el carácter de reglamento de aquellas disposiciones introducidas con esa naturaleza, pese a que se integren en el cuerpo de una directiva (p. 49). Distinta es la posición de Paz Andrés, que se inclina por sostener que las disposiciones reglamentarias pasarían a tener naturaleza de directiva. Considera que al menos así lo formula la autocomprensión del legislador europeo y del estatal cuando publican en sus respectivos boletines los textos consolidados (p. 185).

Vuelve Ricardo Alonso sobre las patologías vinculadas a la trasposición de directivas. Repasa la facultad para oponerse a las reglamentaciones técnicas nacionales que no han cumplido con el deber de información prescrito en la directiva; la eficacia directa de las directivas que concretan derechos fundamentales (pero no si concretan principios generales de la Carta); o la eficacia en las situaciones trilaterales, típica del reparto de bienes públicos escasos, en el que el beneficio de un administrado es el perjuicio de otro. Finalmente se centra en la eficacia que las directivas pueden producir antes del plazo de trasposición, impidiendo la aprobación de normativa estatal que comprometa gravemente el resultado de la directiva. Obligación que se extendería al juez, que, sin estar obligado a una interpretación conforme, debe abstenerse de postular interpretaciones que dificulten gravemente el resultado de la directiva.

Saltando otra vez el orden del libro, me gustaría detenerme en el epígrafe 7, que dedica a la “ambigua frontera entre los actos delegados y los actos de ejecución”. La metodología es idéntica al tratamiento que da del juego entre el reglamento y la directiva. Se detiene en fijar la función que los Tratados atribuyen a una y otra fuente: “el artículo 290 versaría sobre el reparto horizontal del poder en el seno de la propia Unión, mientras que el 291 atañería a la distribución del poder en términos verticales, entre la Unión y los Estados miembros” (p. 140). Y a partir de ahí pasa a analizar cómo esa caracterización se está difuminando. En la praxis política, primero, por el llamativo número de regulaciones de “soft law” destinadas a aclarar el funcionamiento institucional de las fuentes; pero, además, por la integración de comités de expertos en la formación de los actos delegados. Confusión a la que, según el autor, el Tribunal de Justicia también ha contribuido dejando un amplio margen de actuación a las instituciones para elegir entre la oportunidad de un acto delegado o un

acto de ejecución. Y, además, el tribunal tampoco ha apurado la precisa distinción entre lo que es modificar, propio del acto delegado, y precisar, facultad del acto de ejecución, circunstancia que acaba por dar un margen mayor de lo esperado a este segundo tipo de acto.

Trata también Ricardo Alonso, en el epígrafe 5, el control del “soft law” por el Tribunal de Justicia. Recuerda que el artículo 263 excluye expresamente el examen de las recomendaciones y dictámenes, circunstancia que durante años llevó a reducir el objeto del recurso de legalidad a los “actos obligatorios”. Y luego se detiene en un análisis del asunto BT, que parece abrir de forma definitiva el control de validez a través de la cuestión prejudicial de todo acto que “puede tener una incidencia decisiva en la esfera de los individuos” (p. 112). No obstante, señala Ricardo Alonso que aún se trata de un control insuficiente, que debería completarse reconociendo jurisdicción también en el recurso del artículo 263, restañando así la limitación que, paradójicamente, padecen las instituciones con legitimación privilegiada.

La profesora Paz Andrés añade dos temas en el tratamiento del Derecho derivado. En las páginas 186 y siguientes recuerda con suma claridad la posición del Derecho internacional dentro del sistema de fuentes de la Unión: está sometida a los convenios que ella celebra; a los que celebraron los Estados cuando asume las competencias anteriormente ejercidas por estos; y a respetar el Derecho internacional consuetudinario. Pero interesan especialmente las acotaciones que hace en torno a los asuntos del Sahara Occidental (p. 190 y ss.), en los que la autora indica la relevancia que el Tribunal General y el Tribunal de Justicia dan a los principios de derecho internacional general, por más que lleguen a conclusiones distintas.

El segundo tema tiene que ver con la justiciabilidad de las decisiones que adoptan los representantes de los Gobiernos, formalmente fuera de las formaciones institucionales de la Unión (p. 195 y ss.). Lo ilustra con las controversias judiciales que conllevaron el cese de la abogada general del Reino Unido tras el Brexit o el cambio de sede de ciertas agencias de la Unión. Ante la negativa del Tribunal de Justicia para conocer estos asuntos, afirma Paz Andrés: “[...] es difícil no compartir las críticas de quienes no encuentran justificación para esta esfera de inmunidad proclamada por un tribunal tan celoso del control judicial en tantos otros ámbitos” (p. 201).

## 2. Una lectura político-constitucional de los contenidos del libro

Todo sistema de fuentes es una proyección del sistema de gobierno, que a su vez encarna los principios políticos desde los que se estructura una determinada organi-

zación. Es este un axioma que ha dominado la teoría constitucional y tiene una evidente función racionalizadora, puesto que la fuente habría de darnos la información sobre el órgano de producción y el régimen jurídico de las normas que incorpora. En el contexto de esta premisa, el libro motiva reflexiones sobre la naturaleza del proceso político en la Unión, caracterizado por estar dirigido a lograr el consenso sobre una base técnica.

Los autores destacan con suma claridad la intercambiabilidad entre el reglamento y la directiva; y anuncian que puede estar ocurriendo lo mismo entre el acto delegado y el acto ejecutivo. Los presupuestos normativos se debilitan y se impone la praxis política. ¿Cómo es posible? A mi juicio, esta circunstancia se debe al doble principio político que según el artículo 10 TUE debe ordenar la Unión: el de representación de los ciudadanos que se articula en el Parlamento; y el de representación de los Estados que estructura en el Consejo Europeo y el Consejo. Esto lleva a un equilibrio institucional bien conocido, que se materializa en el procedimiento legislativo. Los dos principios políticos se sitúan en paridad y también los órganos que lo encarnan. Por tanto, no puede haber una estructuración jerárquica de fuentes al estilo del Estado constitucional. Las fuentes, salvo las puntuales reservas de directiva que hallamos en los Tratados, son irremediablemente intercambiables, a disposición de las instituciones en el desarrollo del procedimiento legislativo. Hoy ni siquiera reflejan el eje centro/periferia que quería justificar la distinción entre reglamento y directiva (el reglamento para ceñir a los Estados; la directiva para dejarles espacio).

Esta permuta de fuentes muestra además la naturaleza de la dinámica política de la Unión. Sabemos que el procedimiento legislativo está estructurado para alcanzar un acuerdo entre el Parlamento y el Consejo. Y que ese acuerdo viene precedido de una iniciativa de la Comisión que resulta de un largo y elaborado camino, que busca la aquiescencia previa entre los potenciales destinatarios de la norma, a través de estructuras informales de diálogo. El consenso es la idea motriz de la política europea; y a la formación de ese consenso contribuye el importante peso técnico que se quiere dar a las iniciativas de la Comisión. Esto contrasta con la lógica política del Estado constitucional, en el que la disputa entre mayoría y oposición lo llena todo. ¿Dónde está la mayoría que gobierna en la Unión? ¿Y la oposición? No lo sabemos. Son unidades políticas inexistentes por innecesarias. Así las cosas, la formación del consenso en la Unión se hace desde la neutralización del conflicto, y en el resultado importa más el contenido (la regulación) que el continente (la fuente). Esto explica, creo, que el sistema de fuentes de Derecho derivado tenga una racionalidad formal muy frágil, como espléndidamente han expuesto los autores.

**Resumen**

*Este trabajo recensiona el libro sobre el sistema de fuentes europeo de los profesores Ricardo Alonso y Paz Andrés. Se exponen los principales contenidos del libro, que se centra en los problemas actuales del sistema de fuentes. Y luego se añade una reflexión de política constitucional.*

**Palabras clave**

*Sistema de fuentes, recensión, Ricardo Alonso, Paz Andrés.*

**Abstract**

*This work reviews the book on the European system of sources of law, written by professors Ricardo Alonso and Paz Andrés. The review exposes the main contents of the book, which focuses on the current problems of the sources of law. The review proposes a constitutional reading of the book.*

**Keywords**

*Sources of law, review, Ricardo Alonso, Paz Andrés.*

Recibido: 18 de mayo de 2022

Aceptado: 19 de mayo de 2022

***THE ECONOMIC POLICY OF THE EUROPEAN UNION IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 CRISIS*, F. JESÚS CARRERA HERNÁNDEZ (DIR.), THOMSON REUTERS ARANZADI, 2021, 285 PÁGINAS. ISBN: 978-84-139-1567-8**

MARÍA DOLORES REQUENA DE TORRE  
*Investigadora Predoctoral FPU. Universidad de Granada*

Hasta el año 2020, cuando emergió, con toda su crudeza, la crisis causada por la pandemia del COVID-19, los esfuerzos de las instituciones europeas se orientaban estrictamente al refuerzo y supervisión de la estabilidad presupuestaria, y a la promoción, a toda costa, de la consolidación fiscal. Así, sus iniciativas impulsaban la adopción de medidas estructurales de reforma económica, basadas en políticas de austeridad, orientándose a la autorización y validación, tanto de los planes presupuestarios anuales, como de la emisión de deuda pública por parte de los Estados miembros. Así mismo, implicaban la aplicación de un mecanismo automático de medidas correctoras y sancionadoras, en los supuestos en los que los Estados incurrieran en un déficit excesivo o superaban los límites de endeudamiento permitidos. Y la adopción de los diferentes y sucesivos instrumentos de asistencia financiera, destinados a proporcionar ayuda urgente a los países de la Eurozona con dificultades de financiación. En suma, se trataba de medidas expresivas de una estricta condicionalidad, vinculadas a un enfoque ortodoxo de la política fiscal, que impedían a los Estados Miembros afectados por las crisis el desarrollo de políticas anticíclicas, orientadas a promover o acelerar su superación. En ese contexto se desencadenó la pandemia del COVID-19, la emergencia sanitaria que ha afectado en mayor forma a los ciudadanos y a las sociedades y economías de la Unión Europea, desde los

orígenes de ésta, exigiendo una respuesta extraordinaria y coordinada de sus instituciones que, habida cuenta de su envergadura, impuso la adopción, desde un enfoque común, de medidas de gran determinación, basadas en la cooperación solidaria entre los actores afectados.

En tal contexto, el libro colectivo dirigido por el Profesor Carrera, en el que se integran trabajos de un destacado elenco de especialistas internacionales, analiza con gran detenimiento en qué medida tales iniciativas extraordinarias han transformado la política económica de la Unión Europea como consecuencia de esta nueva crisis. Ofrece así una perfecta continuidad con respecto al que dirigió, años atrás, en el que se aportaban indicaciones acerca de las nuevas bases sobre las que debería descansar una renovada gobernanza económica de la Unión Europea<sup>1</sup>.

De este modo, el propio Jesús Carrera Hernández, en el capítulo introductorio de esta nueva obra, hace referencia a cómo la Unión, para afrontar la crisis en 2020, trató inicialmente de hacer uso de algunos de los instrumentos creados o perfeccionados con ocasión de la crisis abierta en 2008, y de cómo éstos se revelaron pronto insuficientes dada la enorme envergadura alcanzada por aquélla. La constatación de la insuficiencia de esas medidas, muchas de ellas sometidas a una estricta condicionalidad, hizo concebir la aprobación de otras, más incisivas y extraordinarias, las cuales han redundado en una transformación de la gobernanza económica de la Unión, al tiempo que han supuesto un inesperado avance en el proceso de integración europea.

Hecha esta presentación, en la obra se suceden los capítulos que analizan con detalle las distintas respuestas apuntadas. Así, Ariadna Salazar realza y elogia el destacado papel que ha jugado el Banco Europeo de Inversiones durante la pandemia, ofreciendo créditos a los Estados Miembros para reforzar y garantizar la solvencia de sus economías en los momentos más severos de la crisis. Por su parte, Jorge Urbaneja Quiñonez analiza exhaustivamente las medidas de emergencia, de muy distinta naturaleza, adoptadas para proteger el mercado interior y prestar asistencia financiera a los Estados miembros. Entre ellas destaca el “Programa de Compras de Emergencia Pandémica”; la aplicación de la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento; la suspensión de las reglas del derecho de la competencia; la extensión del Mecanismo Europeo de Estabilidad; y la introducción del “SURE”; iniciativas muy variadas que, sin embargo, al someterse en algunos casos a una estricta condicionalidad, han sido recibidas con un abierto rechazo a su uso. Por

1 F.J. CARRERA HERNÁNDEZ (dir.), *¿Hacia una nueva gobernanza económica de la Unión Europea?*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 315 pp.



todo ello, y conscientes de la necesidad de abrir un nuevo ciclo, Matilde Lavouras y Thaís Martins subrayan la trascendental importancia que ha merecido la aprobación del nuevo Marco Financiero Plurianual, el cual ha supuesto un incremento verdaderamente extraordinario del presupuesto de la Unión, reforzado con los fondos “NGEU”, hasta el punto de llegar a alcanzar el 2% de la Renta Nacional Bruta de la Unión Europea para el período 2021-2027. Con los medios que pone a disposición de la Unión ese nuevo Marco Financiero se pretende afrontar la crisis y relanzar las economías de los Estados Miembros, sin olvidar, a este respecto, la garantía que introduce el reglamento que establece un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea, que liga a este, no solo al principio de buena gestión financiera, sino también, novedosamente, al respeto al Estado de Derecho. En cualquier caso, como viene a destacar José M.<sup>a</sup> Porras Ramírez, en relación con lo indicado, ha sido el “Instrumento de Recuperación y Resiliencia” quien constituye el más innovador y relevante mecanismo de asistencia de todos los previstos, ya que permite realizar una intervención masiva en la economía de los Estados Miembros más directamente golpeados por la crisis. Dicho instrumento, al implicar transferencias directas y préstamos reembolsables, comporta el reconocimiento de la capacidad adquirida por la Unión para solicitar préstamos en los mercados financieros, incurriendo consiguientemente en deuda. Así, como este autor pone de manifiesto, semejante movilización extraordinaria de fondos, inspirada en un criterio de solidaridad, establece una estrategia coherente y coordinada entre las instituciones europeas y los Estados miembros, cuyo propósito no es otro que garantizar, de manera efectiva, que el mercado interior no se vea socavado por la dispar capacidad manifestada por los Estados para movilizar fondos destinados a superar la crisis. Al hilo de lo indicado, Tamara Capeta explora la función que está llamado a desempeñar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación a la aplicación del paquete financiero, dada la alta probabilidad de que deba, tanto interpretar su alcance, en supuestos controvertidos, de conformidad con los Tratados, como resolver disputas sobrevenidas. Insiste así en el deber de sometimiento al control jurisdiccional de los nuevos instrumentos de gobernanza económica de la Unión, en relación a la obligación de respeto al Estado de Derecho. Cuestión que es objeto de polémica dada la actuación de algunos Estados miembros, y por la previsible necesidad de justificar la mutualización de la deuda, circunstancias éstas que previsiblemente obligarán al TJUE a pronunciarse en un futuro próximo, determinando la necesidad, o no, de reformar los Tratados a ese respecto<sup>2</sup>. A su vez, Víctor Calvete dedica su atención al

2 En este sentido se ha pronunciado ya el TJUE en las sentencias C-156/21, *Hungría/Parla-*

estudio del objetivo declarado por las instituciones europeas de fortalecer la posición internacional del euro, reforzando las presiones para la entrada en el Eurosistema de los Estados miembros que aún no forman parte del mismo. Como este autor indica, la consecución de ese objetivo ha de comportar una profundización en la unión bancaria, en la mutualización de la deuda y en el incremento de los recursos propios de la Unión. Así mismo, de forma sobresaliente, Felipe Figueiredo Martins se refiere a la significación alcanzada por el ambicioso Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, destinado a preparar a la Unión para afrontar los nuevos retos que aquélla comporta, entre los que destacan los avances tecnológicos y la transición energética, además de la financiación de políticas activas del mercado de trabajo, la garantía de las inversiones, tanto públicas como privadas, y la reducción de fricciones y conflictos en el mercado laboral. Sin duda, como enfatiza este autor, ello permitirá dinamizar la política comercial de la Unión, una vez que esta supere la crisis abierta por la pandemia. Finalmente, a modo de corolario, Isabel Cabrita comenta la propuesta de la Unión Europea para un mundo postpandemia presentada en la 75ª Asamblea General de la ONU. No en vano, los grandes desafíos que hoy el mundo ha de afrontar exigen a la Unión Europea, como actor internacional, la defensa y promoción del Derecho internacional y del multilateralismo, tomando a la ONU como referencia.

En suma, este libro, oportuno y riguroso, ofrece una panorámica muy completa acerca de las transformaciones que ha sufrido la política económica de la Unión Europea como consecuencia de la crisis generada por la pandemia del COVID-19. La cual, paradójicamente, ha permitido abrir y transitar por un camino nuevo y prometedor, imprevisible antes de su aparición. No en vano, la Unión ha introducido un cambio de paradigma, un cambio tan relevante en la arquitectura de la zona euro que requerirá, tarde o temprano, la reforma de los Tratados, para afianzar unas conquistas que han de dotarse de la necesaria y más elevada legitimidad democrática.

### **Resumen**

*Esta recensión da cuenta de la obra dirigida por el Profesor Carrera y publicada en el año 2021. En el libro, el director junto con un elenco de expertos, ofrecen una panorámica muy completa acerca de las transformaciones que ha sufrido la política económica de la Unión Europea a raíz de la pandemia del Covid-19.*

*mento y Consejo; y C-157/21, ambas de 16 de febrero de 2021, señalando que el mecanismo de condicionalidad puede entenderse comprendido dentro de las competencias que los Tratados otorgaron a la Unión para establecer “normas financieras” relativas a la ejecución del presupuesto de la UE.*

***Palabras clave***

*COVID-19; política económica; condicionalidad; fondos; crisis.*

***Abstract***

*This review reports on the book directed by Professor Carrera and published in 2021. In this volume, the director, along with a panel of experts, provides a comprehensive overview of the transformations which the EU's economic policy has experienced due to the Covid-19 pandemic.*

***Keywords***

*COVID-19; economic policy; conditionality; funds; crisis.*



# 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**  
Hazas anotaciones y marca los colores para organizar tus notas y subrayados.



**USA EL TIRAJERO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN**  
Al comenzar a escribir un término, aparece las distintas coincidencias del texto del Tercero 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, publicación o Año del Derecho.



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



**MARCAJONES 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.



**LIBRO NAVEGABLE**  
Navega 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.thomson.com>

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.



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.



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](http://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](http://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 **OnePass™** en un dispositivo producido por Thomson Reuters (a través de **OnePass**), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizas en el dispositivo.

(\*\*) **One Pass** = Sistema de clave única para acceder a Thomson Reuters ProView™ en cualquier otro producto de Thomson Reuters.

