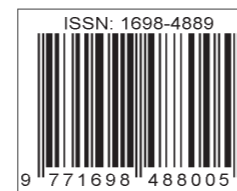


20

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO



www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica



JUNTA DE ANDALUCÍA

**REVISTA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
EUROPEO**

Número 20. Julio-diciembre de 2013



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



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

20

Año 10, número 20, julio-diciembre de 2013

La dimensión de la Administración Pública
en el contexto de la globalización

Universidad de Granada
Instituto Andaluz de Administración Pública

CONSEJO DE DIRECCIÓN

María Concepción Becerra Bermejo, M.ª Ángeles Pérez Campanario, María Ángeles López Pardo,
Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, José Antonio Montilla Martos

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

José Antonio Montilla Martos

SECRETARIOS ADJUNTOS

Miguel Azpitarte Sánchez
Enrique Guillén López
Ricardo Martín Morales
Juan F. Sánchez Barrilao

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

Ángel Rodríguez
José Manuel Martínez Sierra
Concepción Pérez Villalobos
Adoración Galera Victoria
Susana Ruiz Tarrías

José María Porras Ramírez
José A. Marín Gámez
Ramón Orza Linares
Francisco Javier Durán Ruiz

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

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

Miguel Ángel Aparicio Pérez
Mercé Barceló Serramalera
Roberto Blanco Valdés
Manuel Contreras Casado
José Francisco Chofre Sirvent
Francisco del Río Muñoz
Manuel Gerpe Landín
Christian Hillgruber
Diego J. Liñán Noguearas
Francisco López Menudo
Stelio Mangiameli
Roberto Miccù
Alessandro Pace
José Antonio Portero Molina
Giancarlo Rolla
Remedio Sánchez Férriz
Alejandro del Valle Gálvez

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

Rainer Arnold
Rafael Barranco Vela
Antonio Cántaro
Pedro Cruz Villalón
Antonio D'Atena
Teresa Freixes Sanjuán
Yolanda Gómez Sánchez
Markus Kotzur
Alberto López Basaguren
Jörg Luther
Didier Maus
Lucía Millán Moro
Ingolf Pernice
Paolo Ridola
Francisco Rubio Llórente
Helmuth Schulze-Fielitz
Eduardo Virgala Foruria

EDITA

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de Publicaciones en materia
de Administraciones Públicas

Dirección postal y electrónica

Revista de Derecho Constitucional Europeo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.

Plz. de la Universidad, s/n. 18001 Granada.

redce@ugr.es - Telfs.: 958 24 34 51 - 958 24 34 55 - 958 24 62 92

ISSN: 1698-4889. DEPÓSITO LEGAL: GR-1.316/2004 • Imprime: EDITORIAL COMARES

Suscripción anual (2 números): 30 € (IVA incluido). Número suelto: 20 € (IVA incluido).

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública, Servicio de Documentación y Publicaciones.

C/ Ramón y Cajal, nº 35. 41071 - Sevilla. Telf.: 955 04 24 00. Fax: 955 04 24 17.

www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica - e-mail: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 10, número 20, julio-diciembre de 2013

**La dimensión de la Administración Pública
en el contexto de la globalización**

SUMARIO

PRESENTACIÓN	9
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
ESTUDIOS	
La Administración de la Comisión Europea como ejemplo de la reforma de la Administración pública europea: análisis en clave constitucional en el contexto de la crisis económica	19
CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ	
La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas en España	55
AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO	
La Administración pública en Alemania: principios, etapas evolutivas y sostenimiento del sistema frente a la crisis	123
MARÍA DANIELA POLI	
La dimensión del sector y de las Administraciones públicas en Italia. ¿Una película centralizadora en rodaje?	163
ANNA MARGHERITA RUSSO	
ARTÍCULOS	
Escuchas telefónicas fortuitas y merma de las atribuciones presidenciales	225
ALESSANDRO PACE	

¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas de referéndums a la luz de la experiencia irlandesa ... EVA SÁENZ ROYO	245
El argumento comparado en la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo: el pluralismo de los derechos fundamentales en el orden constitucional europeo GIORGIO REPETTO	277
PERFILES/NOTICIAS	
Elogio de don Francisco Rubio Llorente PALOMA BIGLINO CAMPOS	337
TEXTOS CLÁSICOS	
Discurso de aceptación del nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Valladolid FRANCISCO RUBIO LLORENTE	345
JURISPRUDENCIA	
¿Control constitucional de la ley o «gouvernement des juges»? La decisión del Consejo Constitucional francés de 29 de diciembre de 2012 sobre el tipo impositivo de 75 % aplicable a las grandes fortunas JACOBO RÍOS RODRÍGUEZ	363
Los gobiernos locales a la luz de los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional CARLOS BULLEJOS CALVO	381
LEGISLACIÓN	
Crónica de legislación europea MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN	419
FORO	
La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ	431

NOTICIAS DE LIBROS

«Scritti in onore di Alessandro Pace», Editoriale Scientifica, 2012 447
PALOMA BIGLINO CAMPOS

«Scritti in onore di Alessandro Pace», Editoriale Scientifica, 2012 451
DIAN SCHEFOLD

Presentación

La tendencia a la estabilidad, que ya señalábamos con motivo de la publicación del número anterior de la revista, parece consolidarse unos meses después cuando sale a la luz el número 20 de la ReDCE. La crisis económica sigue estando muy presente en el debate público y en la configuración de las políticas nacionales y europeas, pero se aprecian ya algunas señales positivas de mejora en un horizonte todavía bastante complicado.

Desde el punto de vista político, la celebración de las elecciones en Alemania a finales de septiembre y la formación del nuevo gobierno a mediados de diciembre, han contribuido a eliminar un factor de inestabilidad importante que estaba lastrando la adopción de decisiones a nivel europeo. El peso excesivo de las políticas nacionales y del debate público interno (esto es, de un debate público que no se realiza sobre claves europeas y en función de los intereses europeos sino sobre claves nacionales) sigue siendo todavía un obstáculo a la profundización necesaria en el proceso de integración.

Los avances en materia de gobernanza económica europea, especialmente en el ámbito de la Unión Bancaria, han ido acompañados de una relativa mejoría en la situación económica de algunos países que ha permitido a Irlanda dejar el rescate y a España salir del rescate bancario. Sin embargo, como se reconoce en las Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 19 y 20 de diciembre de 2013, la recuperación económica sigue siendo modesta, dispar y frágil, aunque las perspectivas económicas sean gradualmente más positivas. Los niveles de desempleo, aunque se están estabilizando, siguen siendo, como indica el Consejo, «inaceptablemente altos», por lo que queda todavía mucho camino para la plena superación de la crisis.

Por lo que se refiere a los avances en gobernabilidad económica, hacemos nuestras las palabras del Profesor Rubio Llorente en el trabajo que publicamos en este número de la revista: «Hay un acuerdo bastante generalizado sobre la imposibilidad de mantener la unión monetaria en sus términos actuales; las propuestas más audaces, cuya realización se pospone una vez tras otra, no van sin embargo más allá de la unión bancaria y si acaso y muy limitadamente, la unión fiscal, logradas tanto la una como la otra mediante la introducción de nuevos mecanismos tecnocráticos que degradan aún más las democracias nacionales, sin contrarrestar esta degradación con la introducción de un control democrático común a toda la Unión. Para lograr un avance real en este sentido sería necesario establecer una auténtica unión política que limitara aún más la autonomía de los Estados, pero dotando al mismo tiempo a las instituciones políticas de la Unión de una legitimidad democrática propia, cosa que hoy por hoy no parece posible».

En cuanto a la superación de la crisis económica, el problema fundamental es que el camino ya recorrido y el que queda por hacer lo están transitando de una manera especialmente penosa amplios sectores de la población europea que se ven sometidos a políticas muy duras de ajuste y de recortes sociales que contribuyen a incrementar la creciente desigualdad entre los sectores más privilegiados y la mayor parte de la ciudadanía. Las respuestas a la crisis siguen dejando a un lado la solidaridad como principio esencial que debería ser el motor de la construcción europea y de la revitalización de los fundamentos sociales de los grandes pactos constituyentes de los Estados miembros.

En particular, el progresivo desmantelamiento de lo público es una de las variables que pueden generar un mayor daño al Estado social y a los derechos sociales. Con esta cuestión conecta la parte monográfica de este número 20, dedicada a «La dimensión de la Administración Pública en el contexto de la globalización». En ella se publica una primera entrega de una investigación amplia realizada en dos fases y cuya finalidad ha consistido en analizar las diferentes respuestas que a la cuestión central de la dimensión de lo público se están dando en diferentes países. Con motivo de la crisis económica, la reforma de la Administración está adquiriendo una presencia permanente en el debate público y se están preparando reformas que tienden a reducir el tamaño del sector público promoviendo procesos de privatización que continúan la senda iniciada desde hace ya varias décadas.

En la primera fase del proyecto —con la que se corresponden los estudios incorporados a la parte monográfica de este número— se ha analizado la evolución del sector público en los últimos años, en diferentes países, así

como las propuestas de reforma en curso de acuerdo con diez líneas temáticas que se han aplicado a cada uno de esos países. Posteriormente, en la segunda fase, se ha realizado un análisis sectorial de cada una de esas líneas temáticas para extraer las conclusiones oportunas en relación con todos los países objeto de estudio.

La investigación, que ahora se publica parcialmente y cuyos resultados completos se publicarán en números sucesivos de la Revista, no tiene una fundamentación económica, sino constitucional. Esto es, no está orientada a determinar si resulta más funcional o más económica la prestación privada de los servicios y la reducción del peso de la Administración y del sector público en relación con el PIB correspondiente de cada país. Estos datos se han tenido en cuenta, naturalmente, pero la reflexión esencial que se ha pretendido hacer es la de la conformidad o disconformidad, en su caso, de las reformas ya emprendidas y las que están en curso, con el marco constitucional de referencia.

En el presente número, publicamos en la parte monográfica los estudios de Augusto Aguilar Calahorra sobre «La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas en España», el de María Daniela Poli sobre «La administración pública en Alemania: principios, etapas evolutivas y sostenimiento del sistema frente a la crisis», el de Anna M. Russo acerca de «La dimensión del sector y de las administraciones públicas en Italia. ¿una película centralizadora en rodaje?» y, finalmente, el de Cristina Elías sobre «La Administración de la Comisión Europea como ejemplo de la reforma de la administración pública europea: análisis en clave constitucional en el contexto de la crisis económica».

La sección de artículos está encabezada por el trabajo de Alessandro Pace, que fue objeto de debate en un seminario celebrado en la Universidad de Granada en 2013, sobre «Escuchas telefónicas fortuitas y merma de las atribuciones presidenciales». Le sigue, con una temática muy diferente el de Eva Sáenz Royo, que lleva por título «¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas a la luz de la experiencia irlandesa». Por último, cierra esta sección el texto de Giorgio Repetto sobre «El argumento comparado en la jurisprudencia de los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo: el pluralismo de los derechos fundamentales en el orden constitucional europeo».

En la sección de Perfiles, incluimos en este número la *Laudatio* pronunciada por Paloma Biglino Campos «Elogio de don Francisco Rubio Llorente» con motivo de la reciente investidura como Doctor Honoris Causa del Profesor Rubio por la Universidad de Valladolid. En la sección de Textos Clási-

cos publicamos el Discurso de Francisco Rubio Llorente de aceptación de su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Valladolid. Queremos unirnos así a ese merecido homenaje de la Universidad de Valladolid al Profesor Rubio Llorente, que fuera caracterizado por el Profesor Häberle en otro texto clásico publicado en esta misma revista como modelo de «jurista europeo».

La sección de Jurisprudencia incorpora dos trabajos. El de Jacobo Ríos Rodríguez: «¿Control constitucional de la ley o «gouvernement des juges»? La decisión del Consejo Constitucional francés de 29 de diciembre de 2012 sobre el tipo impositivo de 75 % aplicable a las grandes fortunas» y el de Carlos Bullejos acerca de «Los gobiernos locales a la luz de los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional». La de Legislación, preparada por María Luisa Balaguer Callejón, contiene referencias a normativa de la Unión Europea sobre temáticas diversas así como a la Propuesta de Resolución sobre salud sexual y reproductiva y derechos afines.

En el Foro, la sección dedicada a promover el debate sobre las cuestiones esenciales que se plantean actualmente en relación con el Derecho Constitucional Europeo se incorpora un trabajo de Enrique Guillén López que lleva por título «La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional». Como indica el Profesor Guillén en ese trabajo, «Afrontar la crisis económica que afecta a la UE hipertrofiando el concepto de necesidad y desvalorizando el de elección conduce a que la crisis alcance una dimensión política en el proyecto europeo desconocida hasta ahora. En este sentido si no se recuperan los conceptos de política, legitimidad, soberanía popular, en definitiva de democracia y elección, de modo que surja un auténtico gobierno europeo sometido a la responsabilidad política de los titulares de la soberanía, difícilmente superaremos la crisis político-constitucional y moral (porque la democracia es un proyecto individual y colectivo de emancipación) que asola a la UE y a los Estados-Miembros».

En noticias de libros hemos incorporado las reflexiones que aportaron tanto Paloma Biglino Campos como Dian Schefold en relación con los *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Tres Volúmenes, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, que fueron objeto de Presentación específica (la segunda, después de la que se realizó en Roma) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada el 22 de marzo de 2013. Queremos también unirnos con esta publicación al merecido homenaje a este ilustre constitucionalista italiano.

En este número de la revista tenemos que lamentar la pérdida irreparable que para la comunidad de juristas europeos supone la muerte del Profe-

sor García de Enterría, el pasado 16 de septiembre. Su pensamiento y su obra han contribuido a forjar, de manera decisiva, el Derecho Público en nuestro país, integrándose en el patrimonio cultural europeo no sólo directamente sino también a través de la escuela de Profesores de Derecho Administrativo que él formó. Se trata de una figura irrepetible que representa el modelo de «jurista europeo» al que en tantas ocasiones se ha referido el Profesor Peter Häberle, como un factor de construcción de Europa.

Por último, nos queda expresar nuestra gratitud al Instituto Andaluz de Administración Pública por su contribución decisiva a la publicación de la Revista de Derecho Constitucional Europeo. Igualmente, resulta necesario extender ese agradecimiento, desde la Comunidad Autónoma de Andalucía, al Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía «Andalucía, la Unión Europea y el Estado Social» y al Proyecto de Investigación de Excelencia SEJ-4931: «Reformas estatutarias y desarrollo estatutario en el marco de la Unión Europea».

En el ámbito nacional, debemos dejar constancia del apoyo a la edición de esta Revista recibido de la *Fundación Peter Häberle* y del Proyecto de Investigación DER2010-19863: «Los Derechos Fundamentales en el contexto de un mercado único», y en el europeo, de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo, la Cátedra Jean Monnet «ad personam» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización así como, desde el mes de septiembre, del nuevo Centre of Excellence on European Integration and Globalization, Ei&G.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Catedrático de Derecho constitucional
Catedrático Jean Monnet ad personam
Director del Centre of Excellence on European Integration
and Globalization, Ei&G

Estudios

LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA COMO EJEMPLO DE LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EUROPEA: ANÁLISIS EN CLAVE CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA

CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ *

SUMARIO:

1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE AFECTAN A LA ADMINISTRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
3. ESTRUCTURA ACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON EL PRODUCTO INTERIOR BRUTO
4. CONGRUENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA
5. REFORMAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA PREVIAS A LA CRISIS
6. SITUACIÓN ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CONTEXTO CONCRETO DE LA ACTUAL CRISIS
7. PROYECTOS DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA PROMOVIDOS A PARTIR DE LA CRISIS ECONÓMICA
8. VALORACIÓN GLOBAL DE LA EVOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA Y DE LOS PROYECTOS DE REFORMA
9. FORMULACIÓN DE PROPUESTAS DE POSIBLES LÍNEAS DE REFORMAS

1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE AFECTAN A LA ADMINISTRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

1.1. Precisión sobre el carácter constitucional de la Unión Europea

Partimos de la dimensión constitucional de la Unión Europea, de la cual no cabe ya dudar desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que recoge gran parte del contenido del Tratado constitucional, y que implica, como sabemos, la plena vigencia de la Carta de derechos fundamentales

* Profesora Titular de Derecho Constitucional. UNED.

de la Unión Europea, núcleo del Derecho constitucional de la Unión. El déficit de legitimidad democrática y constitucional de la Unión Europea no impiden, de conformidad con el concepto de Derecho constitucional europeo expuesto por Balaguer, adentrarnos en el estudio de esta temática desde una perspectiva constitucional. El análisis se efectúa, pues, desde la premisa de un Derecho constitucional de la Unión Europea que, si bien se encuentra en fase de formación, posee ya claros elementos constitucionales, que permiten y demandan una valoración desde los postulados del constitucionalismo¹.

1.2. Principios «constitucionales» relativos a la regulación de la Administración y de la función pública

El Preámbulo del Tratado de la Unión Europea (TUE) contiene una serie de referencias orientativas. Se mencionan —en cuanto a fuente de inspiración— la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho, así como los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, desarrollados a partir de la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa. El Preámbulo se refiere también a la adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho, así como a la adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989. El Preámbulo establece como objetivo el funcionamiento democrático y eficaz de las instituciones, con el fin de que puedan desempeñar mejor las misiones que les son encomendadas, dentro de un marco institucional único.

¹ F. BALAGUER CALLEJÓN, «Derecho constitucional europeo», en F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), G. CÁMARA VILLAR, J. F. LÓPEZ AGUILAR, M. L. BALAGUER CALLEJÓN, J. A. MONTILLA MARTOS, *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.

En el texto del Tratado, encontramos una serie de principios constitucionales que configuran y condicionan el sector público. Así, el art. 2 incluye una referencia al Estado de Derecho en cuanto a valor: «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».

En línea con el Preámbulo, el art. 13 TUE dispone un marco institucional que tiene como finalidad promover los valores, perseguir los objetivos y defender los intereses de la Unión, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones.

En el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se hace referencia al principio de apertura conforme al cual deben actuar las instituciones (art. 15 TFUE), que viene asociado al derecho de los ciudadanos al acceso a los documentos de las instituciones, también consagrado en la Carta de derechos fundamentales (art. 42) y a la garantía de la transparencia.

El tenor literal del art. 41 de la Carta, aunque enumera ciertas facultades, no precisa el contenido concreto del derecho a una buena administración, sino que éste se irá progresivamente fijando, en particular a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo². Como precisa Magiera, para delimitar el contenido del derecho, habrá que atender por lo tanto a los enunciados del art. 41 de la Carta, pero también a los principios fijados en el preámbulo de la misma y que resultan determinantes para la democracia y el Estado de Derecho³. El primer enunciado del art. 41 reconoce

² C. M. ÁVILA RODRÍGUEZ, «Artículo 41. Derecho a una buena administración», en C. MONEREO ATIENZA y J. L. MONEREO PÉREZ (coords.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 1125-1141.

³ S. MAGIERA, «Recht auf eine gute Verwaltung», J. MEYER (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 520 y 521. Véase el siguiente apartado de este trabajo.

el derecho de toda persona a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, lo que incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. Completan el concepto de buena administración el derecho de toda persona a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, y el derecho de toda persona a dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y a recibir una contestación en esa misma lengua.

Asimismo, en relación con el principio de transparencia, se incluye el derecho de todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte (art. 42 de la Carta). El Defensor del Pueblo Europeo (art. 43 de la Carta) está llamado a contribuir a la consecución de una buena administración ⁴.

1.3. Principios «constitucionales» relativos a derechos sociales, actividad prestacional y orientación de los fines del poder público

El reconocimiento a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea del mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6 TUE) supone un

⁴ «Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo Europeo los casos de mala administración en la actuación de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales».

S. MAGIERA, «Recht auf eine gute Verwaltung», *op. cit.*, p. 520.

hito básico en la consagración de los derechos en la Unión Europea. La Carta posee un Capítulo IV dedicado a la «solidaridad», que garantiza principalmente derechos relacionados con el ámbito laboral (por ejemplo, el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27), el derecho de negociación y acción colectiva (art. 28), condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)), pero también derechos relativos a la salud (art. 35) y a la Seguridad Social (art. 34), además del reconocimiento de otros importantes derechos sociales a lo largo de diversos apartados (derecho a recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria (art. 14.2), derecho de los menores a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar (art. 24.1) o el derecho de las personas discapacitadas a la integración (art. 26), entre otros).

A esta incorporación, hay que añadir el reconocimiento de los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como parte del Derecho de la Unión en cuanto a principios generales (art. 6.3 TUE), además de la previsión de adhesión de la Unión al Convenio de Roma (art. 6.2 TUE).

En cuanto a los fines del poder público, la UE se compromete a combatir la exclusión social y la discriminación y a fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño (art. 3.3 TUE).

Asimismo establece un objetivo de cohesión social y territorial entre Estados: «La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros» (art. 3.3 TUE), al que también se alude en el art. 14 TFUE⁵.

⁵ «Sin perjuicio del art. 4 del Tratado de la Unión Europea y de los arts. 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condi-

1.4. Distribución constitucional de competencias entre Administraciones

La norma general que rige la distribución competencial entre la Unión Europea y los Estados miembros se basa —como es sabido— en el principio de atribución: «La Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros» (art. 5.2 TUE)⁶.

No obstante, conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros están obligados a respetarse y asistirse mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados, debiendo los Estados abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión (art. 4.3 TUE).

El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5.1 TUE)⁷. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional

ciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios».

⁶ También resultan de interés el art. 3.6 TUE: «La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados». Y el art. 4.1 TUE: «De conformidad con lo dispuesto en el art. 5, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros».

⁷ Las instituciones de la Unión aplicarán los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo (arts. 5.3 y 5.4 TUE).

y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión (art. 5.2 TUE). En razón del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados (art. 5.3 TUE).

La ejecución del Derecho de la Unión corresponde, como después veremos, a los Estados miembros, que deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Se trata del principio de reserva de ejecución a favor de los Estados enunciado en el art. 291 TFUE, que no obstante contempla también el supuesto de que se requieran condiciones uniformes para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, en cuyo caso «éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en los arts. 24 y 26 del Tratado de la Unión Europea, al Consejo».

En el Tratado de Lisboa, se incluye entre las nuevas competencias de la Unión para llevar a cabo acciones «con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en su finalidad europea» la referencia al ámbito de la cooperación administrativa (art. 6.g), que hay que poner en relación con el art. 197 TFUE, que desarrolla dicho concepto. En particular, destacamos la previsión de que la «Unión podrá respaldar los esfuerzos de los Estados miembros por mejorar su capacidad administrativa para aplicar el Derecho de la Unión», que alude y entronca con la necesaria e ineludible cooperación entre la Administración europea y las nacionales. Se refuerza así la tendencia a la superación del principio de ejecución indirecta y del principio de autonomía institucional de los Estados miembros⁸.

⁸ A. CALONGE VELÁZQUEZ, «El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2.º semestre 2010, pp. 11-30 (29).

En este mismo sentido hay que señalar el art. 317 TFUE, que contempla el principio de ejecución cooperativa en materia de gasto, de tal manera que «(1)ª Comisión, bajo su propia responsabilidad y dentro del límite de los créditos autorizados, ejecutará el presupuesto en cooperación con los Estados miembros de conformidad con las disposiciones de los reglamentos adoptados en virtud del art. 322, con arreglo al principio de buena gestión financiera. Los Estados miembros cooperarán con la Comisión para garantizar que los créditos autorizados se utilizan de acuerdo con el principio de buena gestión financiera». La determinación de las obligaciones de control y auditoría que corresponden a los Estados miembros en la ejecución del presupuesto así como las responsabilidades que de ello se derivan se deja al reglamento.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

2.1. Precisión terminológica

El concepto de Administración de la Unión Europea es una noción compleja que requiere cierta clarificación. Tradicionalmente, en los Tratados europeos apenas aparecen referencias a la Administración, y en todo caso, no consta en los mismos su definición, ya que las alusiones son a las Administraciones públicas nacionales⁹. Tan solo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ofreció una primera aproximación a la Administración pública, al interpretar los artículos dedicados a la libre circulación de trabajadores y

⁹ Según el análisis de A. CALONGE VELÁZQUEZ, «El concepto de Administración pública en la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 15: «El Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957, en su versión original, sólo contiene el término administración pública —y no por casualidad— en tres ocasiones y siempre para referirse a las Administraciones públicas nacionales».

Hay que esperar, como enseguida veremos, al Tratado de Lisboa, para encontrar en el art. 298 TFUE una referencia expresa a la Administración europea.

al derecho de establecimiento, pero en referencia —como decíamos— a las Administraciones nacionales ¹⁰.

Como explicara en su día Jean Monnet, la Administración de las primeras Comunidades Europeas no estaba llamada a ser una Administración clásica, sino que se ideó como una Administración privada de la mayor parte del poder ejecutivo directo ¹¹. Se creó, por tanto, inicialmente, un sencillo aparato burocrático, dado que la ejecución del Derecho comunitario correspondía a los Estados, que continuaron con sus estructuras administrativas propias (principio de autonomía institucional).

El principio de administración o ejecución indirecta vino a desempeñar el papel de un principio básico mediante el cual los Estados aceptaban el Derecho creado por la nueva organización, que vincula a los Estados y prima sobre el ordenamiento interno, pero reservándose la ejecución de las normas comunitarias como «núcleo irreductible de soberanía frente a las emergentes Comunidades» ¹². No obstante, la progresiva consolidación del proceso de integración y la asunción por parte de las Comunidades Europeas de nuevas competencias condujo al paulatino e inevitable fortalecimiento del aparato administrativo comunitario.

En este sentido, el concepto de Administración de la Unión Europea admite una primera identificación con la Comisión, en cuanto órgano administrativo y ejecutivo de aquélla. No obstante, también el Consejo de la Unión Europea fue paulatinamente dotándose de órganos administrativos organizados en una Secretaría General, contando el Parlamento Europeo con una infraestructura administrativa y personal de apoyo a los eurodiputados. Dado que no existe una clara delimitación de poderes en el seno

¹⁰ Artículos 48.4, 49.a y 54.3.b) del Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957.

¹¹ J. MONNET, *Mémoires, Arthème Fayard*, París, 1976, p. 436, citado por A. J. GIL IBÁÑEZ, «La relación jurídica entre la Administración europea y las nacionales. Los problemas de aplicación administrativa del Derecho comunitario», en E. ÁLVAREZ CONDE, *Administraciones públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998, pp. 1105-1127 (1106).

¹² J. A. FUENTETAJA PASTOR, *La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 29.

de la Unión, sino que las instituciones representan más bien los diferentes intereses en juego, no puede tampoco atribuirse la labor de administración exclusivamente a una sola institución.

Bajo el epígrafe «Administración de la UE», la propia Unión Europea alude en su página web tanto a la Comisión Europea («La Comisión Europea emplea a cerca de 38.000 personas»); como al Parlamento Europeo («trabajan 7.652 personas repartidas entre la Secretaría General y los grupos políticos, a los que hay que sumar los diputados y sus gabinetes»); como al Consejo de la Unión Europea («La Secretaría General del Consejo de la Unión Europea da empleo a aproximadamente 3.500 personas»), además de a las agencias («que llevan a cabo labores técnicas, científicas o de gestión específicas») ¹³.

En la dimensión propiamente comunitaria, la Administración europea se ha definido como la «función de ejecución del Derecho europeo llevada a cabo por las Instituciones (Consejo y Comisión), órganos (Banco Central Europeo y Banco de Inversiones) u organismos (Agencias Europeas) que forman parte del poder público europeo» ¹⁴.

Dos importantes hitos jurídicos han venido con carácter más reciente a impulsar la consolidación del concepto de Administración europea.

Así, hay que destacar en primer lugar la ya citada inclusión del derecho a una buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 41). La demanda de un derecho general a una buena administración surge en el Derecho de la Unión Europea con la introducción de la figura del Defensor del Pueblo Europeo por el Tratado de Maastricht (art. 138.e) TCE), institución creada —como antes apuntábamos— para contribuir a la consecución de una buena administración (art. 43 Carta) ¹⁵.

¹³ «Administración de la UE: personal, lenguas y sedes», en http://europa.eu/about-eu/facts-figures/administration/index_es.htm (17/06/2013).

¹⁴ J. A. FUENTETAJA PASTORFUENTETAJA, «Administración y función pública europeas», en E. LINDE PANIAGUA, M. BACIGALUPO SAGGESE, J. A. FUENTETAJA PASTOR, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 5.ª ed., Colex, Madrid, 2012, p. 258.

¹⁵ S. MAGIERA, «Rechtaufeinegute Verwaltung», *op. cit.*, p. 520.

Además, rompiendo el tradicional silencio de los Tratados, el Tratado de Lisboa contiene relevantes alusiones al ámbito administrativo que recogen y consolidan las tendencias apuntadas. No en vano, en una Sección relativa a los procedimientos de adopción de actos y otras disposiciones, se alude a la existencia de una Administración europea en el art. 298 TFUE: «En el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente»¹⁶.

A partir de la evolución expuesta, entendemos que actualmente el concepto válido de Administración de la Unión Europea no puede ser otro que el correspondiente a la gobernanza multinivel. Es dicha perspectiva multinivel, coherente con el actual estadio de desarrollo del Derecho constitucional europeo, la que permite establecer un concepto de Administración de la Unión Europea que refleje la dimensión del proceso de integración, y en particular la interacción entre las diversas Administraciones, incluyendo los diferentes niveles. Como sabemos, la tesis central del modelo multinivel es que la integración europea se explica mejor como fruto de la interacción entre actores de procedencia diversa que se produce en el nivel europeo¹⁷. La Administración pública europea estaría por lo tanto formada tanto por el «conjunto de órganos y servicios nacionales encargados de la ejecución del Derecho comunitario, es decir, las Administraciones públicas nacionales» como por «los órganos y servicios de la Unión encargados de la ejecución del Derecho de la Unión». De tal manera que

¹⁶ Seguimos en este punto a A. CALONGE VELÁZQUEZ, «El concepto de Administración pública en la Unión Europea...», *op. cit.*

¹⁷ I. PERNICE, «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm; F. BALAGUER CALLEJÓN, «Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, 2008, pp. 133-158. Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, Sanz y Torres, 2011. A. ESTELLA DE NORIEGA, «La Administración de la Unión Europea: motor de integración», en E. ÁLVAREZ CONDE, *Administraciones públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998, p. 1067.

nos sumamos a las definiciones de dicho concepto en cuanto a «conjunto interrelacionado de Administraciones nacionales y europeas que trabajan en común, cada vez con mayor intensidad» para el logro de los objetivos y el cumplimiento de las acciones previstas en los Tratados; o al «conjunto interrelacionado de Administraciones públicas del espacio comunitario», advirtiendo que la «Administración comunitaria central» se amplía cada día, en detrimento del principio de ejecución indirecta del Derecho de la Unión. Desde la perspectiva de los conceptos subjetivo-institucional y objetivo-funcional de Administración pública, la Administración pública europea sería en sentido subjetivo «el conjunto interrelacionado de órganos y servicios europeos y nacionales que actúan para la ejecución del Derecho de la Unión» y en sentido objetivo se definiría a partir de la «función que ejercen tales órganos con la finalidad de satisfacer los intereses colectivos europeos»¹⁸.

Dados los límites de extensión de un trabajo de estas características y la imposibilidad de examinar todos los aparatos administrativos al servicio de las instituciones y organismos de la Unión, optamos por el análisis de la Administración de la Comisión Europea a modo de ejemplo de la evolución experimentada por el espacio administrativo europeo. La administración de la Comisión Europea destaca, frente a los demás soportes administrativos, por su tamaño y entidad.

Con respecto a la distribución interna de competencias o funciones entre las instituciones europeas, recordemos que el Tratado dispone para la Comisión la misión de promover el interés general de la Unión y tomar las iniciativas adecuadas con este fin; velar por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de éstos; supervisar la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; ejecutar el presupuesto y gestionar los programas; y ejercer asimismo funciones de coordinación, ejecución y gestión, de conformidad con las condiciones establecidas en los Tratados. Con ex-

¹⁸ A. CALONGE VELÁZQUEZ, «El concepto de Administración pública en la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 23, 24 y 29.

cepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás casos previstos por los Tratados, a la Comisión corresponde asumir la representación exterior de la Unión, así como adoptar las iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión con el fin de alcanzar acuerdos interinstitucionales. La iniciativa legislativa corresponde en principio a la Comisión, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa¹⁹.

La Comisión se estructura en las Direcciones Generales, que se ocupan de determinadas políticas, y en los Servicios asimilados, que tienen un carácter transversal o más general²⁰. Cada Dirección General está encabezada por un Director General que es responsable ante el Presidente y ante el Comisario correspondiente. Las Direcciones Generales (DG) y los Servicios asimilados se organizan internamente en Direcciones. Las DG elaboran las propuestas legislativas, pero sus propuestas sólo son oficiales una vez aprobadas por el Colegio de Comisarios en su reunión semanal. La Comisión también administra una serie de agencias ejecutivas.

De forma complementaria, y sin adentrarnos ahora en otros organismos de la UE, conviene detenernos, siquiera someramente, en las Agencias ejecutivas, llamadas a desempeñar un importante papel en la aplicación de las políticas europeas, realizando especialmente funciones de carácter técnico, científico, operativo y normativo²¹. Las agencias ejecutivas son organizaciones jurídicamente independientes que se rigen por el Derecho público europeo, creadas con arreglo al Reglamento del Consejo Núm. 58/2003 «para encomendarles determinadas tareas relacionadas con la gestión de uno o más programas comunitarios»²². Estas agencias se crean para un período de tiempo concreto, en función de la misión que tienen

¹⁹ Artículo 17 TUE.

²⁰ Véase: http://ec.europa.eu/about/index_es.htm (20/06/2013).

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, «Governance Statement of the European Commission», 2007, disponible en http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/doc/governance_statement_en.pdf 10/07/2013).

²¹ Véase: http://europa.eu/agencies/regulatory_agencies_bodies/index_es.htm (20/06/2013).

²² DO L 11 de 16.1.2003.

que desempeñar²³. Las Agencias ejecutivas deben aligerar el trabajo de las instituciones europeas, y en particular de la Comisión. Estas Agencias también apoyan la cooperación entre la UE y los gobiernos nacionales. La excesiva heterogeneidad de los diferentes regímenes jurídicos a los que estaban sometidas las Agencias aconsejaba una depuración, que ha tenido lugar a partir de 2012, con el objetivo de conseguir agencias más «coherentes, eficaces y responsables»²⁴.

Algunas de estas Agencias, que superan actualmente la treintena, son la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores (FRONTEX), o la Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea (EUROJUST).

2.2. Impacto de dicha evolución sobre la función pública europea

El Acta Única Europea supuso un importante incremento de las competencias de la Comisión. No obstante, no se llegó a dotar a la misma de los medios necesarios para afrontar los nuevos cometidos administrativos, jurídicos y organizativos. El esfuerzo realizado para afrontar las nuevas

²³ En este momento estas agencias son: Agencia Ejecutiva de Competitividad e Innovación (EACI); Agencia Ejecutiva de Investigación (REA); Agencia Ejecutiva de la Red Transeuropea de Transporte (TEN-T EA); Agencia Ejecutiva de Sanidad y Consumo (EAHC); Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural (EACEA); Agencia Ejecutiva del Consejo Europeo de Investigación (ERC), véase: http://europa.eu/agencias/executive_agencias/index_es.htm (20/06/2013).

²⁴ «Agencias descentralizadas», en http://europa.eu/agencias/regulatory_agencias_bodies/index_es.htm (20/06/2013); «Roadmap on the follow-up to the Common Approach on EU decentralised agencies», en http://europa.eu/agencias/documents/2012-12-18_roadmap_on_the_follow_up_to_the_common_approach_on_eu_decentralised_agencias_en.pdf (20/06/2013).

«Proyecto de declaración común del Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión europea sobre las agencias descentralizadas», en http://europa.eu/agencias/documents/joint_statement_and_common_approach_2012_es.pdf (20/06/2013).

tareas forzó los engranajes institucionales, dejando de lado las necesarias garantías de eficiencia y control de los recursos públicos. En especial, hay que destacar que a la Comisión se encomendó la tarea de gestión masiva de importantes partidas de recursos financieros destinados a preparar la adhesión de nuevos Estados miembros (países de la Europa central y del este). La necesidad de incrementar los recursos humanos para el desempeño de estas tareas llevó a complementar la función pública europea con un denominado «personal exterior», al margen de las categorías establecidas hasta el momento. Dicho personal exterior se divide entre aquéllos sometidos a una reglamentación específica de la Comisión (expertos nacionales en comisión de servicios, científicos, periodistas) y aquéllos cuya relación jurídica con la Comisión se rige por el Derecho privado (contratos de empresa, laborales, puesta a disposición de personal...) ²⁵.

3. ESTRUCTURA ACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON EL PRODUCTO INTERIOR BRUTO

El Producto Interior Bruto de la Unión Europea fue de 12,27 billones de euros en 2010. Este indicador había aumentado considerablemente con la ampliación de la Unión en 2004, a partir de la entrada de doce nuevos países, de tal modo que el PIB de la UE es actualmente mayor que el de Estados Unidos ²⁶.

El presupuesto de la UE supone un 1% del total del PIB de los 27 Estados miembros —alrededor de 130.000 millones de euros— en 2012 ²⁷.

²⁵ J. A. FUENTETAJA PASTOR, «La Administración europea», *op. cit.*, pp. 94 y ss.

²⁶ Fuente: Eurostat, http://europa.eu/about-eu/facts-figures/economy/index_es.htm (25/06/2013).

²⁷ Datos extraídos del discurso del Comisario M. ŠEFČOVIČ, «A European civil service fit for the 21st century», Speech/12/349, 10 mayo 2012, p. 4, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-349_en.htm?locale=en#PR_metaPressRelease_bottom.

El 94% de ese presupuesto se gasta en las políticas y programas de la UE. Alrededor del 6% u 8.300 millones de euros del mismo se destina al gasto en administración. De esta cantidad, la mitad se emplea en los salarios, suponiendo los salarios de la Comisión aproximadamente el 40% (alrededor de 3.300 millones de euros) de este importe.

Según datos de 2012 del Comisario ŠEFČOVIČ, Vicepresidente de la Comisión Europea y responsable de relaciones interinstitucionales y administración²⁸, la Unión cuenta con alrededor de 56.000 funcionarios, de los cuales 30.000 trabajan para la Comisión, 18.000 para otras instituciones y 8.000 para las Agencias de la UE situadas por toda Europa. Según su apreciación, en un contexto de 27 Estados miembros, 500 millones de ciudadanos y 23 idiomas, la Administración de la Unión Europea —analizada en función de estos datos— sería una Administración «minúscula» comparada con la de Estados miembros como Reino Unido, Francia o Alemania.

4. CONGRUENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

Con carácter general, no cabe obviar la visión crítica acerca de la distancia que media entre los fines constitucionales de carácter social que impregnan el diseño de la Unión Europea y la hegemonía de otros intereses económicos comerciales que desplazan en la práctica el centro de gravedad la acción y los derechos de carácter social²⁹. Buena muestra de ello es el sentido de las últimas reformas que están teniendo lugar en la Unión Europea, tanto impulsadas desde las instituciones comunitarias como por los Estados miembros, aspecto en el cual profundizamos más adelante.

²⁸ Discurso del Comisario M. ŠEFČOVIČ, «A European civil service fit for the 21st century»..., *op. cit.*, p. 3.

²⁹ C. DE CABO, «Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/01CarlosDeCabo.htm>.

Sobre las materias de protección y mejora de la salud humana, la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte, la Unión dispone únicamente de competencia de apoyo, coordinación o complemento de la acción de los Estados miembros en su finalidad europea (art. 6 TFUE).

Con respecto a la política social, se configura como una competencia compartida (art. 4.2.b) TFUE), dentro del respeto en todo caso al principio de atribución de competencias y al principio de subsidiariedad (art. 5.3 TUE). No obstante, se abre la posibilidad de que la Unión tome iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros (art. 5.3.3 TFUE).

Formalmente y en líneas generales, puede afirmarse que el aparato administrativo de la Comisión europea es coherente con el principio de Estado de Derecho y con el respeto a los derechos fundamentales y a las normas de Derecho europeo. Las críticas que pueden formularse son por tanto relativas a la aplicación concreta de dichos principios o a las desviaciones en la práctica de los mismos. En este sentido puede destacarse la propia toma de conciencia acerca de la necesidad de reforma, así como la tendencia al reforzamiento del principio de responsabilidad y de la dación de cuentas, así como el esfuerzo de transparencia que viene realizándose³⁰.

La distribución competencial entre la Unión y los Estados miembros, que no se había clarificado hasta el Tratado de Lisboa, condiciona el limitado tamaño del aparato administrativo y el paulatino fortalecimiento de la administración de la Comisión, así como del Consejo y de las demás instituciones y organismos a medida que se fortalece la Unión y se incrementan las funciones de las instituciones europeas³¹.

³⁰ Véanse los apartados 5 y 7 de este trabajo. A. ARNULL y D. WINCOTT (eds.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, 2002. A. WILLE, «Political-Bureaucratic Accountability in the EU Commission: Modernising the Executive», *West European Politics*, Volume 33, Issue 5, 2010, pp. 1093-1116.

³¹ Véase respecto a esta evolución el apartado 2 de este trabajo.

5. REFORMAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA PREVIAS A LA CRISIS

5.1. Sentido de las reformas: La reforma de 2004

La Comisión europea nace oficialmente el 1 de enero de 1958, con la entrada en vigor del Tratado de Roma. Durante varias décadas, pocas modificaciones relevantes se realizan sobre una Administración que mantiene un carácter reducido y subsidiario. Las reformas que la Administración de la Comisión experimenta durante estos años se limitan a aspectos cuantitativos, a fin de adaptarse a las adhesiones de nuevos Estados miembros, o cualitativos, para poder desempeñar las competencias que progresivamente se van residenciado en la Comisión³². La responsabilidad de gestión directa de la Comisión se había incrementado significativamente de forma paulatina, y sin embargo seguía sin contar con la infraestructura y procedimientos pertinentes.

La necesidad de una reforma de gran calado solo se experimenta a partir de la dimisión colectiva de la Comisión presidida por Jaques Santer el 16 de marzo de 1999, ante la amenaza de una moción de censura, y bajo las alegaciones de fraude, nepotismo y mala administración³³. La evolución ya apuntada de la Comisión (apartado 2 de este trabajo), cuyos principales puntos débiles son la externalización generalizada de tareas y un importante porcentaje de personal exterior, que lleva a cuestionar la eficiencia en el uso de los recursos públicos europeos y la política de personal³⁴, son los principales desencadenantes de la crisis de la institución. Esta re-

³² J. A. FUENTETAJA PASTOR, «La Administración europea», *op. cit.*, p. 100 y ss.

³³ E. SCHÖN-QUINLIVAN, «Administrative reform in the European Commission: From rhetoric to re-legitimation», EU-CONSENT, *Constructing Europe Network*, project-no. 513416, 2007, pp. 1-22 (1). C. ELÍAS MÉNDEZ, *La moción de censura en España y Alemania (Estado, Länder y Comunidades Autónomas)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005, p. 15.

³⁴ En 1992, el 30.7% del personal de la Comisión (5.800 personas aproximadamente) es personal exterior, de los cuales el 9% realiza su trabajo en edificios ex-

forma se desarrolla por tanto en un clima políticamente adverso para la Comisión, sometida a un proceso de reforma impulsado «desde fuera» de la misma, por el Parlamento Europeo, bajo la presión de los Estados miembros, y a partir del criterio de expertos independientes ³⁵.

Romano Prodi toma el relevo durante el período 1999-2004, y bajo su mandato se nombra a Neil Kinnock Comisario para la reforma de la Administración. Esta exigencia de reforma se lidera, una vez ya comenzada, por tanto «desde dentro» por el Comisario Kinnock, bajo cuyo mandato se da a conocer el *Libro Blanco* sobre la reforma de la Comisión, que inspira el sentido de las modificaciones que se emprenden ³⁶. La importante reforma de 2004 aspira a renovar la administración pública a partir de los principios de eficiencia, transparencia y responsabilidad o dación de cuentas, tratando ahora sí de culminar las reformas consideradas necesarias, ya antes emprendidas y que sin embargo habían logrado escaso éxito ³⁷. Objetivos principales fueron la consolidación de la reestructuración de los aspectos organizativos, afectando a los procedimientos y sistemas administrativos (en especial, la externalización o la delegación de competencias), a la Función Pública comunitaria y a la gestión financiera.

Con respecto al establecimiento de prioridades y al uso eficiente de recursos, se estableció una estrategia política anual, esto es, la definición de objetivos políticos para cada Dirección general y la disposición de los recursos necesarios al efecto, así como el informe anual de actividades, a

ternos de la Comisión. En 1997, el 20,5% del personal (3.955 personas) es personal exterior. Datos extraídos de J. A. FUENTETAJA PASTOR, «La Administración europea», *op. cit.*, pp. 97 y 102.

³⁵ Para el diseño de la reforma, se recurrió también a la elaboración de informes por Comités de Expertos Independientes. Seguimos en este punto la explicación de E. SCHÖN-QUINLIVAN, «Administrative reform in the European Commission...», *op. cit.*

³⁶ *Libro Blanco*, COM (2000), Bruselas 5 de abril de 2000.

³⁷ Reform of Europe's Public Administration», en http://ec.europa.eu/reform/index_en.htm (25/06/2013) Implementation of the reform proposals: http://ec.europa.eu/reform/2002/chapter07_en.htm (25/06/2013).

fin de medir el grado de consecución de dichos objetivos. A partir de 2003 se logró sincronizar el presupuesto por actividades con el sistema de dirección por actividades, dotándolo así de efectividad.

En este mismo sentido, se procedió a una política de externalización a través de agencias de desarrollo y ejecutivas que asumieran la gestión de programas. Se liberaba así a las Direcciones Generales de una tarea que les llevaba mucho tiempo y que les alejaba de las funciones propias de la Comisión, deseosa de retomar las funciones que le correspondían como motor de la integración europea³⁸.

Con respecto a la política de personal, la pretensión fue sobre todo incentivar la eficiencia y aumentar el sentido de responsabilidad de los funcionarios. La reforma Kinnock de la función pública comunitaria, lanzada en 2001, tropezó con una fuerte resistencia de los sindicatos, en especial por la estructura de carrera lineal, por el criterio de promoción ligada al mérito y por el fondo de pensiones. No obstante, tras largas negociaciones, los acuerdos alcanzados se introdujeron y desarrollaron entre 2002 y 2004: Se creó la Oficina Europea de Selección de Personal; se introdujo un nuevo sistema de evaluación; se reforzó la formación; se actualizaron los aspectos de la política social, por ejemplo, en lo relativo al permiso parental; se creó una nueva categoría de personal no permanente, los agentes contractuales; se reforzó el sistema de medidas disciplinarias; y se aprobó un nuevo Reglamento de personal el 1 de mayo de 2004, estructurando la carrera funcionarial en las categorías de administradores y asistentes.

Otro punto fundamental de la reforma fue el sistema de gestión financiera, que había sido sometido a una fuerte crítica por la confusión que regía entre el control financiero y el sistema de auditoría, dado que ambas operaciones se residenciaban en la misma Dirección General, lo que provocaba conflictos de intereses. A fin de contrarrestar dicho problema, se modificó el Reglamento Financiero, separando la función de auditoría interna de la función previa de control financiero. Al efecto, se pusieron

³⁸ Una de las pretensiones de la reforma Kinnock era permitir a la Comisión desempeñar su función institucional como motor de la integración europea, devolviéndole su estatus político y su legitimidad en el sistema europeo de gobierno.

en marcha tres estructuras: un sistema de Seguimiento de las Auditorías, un Servicio Financiero Central y un Servicio Independiente de Auditoría Interna³⁹.

5.2. Valoración de la reforma de 2004

La mayoría de acciones propuestas en el *Libro Blanco* fueron, cuando menos formalmente, efectivamente aplicadas⁴⁰.

Uno de los objetivos fundamentales fue el ahorro. Según datos del actual Comisario ŠEFČOVIČ, se espera de esta reforma de 2004, previa a la crisis económica, que genere un ahorro de hasta 8 mil millones de euros en el horizonte de 2020⁴¹.

En cuanto a la función pública comunitaria, la reforma, que comportó importantes cambios organizativos y un proceso de desinstitucionalización, tuvo asimismo una serie de implicaciones, como la difuminación de la separación entre el sector público y el privado al tratar de fomentar el valor del rendimiento y la competencia dentro de la estructura funcional y al introducir prácticas de gestión propias del sector privado.

El impulso a la promoción a partir del mérito, el rendimiento y la calidad de los resultados fueron los nuevos valores llamados a regir o inspirar

³⁹ European Commission, A roadmap to an integrated internal control framework, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Court of Auditors, 15/6/2005, COM(2005) 252 final.

European Commission, 2006, Commission Action Plan towards an Integrated Internal Control Framework, Commission of the European Communities. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Court of Auditors, 17/1/2006.

⁴⁰ Seguimos el análisis realizado por M. W. BAUER, Impact of administrative reform of the European Commission: results from a survey of heads of unit in policy-making directorates, *International Review of Administrative Sciences*, vol. 75, núm. 3, 2009, pp. 459-472, y por SCHÖN-QUINLIVAN, «Administrative reform in the European Commission...», *op. cit.*, p. 10 y ss.

⁴¹ Discurso del Comisario M. ŠEFČOVIČ, «A European civil service fit for the 21st century»..., *op. cit.*, p. 4.

el trabajo en el seno de la Comisión. Sin embargo, se ha señalado que los elementos fundamentales de la reforma de personal (la promoción basada en el mérito, la estructura de carrera, el cambio en el sistema de pensiones, un sistema disciplinario más estricto y el incremento de la formación) fueron implementados con carácter formal, pero no realmente interiorizados y aplicados en toda su extensión. Por ejemplo, la evaluación del personal por parte de los Directores generales puede realizarse a partir de un reparto de puntos que éstos pueden otorgar a sus subordinados en función de su rendimiento. Sin embargo, en la práctica, los Directores y Jefes de sección distribuyen dichos puntos a todos por igual. De modo que el único efecto es la ralentización de la posibilidad de promoción, dado que los puntos tardan en acumularse uno o dos años más que con el sistema anterior. Así que, a pesar de que el sistema se concibió para premiar el mérito y castigar la ineficiencia, la burocrática implementación del mismo ha pervertido su sentido y limitado la posibilidad de un cambio efectivo ⁴².

En todo caso, el sentido de las reformas implicaba un cuestionamiento del papel de los funcionarios europeos al introducir un nuevo sistema de evaluación del personal, y en particular al expresar el Consejo la preferencia económica por contratar agentes contractuales antes que incrementar el número de funcionarios.

El acercamiento a los estilos de gestión del sector privado se plasmó también en aspectos organizativos: el establecimiento de ciclos de planificación estratégica plurianuales, los planes de gestión anual, la organización del trabajo por sectores dentro de cada Dirección General, la fijación de misiones y objetivos, el recurso a indicadores de resultados, los sistemas de evaluación y monitorización. Estos recursos propios del sector privado contribuyeron a la organización del trabajo de la Comisión, aunque se formularon críticas internas por el esquema de imposición de tales herramientas y la aun así falta de planificación coherente del trabajo a largo plazo.

Otra implicación de la reforma fue el temor a la percepción de la descentralización de la ejecución de los programas, en el sentido de que el

⁴² M. W. BAUER, «Impact of administrative reform of the European Commission...», *op. cit.*

papel de la Comisión pudiera ser cuestionado en razón de dicha política de externalización. Las agencias ejecutivas, en cuanto entidades de derecho público especializadas en la gestión de programas, fueron creadas para asumir actividades no esenciales, pero la decisión respecto a lo que constituye una actividad esencial es una cuestión política, que corresponde a la Comisión, y que se toma generalmente por razones económicas.

Una de las preocupaciones fundamentales de la reforma Kinnock fue la relación con los ciudadanos europeos, motivo por el cual se trataron de impulsar la transparencia, accesibilidad y responsabilidad de la institución. En este sentido, se aligeraron los esfuerzos por contestar en plazos razonables las preguntas y peticiones de información de los ciudadanos; se mejoraron las páginas webs de la Comisión; y se arbitraron espacios en las mismas para que los ciudadanos pudieran expresar su opinión.

Con respecto a los aspectos financieros, se pretendió mejorar la autonomía y la flexibilidad, y también conferir un mayor grado de responsabilidad a los Directores Generales mediante la descentralización financiera, aunque las posturas críticas alegan que de este modo solo se consiguió seguir reproduciendo la centralización, aunque a un nivel inferior. Asimismo, en aras a la transparencia financiera, se estableció por ejemplo la exigencia de los directores de firmar un documento conforme al cual se obligaban a gastar el dinero de forma legal y moderada.

Parece existir un consenso en torno a la valoración de que con todo ello se logró mejorar significativamente la transparencia dentro de la Comisión. Sin embargo, entre los aspectos negativos de la reforma, figura el aumento del grado de burocratización de la institución⁴³.

En todo caso, el éxito de la reforma es limitado, en cuanto se han detectado importantes diferencias entre la implementación formal de las medidas de reforma y su aplicación en la práctica⁴⁴. En síntesis, si bien se

⁴³ SCHÖN-QUINLIVAN, «Administrative reform in the European Commission...», *op. cit.*, pp. 13 y 14.

⁴⁴ La investigación cualitativa y las entrevistas o encuestas a funcionarios ponen de manifiesto la defectuosa aplicación práctica de las medidas. SCHÖN-QUINLIVAN, «Administrative reform in the European Commission...», *op. cit.*, pp. 13 y 14.

han producido importantes cambios, en última instancia los procesos burocratizadores han pervertido en buena medida la consecución de los objetivos, impidiendo que la Comisión funcione de manera eficiente, y persistiendo por tanto la percepción de la necesidad de reforma del aparato administrativo de la institución.

6. SITUACIÓN ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CONTEXTO CONCRETO DE LA ACTUAL CRISIS.

6.1. Principales variables económicas

En 2013, Europa sigue en recesión tras la evolución negativa de los últimos años.

En 2010 la tasa de empleo en la Unión era del 68,6% (75,1% para los hombres y 62,1% para las mujeres). Solo tres países lograron en dicho año reducir su desempleo, pero en términos generales creció el paro en 2010 en 1,6 millones de personas hasta alcanzar los 22,9 millones, con porcentajes que iban desde el 4,4% de Luxemburgo o Austria al 20,1% de España. Respecto al paro juvenil, el porcentaje oscilaba en torno al 9%, debiendo destacarse de nuevo el caso español con un 17,8%⁴⁵.

El PIB de la zona euro, que mostró una tendencia al crecimiento hasta 2008, ha experimentado en los últimos años las siguientes variaciones: En 2009 bajó un 4,4%. En 2010 creció un 2%. En 2011 creció alrededor de un punto y medio. En 2012 descendió un 0,6%⁴⁶. En el primer trimestre de 2013, el PIB descendió un 0,2% en la zona euro, y un 0,1% en el conjunto de la Unión Europea (UE)⁴⁷. Dicha contracción se debe principal-

⁴⁵ P. BECKER, «Beschäftigungs- und Sozialpolitik», W. WEIDENFELD y W. WESSELS (eds.), *Jahrbuch der Europäischen Integration*, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 141-144 (141).

⁴⁶ <http://www.datosmacro.com/pib/zona-euro> (02/07/2013).

⁴⁷ <http://www.rtve.es/noticias/20130605/eurostat-confirma-union-europea-sigue-recesion/680302.shtml> (02/07/2013).

mente al descenso en la inversión⁴⁸. No obstante, el comercio exterior supuso una pequeña contribución positiva al PIB. Se prevé una caída del PIB del 0,4% en 2013. Su crecimiento no está previsto hasta 2014. Esta evolución supone por tanto el sexto trimestre consecutivo de contracción para los países del euro y la entrada en recesión del conjunto de la UE, que encadena su segundo trimestre a la baja.

Por otra parte, aunque las diferencias entre los países de la zona euro siguen siendo pronunciadas, España, Italia, Francia, Portugal, Grecia, Chipre, Holanda, Finlandia, República Checa y Eslovenia se encuentran en situación de recesión económica. De los Estados miembros de la moneda única, por lo menos nueve, a falta de datos definitivos, están en recesión. En especial, tres de las cuatro grandes economías pertenecientes al euro presentaron importantes datos negativos en el primer trimestre de 2013: Francia (-0,2%), Italia (-0,5%) y España (-0,5%). El pequeño crecimiento de Alemania (0,1%) no ha logrado compensar las caídas de otros socios.

Respecto a otros indicadores, se ha registrado un estancamiento del consumo y han caído las exportaciones entre enero y marzo un 0,8% en la zona euro y un 0,6% en la UE, mientras que las importaciones lo hicieron un 1,1% y un 0,8%, respectivamente.

6.2. Medidas esenciales que se están adoptando para hacer frente a la crisis económica

La crisis económica en la UE ha llevado a tomar una serie de medidas a la Comisión Europea, a los Estados miembros y al Banco Central Europeo⁴⁹. En especial, se ha tratado de preservar la estabilidad financiera en

⁴⁸ DG ECFIN - Directorate A - Policystrategy and co-ordination, «Key indicatorsforthe Euro Area», en http://ec.europa.eu/economy_finance/db_indicators/key_indicators/documents/key_indicators_en.pdf datos actualizados el 4 de julio de 2013 (05/07/2013).

⁴⁹ EU response tothe crisis», en [http://ec.europa.eu/economy_finance/focuson/crisis/\(10/07/2013\)](http://ec.europa.eu/economy_finance/focuson/crisis/(10/07/2013)).

la UE y en la zona euro y se han intentado reforzar la supervisión y la coordinación de las políticas económicas.

En aras a lograr una mayor estabilidad financiera, para hacer frente a las tensiones en la zona euro que han afectado a los mercados de deuda soberana, la UE y los Estados miembros de la moneda única han establecido los siguientes mecanismos de estabilización: el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (MEEF) y el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) en mayo de 2010, a los que se ha añadido el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) en 2012, además de la firma del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria firmado en marzo de 2012 por 25 de los entonces 27 Estados miembros.

En el marco de esta tendencia al reforzamiento de la coordinación y supervisión de la política económica, se ha reformado el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, se ha creado un nuevo procedimiento para prevenir desequilibrios macroeconómicos (*Macroeconomic Imbalance Procedure*), y se han acordado dos reglamentos para mejorar la convergencia e impulsar la integración económica entre los países de la zona euro. Y ello en el contexto de la propuesta presentada por la Comisión el 30 de noviembre de 2012 a fin de trabajar hacia una unión económica y monetaria.

Asimismo cabe señalar la estrategia «Europa 2020», que trata de promocionar el crecimiento a lo largo de la década y que promulga los objetivos de aumento del empleo, de la productividad y de la cohesión social. La Unión establece al efecto cinco áreas en las que alcanzar ambiciosos objetivos de crecimiento en 2020: empleo, innovación, educación, inclusión social y clima/energía. Al efecto, cada Estado miembro establece sus propios objetivos nacionales en cada una de estas áreas⁵⁰.

Sin embargo, más allá de estas medidas, ha prevalecido en el discurso político europeo una imposición de políticas de austeridad económica, contra las que se vienen alzando numerosas voces críticas. Desde una perspectiva constitucional, Balaguer Callejón ha puesto de relieve que el esfuerzo de austeridad exigido puede estar erosionando el plura-

⁵⁰ Para más información, véase «Europe 2020», en http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm (10/07/2013).

lismo democrático al presentarse como única solución posible a la crisis económica⁵¹.

Solo en fechas recientes parece haber un cambio de dirección política ante el fracaso económico de las políticas de austeridad⁵². En el Consejo Europeo de 27 y 28 de junio de 2013, se aprecia una mínima apuesta por políticas sociales en el contexto de la crisis. Así para afrontar el importante problema del paro juvenil, que ha alcanzado cotas sin precedentes en varios Estados miembros, entre ellos España, se disponen las siguientes medidas concretas: aceleración de la Iniciativa sobre Empleo Juvenil y concentración del esfuerzo al comienzo del periodo; aceleración de la ejecución de la Garantía Juvenil; aumento de la movilidad juvenil y de la participación de los interlocutores sociales. Asimismo, el Consejo Europeo ha abordado formas de impulsar la inversión y de mejorar el acceso al crédito. Entre ellas, ha puesto en marcha un nuevo «Plan de Inversiones» para apoyar a las PYME e impulsar la financiación de la economía⁵³. En este Consejo Europeo también se han evaluado los avances hacia la unión bancaria, y se ha profundizado en los pasos a seguir para el fortalecimiento de la arquitectura de la UEM.

7. PROYECTOS DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA PROMOVIDOS A PARTIR DE LA CRISIS ECONÓMICA

A partir de la presión de los Estados miembros sobre las instituciones europeas, se ha propuesto una reforma que afecta sobre todo al personal

⁵¹ F. BALAGUER CALLEJÓN, «Crisi economica e crisi costituzionale in Europa», *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, pp. 82-99 (84).

⁵² M. JUSTO, «La austeridad europea se resquebraja, ¿pero hay alternativa?», en http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/05/130430_austeridad_europa_principio_fin_mj_nm.shtml (10/07/2013).

⁵³ Consejo Europeo. Conclusiones de la Presidencia (Bruselas, 27-28 de junio de 2013) http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/137649.pdf<http://cde.uv.es/documents/menudocuintern/item/11081-consejo-europeo-conclusiones-de-la-presidencia-bruselas-27-28-de-junio-de-2013.html> (10/07/2013).

de la Comisión europea y que está destinada principalmente al ahorro de costes. Al efecto, se endurecen las condiciones de trabajo y se restringen derechos sociales. Así, en 2011, los gobiernos de Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Reino Unido y Suecia pedían en una carta pública que la Comisión Europea redujera sustancialmente la partida destinada a salarios y pensiones de su personal, en la propuesta presupuestaria para el periodo 2014-2020⁵⁴. En 2012, la Comisión destinó a esta partida de gastos administrativos el 5,6% de su presupuesto, lo que supone 8.281,7 millones de euros. Los Estados pretenden así que no solo las administraciones públicas nacionales, sino que los efectos de la crisis se dejen sentir también sobre las instituciones europeas.

La Comisión Europea, siguiendo esta línea de austeridad, ha lanzado una propuesta que abarca un conjunto de recortes en el personal. Estas medidas se alinean con los recortes propuestos por muchos Estados miembros en sus propias administraciones nacionales⁵⁵.

La principal medida propuesta es un recorte del 5% en el personal de todas las instituciones y agencias, lo que se supone reportará un ahorro de 834 millones de euros en 2020 y de 339 millones de euros al año en el largo plazo. A su vez, la jornada laboral se incrementará hasta 40 horas por semana, y se reducirá el número de los así llamados «días de viaje» para el personal. Otras medidas son el aumento de la edad de jubilación de los 63 a los 65 años, la reducción de las dietas para los viajes, el incremento del gravamen especial pagado por los funcionarios de la UE, así como el dificultar el acceso de los funcionarios a niveles profesionales superiores.

Según las previsiones de la Comisión, el conjunto de estas medidas debería suponer un ahorro de 1.000 millones de euros en 2020 además de 1.000 millones de euros adicionales a largo plazo, teniendo en cuenta que

⁵⁴ «Ocho países exigen a la Comisión europea que recorte el gasto en salarios», en http://www.elmundo.es/elmundo/2011/06/23/union_europea/1308841178.html (10/07/2013).

⁵⁵ Así lo explica el propio Comisario europeo de Relaciones Institucionales y Administración, en su ya citado discurso, Discurso del Comisario M. ŠEFČOVIČ, «A European civil service fit for the 21st century»..., *op. cit.*, p. 5.

las medidas que afectan a la política de recursos humanos son políticas a medio o largo plazo ⁵⁶.

Por otra parte, atendiendo a la petición de los Estados miembros, el Comisario ha propuesto también la revisión del método que se utiliza para calcular las remuneraciones del funcionariado de la UE, a fin de hacerlo más transparente y de ser coherente con las decisiones políticas tomadas por todos los Estados miembros para su propia función pública ⁵⁷.

Tras largas negociaciones, el 28 de junio de 2013 se llegó finalmente a un acuerdo entre los representantes de los Estados miembros sobre las medidas de austeridad y reforma de la función pública europea, llamadas a ahorrar 2.700 millones de euros de aquí a 2020, y 1.500 millones de euros al año a largo plazo ⁵⁸. Se confirma así el acuerdo alcanzado el 25 de junio entre los representantes del Parlamento Europeo, la Presidencia irlandesa y la Comisión, y que cuenta con el apoyo de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento. Se ha destacado por el vicepresidente Maroš ŠEFČOVIČ la mayor vinculación entre la remuneración y las responsabilidades que comporta este acuerdo, que amplía la jornada laboral y retrasa la edad de jubilación.

En concreto, el acuerdo incluye: La congelación, durante dos años, de los salarios y las pensiones; una reducción del 5 % del personal de todas las instituciones durante el período 2013-2017, lo que representa un total de 2.500 puestos ⁵⁹; un aumento, sin compensación financiera, del horario mínimo semanal del personal de todas las instituciones (de 37,5 a 40 horas); el aumento de la edad de jubilación, de 63 a 66 años para el nuevo personal y a 65 años para el personal ya en funciones. Se facilitará la posi-

⁵⁶ Discurso del Comisario M. ŠEFČOVIČ, «A European civil service fit for the 21st century»..., *op. cit.*, p. 5.

⁵⁷ Las críticas al referido «método» por parte de los Estados miembros, que regula los cambios en el salario del personal en función del poder adquisitivo, son que es excesivamente rígido y que está desconectado de la realidad, permitiendo a los funcionarios de la UE que se aumenten sus salarios mientras las administraciones públicas nacionales sufren los efectos de la crisis.

⁵⁸ Véase: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-629_es.htm (5/7/2013).

⁵⁹ Se señala que es una cifra superior a la plantilla del Tribunal de Justicia.

bilidad de trabajar hasta los 70 años y se establecerá un nuevo vínculo entre la esperanza de vida y la edad de jubilación; Una nueva «exacción de solidaridad» del 6 %, que se sumará a los tipos impositivos actuales (hasta el 45 %). Esta exacción será del 7 % para los comisarios y los funcionarios pertenecientes a los dos grados más elevados. Se comenzará a aplicar durante el periodo de congelación salarial, dando lugar a una disminución inmediata de los salarios netos de la mayor parte del personal. Para el nuevo personal, la tasa de acumulación de las pensiones se reducirá del 1,9 % al 1,8 % anual. Se suprimirá la jubilación anticipada sin pérdida de los derechos de pensión adquiridos; menores salarios (-22 %) al final de la carrera de gran parte de los administradores y asistentes, al hilo de la mayor vinculación entre el grado y las responsabilidades, y reducción de los porcentajes de promoción. Todo ello está llamado también a traducirse en menores pensiones. Reducción de las retribuciones del nuevo personal de oficina y secretaría: disminución del 13 % de los salarios iniciales y del 40 % de los salarios al final de la carrera. Un nuevo método simplificado de adaptación de los salarios y las pensiones basado en las decisiones políticas que adopten once Estados miembros para sus funcionarios nacionales, el cual tendrá en cuenta asimismo las situaciones de profunda crisis económica y financiera. La aplicación de este nuevo método quedará suspendida hasta 2015. Una reducción tanto del número máximo de días de permiso concedidos al personal para su desplazamiento anual a su país de origen (de seis a dos días y medio) como de las dietas correspondientes. La posibilidad de ampliar la utilización de personal contractual menos oneroso, mediante la extensión de la duración máxima de los contratos, de tres a seis años⁶⁰.

Esta reforma, al contrario que la de 2004, mucho más extensa, completa y preocupada por la eficiencia, la transparencia y la dación de cuentas, parece ahora estar principalmente orientada a los aspectos de recortes de derechos de los funcionarios, y no tanto a la mejora del trabajo de la Comisión, la cercanía a los ciudadanos o la orientación a valores y principios recogidos en los Tratados. Parece, por tanto, una reforma llamada a servir de modelo o ejemplificar la austeridad y el recorte de derechos que

⁶⁰ Véase: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-629_es.htm (5/7/2013).

se ha venido impulsando desde la propia Comisión europea, de tal modo que se acomete sobre el propio personal un significativo recorte de derechos sociales que se consideraban consolidados, a fin de justificar y legitimar las exigencias de recortes sobre otros colectivos más vulnerables, como son los trabajadores de diversos sectores en los Estados miembros.

8. VALORACIÓN GLOBAL DE LA EVOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA Y DE LOS PROYECTOS DE REFORMA

La evolución de la Administración de la UE, quintaesenciada en la administración de la Comisión europea, es la de una Administración que va creciendo lentamente, evolucionando desde el estadio de un pequeño sustento administrativo subordinado a la ejecución que llevan a cabo los Estados miembros de los asuntos comunitarios, al importante aparato administrativo de una asociación de Estados que progresivamente va adquiriendo carácter constitucional. A lo largo de este proceso, dicha administración ha ido sumando cada vez más competencias, a la par que ha crecido el número de Estados destinatarios de su actividad, requiriendo por tanto el ajuste en tamaño de la administración.

Más allá de las paulatinas reformas que requieren el proceso de crecimiento competencial y cuantitativo de la Comisión y que se suceden a lo largo de su existencia, hay que destacar las dos grandes reformas que experimenta la institución en sus aspectos administrativos a partir de 1999.

La primera reforma, que culmina en torno a 2004, es una reforma impulsada más por cuestiones políticas, acusaciones de corrupción y exigencias de transparencia, que por motivos estrictamente económicos. En este sentido, se acomete una reforma de carácter general que afecta a diversos aspectos: organizativos, financieros y de función pública. Se pretende y, según datos de la propia Comisión parece conseguirse, un ahorro de costes en el funcionamiento de la institución, pero la finalidad principal de la reforma es el funcionamiento responsable y eficiente. Una de las pretensiones de esta reforma es la reorganización de funciones y de la posibilidad de que algunas de las tareas no esenciales sean asumidas por las agen-

cias ejecutivas, a fin de que la Comisión pueda ejercer las funciones que según el diseño institucional de los Tratados le corresponden.

En cuanto a los resultados, podemos destacar que se trata de una reforma significativa dado que acomete la transformación de importantes aspectos que requerían actualización. Las modificaciones emprendidas tratan de incrementar los incentivos para hacer la institución más eficiente (con respecto a la función pública comunitaria, se premian los resultados y objetivos conseguidos en detrimento de otros parámetros como la antigüedad en el cargo) y se orientan al ahorro de costes de personal. También se trata de fomentar la transparencia en la gestión financiera y los mecanismos de dación de cuentas. No obstante, las posturas críticas han señalado la distancia que media entre el diseño teórico de las reformas y su aplicación, llevando su defectuosa o deficiente implementación práctica a pervertir su sentido, provocando el incremento de los procesos burocráticos.

A diferencia de esta reforma, la que se plantea a partir de 2011, es una reforma motivada casi exclusivamente por razones económicas y de necesidad de justificación de la Comisión ante las demás instituciones y ante los Estados miembros⁶¹. Las exigencias de los Estados miembros, sumidos en situaciones agobiantes de crisis económicas, y presionados a su vez para que conduzcan políticas de austeridad, demandan de la Comisión europea una reforma que en esta ocasión se centra principalmente en el ahorro de costes, que recae sobre los funcionarios europeos, quienes ven recortados derechos y condiciones de trabajo consolidadas. No parece por tanto pretenderse tanto una reforma que aspire a mejorar el funcionamiento de la institución, sino más bien parece tratarse de unos recortes acordes con los tiempos que corren a modo de «operación de imagen» a fin de no desentonar y legitimar los recortes de derechos y las políticas de austeridad que se propagan en la UE. Cabe por tanto cuestionar que las modificaciones que esta reforma comporta sean acordes con los valores y principios referidos al progreso social establecidos en los Tratados y a los derechos sociales recogidos en la Carta de derechos fundamentales. Esta

⁶¹ L. MATEI y A. MATEI, «The European Administration Reform and Legitimacy», *International Journal of Academic Research*, vol. 4, núm. 2, marzo 2012, pp. 21-27 (22).

reforma no afecta significativamente a la distribución competencial entre la UE y los Estados miembros ni a la asignación de funciones entre las instituciones comunitarias.

9. FORMULACIÓN DE PROPUESTAS DE POSIBLES LÍNEAS DE REFORMAS

La singularidad de la Administración de la Unión Europea, en este caso concreto, de la Comisión, aconseja seguir profundizando en los mecanismos de exigencia de responsabilidad y dación de cuentas, en la medida en que contribuyen a la racionalización de la actividad de la institución y a su eficacia, al acercamiento y legitimación ante la ciudadanía (Preámbulo TUE y art. 298 TFUE). Esta línea de reforma que proponemos no se justifica en una consideración negativa del funcionario europeo, como ha querido en ocasiones hacerse ver, sino que resulta conveniente, consideramos, en cualquier Administración democrática, y en el particular caso de la Comisión porque la lejanía geográfica con respecto a los administrados y la paulatina puesta en marcha de los procesos de control sobre la institución exigen, creemos, un mayor esfuerzo en este sentido⁶².

Conviene asimismo continuar con las reformas para aumentar la transparencia, la accesibilidad y mejorar la atención al ciudadano, en línea con el principio de apertura conforme al cual deben actuar las instituciones (art. 15 TFUE), y con el derecho fundamental de los ciudadanos al acceso a los documentos de las instituciones (art. 42 de la Carta de derechos fundamentales). Si estos objetivos son deseables con respecto a cualquier administración pública, cobran especial sentido en relación con la Administración de la Unión Europea, que debe todavía justificar su existencia y propósito ante la ciudadanía. En este sentido, todas las modificaciones orientadas a mejorar el acceso de los ciudadanos a los documentos, a información de diverso tipo, la agilización de los plazos de respuesta, la mejora de la

⁶² L. MATEI y A. MATEI, «The European Administration Reform and Legitimacy»..., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

accesibilidad de la información en internet, resultan especialmente pertinentes.

Con respecto a las políticas de austeridad, conviene sopesar muy detenidamente su necesidad y evaluar en detalle sus efectos, dado que suponen un retroceso en derechos. En todo caso, no cabe seguir una política de recortes sobre la base del argumento de que debe servir de ejemplo o justificar el recorte de derechos de otros trabajadores (por ejemplo, funcionarios o trabajadores asalariados de los Estados miembros). La coherencia con las referencias del Preámbulo del TUE a la Carta Social Europea y a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, la consagración de derechos sociales por la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, especialmente, el contenido del art. 3.3 TUE, obligan a cuestionar cualquier restricción de derechos.

Asimismo, el pluralismo como valor esencial de la democracia exige, como ha señalado el Prof. Balaguer, la puesta en cuestión de la austeridad y los recortes de derechos sociales como única vía posible de solución de la crisis económica⁶³. La combinación, por tanto, de valores y principios europeos, así como los derechos reconocidos, no sólo debe invitar a cuestionar, sino que obligan a las instituciones a ofrecer el máximo grado posible de desarrollo de tales derechos, resultando especialmente relevantes aquéllos destinados a la protección de los colectivos más vulnerables. En este sentido, en el campo social, conviene destacar las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, que redundan no sólo en la consecución de la igualdad (art. 23 de la Carta), sino muy especialmente en el bienestar de los más débiles (arts. 24 y 33 de la Carta).

Por último, en razón del concepto de Administración europea multinivel por el que hemos optado, en cuanto a término que mejor describe la necesaria interrelación y consideración de todas las instituciones y estructuras comunitarias, nacionales o regionales (en los Estados compuestos), implicadas en la ejecución de las previsiones establecidas o derivadas del Derecho de la Unión Europea en el espacio administrativo europeo, debemos

⁶³ F. BALAGUER CALLEJÓN, «Crisi economica e crisi costituzionale in Europa»..., *op. cit.*, p. 85.

apuntar la necesidad de mejorar los mecanismos de coordinación entre los diversos planos administrativos, profundizando así en el cauce establecido al efecto en el art. 197 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Resumen:

Este trabajo parte de dos premisas: el necesario enfoque desde el Derecho constitucional europeo, y la definición de la Administración de la Unión Europea como administración multinivel. Desde el sencillo aparato burocrático diseñado inicialmente, se repasa el proceso de progresiva consolidación de la integración y la asunción por parte de las Comunidades Europeas de nuevas competencias, y el correlativo fortalecimiento del aparato administrativo europeo. El análisis constitucional en el contexto de crisis económica se centra en el caso de la Comisión europea, cuya administración destaca por su tamaño y entidad. Las sucesivas reformas han sido de adaptación al crecimiento de la Unión Europea y a las necesidades a cubrir. Tras la crisis de la Comisión presidida por Santer, la reforma Kinnock de 2004 trató de impulsar la transparencia, la dación de cuentas, la eficiencia y el ahorro de costes. La reforma impulsada desde 2011 se centra principalmente en el recorte de gastos de personal. Se proponen como reformas pertinentes de la Administración de la Comisión la mejora de los mecanismos de exigencia de responsabilidad y dación de cuentas, de los instrumentos de transparencia, accesibilidad y de atención al ciudadano, y el impulso a los cauces de coordinación entre los diversos planos de la Administración europea multinivel.

Palabras Clave: Administración de la Unión Europea. Administración europea multinivel. Derecho constitucional europeo. Comisión Europea. Reforma de la Comisión Europea. Crisis económica.

Abstract:

This work is based on two premises: the necessary approach provided by European Constitutional Law, and the definition of the European Union Administration as multilevel Administration. From the simple bureaucratic apparatus originally designed, the process of gradually building integration and assumption by the European Communities of new competences is reviewed, and also the corresponding strengthening of the European administrative apparatus. The constitutional analysis in the context of economic crisis focuses on the case of the European Commission, whose administration stands out for its size and organization. Successive reforms have been for adapting to EU's growth and for needs to be covered. After the crisis of the Commission chaired by Santer, the Kinnock reform of 2004 was meant to promote transparency, accountability, efficiency and cost savings. Driven reform since 2011 is mainly focused on cutting staff costs. The author proposes as relevant reforms of the Commission's Administration to improve accountability mechanisms, transparency,

accessibility, citizen service, and the promotion of channels of coordination between the various planes of the multi-level European Administration.

Keywords: *Administration of the European Union. European multilevel Administration. European Constitutional Law. European Commission. Reform of the European Commission. Economic crisis.*

LA DIMENSIÓN DEL ESTADO Y DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO *

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: UNA REFLEXIÓN INICIAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA Y LA CONSTITUCIÓN
2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE AFECTAN AL SECTOR PÚBLICO: LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL Y DEMOCRÁTICA DE DERECHO
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SECTOR PÚBLICO
4. ESTRUCTURA ACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO EN RELACIÓN CON EL PRODUCTO INTERIOR BRUTO
5. CONGRUENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO CON LOS FINES CONSTITUCIONALES QUE VINCULAN A LOS PODERES PÚBLICOS, DERECHOS SOCIALES Y MANDATOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL DEL ESTADO
6. CONGRUENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO CON LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN
7. REFORMAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL SECTOR PÚBLICO PREVIAS A LA CRISIS
8. PROYECTOS DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL SECTOR PÚBLICO PROMOVIDOS A PARTIR DE LA CRISIS ECONÓMICA
9. VALORACIÓN GLOBAL DE LA EVOLUCIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESPAÑOL: ALGUNAS PROPUESTAS

1. INTRODUCCIÓN: UNA REFLEXIÓN INICIAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA Y LA CONSTITUCIÓN

Hoy día la crisis económica y financiera por la que atraviesa Europa ha puesto en jaque la estructura del Estado social y democrático de Derecho. En España, la alarmante situación económica ha conducido a la idea generalizada de la necesidad de encaminar reformas, especialmente en el ámbito de la Administración pública. Los principales argumentos de estas refor-

* Profesor de Derecho constitucional. Universidad de Granada.

mas se centran en la necesidad de evitar duplicidades en el cumplimiento de la función pública y rebajar el volumen de las Administraciones para dar respuestas a las necesidades sociales de un modo más eficaz y al menor coste posible. A nadie se le escapa la necesidad de mejorar la eficiencia de la Administración, pero las reformas planteadas hasta ahora parecen deudoras exclusivamente de las decisiones unilaterales del Eurogrupo y el BCE que imponen políticas de austeridad y ajustes centradas exclusivamente en la reducción del déficit público ¹.

La intención de este trabajo es analizar la evolución y situación de la Administración pública española desde la perspectiva de los principios establecidos por la Constitución. Por ello, de manera descriptiva, se expondrán a continuación algunas consideraciones sobre la estructura institucional de la Administración y la configuración del gasto público. Se trata aquí, exclusivamente, de aportar elementos que permitan una reflexión posterior, más amplia, sobre la compatibilidad entre los mandatos constitucionales y las reformas emprendidas en época de crisis.

Administración pública española y Constitución normativa

La perspectiva con la que abarcamos este estudio tiene una fundamentación constitucional, no económica. Por ello debemos partir de que cualquier intento de reforma de la Administración Pública (AP) debería basarse en encontrar adecuada cobertura en el modelo concretado en el orden constitucional ².

¹ Para una crítica a las decisiones tomadas recientemente por el Eurogrupo y el BCE en perspectiva constitucional me remito a F. BALAGUER CALLEJÓN, «Crisi economica e crisi costituzionale in Europa», publicado en B. ANDÓ y F. VECCHIO, *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, CEDAM, Pádua, 2012, 333-352. Igualmente «European Identity, Citizenship and the Model of Integration», publicado en *Citizenship and Solidarity in the European Union - from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, PIE - Peter Lang SA - Éditions scientifiques internationales, Bruxelles, 2013.

² L. PAREJO ALFONSO, *Estado Social y Administración pública, los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 21 y 22.

El Derecho administrativo, y la Administración como objeto de éste, han sido entendidas tradicionalmente como «Derecho constitucional concretizado»³, por lo que una parte importante de toda reforma de la Administración «reside ciertamente en la imperatividad de la eliminación de toda discrepancia entre el orden constitucional y el estatuto orgánico y de funcionamiento de la Administración»⁴. Esta conexión entre la regulación de la Administración y el marco constitucional es fruto de la evolución del Derecho público a lo largo de varios siglos.

Partiendo del viejo «adagio» según el cual «el Derecho constitucional pasa, el Derecho administrativo permanece»⁵, observamos una primera vinculación entre el orden constitucional y la Administración, vínculo que aludía a la imperatividad y concreción de los actos del ejecutivo y de la Administración en contraposición al carácter declarativo y principal de las primeras cartas constitucionales del siglo XIX, siglo en el que comenzó la teorización del sector público actual. El estudio del tridente Constitución-Estado-Administración se convirtió pronto en el laboratorio de la teoría y dogmática del Derecho público. El constitucionalismo y la evolución de la Administración Pública han caminado de la mano desde entonces⁶. La evolución hacia la normatividad de los textos constitucionales en Europa y su supremacía constituyeron un punto de inflexión en la relación entre Admi-

³ F. WERNER, *Verwaltungsrecht als Konkretisiertes Verfassungsrecht*, «DVBI», 1959, p. 257 y ss.

⁴ Aunque tal y como afirma LUCIANO PAREJO existe una «indudable dependencia del orden constitucional de la reforma administrativa» sin embargo, parafraseando a Carl HERMANN ULE («Verwaltungsreform als Verfassungsvollzug» en *Verwaltung und Verwaltungsgerichtbarkeit*, Ed. Carl Heymanns Verlag KG, Köhl, Berlín, Bonn, München, 1979, pp. 386-387) existe una imposibilidad de realizar «una reducción causal de esa reforma a dicha dependencia». L. PAREJO ALFONSO, *Estado Social y Administración pública*, *op. cit.*, p. 22.

⁵ O. MAYER, *Prólogo*, «Deutsches Verwaltungsrecht», 3.ª Ed.

⁶ Siguiendo a Sánchez Agesta, es en este siglo en que la idea de fomento convierte a la Administración del Estado en «árbol frondoso de servicios». L. SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 4.ª Ed., pp. 15-39.

nistración y Constitución. A partir de ese momento, la Constitución, se convirtió en el marco de desarrollo de la Administración, marcando sus objetivos, principios y límites⁷.

Las Constituciones normativas surgidas tras la segunda posguerra mundial decantaron esta relación en el paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho de nuestros días. Su carácter supremo se expresa hoy, entre otras disposiciones, en el art. 9 de la Constitución Española (CE) de 1978 en cuyo primer apartado dispone: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». El apartado 2 de este mismo artículo establece la razón de la existencia de la Administración y los poderes públicos en el tipo de Estado social y democrático de Derecho: «la necesidad de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». La CE señala así, por tanto, los objetivos y el marco en el que se debe desarrollar la actuación de la Administración pública.

Pese a que a priori podría considerarse que el viejo «adagio» del que partimos ha sido superado, en momentos de crisis económica como los que estamos viviendo, vuelve a encarnar una metodología sugerente para reflexionar sobre la relación actual del binomio Constitución-Administración pública española.

A fecha de 2013, el «miedo patológico» a la reforma constitucional de nuestro país ha provocado serias dificultades para sostener que la Administración pública se sujeta al marco establecido en la Norma Fundamental. Si la Constitución «permanece» inalterada en el tiempo, ante la evolución y los cambios políticos y sociales, la Administración, en cambio, ha debido avanzar y renovarse por su cuenta y riesgo ante los nuevos retos de la sociedad española desde 1978. En este sentido puede decirse que se ha ampliado la distancia entre una y otra, así como sus incongruencias. Piénsese simple-

⁷ Me remito a la clásica obra de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, reeditada en Civitas, 2006.

mente en el crecimiento continuo de las Administraciones autonómicas españolas y el silencio constitucional al respecto, especialmente después de las recientes reformas estatutarias. O piénsese en la evolución de la integración europea y su influencia en el sistema de las administraciones públicas de los Estados miembros. Ciertamente podríamos decir que la petrificación de nuestra Constitución suscita la imagen de un sólido monolito de piedra que poco a poco se va alejando en la distancia, mientras que la Administración camina tratando de mantenerse en el presente, tratando de adecuarse a las nuevas situaciones sociales, políticas y económicas. «El Derecho constitucional pasa, el Derecho administrativo permanece».

Esta reflexión sugiere la necesidad de repensar el sentido de las escasísimas reformas constitucionales realizadas. La primera, en 1992, como una exigencia constitucional para la ratificación del Tratado de Maastricht que, como se sabe, no tuvo posteriores pretensiones de adecuación del marco constitucional a la nueva realidad europea, pero que representó un cambio sustantivo profundo en la base de nuestro sistema de Derecho Público, la ampliación del sufragio pasivo en el ámbito local. La segunda, en 2011, reformó el art. 135 CE, constitucionalizando el principio de estabilidad presupuestaria y estableciendo límites a la emisión de deuda pública así como garantías de su pago, como expresión de la cesión de soberanía realizada en el ámbito monetario por España a organismos supranacionales (el BCE). Esta última reforma, conforme a la exposición de motivos de la ley orgánica de 27 de septiembre de 2011, se presenta como una garantía de un «valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social (...) y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos». Sin embargo, no son pocos en doctrina los que resaltan que la adecuación del texto constitucional se ha plegado a las demandas de los mercados de deuda pública, se ha desarrollado en abuso del principio democrático y justifica constitucionalmente la reducción del déficit en detrimento, obviamente, de las políticas sociales⁸: del Estado social.

⁸ Me remito en sentido genérico a los estudios realizados en el número monográfico de la revista *Teoría y Realidad constitucional*, n. 29, 2012.

Las escasísimas reformas constitucionales «forzadas» desde el ámbito supranacional suponen, a mi entender, un nuevo distanciamiento entre la Administración pública y su fundamento constitucional en el marco del Estado social y democrático⁹.

Teniendo presente esta reflexión, nos centraremos a continuación en el estudio de los caracteres constitucionales de la Administración pública española, en su evolución y en la actualidad del sector público, para dilucidar las posibilidades de su reforma teniendo en cuenta la finalidad de este trabajo: que la Administración Pública debe encontrar adecuada cobertura en el marco constitucional del Estado Social Democrático de Derecho.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE AFECTAN AL SECTOR PÚBLICO: LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL Y DEMOCRÁTICA DE DERECHO

2.1. Marco Institucional general

Siguiendo el esquema de los países de su entorno, la CE estructura un sistema de gobierno parlamentario¹⁰. Las Cortes generales se estructuran en un bicameralismo imperfecto en el que se observa una clara preeminencia

⁹ Estado y Administración se justifican hoy por sus resultados, su eficacia y eficiencia, especialmente en su deber, en tanto que Administración de un Estado Social, de «prestación de servicios» (a los ciudadanos y con la introducción de bienes al mercado) con costes tolerables. Ver, M. BAENA DEL ALCÁZAR, «Reformando a Leviathan: la Administración pública», *Política y Sociedad*, n. 20, 1995, pp. 53-62. Igualmente LUCIANO PAREJO, cit., considera que la cláusula Estado Social, tiene en común en todos sus estudios la imbricación y compromiso sociales del Estado (la ruptura con el concepto constitucional de la separación Estado-sociedad), y la responsabilidad del Estado en el logro de conquistas sociales y niveles de calidad de vida. Esencialmente se caracteriza por la producción del fin: producción y mantenimiento de determinados resultados sociales, p. 34.

¹⁰ Sobre las deficiencias del término forma de Estado o forma de gobierno me remito a TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de partidos*, Edi-

del papel del Congreso de los diputados sobre el Senado. Este desequilibrio a favor del Congreso se encarna en su función central de «producción de Gobierno»¹¹. El Congreso tiene el encargo de realizar la investidura del Presidente del Gobierno (art. 99 CE) sobre la base de una mayoría parlamentaria. Fruto de esta relación se establece un vínculo de «confianza» entre el órgano legislativo de representación popular y el Poder ejecutivo, vínculo que se articula a través del papel permanente de control, fiscalización y exigencia de responsabilidad política al Gobierno en el marco del parlamentarismo racionalizado. Para realizar este control la CE establece dos instrumentos fundamentales de relación entre el Congreso y el Gobierno: la «moción de censura» del Congreso al Presidente y la «cuestión de confianza» que puede ejercer éste sobre aquel¹².

La relación entre el Gobierno y el Congreso da cuenta de que nuestro Parlamento, además de tener atribuida las importantes funciones legislativa y presupuestaria (los dos mecanismos a través de los que incide en la Administración pública), está destinado a servir de soporte y control del desarrollo del programa político del Presidente (en tanto que mayoría parlamentaria de gobierno).

El Gobierno o Poder ejecutivo español, a raíz de la CE de 1978, tiene por tanto una naturaleza democrática. Esta naturaleza ha dado lugar a que se le atribuya iniciativa legislativa en la CE (art. 87) de un modo privilegiado en relación con los Grupos políticos parlamentarios¹³; pero además, puede dictar regularmente normas con rango de ley como el Decreto-ley o el Decreto legislativo. El régimen jurídico de ambas fuentes del Derecho

torial Universitas, S.A., Madrid, 4.ª Ed. 2012, pp. 313 y ss. 333 y ss. El sistema parlamentario puede deducirse de su lugar central en el entramado institucional, pues conforme al art. 66.1 CE las Cortes generales «representan al pueblo español».

¹¹ Además se observa en la descompensación entre las funciones del Senado respecto del Congreso: arts. 88, 134, 89.2, 86.2.102, 92 y 116 CE.

¹² Arts. 86 y 82-83 CE respectivamente.

¹³ Véase el art. 88 CE y las diferencias existentes en el Reglamento del Congreso entre la tramitación de un Proyecto de ley (iniciativa del Consejo de Ministros) y de una Proposición de ley (iniciativa de los Grupos Parlamentarios), art. 89.

previsto en la CE, formalmente, radica en la necesaria confianza mayoritaria existente entre el Gobierno y el Congreso, y en la primordial función de éste último de control sobre el primero. Sin embargo, como se observará en el apartado sobre las reformas, el Gobierno ha hecho en los últimos tiempos un uso abusivo del Decreto-ley que pone en duda sus mecanismos de control en el marco del constitucionalismo democrático garante de los derechos de las minorías políticas.

La CE, además de estas funciones, mantiene los tradicionales cometidos del poder ejecutivo atribuyéndole, al Gobierno, la dirección de «la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado», junto a la «potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes» (art. 97). Desde este fundamento se observa que el Gobierno español es el órgano superior de dirección de la Administración española.

Debe destacarse que nuestra Constitución reconoce en el art. 2 «el derecho a la autonomía de las Nacionalidades y regiones» en el marco del principio dispositivo cuyo desarrollo ha dado lugar a una intensa descentralización política configurando el Estado autonómico español. Esta autonomía se enmarca en la distribución competencial que realiza la CE entre el Estado central y las diferentes Comunidades autónomas (CCAA) en el Título VIII (art. 148 y 149 CE). El reparto de competencias legislativas y ejecutivas que realiza expresamente la propia CE se completa a través de los Estatutos de Autonomía, normas de cabecera de los ordenamientos autonómicos. En lo que ahora nos interesa debemos referirnos al art. 152 CE que establece el marco institucional básico de la CCAA compuesto obligatoriamente por una Asamblea Legislativa representativa (Parlamento autonómico), un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno. Como se observa a simple vista, se reproduce a nivel autonómico el sistema de gobierno parlamentario racionalizado y se consagra a este nivel al Ejecutivo autonómico como cabeza de la Administración autonómica.

Por ello existen en la actualidad, junto a la Administración central dirigida por el Gobierno español, otras 17 Administraciones autonómicas descentralizadas del Estado dirigidas por los respectivos gobiernos autonómicos.

Las competencias sobre las Administraciones públicas autonómicas son compartidas con el Estado en el marco de las bases estatales en materia de régimen estatutario del personal, procedimiento administrativo común, régimen de contratos y concesiones administrativas y responsabilidad. La competencia exclusiva de las Comunidades autónomas en esta materia se reduce a ámbitos específicos de organización.

El Gobierno central y los gobiernos autonómicos son los órganos superiores de la Administración Pública en su respectivo ámbito competencial. La Administración pública se define entonces como «el complejo organizativo al servicio de la comunidad bajo la dirección de los órganos de dirección política»¹⁴.

La relevancia que el Poder Ejecutivo ha adquirido en el sistema político español ha conducido a una presencia más relevante de la Administración, que se ha convertido en la manifestación del poder público más visible por parte de la ciudadanía. Se ha vivido, en palabras de LUCIANO PAREJO «un desplazamiento de la vida política hacia la Administración»¹⁵. Pero esta relevancia, conforme a lo dispuesto por la CE, debería enmarcarse en la inicial legitimidad democrática del Gobierno (central y autonómico) y las garantías parlamentaria de su control. De modo que la Administración «cuando regula alguna actividad de la sociedad, o ejerce el monopolio de la coerción o el monopolio fiscal, lo hace en nombre de la autoridad (poder legítimo) y dentro de los cauces previamente definidos por la Ley»¹⁶ y la CE.

2.2. Principios constitucionales de la Administración pública

Pese a la férrea vinculación, la CE distingue en su articulado entre la Administración y el Gobierno, y establece unos principios de actuación es-

¹⁴ M. SÁNCHEZ MORÓN, «Organización Administrativa», *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, n. 31, 2006, pp. 135-150.

¹⁵ LUCIANO PAREJO, cit., p. 25.

¹⁶ C. RAMIÓ, «Las Administraciones públicas», en M. ALCÁNTARA, y A. MARTÍNEZ (Dir.), *Política y Gobierno en España*, 2.ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 532 y ss.

pecíficos para aquella. La validez de tales principios ha representado en la doctrina el fundamento sobre el que asentar la Ciencia de la Administración. Por ello, «no es de extrañar que todos los intentos de reforma de la Administración hayan tenido como guía y norte los principios de organización elaborados por la doctrina»¹⁷, principios que, influenciados por el Derecho constitucional comparado (Italia y Portugal) terminarán constitucionalizándose en 1978, concediéndosele el máximo relieve jurídico y sirviendo de estructura a la Administración del Estado constitucional.

Debe señalarse inicialmente que la CE, a través de sus principios, determina un modelo incompleto de organización constitucional de la Administración. La CE no prevé una regulación densa que permita definir por sí misma a la Administración pública, por lo que los principios y reglas constitucionales se superponen a las fórmulas históricas que se limitan a completar¹⁸.

Los principios de organización de la Administración pública española se recogen principalmente en el art. 103 de la CE de 1978. Esta disposición determina como principios generales: la «eficacia», «jerarquía», «descentralización», «desconcentración», «coordinación», y el principio de legalidad¹⁹. En el apartado 3 se especifican los principios de «mérito», «capaci-

¹⁷ M. ÁLVAREZ RICO, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, Dykinson, Madrid, 2.ª Ed., 1997, p. 21: «la crisis de creencia en la validez científica de estos principios suponía, además el fin del “constitucionalismo cósmico”, según la expresión de Waldo». Ver D. WALDO, *Teoría política de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 268.

¹⁸ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, Tomo III, Iustel, Madrid, 2009, pp. 572 y ss.

¹⁹ Conforme al art. 103.1 «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa [...] con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». El apartado segundo del mismo artículo incide en el principio de legalidad que rige la Administración: «Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley». Conforme al art. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las Administraciones han de actuar siempre de manera objetiva, buscando el interés general y de acuerdo con los principios de eficiencia, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento

dad» e «imparcialidad» que rigen en el acceso a los cuerpos de funcionarios públicos.

Más allá del art. 103 de la CE se deducen también principios fundamentales de naturaleza constitucional que recorren toda la Norma fundamental y afectan tanto a la organización como al funcionamiento de la Administración. Desde el propio art. 1, la CE, define a España como un Estado social y democrático de Derecho, exigiendo en consecuencia que la Administración pública se organice y funcione como Administración social y democrática de Derecho.

Vinculado con la naturaleza del Estado de Derecho y el principio de constitucionalidad y legalidad (explicitado en el art. 9.1 CE), el art. 106, establece el principio de responsabilidad de la Administración pública y de sometimiento de su actuación al control por los tribunales²⁰.

Por otro lado, en relación con la Administración democrática, el art. 1.2 CE dispone que todos los poderes públicos deben inspirarse en el principio democrático, y en conexión el art. 105 establece los procedimientos que rigen en la relación entre la Administración y los ciudadanos (los trámites de audiencia, acceso a los documentos públicos y la participación en la elaboración de sus disposiciones)²¹. El principio democrático se desarrolla en la Administración a través de leyes concretas (LOFCA y LRJAP) decan-

a la Constitución, la Ley y el Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. Cuando dos Administraciones se relacionen entre sí, deberán cooperar y colaborar en todo aquello que sea posible, y regirán su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.

²⁰ Conforme al art. 106, «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Y conforme a su segundo apartado, «los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

²¹ El principio democrático se desarrolla a su vez en la necesidad de legitimación de la Administración. En virtud del art. 97 CE la Administración Central toma su legitimidad del Gobierno a quien corresponde su dirección, mientras que la Administración hace descansar su legitimidad en la elección directa (Art. 140 CE).

tando principios, también concretos, de relación entre la Administración y el ciudadano como la transparencia, participación, simplicidad, claridad y proximidad.

En relación con el Estado social, el art. 9.2 exige que las actuaciones de los poderes públicos impidan cualquier tipo de discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades entre todos los ciudadanos, creando las condiciones adecuadas para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud. Este artículo, junto al 10.1 (dignidad) y el art. 14 (igualdad), constituyen las verdaderas bases o fundamentos de la actuación de la Administración pública²².

Desde esta perspectiva, entonces, los capítulos I y II del Título I de nuestra Carta magna, los derechos fundamentales y «los principios rectores de la política social y económica», son también auténticos mandatos para la estructura organizativa y el funcionamiento de la Administración social²³.

²² Tal y como señala H. HELLER, la diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho radicaría, en que el primero atiende sólo a la vertiente formal del principio de igualdad (lo importante es que para el Derecho todos tengan iguales derechos con independencia de que no estén realmente en situación de disfrutarlos y ejercerlos por igual) y prescinde de las relaciones sociales de poder (incurriendo en el riesgo de que la igualdad formal de todos se convierta en el derecho de los más poderosos de hacer valer sin contemplaciones su superioridad real), mientras que para el segundo lo decisivo ha de ser la igualdad en sentido material (por lo que tiene obligación, atendiendo a las relaciones sociales de poder, de corregir las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con una libertad y una protección judicial equivalentes a las de los socialmente favorecidos). Ver LUCIANO PAREJO, cit., p. 30.

²³ Como señala Peces Barba «Existe un consenso generalizado en nuestro tiempo de que la sanidad, la seguridad social, la vivienda, la educación y la cultura son necesidades básicas que deben ser satisfechas (...) los criterios culturales ya señalados se concretan en el texto constitucional en el Título I, Capítulo III, en lo que se llaman principios rectores de la política social y económica (...) Todos estos principios, que son normas jurídicas que tienen como destinatarios a los poderes públicos, son desarrollo del valor superior igualdad, en su dimensión material. La actuación del legislador, del Gobierno y del juez tiene que orientarse a la realización de esos objeti-

Dando una vuelta más de tuerca a la cuestión de los principios constitucionales de la Administración, el art. 1 de la Constitución, sitúa, entre los valores superiores del ordenamiento el pluralismo político. Pluralismo que, desde la perspectiva del principio democrático decantado en la división territorial del poder público, engendra un nuevo elenco de principios constitucionales de la Administración. Como se ha dicho en España no hay sólo una Administración pública sino una pluralidad de administraciones públicas, de entidades dotadas de personalidad jurídica, existentes y actuantes en el campo del Derecho Administrativo (esencialmente nos referimos a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y los Entes locales)²⁴. En este ámbito, junto a los principios del art. 103 CE²⁵, aparecen tres principios axiales para las relaciones entre Administraciones públicas: el prin-

vos. Parece que son un programa suficiente de igual desarrollo de las necesidades básicas de los ciudadanos que ocupará a todos los poderes públicos en las próximas décadas. Nuestra sociedad está aún muy lejos, en esos campos, de haber producido una igual satisfacción de las necesidades básicas». Ver G. PECES-BARBA: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986. pp. 162-163.

²⁴ Ver arts. 140 y 141 en relación con la autonomía local, y 143 y ss., especialmente arts. 152, 153 y 154 en relación con las comunidades autónomas. La administración de las Comunidades autónomas, en un principio pareció confundirse con la Administración local, no obstante el posterior desarrollo del Estado autonómico ha constatado la creación de 17 Administraciones públicas autonómicas cuya extensión y composición alcanza la complejidad del Administración Estatal. En este sentido F. BALAGUER CALLEJÓN, G. CÁMARA VILLAR, J.A. MONTILLA MARTOS, J.M. PORRAS RAMÍREZ y A. RUIZ ROBLEDO, *Manual de Derecho autonómico de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 176 y ss.

²⁵ Los principios del art. 103 parecen referirse exclusivamente a la Administración del Estado central, debido a que se enmarcan en el título IV sobre el «Gobierno y la Administración» y dado que en el apartado 2 se especifica que el principio de legalidad se refiere a «los órganos de la Administración del Estado que serán creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley». No obstante, el TC español se ha decantado por la aplicación de los principios del art. 103 de la Constitución a las Administraciones autonómicas (STC 20 de febrero de 1981, 28 de julio de 1981, 27 de julio de 1982, 22 de febrero de 1982 y especialmente STC 25 de octubre de 1983, FJ.8.º).

cipio de colaboración, lealtad institucional y participación en las decisiones del Estado. Hay entre todas ellas una primera división funcional de carácter horizontal, regida por el principio de competencia y separación de ordenamientos jurídicos; y otra vertical, e inserta en cada Administración, regida por el principio de desconcentración y jerarquía²⁶.

A su vez, podemos encontrar en la Constitución la garantía de autonomía de otro tipo de entes como las Universidades (autonomía funcional, donde se mantienen potestades de tutela por otras Administraciones, art. 27.10 CE), o toda una pléyade de instituciones y organismos conocidos como «administraciones menores» (como las agencias independientes)²⁷.

Esta pluralidad se reconduce, no obstante, a la unidad a través de los sistemas de resolución de conflictos constitucionales o legales (art. 161 CE y 53 y ss. de la LOTC en el ámbito donde impera el principio de competencia o principio de jerarquía, en el ámbito de la desconcentración). El principio de coordinación es expresión de este principio organizativo correlativo a la unidad global del Estado²⁸.

²⁶ Como observa MUÑOZ MACHADO, se ha sustituido con la Constitución de 1978 la supremacía de la Administración estatal (Administración única) por la distribución de competencias. Seguimos un modelo de Administración plural. Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico. Cit., pp. 593 y ss.

²⁷ Por vía del art. 93 CE se acogen también principios de Derecho europeo que afectan a la organización administrativa, especialmente en relación entre las Administraciones públicas y las empresas en las que participan, así como en relación con autoridades reguladores independientes. Ver Directiva 2006/123 de servicios (ventanillas únicas, art. 6 Directiva).

²⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 13.ª Ed., Thomson, Navarra, 2006, pp. 40-41. Para G. de Enterría el principio constitucional de coordinación es expresión de este principio organizativo, correlativo de la unidad global del Estado. La unidad en la pluralidad se conserva igualmente en la reserva al Estado de un poder legislativo suficiente para uniformar el régimen de los derechos de los ciudadanos, garantías y establecer una unidad básica de las condiciones de vida.

Como se observa, el texto constitucional yuxtapone principios de carácter jurídico, político y técnico sin obedecer a sistemática alguna²⁹. A pesar de esta indeterminación pueden distinguirse entre principios relativos a la organización y los concernientes al funcionamiento de la Administración³⁰. Así podemos decir que son principios de organización: la jerarquía, descentralización, desconcentración, economía y suficiencia, proximidad a los ciudadanos —que incluye la simplicidad y claridad—, y el de coordinación. Son de funcionamiento, los de eficacia, eficiencia, la responsabilidad, racionalidad y agilidad del procedimiento administrativo, objetividad, transparencia, cooperación y coordinación.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SECTOR PÚBLICO

Si queremos elaborar una idea de partida sobre el sector público español que nos sirva de base para nuestro análisis, además de su marco constitucional, debemos reflejar brevemente su evolución histórica en los últimos decenios. Este análisis permite constatar dos ideas centrales. En primer

²⁹ M. ÁLVAREZ RICO, cit. p. 31. La redacción responde al consenso político resultante de las enmiendas presentadas al texto originario por López Rodó y el Grupo Parlamentario Vasco, véase el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n. 81, de 6 de junio de 1978.

³⁰ La doble proyección, funcional y organizativa, de estos principios se recogen en el art. 3 de la LOFCA, de 14 de abril de 1997. Esta distinción, como señala la doctrina y la jurisprudencia española, debe matizarse, pues los principios constitucionales que rigen la Administración son tanto mandatos de optimización como de funcionamiento, que imponen, además, un determinado régimen de organización a los órganos administrativos, ya que, sin una organización adecuada es imposible hacer efectivos aquellos valores. S. MUÑOZ MACHADO, cit., p. 619. En este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de marzo de 2007, se refiere a los principios de objetividad y eficacia, que «exigen que la Ley establezca el modelo de organización administrativa que responda a estos cánones de razonabilidad, racionalidad y eficiencia administrativas para garantizar adecuadamente la prestación de servicios esenciales a la comunidad, que requiere implementar un alto grado de profesionalización en la designación de los titulares de los órganos de dirección de la administración pública».

lugar, España comenzó a adecuar su sector público a los principios constitucionales del Estado social y democrático de Derecho justo en un momento de crisis económica mundial. Momento en el que los países de su entorno acometían ya importantes cambios en la Administración en relación con el concepto de Estado social y en las prestaciones y servicios públicos que derivaban de ella. Es decir, España constitucionalizó la Administración cuando en su entorno más cercano el modelo del Estado de bienestar parecía ya agotado³¹. En segundo lugar, la adhesión de España a las Comunidades Europeas y posterior UE ha tenido una enorme influencia en nuestro modelo de Administración pública actual.

Los últimos 35 años han supuesto para el sector público español un cambio radical protagonizado por cuatro importantes causas: el final del franquismo y la consolidación del Estado democrático de Derecho, la crisis del Estado social, la puesta en marcha del Estado autonómico y la integración europea. Prescindiendo de un análisis de los cambios en el sistema político constitucional, que han sido estudiados en el epígrafe anterior, creo que es conveniente analizar la evolución al alza del sector público español por medio del estudio del gasto público en sus diferentes periodos.

En este sentido debe señalarse que en España, el final del franquismo coincide en el tiempo con una crisis económica de escala mundial, la crisis del petróleo³². Desde entonces, la consolidación del Estado democrático y los desequilibrios económicos irán de la mano³³ en un vertiginoso proce-

³¹ G. RODRÍGUEZ CABRERO, «Origen y evolución del Estado de bienestar español en perspectiva histórica. Una visión general», en *Política y Sociedad*, n. 2, 1989, pp. 79 y ss.

³² J. M. SERRANO SANZ, «Crisis económica y transición política», *Ayer*, n. 15, 1994, pp. 135-164: «Esta coincidencia temporal de dos acontecimientos que, incluso por separado, habrían sido trascendentales para el devenir de la sociedad española, marcó el decaimiento que comienza en 1974. Diez años en los que se hilvanan los acontecimientos políticos y los problemas económicos formando una trama en muchos aspectos inseparable».

³³ SERRANO SANZ, cit. La primera mayoría absoluta en 1982 y el inicio de la recuperación económica internacional permiten un nuevo impulso para el ajuste, que esta vez resulta definitivo, apoyado por la reducción de los precios del petróleo a mediados de los ochenta.

so de crecimiento del sector público español. Téngase en cuenta que sólo entre el periodo de 1970 a 2000 el gasto público pasó de representar el 22% del PIB al 41%³⁴, equiparándose tanto en volumen como en estructura al de otros países europeos.

La reforma trascendental del sector público se desarrollará inicialmente entre finales de los 60 y toda la década de los 70, momento en que en España se realizaron las primeras reformas hacia la universalización del Estado de bienestar. Hasta el 75 se van poco a poco configurando los distintos entramados de los sistemas de protección social³⁵. El rápido cambio en la dinámica de los servicios prestados por la Administración estará provocado por «la crisis del sistema de autarquía y la apertura de nuestro país a la competencia exterior [que] impulsan la definición de un modelo de crecimiento capitalista, de reproducción social y de intervención estatal que combina elementos de la política económica keynesiana con la estructura política, social, y territorial de denominación despótica del franquismo»³⁶.

Los pactos firmados, tras la muerte del dictador, desde 1977 por los representantes de las nuevas fuerzas políticas democráticas tendrán por fina-

³⁴ C. RAMIÓ, «Las Administraciones públicas», en M. ALCÁNTARA, y A. MARTÍNEZ (Dir.), *Política y Gobierno en España*, 2.ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 532 y ss. Datos OCDE hasta 1999.

³⁵ En 1963 se aprueba la ley de Bases de la Seguridad Social, que unifica en parte los sistemas de protección social existentes, pone los fundamentos de la universalización del sistema y sustituye el régimen de capitalización y reparto de capitales de cobertura por otro de fórmulas de reparto simple. El gasto público se incrementa en su vertiente social que del 35,3 por cien del total del gasto público de las Administraciones Centrales, alcanzaba en 1970 el 55,9 por cien.

³⁶ «El fuerte impulso del gasto social durante los años 1970-75 más los fuertes incrementos salariales de los conflictivos años de 1974-76, constituyen la base material que, junto a otros factores políticos, que aquí no podemos analizar, contribuyen a la desradicación política y a una transición negociada desde el mantenimiento del statu quo del sistema real de poder existente en la sociedad española y en cualquier caso, conforman e impulsan un proceso de social democratización tardío que contribuye a la consolidación de la sociedad de consumo de masas, también de la negociación colectiva centralizada y del Estado del Bienestar en una sociedad progresivamente corporativa». G. RODRÍGUEZ CABRERO, cit., pp 79 y ss.

lidad la estabilización económica de un país recién abierto al mundo, profundizando en el Estado de bienestar, que se circunscribe en el sistema de economía mixta que se predecía para la Constitución del 78 y en la exigencia de acometer reformas institucionales en el sistema productivo. La estabilización vino de la mano de un ambicioso proyecto de reforma en la Hacienda pública y el sistema fiscal, profundamente injusto hasta el momento, que habría de basarse en la distribución equitativa de la carga tributaria³⁷ para el sostenimiento de los servicios públicos que correspondían a un Estado Social moderno.

Por desgracia, los proyectos de profundización y modernización del Estado social y del inminente Estado democrático se vieron entorpecidos por la crisis del petróleo del año 73 y del año 1979, que provocó con la nueva década un adelanto de los necesarios ajustes en el sistema industrial y productivo, ajustes que tendieron a una progresiva privatización del entramado público y a las primeras correcciones en los derechos sociales constitucionales de la recién estrenada democracia³⁸.

³⁷ En el propio mes de julio de 1977 se pone en marcha el proceso de reforma fiscal, a través del Proyecto de Ley de medidas urgentes. La reforma de 1977 consistió esencialmente en introducir un impuesto sobre la renta de las personas físicas progresivo, como eje de la imposición directa y un impuesto sobre el patrimonio, para ayudar en el control del anterior; en definitiva, se iniciaba por la vía de los impuestos directos el camino de aproximación del sistema fiscal español al europeo. *Ibidem*.

³⁸ «En conjunto, hasta 1982, tiene lugar un claro proceso de universalización de los servicios y prestaciones sacrificando la calidad media de las prestaciones. Proceso que, sin embargo, empieza a agotarse con el gobierno Calvo-Sotelo, antesala de las políticas de ajuste posteriores. El trienio 1980-82 se suele considerar un espacio de tiempo transitorio hacia la gobernación del PSOE y sin embargo es un trienio claramente restrictivo por cuanto durante este tiempo tiene lugar una clara contención de las demandas sociales y se abren paso lentamente determinadas restricciones en el campo de la política social. En efecto, en 1980 se abre un nuevo ciclo en las políticas sociales y económicas de los países centrales bajo los impulsos de la transnacionalización económica y el auge de políticas conservadoras. Los diferentes gobiernos conservadores favorecerán políticas de ajuste restrictivas en el terreno de la política social e impulsoras de políticas industriales de ajuste y de flexibilidad y precariedad de la fuerza de trabajo. La intervención estatal y el gasto público no retroceden por causa de los

Las terceras elecciones democráticas del año 82 dieron como resultado la mayoría absoluta del PSOE, mayoría que, al tiempo que aportaba una mayor estabilidad política, abonaba el camino para los primeros cambios de calado en el sector público. Pero las consecuencias de la crisis económica y las negociaciones para la ratificación del Tratado de adhesión a la UE impusieron una política de reducción del gasto público y de consolidación presupuestaria, pues se requerían unas finanzas públicas saneadas. Ello desembocó en una primera reforma del sistema de pensiones públicas, la limitación de las prestaciones sociales y de las subvenciones públicas a las empresas. Tras sentar las bases de un Estado social desde la segunda mitad de la década de los 70, la consolidación del sistema democrático se tuvo que enfrentar a la coyuntura económica global derivando en una primera etapa de reajuste y reconversión económica antes de haberse completado la universalización de algunos derechos clave para el Estado social. Estas medidas decepcionaron a la población española y desembocaron en la primera

nuevos vientos neoliberales, sino que se reestructuran y adaptan a las nuevas exigencias políticas y económicas, y que se materializan en un tipo específico de intervencionismo estatal liberal o neoliberal, caracterizado por el compromiso a fondo con los requerimientos de los aparatos productivos, restrictivos respecto de las demandas sociales en general y de los grupos marginales en particular y favorecedor de nuevas pautas ideológicas centradas en el individualismo y competencia a ultranza. En España, plenamente integrada de hecho en un espacio transnacional económico y cultural, los vientos conservadores coinciden con el agotamiento de los impulsos democráticos de los años precedentes y la quiebra del modelo de crecimiento de los años sesenta. De ahí los cambios que se producen en esos años sintomáticos de algunos procesos posteriores: se acelera el proceso de ajuste de excedentes laborales, se pasa en 1981 de la reducción de salarios nominales a la de salarios reales, se socializan pérdidas privadas en gran escala (como las de la Banca privada), se inicia una política de desprotección de los parados con la aprobación en 1980 de la Ley Básica del Empleo cayendo la cobertura (ver cuadro 2) de cifras superiores al cuarenta por cien de los parados a cifras inferiores al treinta y tiene lugar la relativa contención en el crecimiento del gasto social respecto del PIR al mismo tiempo que el deterioro en la calidad media de las prestaciones en sanidad y educación. Mientras, en el plano ideológico se desarrollan las corrientes catastrofistas sobre el porvenir financiero de la Seguridad Social, frente a la cual se ofrecen alternativas de privatización». RODRÍGUEZ CABRERO, cit. p. 83.

huelga general de la historia democrática española, que simbolizó las demandas constitucionales de mayor inversión social.

El conflicto político pareció surtir efecto provocando en el Gobierno un «giro social» de sus políticas. A partir de 1989 y hasta 1993 se experimentó de nuevo un importante aumento del gasto público que, especialmente en su vertiente social, conllevó una subida del 24 al 28 % del PIB, (el desarrollo de las pensiones contributivas, la definitiva universalización de la sanidad, y el aumento de los subsidios por desempleo). Además, debe señalarse el esfuerzo en inversión pública realizado a raíz de los importantes eventos celebrados durante el año 92 en España, la Exposición Universal de Sevilla y los Juegos Olímpicos de Barcelona. Todo ello contribuyó a que en 1993 el gasto público total supusiera ya en España el 48,20 % del PIB. Es decir, en poco más de 15 años el sector público español había duplicado su tamaño y había completado la universalización de la educación pública básica gratuita y de la sanidad pública como los dos primeros elementos del gasto público.

A partir de 1994 y hasta 1996, como consecuencia de la acumulación de déficit público de la etapa anterior (y por el cambio necesario en la política fiscal correlativa a la disciplina presupuestaria exigida por el nuevo Tratado de Maastricht para la entrada de España en la Unión monetaria) se observará una rapidísima caída del 4 % del gasto público en relación al PIB.

A partir de 1996, las nuevas elecciones generales tendrán como resultado el primer cambio de gobierno en España en 14 años. Las políticas del estrenado gobierno acometerán la consolidación presupuestaria, políticas de racionalización del gasto público a través de la disminución del gasto social y del esfuerzo relativo en inversión pública, junto a una nueva moderación de los salarios públicos³⁹. Debe señalarse que en este periodo se

³⁹ «La dimensión del sector público no se puede identificar con un mayor o menor progreso económico y social [...]. El sector público es el resultado de un modelo de preferencia social, elegido por los ciudadanos a través de los cauces de participación democrática, y, por tanto, su dimensión y las posibilidades de cobertura pública de un mayor o menor número de bienes y servicios será reflejo de esa elección». Ver, C.L GIL-RUIZ GIL-ESPARZA y J. IGLESIAS QUINTANA, «El gasto público en España en un contexto descentralizado», *Presupuesto y Gasto Público*, n. 47, 2007, pp. 185-206.

concluirán las privatizaciones de las mayores empresas públicas, como Telefónica o Repsol, marcadas por la normativa comunitaria.

La deuda pública, en consecuencia, y gracias a la caída global de los tipos de interés, descenderá drásticamente, consumándose un cambio general en el sector productivo español, que recaerá en el ámbito privado (esencialmente en la construcción y el turismo). El descenso progresivo de la inversión y el gasto público pasará de suponer el 49% del PIB a finales de 1993, al 38'8% en el año 2007 ⁴⁰.

A partir de este momento, con los primeros efectos de la crisis económica, volverá a subir progresivamente como consecuencia de la mayor demanda de seguros sociales, prestaciones por desempleo y subvenciones debido al menor crecimiento de la renta y el consumo, situándose en 2009 en el 46'3 % del PIB ⁴¹. En 2013, debido a las políticas de estabilización presupuestaria y recortes sociales la OCDE prevé que el gasto público español caerá de nuevo por debajo del 40 %.

Esta evolución pone de manifiesto que el sector público español ha desarrollado un fuerte contenido social. Pero también que en España han confluído el proceso de normalización democrática y la puesta en marcha del Estado de bienestar con una apertura al mercado global y la adhesión a Europa, dando lugar a procesos de inestabilidad ajenos a las preferencias democráticas expresadas en las elecciones de los programas políticos del gobierno por los ciudadanos.

El crecimiento del sector público español ha coincidido, además, con el proceso de descentralización de la Administración pública emprendido por las Comunidades autónomas. A raíz de él se han transferido importantes bloques competenciales a las Comunidades Autónomas convirtiéndolas en los principales gestores de los servicios públicos. Por este proceso el peso de la Administración central ha descendido en 20 años del 84% al 55%,

⁴⁰ Ver, C.L GIL-RUIZ GIL-ESPARZA y J. IGLESIAS QUINTANA, *El gasto público en España en un contexto descentralizado*, cit., pp. 185-206.

⁴¹ E. SÁENZ RODRÍGUEZ, «La evolución del Sector público español en el periodo 1960-2000», *Acciones e investigaciones sociales*, n. 26, 2008, pp. 45-61.

mientras que las Comunidades Autónomas superan el 33% y las administraciones locales el 12 y el 15% del PIB ⁴².

En un periodo de veinte años, la importancia del proceso de descentralización de la Administración se ha reflejado también en términos cuantitativos en el volumen de empleo público. Mientras que en la Administración central se ha reducido en más de 300 mil efectivos, en las Comunidades Autónomas se han creado más de 700 mil puestos de trabajo público. En un futuro más o menos próximo la Administración central pasará a representar menos del 50% del total de gasto público en beneficio de las Comunidades Autónomas y de la Administración local; además las Comunidades Autónomas serán, con mucho, el principal empleador del país con más del 45% de los empleos ⁴³. La participación de las CCAA dentro del gasto público total ha evolucionado de la siguiente manera: 0,2% en 1980, 10,5% en 1985, 14,6% en 1990, y 26,9% en 2000; en el año 2002 se supera ya la cota del 30% (31%). Destaca especialmente el papel de las CCAA en las transferencias sociales en especie, así como su actuación en las funciones de sanidad y educación, en las que canalizan prácticamente el 90% del gasto total ⁴⁴.

Por otro lado, nuestra Constitución reconoce la personalidad jurídica de los entes locales. En este sentido se han realizado importantes reformas en

⁴² C. RAMIÓ, «Las Administraciones públicas», en M. ALCÁNTARA, y A. MARTÍNEZ (Dir.), *Política y Gobierno en España*, 2.ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 532 y ss.

⁴³ *Ibid.*, p. 550.

⁴⁴ *Ibidem*. Para hacer frente a estos gastos se ha transferido a las Comunidades Autónomas parte del IRPF y todo o parte de otros impuestos (sobre el Patrimonio, sobre Sucesiones y Donaciones; sobre Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; sobre consumo de Hidrocarburos, destinado específicamente a financiar las prestaciones sanitarias), teniendo en estos impuestos una cierta capacidad normativa. Igualmente se han cedido progresivamente partes de la recaudación del IVA, aunque sobre este impuesto no tienen competencias normativas. En términos de capacidad tributaria, los principales cambios son el aumento en los porcentajes de cesión del IRPF, IVA y de los Impuestos Especiales. En concreto, tanto el porcentaje de cesión del IVA como el del IRPF aumentan hasta un 50%, mientras que el de los impuestos especiales hasta un 58%.

los últimos años destinadas principalmente, en lo relativo a los municipios, a reducir las transferencias del Estado (hasta ahora el 40%) cediendo otras fuentes de financiación que garanticen su autonomía (por ejemplo al aumentar la competencia en materia del Impuesto sobre Bienes Inmuebles —IBI— o del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras —ICIO—, así como la disposición total del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica —IVTM—, Impuesto sobre Actividades Económicas —IAE— o el Impuesto sobre el Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana —IVTNU—)⁴⁵. Las competencias de la Administración local se encuentran garantizadas de manera genérica en la CE (art. 140) y de forma expresa en la Ley Estatal de Bases de Régimen Local, pudiendo ser moduladas por delegaciones o transferencias por parte de las CC.AA.

En la VIII legislatura de la democracia la mayoría de las Comunidades Autónomas han iniciado la reforma de sus Estatutos lo que, sin duda, supondrá un fortalecimiento del modelo autonómico constitucional y del modelo descentralizado de gasto público. No obstante, sería también deseable impulsar el segundo proceso de descentralización, es decir, desde las Comunidades Autónomas hacia las Entidades Locales. Gran parte del debate sobre la próxima evolución o reforma de la Administración pública se centra, precisamente, en la reestructuración de las competencias municipales y de los entes locales.

4. ESTRUCTURA ACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO EN RELACIÓN CON EL PRODUCTO INTERIOR BRUTO

Al hablar sobre el desarrollo de la Administración Pública en España hemos utilizado datos que reflejan la aportación del gasto público al conjunto de la actividad económica del País, y hemos medido las diferentes etapas de su desarrollo por medio del análisis del gasto social. De esta mane-

⁴⁵ M.V. GONZÁLEZ FUENTES (Dir.), *El Coste de la Administración Pública en España. Una caracterización de su estructura y evolución recientes*. Working Paper, EAE Business School, Strategic Research Center.

ra se refleja el crecimiento de la Administración del Estado como Ente de prestación de servicios públicos desde la perspectiva de la progresiva configuración del Estado Social Democrático de Derecho. Utilizar una metodología macro-económica para analizar la estructura de la Administración tiene sentido desde la propia perspectiva del Estado social contemporáneo.

La preeminencia actual del Poder ejecutivo sobre el resto de Poderes que conforman el Estado constitucional español es una consecuencia histórica del desarrollo de diversas coyunturas en el campo de las relaciones sociales marcadas por el paradigma capitalista. Podríamos hablar de una progresiva «economización» de las relaciones sociales, que pasan a medirse en términos productivos, así como de las relaciones personales en términos de intercambio⁴⁶. La economización de las relaciones socio-políticas en el seno de los Estados, abiertos a un mercado global, se explican por el paradigma del cambio del Estado legislador (del Estado liberal) al Estado Administrador (al Estado social), y en consecuencia, permite observar el lugar que ocupa hoy el Gobierno, en tanto que vértice de la Administración civil, en la estructura institucional de casi todos los Estados con una economía social de mercado.

⁴⁶ C. HUERTA OCHOA, «La intervención Administrativa en el Estado contemporáneo», en D. CIENFUEGOS SALGADO y M. A. LÓPEZ OLVERA (Coords.), *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, Tomo I. Derecho Administrativo. UNAM, México, 2005, pp. 127 y ss. Todo este cambio se ha debido a una progresiva «imbricación del Estado y de la sociedad» Cfr. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Tomo I, Milán, 1970, p. 48. La ampliación de las tareas estatales no ha sido fruto de una opción deliberada, sino una consecuencia del tránsito a un Estado pluriclasista y, por ello, de un cambio de la Constitución material. Para GUARINO, «Efficienza e legittimità dell'azione dello Stato: le funzioni Della Ragioneria dello Stato nel quadro di una riforma della pubblica amministrazione», *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1969, p. 673 se ha producido un paso del «Stato limitato» construido según las categorías dogmáticas del s. XIX y concebido como una entidad dirigida a fines concretos como el orden público, la justicia, la defensa... al «Stato responsabile», responsable del desarrollo de la entera sociedad, lo que ha conllevado la pérdida de relevancia de los efectos jurídicos de los actos públicos y la colocación en primer plano de los efectos de orden económico y social que los actos jurídicos públicos han de inducir, o lo que es igual, de la producción de un determinado efecto final. Ver LUCIANO PAREJO, cit., p. 25.

La Administración pública española se ha convertido en Administración prestacional en el seno de los Estados sociales y democráticos de Derecho. Por ello, el análisis del gasto público resulta un índice interesante y útil para medir el crecimiento y el desarrollo de la Administración española, de su sector público, así como de su estructura. Soy consciente de que este no es el único índice válido para medir la naturaleza social de nuestro Estado o la calidad de sus prestaciones sociales, sin embargo, creo que es necesario en este análisis continuar utilizando algunos datos estadísticos y numéricos concretos para exponer la situación actual de la Administración.

Conforme a datos EUROSTAT (COFOG), el gasto público Español suponía un importantísimo 45,2 del PIB a fecha de 2011. El PIB español del año 2012 ha sido finalmente de 1.049.525 millones de euros. En relación con esta cantidad, debe decirse, que el Estado gestionará, según los Presupuestos Generales de este mismo año ⁴⁷ un total de 362.115 millones de Euros.

4.1. Empleo público

El peso del sector público español en relación al empleo público es muy significativo, aunque se encuentra en la media de los Estados de su entorno. Así el personal al servicio de las Administraciones públicas en España lo constituye un total de 2.685.837 efectivos. El conjunto de empleados públicos se reparte en un 21,7 % en la Administración General del Estado (581.861), un 50,3 % en las Comunidades autónomas, (1.351.883) y un 22,2% en las Administraciones locales (597.212), de los cuales, en estas últimas los ayuntamientos cuentan con 526.248 empleados totales y las Diputaciones provinciales 70.964. Por último, debe señalarse como dato a tener en cuenta que los empleados públicos de las Universidades transferidas y no transferidas, es de un total de 154.881, un 5,8% del total ⁴⁸.

⁴⁷ Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

⁴⁸ Datos recogidos del *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, Registro Central de Personal, con fecha de enero de 2012, elaborado por el Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas.

El aumento paulatino de empleados de la Administración relativo al desarrollo del sector público español ha sufrido en los últimos años un reseñable descenso como causa de las medidas de contención del gasto público adoptadas por el Gobierno. Los empleados públicos han pasado de ser en 2008, según la encuesta de población activa del INE de 2012 IV trimestre, 2.958.600 a 2.917.200⁴⁹ en 2013, es decir ha descendido en cuatro años 41.400 puestos de trabajo.

Manteniendo la cifra del Ministerio de Administraciones Públicas, el total de empleos públicos es significativo hasta un punto cuando se compara con las cifras de la población activa ocupada del país. El conjunto de personas de 16 años o más, que suministran mano de obra para la producción de bienes y servicios económicos o que están disponibles y hacen gestiones para incorporarse a dicha producción (población económicamente activa) en España, en referencia al IV trimestre de 2012, es de un total de 22.922.400, de los cuales, a fecha de 2012 se encuentran ocupados un total de 16.957.100. De esta cantidad, entonces, el porcentaje de empleados públicos en el total de empleo español representa apenas un 11'7 % en relación a la población activa del país (total que ha sufrido un descenso notabilísimo en relación a los datos de población activa de 2013).

En el ámbito autonómico debe señalarse la relación indirectamente proporcional entre los empleos públicos y el desarrollo económico territorial, dato que nos permite observar cómo la Administración pública puede suponer, por sí misma, un factor de distribución de la renta. Cataluña, por ejemplo, en el 2012 contaba con un 10 % de empleados públicos sobre el total de su población ocupada, mientras que la comunidad con mayor peso público sobre su ocupación era Extremadura con un 25,4%. Las seis comunidades con menos empleados públicos relativos (Cataluña, Baleares, Comunidad Valenciana, País Vasco, Navarra y La Rioja) son además las mismas en 2011 que en 2007. Las seis comunidades con más asalariados públicos sobre el total de ocupados son, por el contrario, en las que ha exis-

⁴⁹ O 2.685.837, según el Boletín estadístico arriba citado del Ministerio de Hacienda y Administración pública realizado a enero de 2012.

tido tradicionalmente un mayor índice de desempleo (Extremadura, Castilla-León, Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha y Aragón).

En comparación con los países de su entorno España tiene un número de empleados públicos bajo si confrontamos su 11'7% con la media de los países de la OCDE, el 15%. Frente a estos datos podemos comprobar que los países europeos con un mayor desarrollo de su Estado de bienestar (especialmente en lo referente a los servicios públicos de educación y sanidad) como Noruega cuentan con un 29,3%.

4.2. Influencia del gasto público en el PIB

En relación a la influencia del gasto público en la actividad económica general del país debemos tener en cuenta que existen estudios científicos que avalan una relación positiva entre el crecimiento económico a largo plazo y la inversión pública en relación a algunas partidas presupuestarias. Los recursos destinados a inversión pública y a gasto en I+D «tienen un impacto positivo sobre la acumulación de capital físico y su productividad y el gasto en educación y sanidad contribuye a acrecentar el capital humano y la productividad del factor trabajo»⁵⁰. Estas relaciones se confirman en España en relación a las inversiones en infraestructuras de transporte y telecomunicaciones así como en educación, pero no se hacen del todo evidentes en relación a I+D (debido a la posibilidad de que el gasto sustituya parcialmente al privado) ni en sanidad⁵¹.

Aunque los efectos de las políticas públicas en la práctica «tienen mucho más que ver con su detalle de aplicación (composición, manera de implementación, régimen de explotación, control y evaluación), que no con niveles cuantitativos consolidados»⁵², expondremos aquí algunas cantidades

⁵⁰ F. DE CASTRO y J. M. GONZÁLEZ-MÍNGUEZ, «La composición de las finanzas públicas y el crecimiento a largo plazo: un enfoque macroeconómico. Banco de España», *Documentos Ocasionales*. Núm. 0809, 2008.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² G. LÓPEZ CASANOVAS, «Calidad del gasto público y su influencia en el desarrollo económico: una validación empírica para los países de la OCDE 1970-2005»,

destinadas tradicionalmente por el Presupuesto general del Estado a aquellos ámbitos de actividad productiva que tienen una incidencia probada en el desarrollo económico de un país como son educación e infraestructuras.

Debe decirse, que algo más de la mitad del total del Presupuesto del Estado se destina a política social. En concreto, según los Presupuestos Generales del Estado, entre 2007 —año en el que la economía española comenzaba a sentir los primeros efectos de la crisis—, y 2009, el gasto social aumentó a tasas anuales situadas entre el 8% y el 10%, aproximadamente. En cambio, desde 2010, se ha producido un rápido descenso en el ritmo de crecimiento del gasto social, con un incremento cercano al 4% en dicho año, seguido de un 1,3% en 2011, y con un descenso superior al 4% asignado para 2012.

En el Presupuesto estatal, tradicionalmente (hasta 2008) las políticas destinadas a la actividad productiva han representado el 13% del total del gasto. Sin embargo, la crisis económica está modificando este comportamiento, pues debemos tener en cuenta que actualmente, en los últimos presupuestos, más del 68% del presupuesto total se encuentra comprometido entre el pago de la deuda pública soberana (21,74% - ¡actualmente el 88%!), el pago de las obligaciones de la seguridad social y la transferencia a otras Administraciones. En el año 2007, las actuaciones de carácter económico suponían el 12,5% del total del gasto, en 2008 aumentó al 12,6%. A partir de ese momento, en 2009 y 2010, la cuantía descendió a niveles de 11,1% y 11,2% respectivamente.

Las cifras de licitación oficial en 2011, como la inversión en infraestructuras de los últimos cuatro años, ponen de relieve un claro declive de la inversión pública. La inversión en construcción, muestra importantes caídas, siendo esta última, junto a industria, las dos partidas que más han descendido en los presupuestos de 2012⁵³. Así, los 7.017,14 millones de euros del

Hacienda Pública Española, Revista de Economía Pública, n. 19, 2010, pp. 9-48. Aunque el autor incluye también la sanidad y la administración, no hablaremos del primer factor por ser elemento de disenso en otros estudios como el citado inmediatamente arriba, ni del segundo por ser el objeto general de este trabajo.

⁵³ Informe de la CEOE sobre «Presupuestos generales del Estado y de la Seguridad Social para 2012 desde una perspectiva empresarial», abril 2012.

gasto en política de infraestructuras del Estado para el año 2012 suponen menos de la mitad que el gasto que se destinó en el año 2010.

Igualmente, respecto a educación, el gasto público en relación al PIB se ha situado tradicionalmente entre los 4,77 y los 5 puntos. Por debajo de la media UE. Se observa que en los últimos tres años el retroceso de la inversión en Educación ha sido generalizado en todas las Comunidades Autónomas, donde la variación de la inversión en este periodo ha sido de un -12,21%. ¡La Administración Central ha reducido la partida en educación en los últimos tres años un 31,6%! Este descenso tendrá una importante repercusión en el PIB de los próximos años, pues debe repetirse que la inversión pública en educación es una de las partidas cuya relación con el aumento del PIB es directamente proporcional a medio y largo plazo.

Como dato a tener en cuenta debe señalarse que la actividad económica generada por la existencia de las universidades públicas españolas representa, para un año como el 2011, el 2,3% de la renta y el 2,9% del empleo de España. Y que más de la quinta parte (23,3%) del crecimiento de los últimos dos decenios de la economía española es atribuible de forma directa e indirecta a las contribuciones del Sistema Universitario Español⁵⁴.

Más allá de los datos utilizados, podemos señalar ahora el gasto público del Estado en relación al PIB (en euros) en otros ámbitos a fecha de 2010. El gasto total de los servicios públicos generales supone el 5,3 del PIB. De ellos podemos destacar que el gasto público destinado a las Instituciones ejecutivas y legislativas públicas, así como a las Administraciones de Asuntos exteriores, Hacienda y Economía supone el 1,7% del total del PIB nacional. Las ayudas económicas al I+D+I suponen el 0,2 del PIB. Orden público y seguridad comprenden el 2'2. Agricultura y pesca se llevan el 0,5 del total, mientras que medio ambiente el 0,9, al igual que vivienda. El gasto público en salud supone, sin embargo, casi 14 puntos del PIB. Cultura 3 puntos del PIB y educación 9,16. Las pensiones de desempleo son el 3,2.

⁵⁴ J. M., PASTOR y C. PERAITA, *La contribución socioeconómica del sistema universitario español*, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. 2012.

En conclusión, el Sector público español y las políticas de gasto que sobre el mismo se aplican tienen una importantísima relación con el PIB nacional, suponen de hecho casi la mitad del total de la producción bruta del Estado, por lo que un descenso del gasto público tiene consecuencias muy relevantes en el total de la riqueza del país y su desarrollo.

5. CONGRUENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO CON LOS FINES CONSTITUCIONALES QUE VINCULAN A LOS PODERES PÚBLICOS, DERECHOS SOCIALES Y MANDATOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL DEL ESTADO

Como hemos dicho, la Administración pública se convierte en Administración prestacional en el seno de los Estados sociales y democráticos de Derecho⁵⁵. Esto exige que nos situemos en una perspectiva distinta a la hora de medir o analizar la propia relación entre el Estado y el ciudadano. Como señala Baena del Alcázar, Estado y Administración se justifican hoy por sus resultados, su eficacia y eficiencia, especialmente en su deber, en tanto que Administración de un Estado Social, de «prestación de servicios» (a los ciudadanos y con la introducción de bienes al mercado) con costes tolerables⁵⁶.

La estructura actual del sector público y su configuración podrían entonces valorarse en el marco del Estado social y democrático de Derecho desde la perspectiva de la eficiencia de los servicios que las Administraciones prestan a los ciudadanos en comparación a sus costes. Preguntémosnos si se están prestando los servicios que la CE garantiza a los ciudadanos con costes tolerables para un sector público inevitablemente ligado a los vaive-

⁵⁵ Como señala LUCIANO PAREJO, la cláusula Estado Social, tiene en común en todos sus estudios la imbricación y compromiso sociales del Estado (ruptura separación Estado-sociedad), y la responsabilidad del Estado en el logro de conquistas sociales y niveles de calidad de vida. Esencialmente se caracteriza por la producción del fin: producción y mantenimiento de determinados resultados sociales. Cit., p. 34.

⁵⁶ Ver, BAENA DEL ALCÁZAR, M., «Reformando a Leviathan: la Administración pública», *Política y Sociedad*, n. 20, 1995, pp. 53-62.

nes de la economía globalizada. Estas obligaciones del Estado en relación al gasto público se encuentran, además, garantizadas como derecho de los ciudadanos en el art. 31.2 CE conforme al cual: «el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía». Esta obligación constitucional debe ponerse en relación con los derechos de naturaleza prestacional que garantiza nuestra CE y que vinculan a los poderes públicos.

Entre los derechos de nuestra Constitución debemos centrarnos en los más tradicionales derechos prestacionales como son la Educación y la Sanidad.

5.1. Derecho a la educación

En primer lugar, encontramos el derecho a la educación básica pública y gratuita del art. 27 CE. Conforme al art. 149.1.30 el Estado tiene competencia exclusiva para establecer normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia. En este marco las Comunidades Autónomas desarrollan las bases del Estado (planes de estudios, becas, requisitos de los centros, control de gestión...) y ejercen importantes competencias asumidas en sus Estatutos de Autonomía o transferidas por el Estado.

La CE garantiza una educación básica obligatoria gratuita (27.4 CE), el pilar básico de su desarrollo se refleja en la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del Derecho a la Educación, que universaliza el derecho a la educación y produce la escolarización efectiva de todos los niños de 6 a 14 años. Posteriormente la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo de 1990 (LOGSE), extendió la escolarización obligatoria hasta los 16 años en condiciones uniformes, además de, en base al art. 27.2 CE, desarrollar mecanismos de atención a la diversidad, articulando adaptaciones del currículo a las necesidades y capacidades individuales sin que impliquen segregación. En 2006, tras intensos vaivenes políticos, se aprobó la Ley Orgánica de Educación (LOE) con una dotación presupuestaria de 7.033 millones de euros para el período 2006-2010 financiada a medias entre la Administración General de Estado y las Comunidades Autónomas. Tras su

aprobación la enseñanza obligatoria se extiende desde los 6 a los 16 años, siendo gratuita desde los 3 a los 18 años.

Esta gratuidad no se extiende a costes indirectos, pese a que en algunas Comunidades autónomas (como Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias, Navarra o la Rioja) se ha llegado a recoger la gratuidad de los libros de texto en los propios Estatutos de autonomía.

El gasto público total en educación ha ascendido progresivamente en España en los últimos 11 años desde el 4,3 % del PIB en 2001 hasta el 5,03 de 2011⁵⁷, situándose en la media de los países de la UE. En 2011, el gasto público en educación (primaria, secundaria y superior) en la UE representaba el 11% del gasto público total y el 11,2% en el caso de España. Por su parte, el gasto privado en educación representa sólo el 0,75% del PIB. En el caso español, el gasto privado en educación es algo más bajo que la media europea puesto que representa el 12,9% del gasto total en educación, cuando la media europea es del 13,8%⁵⁸.

Los dos elementos esenciales que caracterizan al sector público español en materia educativa lo constituyen la extensa red de centros privados financiados con fondos públicos (educación concertada) y el proceso de descentralización autonómica.

La educación concertada en España constituye una característica diferencial de nuestro sistema educativo. Mientras que en Europa la financiación pública de centros privados se condensa en periodos post-obligatorios de educación, en España es en las etapas de enseñanza obligatoria donde la financiación pública de la enseñanza privada es más importante. Precisamente, la creciente segmentación del sistema entre los centros públicos y los centros concertados plantea en la actualidad uno de los principales problemas de equidad del sistema educativo, que en términos numéricos se expresa en un creciente ascenso del porcentaje de alumnos en centros privados o concertados en busca de mayores servicios complementarios, o

⁵⁷ Fuente: Banco Mundial. <http://datos.bancomundial.org/indicador/SE.XPD.TOTL.GD.ZS> consultado a 12 de abril de 2013. Y Ministerio de Educación Cultura y Deporte.

⁵⁸ Nota Eurostat 50-2011.

como causa de las últimas medidas normativas tomadas a tenor de la crisis que elevan la ratio de alumno por profesor y disminuyen la contratación de éstos últimos en el ámbito público. Este problema está provocando una creciente estratificación social y graves parcelaciones del alumnado por niveles socio-económicos. El derecho a la libertad de elección de centros docentes garantizado por la CE acaba siendo determinado por la capacidad económica de las familias. Hoy día, el proceso de recortes por parte del Estado se ha extendido también a los centros concertados, favoreciéndose los centros privados puros.

El proceso de descentralización autonómica supone también un reto para las políticas educativas. Si bien, de conformidad con el art. 19 y 149.1.1.º de la CE el Estado es competente para establecer las bases que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, las Comunidades autónomas tienen transferidas competencias en materia educativa y comparten importantes actuaciones de gestión. Por un lado, con la descentralización se ofrecen nuevas oportunidades para innovar en la gestión y creación de políticas educativas (como hemos dicho la gratuidad de los costes indirectos de la educación como los libros de texto o la inversión en material informático), pero por otro lado, aparecen importantes diferencias entre sistemas educativos que responden a condicionantes económicos⁵⁹.

Los principales indicadores educativos⁶⁰ muestran que, pese a que España, en los últimos cincuenta años ha elevado en 30 puntos el nivel educativo en relación con los países de la OCDE, sin embargo, aún se encuentra a la cola en cuestiones como el abandono escolar. En España es significativamente más elevada la proporción de jóvenes que abandonan el sistema escolar sin completar la educación secundaria obligatoria (29,9 frente a 15,1 por 100), y es notablemente inferior la proporción de adultos que ha completado la educación secundaria post-obligatoria (48,5 frente al 69,1 por

⁵⁹ Véase «Las cifras de la Educación en España. El contexto geográfico, demográfico y económico de la educación», MEC 2011. En el que se observan los variadísimos contextos a los que tienen que hacer frente las políticas educativas en un espacio tan reducido como España.

⁶⁰ OCDE 2011, *Education as a Gance*, 2001.

100). El porcentaje de alumnos que ha obtenido un título de Educación Secundaria en 2008 ha sido del 74%. Esta cifra es un punto inferior a la del año anterior y se sitúa todavía a 8 puntos de la correspondiente a la OCDE (82%) y a 12 de la UE (86%).

Por otra parte, el porcentaje de alumnos que están matriculados en itinerarios educativos académicos o generales (Bachillerato) en España (57,1%) es superior a la media de la OCDE (54,1%), y a la de la UE-21 (47,6%). Paralelamente, la proporción de estudiantes españoles de segunda etapa de Educación Secundaria matriculados en Formación Profesional es inferior (42,9%) tanto a la media de la OCDE (45,9%) como a la de la UE (52,4%)⁶¹. Ello refleja una falta de esfuerzo por la Administración educativa en el desarrollo de titulaciones de grado medio y formación profesional en comparación con la Unión Europea, lo que conduce en España a una cierta polarización de las cualificaciones alcanzadas (inferiores o superiores, con escasa relevancia de las intermedias), y también a que el acceso a la educación secundaria superior y universitaria siga estando muy condicionado por el nivel socioeconómico y cultural de las familias⁶².

⁶¹ Conforme al Informe OCDE 2011 las diferencias españolas con la media de países de la OCDE y de la UE se deben fundamentalmente al número relativamente modesto de alumnos que se gradúan en España en Ciclos Formativos de Grado Medio en porcentaje sobre el total de la población de la edad típica de graduación, aunque dicho porcentaje de graduados ha aumentado en el último año en 3 puntos. En España, el 41% de los jóvenes se gradúan en programas de Formación Profesional, mientras en la OCDE dicho porcentaje es del 45% y en la UE asciende al 52%. Estas cifras españolas contrastan con las de los países que alcanzan los porcentajes más elevados como Finlandia (94%) Países Bajos (71%), Francia e Irlanda (62%). Por el contrario, si se atiende a las cifras de los programas de formación general (Bachillerato), España (46%) se encuentra no muy por debajo de la media de la OCDE (49% de graduados), y supera la media de la UE (44%) y la de países como Italia (35%), Países Bajos (39%), Alemania (39%) o Suecia (31%). Debe resaltarse que estas cifras no son acumulables, pues no se tienen en cuenta las dobles titulaciones.

⁶² Por otra parte, el porcentaje de alumnos que están matriculados en itinerarios educativos académicos o generales (Bachillerato) en España (57,1%) es superior al de la media de la OCDE (54,1%), y a la de la UE-21 (47,6%). El porcentaje español es ligeramente superior al del año 2008 (56,2%). Paralelamente, la proporción de estu-

Los resultados de PISA 2009 muestran que hay una relación directa entre los resultados en comprensión lectora y el Índice del Estatus Social, Económico y Cultural (ISEC) de las familias. También señalan un porcentaje de rendimiento académico inferior a la media de la OCDE.

En cuanto a la relación entre el nivel educativo y las tasas de empleo se observa que en los países de la OCDE y entre la población de 20 a 24 años de edad, el desempleo entre aquellas personas que han completado la Educación Secundaria superior se reduce en 7,4 puntos porcentuales por término medio, respecto a las personas que únicamente poseen los estudios obligatorios; entre la población de 25 a 29 años de edad la diferencia se reduce a 6 puntos. En España estas cifras son bastante más elevadas, con una reducción del desempleo de 16,7 puntos entre la población de 20-24 y 8,7 puntos entre la de 25-29 años. Estos datos ponen de manifiesto que la no posesión de una cualificación de Educación Secundaria o superior representa un serio obstáculo para encontrar empleo en España después de la crisis. Por su parte, la diferencia de sueldo o beneficio económico entre los que alcanzan estudios secundarios y los que no son inferiores al resto de países de la OCDE. La media salarial de un titulado universitario es un 41% más elevada que la de los que tienen el título de bachillerato (frente al 53% OCDE) y un 63% respecto de los que sólo tienen estudios obligatorios de secundaria (frente al 76% OCDE) ⁶³.

Por último, para hacernos una idea sobre la relevancia del gasto público en educación en relación al PIB a largo plazo podemos señalar que las inversiones en educación generan importantes recompensas económicas en todos los países, especialmente en España. Los costes totales públicos y privados para una mujer suponen un 25% sobre el 100% resultante de la suma de costes y beneficios. Y los beneficios suponen el 75%. Es decir, los beneficios triplican, en valor absoluto, a los costes. Para un hombre en Es-

diantes españoles de segunda etapa de Educación Secundaria matriculados en Formación Profesional es inferior (42,9%) tanto a la media de la OCDE (45,9%) como a la de la UE (52,4%).

⁶³ Indicadores OCDE 2011, MEC.

paña los valores son similares 27% y 73%, mientras que en la OCDE los costes se reducen a 20% y los beneficios al 80%.

5.2. Derecho a la salud

Respecto de la sanidad la CE, establece el derecho a la salud en el Capítulo III del Título I. El art. 43 reconoce el derecho a la protección de la salud y establece que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios». El art. 49 establece la realización por los poderes públicos de políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos y psíquicos. Y el art. 41 establece el mantenimiento de un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice prestaciones sociales ante situaciones de necesidad.

Debe señalarse inicialmente que estos derechos de prestación se someten al régimen jurídico de los principios rectores de la política social y económica en el marco de las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE). Régimen jurídico propio de aquellos derechos constitucionales de prestación limitados por su desarrollo legislativo y la necesaria financiación pública.

Debe además dejarse claro que la CE concede a las Comunidades Autónomas la competencia en Sanidad e Higiene (art. 148.1.21.º y 149.1.16), competencia asumida en los respectivos Estatutos de autonomía en materia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado, correspondiendo a este último la competencia exclusiva sólo en materia de Sanidad Exterior y de fijación de las bases y la coordinación general de la Sanidad.

La complejidad para articular estas disposiciones constitucionales en favor de un régimen de asistencia sanitaria universal se observa en su propio desarrollo histórico. Inicialmente el derecho a la asistencia sanitaria se encontró vinculado al régimen de la seguridad social. La Ley General de la Seguridad Social de 1974 identificaba la titularidad del derecho a la salud pública con la afiliación y cotización a la Seguridad social. El mandato constitucional de 1978 fue desarrollado mediante la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, que consagraba el derecho a la salud y a la atención

sanitaria en base al concepto de ciudadano y no de afiliación y alta al Sistema de Seguridad Social ⁶⁴. De esta manera la CE concebía su universalización mediante el intento de desvincular el derecho a la salud de régimen contributivo alguno. Se imponía la idea de que, dado que cada vez más se requerían de aportaciones de los Presupuestos Generales del Estado para su mantenimiento —en 1994 se declaró la quiebra técnica de la Seguridad Social por el inmenso peso de la financiación del sistema nacional de salud— y dado que estos se recaudaban de los contribuyentes (incluyendo impuestos indirectos y de consumo) independientemente de su afiliación o no a la Seguridad Social se hacía razonable que todos los ciudadanos (residentes) pudieran disfrutar del servicio público de salud, pues indirectamente todos contribuían a su sostenimiento ⁶⁵.

La desvinculación definitiva de la Sanidad del sistema de la Seguridad Social se produce en 1999 mediante Ley 49/1998 de 30 de diciembre de Presupuestos generales del Estado en la que se comienzan a realizar transferencias autonómicas y se determinan impuestos indirectos especiales (hidrocarburos) y autonómicos para su financiación.

Después de la separación de la financiación de la sanidad pública del sistema de Seguridad Social, en el marco del Pacto de Toledo y con el apoyo íntegro de la Cámara, se terminó de universalizar la prestación sanitaria ⁶⁶.

⁶⁴ Conforme al art. 1 de esta ley «son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional».

⁶⁵ El cambio sustancial se reserva en la lectura del Real Decreto 63/1995 sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, donde textualmente dice: «A) *La universalidad del derecho a la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud.* B) *la garantía de la igualdad sustancial de toda la población en cuanto a las prestaciones sanitarias y a la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en el acceso, administración y régimen de prestación de los servicios sanitarios*».

⁶⁶ Mediante el art. 3 de la ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud se dispone que: «Son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes: a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000. M. P. GONZÁLEZ DE LAS HERAS, *Noticias jurídicas*, 2004.

En base a la ley de extranjería cualquier persona empadronada en España, de manera independiente a su nacionalidad, tendría acceso a la sanidad pública en igualdad de condiciones. A fecha de 2010 sólo quedaban excluidos de la Sanidad pública en España en torno a 276.000 personas, y esta cifra correspondía a aquellos autónomos que habían cesado en su actividad económica y no estaban en situación de alta o aquellas personas españolas que retornaban a España con patrimonio pero que no tenían convenio de jubilación con nuestro país, como por ejemplo, Suiza.

La universalización del sistema sanitario incrementó los problemas de su financiación, pues su desvinculación de la Seguridad social sólo trasladó el problema al ámbito del Presupuesto General⁶⁷. El sistema sanitario público español gastó más del 8% del PIB en 2010 y las comunidades autónomas han llegado a acumular una deuda sanitaria que supera los 10.000 millones de euros. Por ello, en los últimos años se han realizado políticas en sanidad que han tendido a restringir su acceso. Se ha diferenciado entre la asistencia de urgencia o enfermedad grave. Y se han establecido nuevos requisitos para ser titular de la prestación sanitaria completa entre los que se encuentran, de nuevo, ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social; ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Es decir, se vuelve a generalizar la situación de afiliación a la seguridad social para obtener la cobertura médica.

Estos requisitos dejan fuera ahora a un amplísimo número de ciudadanos, pues el requisito del padrón deja de ser suficiente y deja fuera a los llamados «sin papeles». También se excluyen casos alarmantes como los es-

⁶⁷ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

pañoles mayores de 26 años, que no cumplan ninguno de los cuatro puntos anteriores o se encuentren en situación de desempleo (un 50% de ellos) o hayan dejado de recibir la prestación por desempleo (que ha sido además continuamente rebajada en los últimos dos años)⁶⁸. Para el resto de situaciones se comienzan a plantear mecanismos de copago sanitario, mediante la firma de un convenio o seguro privado de salud.

Como se observa, pese al esfuerzo del sector público por dar cobertura universal a servicios básicos como la educación y la sanidad, en términos de eficiencia, hasta ahora, no se puede dar una valoración positiva, y en términos numéricos, los intentos de trasladar tales prestaciones al ámbito privado no permiten cumplir, en absoluto, con los principios constitucionales de universalización y gratuidad del sistema sanitario y educativo.

6. CONGRUENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO CON LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Se ha expuesto con anterioridad que la configuración de la Administración pública española y su sector público se encuentra, o se debería encontrar, definida por el art. 1 de la CE: el Estado social democrático de Derecho. La Administración española, ciertamente, debería ser expresión de la forma de Estado. Pero la naturaleza política del Estado español se formula además en el art. 2 CE: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas». La Administración española social democrática de Derecho, debe configurarse, por tanto, de forma consustancial al principio de autonomía, mediante una pluralidad de Administraciones públicas que, al tiempo que permitan el máxi-

⁶⁸ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

mo acercamiento a los administrados a través de su descentralización en diversos niveles territoriales⁶⁹, cuenta con mecanismos suficientes de coordinación para reconducir su actuación a la unidad.

España posee una configuración administrativa compleja que agrupa diferentes tipos de administraciones públicas las cuales se pueden clasificar, en función de su ámbito territorial de actuación, en tres grandes niveles: la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y la Administración local.

El Título VIII establece la organización territorial del Estado a través de los municipios, las provincias y las Comunidades Autónomas, garantizándoles autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (art. 137 CE). Los entes locales, y por supuesto las Comunidades Autónomas, tienen Administración Pública, pero no se reducen a ser meras administraciones desconcentradas de la Administración general. Las Comunidades autónomas tienen autonomía política (dotada de poder legislativo y potestad gubernamental) y los entes locales autonomía administrativa⁷⁰, en el sentido de inexistencia de sometimiento alguno a controles de oportunidad por parte del Gobierno central⁷¹. En este sentido puede hablarse de la existen-

⁶⁹ La autonomía de las Administraciones públicas territoriales es expresión del principio de subsidiariedad, F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, «Autonomía local, subsidiariedad y Constitución», consultado en <http://www.dpz.es/diputacion/areas/presidencia/asistencia-municipios/municipia/congreso/ponencias/francisco-caama%C3%B1o.pdf>.

⁷⁰ «La Constitución prefigura una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía, las Comunidades Autónomas, caracterizadas por su autonomía política, y las provincias y municipios, dotadas de autonomía administrativa de distinto ámbito». (STC 14 julio 1981).

⁷¹ La autonomía se garantiza para cada entidad en función del criterio del respectivo interés del municipio, de la provincia, de la Comunidad Autónoma. Ese interés garantizado constitucionalmente, constituye un núcleo irreductible en el que no se puede entrar sin violar la Constitución. Variará su extensión, pero no podrá destruirse o ignorarse. El Tribunal Constitucional lo dejó sentado muy claramente en la Sentencia de 28 de julio de 1981 sobre la Ley catalana de Diputaciones: «La garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos

cia de una Administración general del Estado, junto a 17 Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas, y de un amplio número de Administraciones locales (municipales y Diputaciones provinciales) que superan las ocho mil.

La relación existente entre el Estado y las CC.AA se plantea en términos de relaciones entre ordenamientos jurídicos. La principal articulación —en el sentido de reconducción hacia la unidad del sistema jurídico español— se pone de manifiesto a través del inicial reparto de competencias formulado por el «bloque de constitucionalidad» (la CE, en la que se distinguen competencias exclusivas del Estado, los Estatutos de Autonomía, donde se confirman las competencias efectivamente asumidas por las Comunidades autónomas, así como las leyes de transferencia del Estado a las Comunidades autónomas y la legislación básica del Estado en materias compartidas) dividido, a grandes rasgos, en competencias exclusivas del Estado, competencias exclusivas de las CC.AA, competencias compartidas, competencias de ejecución de las Comunidades autónomas del Derecho del Estado y competencias de aplicación y desarrollo del Derecho de la UE.

Debe subrayarse que la autonomía de las diversas Administraciones públicas no supone inexistencia de «relaciones positivas»⁷² entre ambos ordenamientos. Ello convierte la distribución competencial entre Administraciones en algo mucho más complejo. Se incluye en el término competencia exclusiva la potestad de las Comunidades autónomas de desarrollo de las bases legislativas que sobre determinadas materias establece el Estado conforme a los títulos competenciales horizontales o exclusivos determinados en la CE. Por ejemplo, conforme al art. 149.1.1.º de la CE corresponde al Estado la competencia «exclusiva» de regulación de las condiciones «básicas» que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio

recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre».

⁷² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 295.

de sus derechos; conforme al art. 149.1.13.º le corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Se observa la complejidad del reparto competencial existente entre entes autónomos que gestionan, en este marco, los objetivos, fines y funciones de las Administraciones públicas respectivas. Así, muy recientemente, el Tribunal constitucional español ha considerado que el Estado puede imponer a las Comunidades Autónomas, a través del Consejo de Política Fiscal y Financiera, objetivos de déficit y de estabilidad presupuestaria como medida política y económica de carácter general⁷³.

El sentido de este complejo marco es la coordinación por parte del Estado de materias sectoriales, en las que tiene una potestad especial la Administración central para planificar y sistematizar la actuación conjunta de los diversos servicios y administraciones implicadas eliminando posibles contradicciones⁷⁴.

En el ámbito de la Administración en sentido estricto, por un lado, corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios, el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, la legislación sobre expropiación forzosa, la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (art. 149.1.18); pero por otro lado, las CC.AA tiene competencia exclusiva en la estructuración de sus Instituciones de autogobierno y la Administración autonómica. Como ejemplo, podemos decir, que el Estatuto Andaluz dispone la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en el establecimiento del procedi-

⁷³ Ver la STC 134/2011, de 20 de julio de 2011, que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 1451-2002. Interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria y de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley general de estabilidad presupuestaria.

⁷⁴ Ver la STC 28 de febrero de 1992.

miento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma, la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía y de sus organismos autónomos (art. 47.1.1.º EAA), así como el control, inspección y sanción en los ámbitos materiales de competencia de la Comunidad Autónoma, en lo no afectado por la competencia exclusiva estatal (art. 47.1.3.º EAA), y es competencia compartida el establecimiento del régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y régimen estatutario de su personal funcionario y estatutario, así como de su personal laboral, el establecimiento del procedimiento administrativo común o de los contratos y concesiones administrativas (art. 47.2), así como la competencia ejecutiva en materia de expropiación forzosa (art.47.3).

El principal problema que encontramos en España no es de coordinación o cooperación entre Administraciones (que en todo caso respondería a carencias claras en el sistema de partidos que envuelve la organización institucional), ni del complejo reparto competencial, sino que, en mi opinión, se debe a que el Título VIII de la CE se encuentra completamente desfasado. Los mecanismos del Título VIII han resultado muy útiles para la realización de un progresivo proceso de descentralización política, pero el nivel alcanzado de consolidación de las Comunidades Autónomas y de sus respectivas Administraciones no se encuentra reflejado en la CE, que mantiene intacto este título desde 1978. Por ello, los recientes intentos de los Estatutos de Autonomía de establecer un marco general de definición de las competencias exclusivas, compartidas, o ejecutivas de cada una de las Administraciones, se han encontrado con muy diversas trabas y reinterpretaciones por parte del TC en un intento de encuadrar en disposiciones constitucionales pre-autonómicas 30 años de evolución del Estado autonómico español y de su doctrina jurisprudencial ⁷⁵.

⁷⁵ Me refiero y remito a las reinterpretaciones del TC, en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña, en relación a la terminología utilizada en el art. 110 EACat para definir de forma genérica cada una de las competencias exclusivas, compartidas o ejecutivas. Ver FF.JJ. 59, 60 y 61.

Por otro lado, debe señalarse que los entes locales tienen un espacio de autonomía y auto organización garantizado por la CE. El Título VIII de la CE sitúa la Administración local en la base de la organización territorial del Estado y la dota de plena autonomía, bajo una organización democrática y con autosuficiencia financiera (arts. 137, 140-142 CE)⁷⁶. Por entes locales la CE recoge tanto a los municipios como a las provincias que se componen de una organización propia que se encarga del gobierno y la administración y que suele denominarse Administración Local. Las entidades locales tienen reconocida constitucionalmente autonomía lo que supone el reconocimiento de un círculo de intereses propios (intereses locales), la determinación de un conjunto de funciones y poderes efectivos para ordenarlos y gestionarlos (competencias y potestades locales) y su plena responsabilidad en dicho proceso (ausencia de control por otras instancias). Se trata de una garantía institucional y de un contenido esencial de la misma⁷⁷. Sin embargo, el contenido de la autonomía local no se concreta en la propia Constitución sino que su régimen se deja al desarrollo legal por parte tanto del Estado (mediante el establecimiento de las bases en la Ley de Bases de Régimen local) como de las CCAA que concretan el alcance de la autonomía local garantizada por la Constitución⁷⁸.

Esta doble potestad para concretar el marco competencial de los entes locales se ha denominado en doctrina: el carácter bifronte de la Administración Local⁷⁹.

⁷⁶ Se recoge el concepto de la Carta Europea de Autonomía local, en cuyo art. 3 (Concepto de la autonomía local) establece que por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes (SSTC 159/2001, cit., FJ 4; 240/2006, cit., FJ 8).

⁷⁷ Ver, por ejemplo, SSTC 159/2001, cit., FJ 4; y 240/2006, cit., FJ 8.

⁷⁸ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III cit., pp. 23 y ss.

⁷⁹ Más allá del límite constitucional del contenido mínimo que protege la garantía institucional la autonomía local, éste «es un concepto jurídico de contenido legal, que permite configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional» (SSTC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 9; 240/2006, cit., FJ 8) por

Este carácter, en el ámbito del municipio, se resume del siguiente modo. La CE garantiza la autonomía de los municipios y dota a su Administración de personalidad jurídica propia, pero se insertan en un esquema territorial donde las CC.AA influyen decisivamente en la configuración de sus competencias. Como ha dicho el TC en la STC 84/1981, de 23 de diciembre: «Si bien el grado superior de autonomía, que es el propio de las Comunidades, les otorga potencialmente un poder político y administrativo sobre los municipios y provincias que se incluyen en su territorio, éstas y aquéllas no desaparecen, ni se convierten en meras divisiones territoriales para el cumplimiento de los fines de la Comunidad, aunque puedan cumplir también esta función».

Compete al Estado, mediante la Ley de Bases de Régimen Local «la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia» de los entes locales. De conformidad con ello, como titulares de un derecho de autonomía constitucional, las Comunidades locales no pueden ser dejadas, en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno, a la interpretación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de ese derecho. A pesar de ello la STC 331/1993, de 12 de noviembre, señaló que «junto a la relación directa Estado-

lo que se encuentra vinculado a lo que establezca tanto el legislador estatal como el autonómico. El régimen local es una materia caracterizada por tener una regulación bifronte. Este carácter es el resultado «de la actividad concurrente del Estado (...) y de las comunidades autónomas» (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio), de modo que «junto a una relación directa Estado-corporaciones locales, existe también una relación, incluso más natural e intensa, entre éstas y las propias Comunidades Autónomas» (STC 331/1993, de 12 de noviembre). Y aquella concurrencia, como no podría ser de otra manera, ineludiblemente pervive en cuanto el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de régimen local ha de ajustarse, necesariamente, a la competencia que sobre las bases de la misma corresponde al Estado ex art. 149.1.18 CE, por lo que la regulación estatutaria ha de entenderse, en principio, sin perjuicio de las relaciones que el Estado puede legítimamente establecer con todos los entes locales. Ver, entre otros, R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la provincia, Democracia y Gobierno Local*, 2011.

Corporaciones Locales existe también una relación, incluso más natural e intensa, entre éstas y las propias Comunidades Autónomas».

Como consecuencia, el municipio encuentra garantizado un espacio propio de actuación y administración de sus intereses tanto a nivel Constitucional como a nivel estatutario, pero esta garantía se resuelve en cuanto a un «mínimo» de competencias de gestión de intereses propios. Como dijimos más arriba, aun debería cumplirse con el segundo proceso de descentralización, desde las CC.AA a los municipios, verdadera toma de tierra entre la Administración y la ciudadanía.

Por otro lado, entre los entes locales, se encuentra la Provincia, entidad local con personalidad jurídica propia compuesta por la agrupación de municipios, cuyo gobierno y administración autónoma se encomienda a las Diputaciones provinciales (u otras corporaciones como los cabildos o consejos insulares). Se trata de un ente supramunicipal cuyo régimen jurídico constitucional y denominación se diferencia sustancialmente en cada Comunidad Autónoma. Es, sin duda, una de las grandes cuestiones pendientes en nuestro sistema constitucional, dado que su origen data de una concepción centralista de la Administración española y dada la fuerza expansiva de las administraciones autonómicas, se ha cubierto gran parte de la labor de éstas⁸⁰. A grandes rasgos, conforme al art. 31.2 de la LBRL, son fines propios y específicos de la Provincia asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal y participar en la coordinación de la Administración local con la de la Comunidad Autónoma y la del Estado.

La continuidad de las Diputaciones Provinciales ha sido puesta en entredicho en muchas ocasiones, y más aun hoy, en medio de una crisis económica dónde se observan por parte de la población como un centro de duplicación de funciones. No obstante, la reforma local que pretende operar la futura Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

⁸⁰ Ver O. SALAZAR BENÍTEZ, «Constitución, Estatutos de Autonomía y Gobierno Local. Claves para una lectura Constitucionalmente óptima de la autonomía local», *REALA*, n. 309, 2009, pp. 93 y ss.

no prevé su modificación, sino que más bien fomenta la agrupación de servicios para lograr el ahorro mediante economías de escala a través de la gestión de servicios obligatorios mínimos en municipios inferiores a veinte mil habitantes.

De forma genérica, el rasgo dominante de la evolución del sector público en España se muestra, como dijimos, en la descentralización del gasto público. Actualmente, una vez que las CC.AA han alcanzado el techo competencial tras las reformas de sus Estatutos de 2007, gestionan más de la tercera parte del gasto público (tengamos en cuenta que asumen competencias en educación y sanidad). Por el contrario las Entidades Locales gestionan un 13% continuo desde los últimos 30 años, lo que significa que apenas ha aumentado su participación. En concreto, el 60% del gasto de las Comunidades Autónomas corresponde a los servicios de educación y sanidad. En cuanto a las Entidades locales, el 60% de sus servicios públicos corresponden a seguridad ciudadana, vivienda, servicios comunitarios, actividades culturales y recreativas, servicios sociales, transporte y protección del medio ambiente. En el caso de la Administración central, el 40% de su gasto corresponde a transferencias a otras Administraciones⁸¹.

El principal problema al que se enfrenta la Administración española en la situación de crisis actual es que sólo se han transferido a las Comunidades Autónomas los activos, pero no la deuda utilizada para financiar los servicios y funciones transferidos. En relación con los entes locales es necesario transformar el sistema de su financiación para permitir que el municipio no sea un simple gestor de servicios, sino que pueda realizar una planificación a largo plazo coherente con la legitimidad democrática directa que exhibe en el gobierno y gestión de sus intereses por medio de los ayuntamientos⁸².

⁸¹ Ver C. M. GIL-RUIZ GIL-ESPARZA y J. IGLESIAS QUINTANA, «El gasto público en España en un contexto descentralizado», *Ministerio de Economía y Hacienda, Presupuesto y Gasto Público*, n. 47, 2007, pp. 185-206.

⁸² *Ibid.*

7. REFORMAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL SECTOR PÚBLICO PREVIAS A LA CRISIS

En orden a la sistematización del proyecto de investigación en el que se inserta este artículo debo respetar este apartado. Pero como observará el lector su contenido ha sido expuesto en los epígrafes anteriores, por ello me remito especialmente a los puntos 3, 4 y 5.

No obstante pueden añadirse unos breves apuntes sobre algunos aspectos concretos de la evolución de las reformas internas de la Administración del Estado.

7.1. Descentralización

En 1989 el Ministerio para las Administraciones públicas realizó un estudio denominado «Reflexiones sobre la Modernización de la Administración del Estado». Con él en 1992 se puso en marcha el Plan de Modernización de la Administración del Estado en el que se diseñó una organización modular (Direcciones generales con autonomía de gestión de sus propios recursos), una redefinición de la organización y del papel de los organismos autónomos, incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, criterios sobre desconcentración y procedimiento, establecimiento de nuevos sistemas de control y una importante reforma de la estructura de la función pública⁸³. Pero como señala Joan Subirats estos impulsos no se pueden considerar como auténticos programas de modernización sino como simples actuaciones de mejora muy concretas de determinados servicios y, especialmente, de determinados procesos de atención a la ciudadanía⁸⁴, (como unificación de trámites, de ventanilla

⁸³ C. RAMIÓ, «Las Administraciones públicas», en M. ALCÁNTARA y A. MARTÍNEZ (Eds.), *Política y Gobierno en España*, 2.º Ed. Tirant Lo Blanch, 2001, pp. 558 y ss.

⁸⁴ J. SUBIRATS, *Evaluación de Políticas Públicas y Proceso Presupuestario en un Entorno de Restricción Presupuestaria*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995.

única, de mejor atención a los ciudadanos, y una extensión de los cursos de formación de gestión pública)⁸⁵.

En los años 1996-2000 se iniciaron nuevos proyectos de mejora administrativa como la iniciativa de Ventanilla Única, que permite realizar en una sola dependencia cualquier trámite administrativo, así como la introducción de las Cartas de Servicios junto al inicio de los programas de evaluación de Calidad a través de certificados externos conforme al Modelo Europeo de Gestión de la Calidad.

Como se observa, las reformas de los últimos años tratan de proponer mejoras al funcionamiento del sistema Administrativo sin realizar reformas de mayor calado. Por ello, debe repetirse que la mayor reforma de los últimos decenios en la Administración pública ha venido de la mano del proceso de descentralización y consolidación de las Administraciones públicas autonómicas realizadas desde 1981 hasta 1999, momento en el que se concluyen las transferencias competenciales y todas las Comunidades autónomas adquieren la gestión de los servicios básicos. Conforme a Subirats y Ramió puede señalarse que los aparatos administrativos de las Comunidades Autónomas han atravesado tres etapas diferentes. La primera (1980-1987) de creación, fundación e institucionalización. La segunda (1987-1991) de consolidación y expansión. Y la tercera (1991-1999), caracterizada como fin de ciclo y agotamiento del modelo de crecimiento sostenido⁸⁶. A estos efectos, debe señalarse que durante la legislatura 2004-2008 el hecho de

⁸⁵ El Plan de Modernización de 1992 se concretó en 204 proyectos: unos para potenciar la comunicación con los ciudadanos, gracias a una mayor información y facilidad de contacto; otros de mejora de la calidad de los servicios, como la atención sanitaria o la rapidez en el reconocimiento de pensiones; y por último los que pretendían una mayor eficacia en la gestión interna, a través, sobre todo, de la aplicación de técnicas gerenciales. Ver M. BELTRÁN VILLALBA, «Las reformas de la Administración Española: una visión de conjunto», en M. ARENILLA SÁEZ (Coord.), *La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, INAP Madrid, 2012, pp. 1025 y ss.

⁸⁶ J. SUBIRATS y J. RAMIÓ (1996): «Los aparatos administrativos de las Comunidades Autónomas (1980-1995): entre el mimetismo y la diferenciación», *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 45, 1996, pp. 151-183.

mayor calado en relación a las reformas de la Administración fue el impulso a la reforma de los Estatutos de Autonomía en los que las Comunidades Autónomas profundizaron en la definición de sus competencias, vincularon sus respectivos órganos de gobierno y administraciones a Cartas de derechos y principios rectores de políticas públicas (además de ampliar las prescripciones estatutarias sobre Administración) y positivizaron instituciones administrativas autonómicas de nuevo cuño como los polémicos Consejos de Justicia⁸⁷, o el Consejo Audiovisual.

7.2. Privatización

Las reformas Administrativas de los últimos decenios, se han visto marcadas, como se ha dicho más arriba, por cuatro hitos: el proceso de descentralización autonómica, la democratización del sistema político español y la estructuración del Estado de bienestar en plena etapa de decadencia del modelo, y sobre todo, por la integración europea. Especialmente en relación a la crisis del Estado social y la integración europea, se ha querido señalar que la actividad prestacional de la Administración Pública española se ha visto afectada, desde su origen, por las nuevas corrientes liberalizadoras venidas de Europa. En este sentido tanto su estructura como su funcionamiento se han plegado a un proceso de privatización en los últimos tiempos impulsado por las continuas exigencias de reducción del déficit público y de maximización de su eficacia⁸⁸.

Con privatización nos referimos, en un sentido amplio, a la utilización por la Administración de personificaciones y procedimientos de Derecho privado, a la transferencia al sector privado de una actividad o función pú-

⁸⁷ Instituciones de gestión de la «administración de la Administración de Justicia». Por todas me remito a la STC 31/2010 sobre el Estatuto Catalán.

⁸⁸ Nos referimos obviamente a dos etapas claves de la construcción europea como es la Unión Monetaria y la actual situación de crisis económica que dará lugar a una unión fiscal y bancaria. También debe tenerse en cuenta el efecto de la Directiva de Servicios de 12 de diciembre de 2006, 2006/123/CE.

blica, y a la transferencia de la actividad comercial e industrial de la Administración al sector privado⁸⁹. Dentro de este espectro, nos interesa ahora analizar el «amplio retorno a fórmulas concesionales» de servicios públicos por parte de la Administración completado con la transferencia al sector privado de cometidos y funciones que hasta ahora tenían la consideración de públicos⁹⁰.

En primer lugar, debe señalarse que nuestra CE, conforme al art. 106 CE parece reservar constitucionalmente a la Administración sólo aquellas funciones clásicas de soberanía como la dirección política, la función ejecutiva de policía y fomento. La terminología de los arts. 41, 27 y 20.3 parecen también reservar constitucionalmente al Estado la prestación de servicios de seguridad social, educación y medios de comunicación social, aunque sin perjuicio de su prestación por entidades privadas. La privatización de servicios públicos, fuera de estos límites iniciales, queda en manos del legislador, por lo que es una decisión legal. Pese a que su decisión inicial es de oportunidad política no lo debe ser la decisión de a quién adjudicar. Si la reserva de ley permite suponer un control político de las decisiones de privatización de servicios públicos, sin embargo, no puede olvidarse que cuando se privatiza se disminuye el radio de acción de los sujetos sometidos a control, y por tanto, de los propios derechos políticos.

Partiendo de esta base nos interesa destacar la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que recupera en el ordenamiento español el contrato de concesión de obras públicas, hasta el momento regido por disposiciones, en su mayoría, preconstitucionales. Esta ley se enmarca en la tendencia comunitaria favorable a la promoción de la participación privada en el proceso de proyección, construcción, gestión y financiación de cualesquiera infraestructuras y obras públicas consideradas de interés general. Se responde con esta ley, además, a cuestiones económicas y financieras, así como territoriales, con-

⁸⁹ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Reflexiones sobre las privatizaciones», *Revista de Administración Pública*, n. 144, 1997, pp. 7-43.

⁹⁰ M. CARAZO LIÉBANA, «Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos», *Cuadernos de Derecho Local*, n. 27, 2011, pp. 51 y ss.

siderando los requerimientos de estabilidad presupuestaria derivados del ámbito europeo que exigen la disminución de la carga de las obras públicas en el Presupuesto general y la contención del déficit y la deuda pública.

En un sentido crítico, puede decirse que el legislador español no ha optado por una auténtica privatización, «en cuanto la financiación del sector privado no es realmente aditiva, al no asumir este último todos los riesgos, en especial económico-financieros, que es capaz de gestionar mejor, cuando menos teóricamente, y que, por ende, deben acompañar a aquélla»⁹¹. Se privatizan las obras y los beneficios, pero no los riesgos.

En términos numéricos la concesión de obra pública en España ha supuesto un sector muy importante dentro de la economía. La contratación pública ha representado aproximadamente el 18,5% del PIB de España. Observando el Plan Estratégico de Infraestructuras y transportes (PEIT) para el periodo 2005-2020 se ha otorgado un peso a la participación del sector privado de aproximadamente la ejecución del 20% de las infraestructuras previstas.

De hecho, la «experiencia» de las empresas españolas en el ámbito de la concesión pública ha conducido a que actualmente, en el ranking de mayores empresas concesionarias del mundo los tres primeros puestos los ocupen empresas españolas (y entre los 11 primeros se encuentran otras tantas, como ACS/Dragados, Ferrovial/Cintra, FCC, Abertis, Sacyr, Vallehermoso, OHL y Acciona)⁹². El problema esencial, es que con este dato se pone de manifiesto el inmenso poder que han adquirido algunas empresas concesionarias españolas, llegando a desregular el sistema español de contratación pública mediante la utilización generalizada de la subcontratación. Ello ha modificado en los últimos años la actividad productiva y las relaciones que mantienen unas empresas con otras, así como los sistemas jurídicos de control público. Y por supuesto las garantías y derechos laborales así como

⁹¹ Ver A.B. CASARES MARCOS, «El Resurgir Jurídico de la concesión de obras públicas a iniciativa particular», *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*.

⁹² Ver la publicación con fecha de octubre de 2012 elaborada por Public Works Financing. <http://pwfinance.net/>.

las relaciones entre empleadores y empleados. La subcontratación es, «una práctica en expansión. Su utilización se ha incrementado de forma continua durante los últimos 25 años y supone en la actualidad el 38,2% de los trabajos, más del doble que en 1988»⁹³. Esta práctica no está siendo, mucho menos en época de crisis, frenada adecuadamente por la administración, principalmente porque las modificaciones normativas no pretenden eliminar la práctica, sino beneficiar a las grandes empresas concesionarias, que son en realidad grandes operadoras privadas de contratación pública y subcontratación⁹⁴.

8. PROYECTOS DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL SECTOR PÚBLICO PROMOVIDOS A PARTIR DE LA CRISIS ECONÓMICA

La reforma de mayor calado producida en España tras el comienzo de la crisis ha sido, sin duda alguna, la de la propia Constitución española. Con fecha 27 de septiembre de 2011 se aprobó la reforma del art. 135 CE en la que se constitucionaliza la «regla de oro» del equilibrio presupuestario, así como determinados límites al endeudamiento público.

En primer lugar, la reforma, (art. 135.1 CE) impone la obligación constitucional de que «Todas las Administraciones Públicas» adecúen su actuación al principio de estabilidad presupuestaria. En su segundo apartado prohíbe que ni el Estado ni las Comunidades Autónomas, incurran en un «déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros». En tercer lugar, establece

⁹³ CASARES MARCOS, cit.,.

⁹⁴ La última modificación legislativa aprobada —la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción— se ha preparado con un enfoque estrictamente sectorial, buscando un marco de especialización de compañías y trabajadores, que fomente la inversión en nuevas tecnologías y que, en definitiva, mejore la eficiencia empresarial, fijando garantías que eviten «situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores». *Ibidem*. Ver también, R. MARTÍN, J. GONZÁLEZ, «El reposicionamiento estratégico de las constructoras españolas», *Informes de la Construcción*, Vol. 62, n. 520, 2010, pp. 67-84.

que el pago de «los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones» gozará de «prioridad absoluta» (135.3 CE). Y por último remite directamente al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para establecer el valor de referencia de deuda pública en relación con el PIB del Estado, introduciendo una mención expresa al ámbito supranacional sin precedentes en la Constitución española.

La CE remite a la producción de una Ley orgánica para el desarrollo de los principios y mecanismos de participación, y coordinación de las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera⁹⁵.

No es este el lugar de analizar la reforma Constitucional, pero sí debe destacarse, tal y como ha señalado el profesor Sánchez Barrilao, que esta reforma ha supuesto «la constitucionalización tanto de las propias Comunidades Autónomas como de la integración de España en la Unión Europea; y en cuanto a ésta, además, integrando el Derecho europeo como parámetro de constitucionalidad»⁹⁶. Se ha realizado pues la reforma añorada de la Constitución, pero en unas circunstancias, mediante un procedimiento⁹⁷ y con un contenido que permite una lectura, cuanto menos, sorprendente.

⁹⁵ Ver LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Conforme al Dictamen de 1 de marzo de 2012, la LO establece además límites a la autonomía financiera de los entes públicos introduciendo principios como: el principio de transparencia (art. 6), el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (art. 7), el principio de responsabilidad (art. 8), el principio de lealtad institucional (art. 9), y especialmente la regla de gasto (art. 12).

⁹⁶ J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, «La crisis de la deuda soberana y la reforma del art. 135 de la Constitución Española», en prensa en n. 137, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Igualmente, ver E. ALBERTÍ ROVIRA, en AAVV «La reforma del art. 135 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 93, 2011, p. 166.

⁹⁷ Tal y como señala CÁMARA VILLAR, «la reforma, sin embargo, se ha hecho con sorpresa, con rapidez inusitada e innecesaria, en agosto, y con un proceso electoral general prácticamente abierto (lo cual hacía en extremo inconveniente, entre otros aspectos, tanto el debate público con los dos grandes oponentes políticos defendiendo al unísono la reforma, como la petición de celebración de referéndum); la urgencia se ha hecho depender, con importante merma de la participación, sólo de la necesidad de enviar un inmediato mensaje a los mercados financieros y cumplir con la demanda recibida de ámbitos eurocéntricos, pero la propia reforma establece en su dis-

Como Señala Álvarez Conde, «estamos en presencia de una reforma constitucional de carácter preventivo, utilizada como moneda de pago por la compra por parte del BCE de la deuda pública española y que puede plantear más problemas jurídicos y políticos que los que pretende solucionar»⁹⁸. Y es que, entre otros conflictos, se ha señalado, por ejemplo, que al incluir la vinculación del ordenamiento jurídico español a la UE desde la perspectiva de la «estabilidad presupuestaria», puede suponer una merma de la ya escasa legitimidad del proceso de integración, así como crear una incorrecta impresión de cara a los ciudadanos. Además, al incluir a las CC.AA en el ámbito de este artículo parece limitar la autonomía de estos entes antes que su propio reconocimiento (por su nombre) en la CE. Y sin duda alguna, supone un límite a la capacidad de desarrollo de políticas públicas desde una perspectiva democrática⁹⁹, más aun si la regla de preferencia «absoluta» del pago de la deuda, hoy por hoy, se convierte en la prioridad de pago de un casi 100% del PIB español a las entidades financieras privadas (cantidad a la que asciende el montante de deuda a fecha de junio de 2013).

Además de la reforma constitucional, el Gobierno español, ante la crisis, ha realizado reformas en el sector público con una única orientación: reducir el déficit. Entre éstas reformas se encuentran, esencialmente, las siguientes¹⁰⁰.

Entre las «Medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público»¹⁰¹ se estableció la conge-

posición adicional única que los límites de déficit estructural que prevé entrarán en vigor ¡en 2020!». G. CÁMARA VILLAR, en AA.VV., «La reforma del art. 135 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*. 93, 2011, pp. 159-210.

⁹⁸ ÁLVAREZ CONDE, en AA.VV. «La reforma del artículo 135 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, 2011, p. 166.

⁹⁹ SÁNCHEZ BARRILAO, cit.

¹⁰⁰ Me remito directamente a la documentación disponible en la propia página web de La Moncloa <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/108298A8-2705-464B-A9A6-B110B633EADA/0/LASREFORMASDELGOBIERNODEESPA%C3%91AESPA%C3%91OLcongr%C3%A1ficos.pdf>.

¹⁰¹ Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre.

lación del sueldo de los empleados públicos y la congelación de la Oferta de Empleo Público (estableciéndose en servicios públicos prioritarios como educación, sanidad y seguridad una tasa de reposición del 10%), el incremento del IRPF y el IBI. En materia fiscal, se ha elevado el IVA hasta el 21%, y se han suprimido deducciones por compra de vivienda.

Se ha llevado a cabo, como ya se ha dicho, una drástica reducción del Presupuesto General del Estado recogiendo medidas como la reducción del gasto de los ministerios en más del 17%. Una «racionalización» del gasto público en el Sistema Nacional de Salud y en el ámbito educativo, reduciendo el gasto en medicamentos, con una reforma del Sistema que excluye de la utilización de servicios sanitarios a los extranjeros (como señalamos más arriba). Además se ha introducido el principio de estabilidad presupuestaria también en las Universidades.

Entre las «Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad»¹⁰², se ha suprimido también la paga extraordinaria de diciembre para todo el conjunto del sector público, eliminándose los días de libre disposición, los días vacacionales por años de servicio y el régimen de incapacidad temporal. Se ha reducido, además, la prestación por desempleo a partir del séptimo mes.

Los ajustes se han trasladado al ámbito de las Administraciones autonómicas mediante acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera¹⁰³ (órgano que reúne a los responsables de Presupuestos del Gobierno estatal y de los gobiernos de las Comunidades Autónomas). Se les ha exigido a las CC.AA. planes Económico-Financieros de Reequilibrio. Junto a estas exigencias se ha puesto en marcha un «Mecanismo de Financiación Territorial», con un Fondo de Liquidez para que las CC.AA. puedan hacer frente a sus necesidades financieras, siempre y cuando cumplan determinadas condiciones fiscales. En el año 2012, el 1 de mayo, se ha aprobado la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera que obli-

¹⁰² Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

¹⁰³ Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, por el que se fijan las líneas generales de un mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas.

ga a presentar equilibrio estructural en sus cuentas públicas y establece un límite de deuda como garantía de sostenibilidad presupuestaria en todos los niveles de la Administración española.

Entre las propuestas en marcha, destaca de forma positiva, la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, cuyo proyecto se aprobó en Consejo de Ministros y desde hace un año intenta ser pactado entre los principales partidos, sin mucho éxito.

Como reformas estructurales merece destacarse la Reforma laboral ¹⁰⁴. En ella se ha tratado de favorecer, según el discurso oficial, la empleabilidad de los trabajadores, fomentando la contratación indefinida. Para ello se ha reformado el sistema de intermediación laboral y el sistema de formación. Pero lo cierto es que se han identificado nuevas formas de contratación, al tiempo que se ha flexibilizado la relación entre empleador y trabajador; de esta forma se han objetivado las causas de despido (por motivos económicos) y se han reducido las indemnizaciones ¹⁰⁵. Los datos de empleo reflejan que, por el momento, la reforma no ha repercutido favorablemente en la sociedad española.

Muy recientemente, se ha iniciado el debate sobre la Reforma de la Administración Pública. Estas medidas, como Moncloa indica, continúan primordialmente la senda de la reducción del déficit público. El proyecto, a penas presentado por el Gobierno, trata de racionalizar y reestructurar las empresas públicas estatales. Se pretenden liquidar 80 sociedades mercantiles. Supone, según el Gobierno, una reducción del 25% al 30% de todo el sector público empresarial. Trata, además, de racionalizar el uso de inmuebles de patrimonio Estatal. En el ámbito municipal se trata de llevar a cabo una eliminación de aquellas competencias consideradas impropias, concediendo su titularidad a los entes provinciales (Diputaciones). Se prevé la supresión de 3.725 entidades locales y mancomunidades. Y se regu-

¹⁰⁴ Reforma Laboral 2012 según Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹⁰⁵ Por toda apreciación me remito al informe realizado por la Asociación ATTAC de la Reforma Laboral http://www.attacmadrid.org/wp/wp-content/uploads/REFORMA_LABORAL_RD_2012.pdf.

lan las nóminas de los cargos municipales electos así como el número de concejales.

Muy discutida está siendo la aprobación de la Reforma de la Administración local. Desde finales de los años 90 se ha tratado de articular de manera eficiente la llamada «segunda descentralización». Tras varios planteamientos ¹⁰⁶ sobre la necesidad de aclarar competencias y obligaciones, desde el comienzo de la crisis ha obtenido relevancia la idea de realizar una reducción drástica de los municipios a imagen de lo ocurrido en los diferentes países de la UE, proponiéndose la eliminación de algunos escalones de gobierno local ¹⁰⁷. Desde el año 2012 se ha presentado una propuesta de Reforma de Administración local que, según el Gobierno, se inspira en el principio de «una administración, una competencia». Sin embargo, el debate se ha reabierto esencialmente en torno a criterios predominantemente económicos o, más concretamente, de sostenibilidad presupuestaria ¹⁰⁸.

Trata ahora de reformarse la legislación básica municipal con el único objetivo de que las Entidades Locales se adapten a la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y evitar que gasten más de lo que ingresan. De esta forma se planea una actualización de las competencias municipales potenciando el papel de las Diputaciones Provinciales, Consejos Insulares o Cabildos y Comarcas. La idea central de la reforma es la modificación del actual sistema de atribución de competencias municipales (propias, delegadas, impropias, complementarias...), pero vinculando las competencias municipales a la capacidad de gestión a través de de-

¹⁰⁶ FEMP, Bases para el Pacto Local, de 24 de septiembre de 1996; Libro Blanco para la reforma del Gobierno local, MAP, Madrid, 2005; Círculo de Empresarios, Un nuevo modelo para los ayuntamientos españoles, Madrid, 2007.

¹⁰⁷ Ver R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Estudio introductorio: reforma de la planta local y Competencias municipales. Primeras reflexiones de urgencia sobre una propuesta», en AA.VV *Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio 2012, p. 13 y ss.

¹⁰⁸ Ver, F. VELASCO CABALLERO, «La planta local en España: criterios para la toma de decisiones», *Anuario de Derecho Municipal 2012*, Marcial Pons/UAM, Madrid, 2011.

terminados estándares para que un municipio pueda asumir las competencias que tiene asignadas legalmente. Estos estándares, por el momento, se basan en los proyectos de reforma en condicionantes numéricos como la población. Como observa Jiménez Asensio, la autonomía local no puede basarse exclusivamente en condicionantes numéricos o economicistas («capacidad de gestión») sino que deben encuadrar también criterios políticos¹⁰⁹. Además la reforma local se plantea sólo con el objetivo de la eficacia en su gestión, pero parece olvidar, por el momento, cuestiones constitucionales esenciales para su autonomía como la suficiencia de financiación. Esta se ha realizado hasta el momento en base al Presupuesto General del Estado, lo que no permite una correcta planificación a medio plazo por parte de los Ayuntamientos, separando drásticamente la financiación de elementos democráticos y políticos, pues piénsese que el gobierno local elegido democráticamente por la ciudadanía local no tiene seguridad de que sus proyectos políticos cuenten con adecuada solvencia.

La reforma local aún debe suscitar un amplio debate en la sociedad española, pero debe alejarse de cualquier condicionante demagógico. Es usual la crítica realizada a las Diputaciones provinciales o a la mala gestión de los municipios, sin embargo, la deuda municipal supone sólo el 5% del total de la deuda del Estado, y como ha afirmado el banco de España, en los últimos años son los entes de la Administración que más han reducido su deuda¹¹⁰. Pese a que la autonomía local es el primer nivel democrático y el más

¹⁰⁹ «Y bajo este punto de vista tampoco cabe obviar las feroces resistencias que se plantearían a un proceso de reducción basado exclusivamente en criterios de eficiencia. No cabe prescindir del hecho de que los ayuntamientos españoles se configuran como instancias políticas, pero también son instituciones representativas (y de participación) de la ciudadanía, y con las que esta se siente —por lo común plenamente identificada—. Ver R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Estudio introductorio: reforma de la planta local y Competencias municipales. Primeras reflexiones de urgencia sobre una propuesta», cit., p. 32.

¹¹⁰ La Local ha sido la única de las tres Administraciones que redujo el importe de su deuda en el tercer trimestre de 2011; así lo muestran los datos contenidos en el Boletín Estadístico que el Banco de España hizo público a mediados del pasado diciembre. La deuda de la Administración Local fue de 36.701 millones de euros, casi

cercano al ciudadano, llama la atención que después de más de 30 años de autogobierno local, éste siga gestionando el mismo porcentaje del PIB que en el año 1981, el 13 % ¹¹¹.

9. VALORACIÓN GLOBAL DE LA EVOLUCIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESPAÑOL: ALGUNAS PROPUESTAS

Mientras la realidad del Estado social español es que no ha terminado de arrancar desde los años 80, debido a la continua exigencia de contención del gasto, la estabilidad presupuestaria y la deuda externa, la Administración española ha vivido un proceso paralelo de democratización que, desde un punto de vista de pluralismo político y territorial y desde la perspectiva democrática del principio de subsidiariedad, se ha basado en el incremento institucional de las Administraciones públicas. Sin embargo, parece ser que, en el marco del Estado social de mercado impuesto por organismos comunitarios y por los mercados financieros, democratización de la Administración y eficacia se encuentran en continua tensión.

El Constituyente español desde el art. 1 de la CE, define a España como un Estado social y democrático de Derecho, exigiendo en consecuencia que la Administración pública se organice y funcione como Administración social y democrática de Derecho. El análisis que aquí se ha realizado trata de exponer en qué medida la Administración española y su sector público se estructura y actúa conforme al mandato de la Constitución.

La exposición que realizo es básicamente descriptiva, y se basa en gran parte en datos numéricos de carácter macroeconómico. La necesidad de acudir hoy a las ciencias macroeconómicas para desplegar un análisis so-

mil millones por debajo de la cifra correspondiente al trimestre anterior; en sentido opuesto están las cifras de la Administración Central y, sobre todo, de la Autonómica, que han continuado evolucionando en línea ascendente.

¹¹¹ Ver R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Estudio introductorio: reforma de la planta local y Competencias municipales. Primeras reflexiones de urgencia sobre una propuesta», cit., p. 14.

bre la Constitucionalidad de la Administración española refleja un hecho esencial: como afirmó en su momento Baena del Alcázar, Estado y Administración se justifican hoy por sus resultados, su eficacia y eficiencia, especialmente en su deber, en tanto que Administración de un Estado Social, de prestación de servicios a los ciudadanos y con la introducción de bienes al mercado con costes tolerables ¹¹².

La Administración pública española se ha convertido en Administración prestacional, en el seno de los Estados sociales y democráticos de Derecho ¹¹³. Pero la apertura de España a los sistemas constitucionales de su entorno se ha producido, por primera vez, justo en el momento en el que la hegemonía del poder mundial se decantaba hacia el lado de las economías de mercado. Justo en el momento en que la crisis del petróleo y la coyuntura política obligaban a los países europeos a realizar cambios significativos en la Administración del Estado social. En el momento en que el modelo del Estado social daba sus últimos coletazos.

España abría definitivamente sus fronteras a un orden internacional en el que se terminaba de establecer el mercado global. En España han confluído el proceso de normalización democrática y la puesta en marcha del Estado de bienestar con una apertura al mercado mundial representada en esencia por la adhesión a las Comunidades Europeas. De esta forma, la democratización de su Administración pública (el proceso de descentralización) y la configuración de su sector público se han ordenado, poco a poco, conforme a las exigencias de los vaivenes económicos mundiales, dando lugar a procesos de inestabilidad y decisiones ajenas a las preferencias democráticas expresadas en las elecciones y a gran parte de su programa constituyente.

¹¹² Ver, M. BAENA DEL ALCÁZAR, «Reformando a Leviathan: la Administración pública», *Política y Sociedad*, núm. 20, 1995, pp. 53-62.

¹¹³ Como señala LUCIANO PAREJO, la cláusula Estado Social, tiene en común en todos sus estudios la imbricación y compromiso sociales del Estado (ruptura separación Estado-sociedad), y la responsabilidad del Estado en el logro de conquistas sociales y niveles de calidad de vida. Esencialmente se caracteriza por la producción del fin: producción y mantenimiento de determinados resultados sociales. Cit., p. 34.

En la configuración del sector público español y de su administración se puede observar, por tanto, como ha apuntado Pedro De Vega, la «incompatibilidad existente entre la lógica del Estado que es la lógica de la política, esto es la de los valores, y la lógica de la vida económica, que es la del cálculo y de la ganancia (...) porque en el proceso de mundialización de los mercados todo se transforma en mercancía (incluso el propio Estado y los comportamientos políticos) es la esencia misma de la mundialización la que choca frontalmente con la esencia del Estado y de la política»¹¹⁴.

La Administración Social y democrática de Derecho, en España se ha configurado como administración prestacional en base a la Constitución, pero dentro de los parámetros establecidos por el mercado global. Es decir, la Administración española es un elemento más que interactúa en el ámbito del «mercado» global, que compite con otros entes estatales, individuales, y corporaciones internacionales de carácter privado. Como señala Tajadura Tejada, estos parámetros y su resultado son bien conocidos: privatización del sector público de la economía, pérdida del control de la política monetaria, crisis del sistema fiscal dada la dimensión nacional de la imposición y la dimensión internacional de la riqueza, flexibilidad y precariedad del trabajo, etc.¹¹⁵. Es decir, las opciones democráticas establecidas en nuestra Constitución, entre las que se encuentra el mandato de los derechos sociales, se han visto menoscabadas ante la «instauración de una nueva forma de gobierno de la economía» incompatible con «los principios del constitucionalismo moderno, forma de gobierno de la economía en la que, lamentablemente, los derechos sociales van a ocupar un lugar muy residual»¹¹⁶.

Como resultado, continúo citando a Tajadura, encontramos: por un lado, «la redefinición de la frontera entre el sector mercantil y el no mercantil de

¹¹⁴ DE VEGA, P.: «Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual» en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998.

¹¹⁵ J. TAJADURA TEJADA, «La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización», en *Nuevas políticas públicas*. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas.

¹¹⁶ J. TAJADURA TEJADA, «La crisis de los derechos sociales...», cit.

la economía, en el sentido de que determinados bienes y servicios que antes se consideraban imprescindibles y esenciales para la sociedad» y que correspondía suministrar al Estado, ahora se trasladan al ámbito mercantil. Algo que ha sido subrayado en España cuando se ha expuesto la reforma en materia de salud o educación, así como en el ámbito de la contratación pública.

Por otro lado, el principio de vertebración del Estado social y democrático ya no es el trabajo, sino el consumo¹¹⁷. Los ciudadanos se han convertido en consumidores. Algo que puede reflejarse en la reciente reforma laboral, a través de la cual se han objetivado las causas de despido lícito del trabajador, desplazándose hacia el ámbito «objetivo» de la previsión de pérdidas económicas por parte de la empresa, no de pérdidas reales, sino de un simple descenso en el consumo.

Por último, como señala Pedro Mercado, «la crítica neoliberal al proceso de administrativización de las pretensiones e intereses sociales en el modelo del Estado del bienestar se ha construido sobre la base de que la burocracia se combate con técnicas de mercado»¹¹⁸. Esta es la clave de las reformas en la Administración pública española actual. Aunque las prestaciones sigan siendo de titularidad del Estado, éste ha comenzado a gestionar los recursos públicos conforme a criterios mercantiles y privados. Por obra de las presiones europeas, la Administración pública y el Estado han centrado su actuación en el «pensamiento único» de la reducción del gasto y del déficit público. Esta es una actuación propia de una empresa, y no de un Estado social, el objetivo de reducir costes para ampliar beneficios, o en este caso, ser más competitivos en el mercado financiero a la hora de acceder al crédito. Es ilusorio pensar que se pueden ofrecer los mismos servicios (entiéndase, prestar servicios para cumplir con los derechos garantizados constitucionalmente) a un coste equiparable al de la gestión privada, sin reducir la calidad o los derechos de los mismos.

Frente a esta última idea podría argumentarse que la reforma de la Administración emprendida desde el Gobierno trata de maximizar la eficacia

¹¹⁷ J. TAJADURA TEJADA, «La crisis de los derechos sociales...», cit.

¹¹⁸ P. MERCADO PACHECO, cit.

y eficiencia de los servicios públicos para reducir los costes al mínimo. La estructura actual del sector público y su configuración podrían entonces valorarse en el marco del Estado social y democrático de Derecho desde la perspectiva de la eficiencia de los servicios que las Administraciones prestan a los ciudadanos en comparación a sus costes (como señalamos con Baena del Alcázar al inicio).

Los efectos de las políticas públicas en la práctica, ciertamente, «tienen mucho más que ver con su detalle de aplicación (composición, manera de implementación, régimen de explotación, control y evaluación), que no con niveles cuantitativos consolidados»¹¹⁹, eso es cierto. Por ello, parece haber un consenso generalizado a favor de la transparencia en las cuentas públicas, de aquí la futura ley de transparencia. Pero esta ley de transparencia y la medición de la correcta eficacia de los servicios públicos deberían contar con otros sectores de naturaleza privada. Si el Estado se encuentra inserto en el mercado mundial, las empresas privadas (y principalmente empresas de naturaleza financiera así como concesionarias de obras públicas) que interactúan con el Estado deberían ser incluidas en los estándares de transparencia con mayor rigor, deberían ofrecer, al mismo tiempo, mayores garantías de transparencia (véase el breve comentario realizado más arriba sobre la subcontratación en el ámbito público).

En mi opinión, si se trata de minimizar costes como objetivo de evaluación de las políticas públicas, deberíamos prescindir de gran parte de los análisis económicos realizados y de los índices utilizados. Por un lado, la evaluación del gasto público debería romper definitivamente la supuesta igualdad «gasto público = producto público real», pasando a adoptar el concepto de producto efectivamente suministrado a la colectividad, como complemento del análisis de las cifras de gasto público. O, por otro lado, direc-

¹¹⁹ G. LÓPEZ CASANOVAS, «Calidad del gasto público y su influencia en el desarrollo económico: una validación empírica para los países de la OCDE 1970-2005», *Hacienda Pública Española, Revista de Economía Pública*, n. 19, 2010, pp. 9-48. Aunque el autor incluye también la sanidad y la administración, no hablaremos de el primer factor por ser elemento de disenso en otros estudios como el citado inmediatamente arriba, ni del segundo por ser el objeto general de este trabajo.

tamente, utilizar índices y datos distintos a los puramente económicos, empezando por prescindir del propio concepto de PIB, para utilizar otros relacionados con la calidad de vida de los ciudadanos, su seguridad, sus niveles de educación, su felicidad...

Es cierto que los servicios que prestan el Estado y la Administración pública pueden reorganizarse para evitar duplicidades, o minimizarse en aras de su eficacia gasto/beneficio, más aun en un estado descentralizado como España, pero debemos ser cautos. Los proyectos de contención del gasto a través de la reforma de la Administración o la clarificación de competencias se pueden encontrar con dos inconvenientes lógicos.

El primero es el grado de descentralización de la Administración española. El proceso de creación y desarrollo de las Comunidades autónomas se ha observado como un logro desde parámetros de pluralismo, subsidiariedad y, en fin, desde la perspectiva democrática. Pero las reformas actuales de la Administración central deben contar, para hacerse efectivas, con el consentimiento y la colaboración de los entes autonómicos. Esto es lógico desde una perspectiva democrática, la división del poder conlleva oposición a las políticas mayoritarias. Sería absurdo pensar que la descentralización de la Administración pública española y el reconocimiento de las autonomías, es decir, el reconocimiento del pluralismo, es una traba o un límite para mejorar la eficacia de los servicios prestados a los ciudadanos. Aunque, por supuesto, desde el mantra de la reducción del déficit así se observe. Es cuanto menos llamativo que las políticas anticrisis realizadas hasta ahora por los gobiernos se encuentren directamente confrontadas con los logros democráticos de las últimas décadas como el de la construcción del Estado de las autonomías.

Por otro lado, se observa que la redefinición de competencias llevada a cabo, por ejemplo a través de la reforma de la Administración local, enarbola el emblema de la reducción de la Administración. De esta forma propone la eliminación de municipios o la concentración en entes superiores de aquellas competencias o actividades municipales que no garanticen su solvencia. Esto se traduce en un traslado al ámbito provincial de la gestión de determinados recursos. Sin embargo, no podemos olvidar que el nivel local, es quizás, el ámbito más democrático y en el que se puede establecer un mejor control por parte de los ciudadanos de la actividad política. La

eficacia no debería estar reñida con la descentralización y la subsidiariedad: con la democracia.

Debemos ser cautos ante la idea de la necesidad de «adelgazamiento» de la Administración española. Si observamos los datos expuestos, el nivel de personal laboral o funcionario se encuentra por debajo de la media europea y muy alejado de los porcentajes de los Estados que exhiben una mayor consolidación del Estado social. Además, la reducción del gasto en tiempos de crisis económica es, para un lego en economía, bastante peligrosa si consideramos que el gasto público supone la mitad del PIB de un Estado como España y que el propio gasto público en sí mismo produce beneficios directamente a la ciudadanía y es actualmente un factor esencial de redistribución de la renta ¹²⁰.

Por todo ello, el simple objetivo de reducción del déficit con fines exclusivos de competitividad, no puede considerarse una herramienta coherente con el Estado social ni democrático ¹²¹.

En definitiva, las políticas públicas actuales orientadas a la reforma de la administración deben tener en cuenta, no sólo la más que patente deca-

¹²⁰ En el ámbito autonómico debe señalarse la relación indirectamente proporcional entre los empleos públicos y el desarrollo económico territorial, dato que nos permite observar cómo la Administración pública puede suponer, por sí misma, un factor de distribución de la renta. Cataluña, por ejemplo, en el 2012 contaba con un 10 % de empleados públicos sobre el total de su población ocupada, mientras que la comunidad con mayor peso público sobre su ocupación era Extremadura con un 25,4%. Las seis comunidades con menos empleados públicos relativos (Cataluña, Baleares, Comunidad Valenciana, País Vasco, Navarra y La Rioja) son además las mismas en 2011 que en 2007. Las seis comunidades con más asalariados públicos sobre el total de ocupados son, por el contrario, en las que ha existido tradicionalmente un mayor índice de desempleo (Extremadura, Castilla-León, Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha y Aragón).

¹²¹ «El aumento de la importancia de las actividades ligadas al sector público en un número elevado de provincias, por otro lado, sirve como un verdadero «refugio» ante la falta de dinamismo que puede observarse en otros sectores productivos» Ver, J. R. CUADRADO ROURA, T. MANCHA NAVARRO, R. GARRIDO YSERTE, Servicios Públicos y convergencia interregional, Documento de Trabajo núm. 5 / 2000 La serie Documentos de Trabajo que edita el Laboratorio de Investigación del Sector Público.

dencia del Estado social y la pérdida de servicios por parte de la ciudadanía, sino también la peligrosa erosión de los principios democráticos del Estado. Las políticas anticrisis centradas en la reducción del gasto público, no sólo vulneran principios básicos del Estado social a favor de la mejora de índices de competitividad global, sino que han terminado por menoscabar el propio principio democrático a favor de los intereses del mercado. Baste con observar la reciente reforma constitucional. Mientras que nuestra Constitución no ha asumido aun el nivel de autonomía de las nacionalidades y regiones españolas, a pesar de que la única mención que se realiza al proceso de integración europea sólo señala su carácter económico, sin embargo incluye las máximas garantías normativas para los entes financieros que compran deuda pública española.

Resumen:

La Constitución española de 1978 sentó las bases para reestructurar el sector público y la Administración conforme a los parámetros del Estado social democrático de Derecho. La construcción de la Administración social democrática de Derecho que la Constitución pregona, sin embargo se ha encontrado con diversos problemas internos y externos que han condicionado su estructura: La crisis económica mundial (1973 y 1979) y el paso de un sistema dictatorial a una democracia al mismo tiempo que se reformaba la Administración española, la adhesión a las Comunidades Europeas, y el paulatino desarrollo del Estado autonómico. Estas realidades han supuesto una mutación total de las bases constitucionales de la Administración española. Sin embargo nuestra Constitución ha permanecido inalterada (exceptuando las dos frugales reformas) y no refleja hoy día la realidad de su estructura ni de su volumen. Desde este punto de vista parece que ha cobrado vida el viejo «adagio» de O. Mayer: «la Constitución pasa, la Administración permanece». Nuestra Administración no responde a los parámetros del Estado social y democrático de Derecho determinados en la Constitución de 1978; por lo que en tiempos de crisis la clave de las reformas debe residir en la eliminación de toda discrepancia entre el orden constitucional y el estatuto orgánico y de funcionamiento de la Administración, no en meras medidas de reducción del déficit público.

Palabras Clave: *Administración Pública, Sector Público, Constitución, Estado Social democrático de Derecho, crisis económica*

Abstract:

The Spanish Constitution enacted in 1978 laid down the foundation to restructure the Spanish Public Administration within the parameters of Welfare State, Rule of

Law and democracy. However, the democratic Administration formation which the Constitution proclaims has been faced with several internal and external difficulties that have determined its actual structure: the global economic oil crisis (1973 and 1979), the transformation process from a dictatorial system to a democracy while the Spanish Administration was being reformed, the accession to the European Communities, and the gradual and deepest decentralization process. These realities caused a total mutation of the constitutional foundations of the Spanish Administration. Notwithstanding, the Spanish Constitution has remained unchanged and does not reflect its current structure and volumen reality. From this point of view, old O. Mayer's «adage» seems to be alive: «the Constitution goes, the Administration remains». Public Administration in Spain does not meet the requirements of Welfare State laid down by the Constitution. Accordingly, in times of crisis the key reforms must reside in the elimination of any discrepancy among the constitutional order and the Administration structures, not only in reducing the public debt.

Keywords: *Public Adminsitration, Public Sector, Constitution, Welfare State, economic crisis.*

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ALEMANIA: PRINCIPIOS, ETAPAS EVOLUTIVAS Y SOSTENIMIENTO DEL SISTEMA FRENTE A LA CRISIS *

MARÍA DANIELA POLI **

SUMARIO:

1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y «GRUNDGESETZ»
2. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS «LÄNDER»
3. LA EVOLUCIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ALEMÁN: LAS ETAPAS Y LAS POLÍTICAS ADOPTADAS
4. LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL EN ALEMANIA: EL «SOZIALSTAATSPRINZIP» EN SU DESARROLLO CONCRETO
5. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ACTUAL CRISIS ECONÓMICA: LA OBLIGACIÓN DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO

1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y «GRUNDGESETZ»

«Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht» es el título de una conferencia pronunciada el 15 de mayo de 1959 en la Universidad de Stuttgart con ocasión de un evento organizado en la «Arbeitsgemeinschaften für Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltverein» por el Prof. Dr. Fritz Werner (en ese momento Presidente del «Bundesverwaltungsgericht»), y que dio título, posteriormente, a un artículo publicado el mismo año en la *Deutsche Verwaltungsblatt*¹, para convertirse después en el «paradigma

* Traducido del italiano por Susana Ruíz Tarrías.

** Investigadora Doctora en Instituciones y Políticas Comparadas. Universidad «Aldo Moro» de Bari.

¹ F. WERNER, «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», en *DVBL*, 1959, 527 y ss.

dominante»² en Alemania. La constitucionalización («Konstitutionalisierung») del Derecho administrativo, ha representado y representa una atractiva fuente de inspiración para el desarrollo del Derecho administrativo comunitario³, de hecho, constituye una característica del «Sonderweg» alemán⁴.

Este estrecho vínculo entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo, en virtud del cual el Derecho administrativo es considerado la concretización del Derecho constitucional encuentra su fundamento en la «Grundgesetz», negando de este modo la afirmada neutralidad del Derecho administrativo⁵. En particular, éste adquiere su fuerza de la vinculación, establecida en el art. 1,c.3, GG, de los derechos fundamentales respecto al legislador, al Poder ejecutivo y al Poder judicial «como derechos directamente aplicables», respecto del «Rechtsstaatsprinzip» y del «Sozialstaatsprinzip» (art. 20, c. 1, GG), del principio de legalidad administrativa y de reserva de ley. La constitucionalización del Derecho administrativo no resulta, sin embargo, un fenómeno inmediato⁶, sino un proceso complejo⁷,

² E. SCHMIDT-AßMANN/ S. DRAGON, «Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen-Zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen», en *ZaöRV*, 2007, 415.

³ Sobre la recíproca influencia que despliegan el Derecho administrativo alemán y el Derecho administrativo europeo, véase el interesante estudio de G. NOLTE, «General Principles of German and European Administrative Law-A Comparison in Historical Perspective», en *The Modern Law Review*, 1994, 191 y ss.

⁴ «Merkmale eines deutschen Sonderweg»: A. von BOGDANDY/ P. HUBER, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland, en A. von BOGDANDY/ S. CASSESE/ P. HUBER (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band III. Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2010, 61.

⁵ «Dem Diktum Otto Mayers über die verfassungsrechtliche Neutralität des Verwaltungsrechts erteilt das Grundgesetz eine klare Absage» (ibidem). Cfr. También W. KREBS, *Verwaltungsorganisation*, en J. ISENSEE/ P. KIRCHHOFF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V. Heidelberg, C. F. Müller, 2007, 494. En general, sobre la dependencia constitucional de la administración y del Derecho administrativo (Verfassungsabhängigkeit der Verwaltung und des Verwaltungsrechts) en todas las épocas históricas: H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München. C.H. Beck, 2011, spec. 13 ss.

⁶ «Die Konstitutionalisierung des deutschen Verwaltungsrechts erfolgt freilich nicht über Nacht. Sie stand den Akteuren in Verwaltung, Verwaltungsgerichtsbarkeit

del que constituyen —también en sentido cronológico— las etapas esenciales: el desarrollo del principio de proporcionalidad («Verhältnismäßigkeitsprinzip»); la remoción de ámbitos sustraídos al respeto de los derechos fundamentales; la incorporación de la dimensión estatal de la «Leistung» en la categoría del Estado social de Derecho; y la superación de una acción administrativa desvinculada de la ley⁸. Dicho proceso ha sido guiado y orientado por la jurisprudencia del «Bundesverfassungsgericht»⁹ y desarrollado por la del «Bundesverwaltungsgericht» que, establecido en 1953, colocándose a la sombra del Tribunal Constitucional federal, ha deducido ex novo —a la luz de la interpretación realizada por éste último— los principios tradicionales del Derecho administrativo de la Ley Fundamental, desarrollando al mismo tiempo una función homogeneizadora respecto a la jurisprudencia administrativa de los «Länder»¹⁰. Esto, de un lado, ha supuesto la omnipresencia del Derecho constitucional en la praxis decisoria de los tribunales administrativos¹¹ y, de otra, ha convertido toda cuestión de derecho administrativo, al menos potencialmente, en una cuestión de

und Verwaltungsrechtswissenschaft zudem keineswegs als kohärentes «Programm vor Augen»: A. von BOGDANDY/P. HUBER, Staat, *Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland*, cit., p. 62.

⁷ A. von BOGDANDY/P. HUBER, Staat, *Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland*, cit., p. 63 («ein schwieriger Prozess»).

⁸ Al respecto, A. von BOGDANDY/P. HUBER, Staat, *Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland*, cit., p. 63 ss.

⁹ Las bases dogmáticas de la mencionada constitucionalización del Derecho administrativo se encuentran, de hecho, en la Elfes-Urteil de 1957 (BVerfGE 6, 32 ff.) y en la Lüth-Urteil de 1958 (BVerfGE 7, 198 ff.), es decir, de un lado, en la amplia tutela garantizada a la Handlungsfreiheit y, de otro, en la concepción de los derechos fundamentales no sólo como Abwehrrechte, sino también como objektive Wertentscheidungen. Cfr. *Ibid.*, p. 62.

¹⁰ Así, A. SANDRI, «Ricognizioni sulle epoche e i nuovi sviluppi del diritto amministrativo in Germania (ottobre 2012)», en www.issirfa.cnr.it, pp. 6-7.

¹¹ «Das Verfassungsrecht ist in der Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte zur allegegenwärtigen Größe worden»: E. SCHMIDT-AßMANN/ S. DRAGON, «Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen-Zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen». *Op. cit.*, p. 416.

Derecho constitucional¹². De ahí la ulterior consecuencia de que el control judicial sobre la Administración no ha sido percibido en Alemania, a diferencia de lo que ha sucedido en Francia o en Austria, como una ruptura, sino como un aspecto esencial de la división de poderes¹³.

La primera y fundamental característica de la Administración pública alemana reside, pues, en su estrecha relación con la Ley Fundamental («umfassende Grundgesetzbindung»). La inclusión de la Administración en el sistema constitucional del Estado de Derecho ha significado, además, la subordinación de la Administración a la ley (art. 20, c. 3, GG) y al control judicial (art. 19, c. 4, y 92 y ss. GG). Debe también destacarse que la Constitución de 1949 reconoce, expresamente, tanto las obligaciones propias de una «Leistungsverwaltung», como las de una «Lenkungsverwaltung», lo que implica que junto a las formas tradicionales típicas de la Administración autoritativa («Eingriffsverwaltung»), deben ser desarrollados los instrumentos adecuados para el logro de los fines propios de una Administración de prestaciones y de dirección/gestión de la vida social, económica y cultural¹⁴. Y es aquí donde el Estado administrativo encuentra las mayores dificultades en virtud de la exigencia de conciliar la «Leistungs/Lenkungsverwaltung» (mediante la que el Estado ha vuelto a ocuparse del bienestar social), con la «Wirtschaftsverfassung» y con el «Fiskalstaat», y, como consecuencia, de la contrastada ineficacia progresiva de los actos imperativos de la Administración para guiar los procesos económicos y sociales, y la consiguiente necesidad de buscar nuevas fórmulas que se adapten mejor a las peculiaridades de las sociedades contemporáneas. Por lo tanto, la necesidad de una ciencia de la Administración entendida como ciencia ge-

¹² En este sentido se pronunciaba Otto Bachoff en 1963, subrayando asimismo cómo los Tribunales administrativos tomarían parte en la interpretación de la Constitución en la medida en que lo hicieran los Tribunales constitucionales. Cfr. A. SANDRI, *Ricognizioni sulle epoche e i nuovi sviluppi del diritto amministrativo in Germania (ottobre 2012)*. *Op. cit.*, p. 7.

¹³ En este sentido, A. von BOGDANDY/ P. HUBER, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland*, cit., p. 67.

¹⁴ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. *Op. cit.*, pp. 21-22.

neral de la relación entre poder público y sociedad según las enseñanzas de Forsthoff¹⁵ resulta ahora imprescindible.

2. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS «LÄNDER»

Desde el punto de vista de la organización, la estructura federal se refleja, como es obvio, también sobre la administración, y así, existe una «Bundesverwaltung» y dieciséis «Landesverwaltungen». Según la distribución general de competencias el ejercicio y cumplimiento de las obligaciones estatales corresponde a los «Länder» («ist Sache der Länder»), a menos que la Ley Fundamental disponga lo contrario o no lo permita. El Título VIII de la «Grundgesetz» disciplina la ejecución de las leyes federales y la Administración federal, estableciendo con carácter general en el art. 83 GG que, salvo disposición en contrario prevista o permitida por la Constitución, son los «Länder» y sus Administraciones (y no la Administración federal) quienes dan ejecución a las leyes federales en virtud de su propia competencia. La Administración federal ocupa, sin embargo, un ámbito considerable, que se ha ampliado notablemente en los últimos decenios¹⁶. De hecho, si bien la competencia administrativa de la Federación —regulada en los arts. 86 y ss. GG— tiene carácter residual, sus ámbitos no están claramente delineados y tienen contornos inciertos, en tanto que ligados a aspectos organizativos, funcionales o procedimentales. En todo caso, se pueden dividir en cinco grupos¹⁷:

- competencia administrativa federal obligatoria («obligatorische Bundesverwaltung»): servicio diplomático consular, finanzas federales y, de conformidad con el art. 89 GG, vías navegables y navegación en general (art. 87, c. 1, GG); fuerzas armadas federales (art.

¹⁵ Cfr. E. FORSTHOFF, «Giustificazione e compiti de una scienza dell'amministrazione», en *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 169 y ss.

¹⁶ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Op. cit.*, p. 559.

¹⁷ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Op. cit.*, p. 562 y ss.

- 87b, c. 1, GG), navegación aérea (art. 87d, c. 1, GG); ferrocarriles (art. 87e, c. 1, GG); las competencias soberanas en materia de servicio postal y telecomunicaciones (art. 87f, c. 2, GG);
- competencia administrativa federal facultativa («fakultative Bundesverwaltung»), en tanto no esté prescrita obligatoriamente, sino permitida en algunas materias como la protección de la frontera (art. 87, c. 1, GG) y la defensa (art. 87b, c. 2, GG);
 - competencia administrativa federal «eventual»: de conformidad con el art. 87, c. 3, GG, la Federación está autorizada, en las materias de su competencia legislativa, para instituir autoridades federales independientes, nuevos entes públicos e instituciones de derecho público;
 - competencia administrativa federal «indirecta»: cuando la Federación a través de su poder de supervisión y de control de la ejecución de las leyes federales por parte de los «Länder» hace valer una especie de competencia de tipo administrativo;
 - competencia administrativa federal no escrita («ungeschriebene Zuständigkeit»): en tanto que, aun no siendo mencionada por la Constitución, depende de una conexión material o de la naturaleza de la materia.

Más allá del nivel administrativo federal y estatal, la Ley Fundamental contempla y tutela expresamente, a través de la garantía de instituto, el principio de autonomía administrativa de los Municipios y de las Agrupaciones de Municipios (art. 28 GG), cuya violación es recurrible ante el Tribunal Constitucional federal y los Tribunales Constitucionales de los «Länder» a través del instrumento de la «kommunale Verfassungsbeschwerde» (art. 93, c. 1, n. 4b, GG).

3. LA EVOLUCIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ALEMÁN: LAS ETAPAS Y LAS POLÍTICAS ADOPTADAS

La historia de la Administración pública alemana está formada por una extraordinaria continuidad y por profundas transformaciones¹⁸. No se tra-

¹⁸ «When talking about governance in Germany —about recent changes in the form and function of public administration and «state»— one will hear two competing

ta de dos características necesariamente contrapuestas o excluyentes entre sí: la tradición y la novedad están, de hecho, fundidas y amalgamadas, a veces influenciándose recíprocamente.

La continuidad, a la que frecuentemente se alude evocando la célebre frase «Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht»¹⁹ con la que, en 1924, presentando la tercera edición de su «Verwaltungsrechtslehrbuch», O. Mayer censuraba la estabilidad administrativa frente a los sucesivos cambios constitucionales²⁰, reposa, especialmente, en el modelo burocrático

stories. One will stress the extraordinary continuity and stability, the other will stress the unbelievable and profound changes». Así, W. JANN, «State, Administration and Governance in Germany: Competing Traditions and Dominant Narratives», in *Public Administration*, 2003, p. 95. En el mismo sentido, también Ibid. Zur Entwicklung der öffentlichen Verwaltung, en T. ELLWEIN/ E. HOLTSMANN (Hrsg.): 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland —Rahmenbedingung— Entwicklungen- Perspektiven, Opladen, Westdt. Verl., 1999, p. 521 («Zur Entwicklung der öffentlichen Verwaltung gibt es traditionell zwei widersprüchliche Hypothesen. Die eine betont die außerordentlichen Kontinuität des deutschen Verwaltungssystem, die andere die unübersehbaren Veränderung»). Cfr., asimismo, J. BOGUMIL, Verwaltungsreform, en R. VOIGT/ R. WALKENHAUS (Hrsg.), Handwörterbuch zur Verwaltungsreform, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, p. 368.

¹⁹ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band I, 3. Auflage, Dunker & Humboldt, Berlín, 1924.

²⁰ Debe subrayarse que, si bien la expresión «el Derecho constitucional pasa, el Derecho administrativo permanece» había obtenido un gran éxito y aunque con la misma se hacía referencia al fenómeno de la estabilidad administrativa respecto de la inestabilidad política y al consiguiente carácter «tradicional» del Derecho administrativo alemán, la posición de O. MAYER —como bien aclara S. CASSESE, reclamando la relectura de su figura hecha por J.M. WOEHLING, «Otto Mayer, un acteur de la coopération interculturelle juridique franco-allemande», en *La Revue Administrative*, 1999, p. 24 ss.—, «refleja, sin embargo, un motivo íntimo de rechazo a la construcción de Weimar adoptada algunos años antes, respecto de la cual el jurista de Estrasburgo se sentía ajeno. Partir de la premisa de que, también cuando la constitución cambia, el Derecho administrativo permanece invariable, significaba aislar el Derecho administrativo del constitucional, colocándolo al margen de las transformaciones, admitir la idea de su inmutabilidad». Cfr. S. CASSESE, «Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, pp. 28-29.

weberiano, que a pesar de las modernizaciones y los ajustes que han resultado necesarios, ha regido y rige todavía en la actualidad. Como afirma F. Heady, «l'amministrazione pubblica prussiana, giustamente riconosciuta come il precursore della burocrazia moderna, divenne il nucleo centrale dello Stato nella Germania unificata; e questo modello di amministrazione rimane ancor oggi sostanzialmente immutato»²¹. En otras palabras: «State bureaucracy in Germany is older than democracy»²².

Las transformaciones revisan ante todo la fisiológica adecuación estructural, inevitable con el transcurso del tiempo: la moderna Administración difiere de la precedente tanto en sus competencias, responsabilidades, profesionalización, posición y cualificación de sus miembros, como por las modalidades de los procedimientos, las técnicas y los medios de comunicación²³. Junto a ellas, adquieren particular relevancia los cambios realizados para que el aparato administrativo se corresponda con las diferentes configuraciones que el Estado moderno de cuño alemán ha ido progresivamente adquiriendo —la concreta expresión de la «Leistungs» y la «Lenkungsverwaltung»—, y no sólo las variaciones²⁴ —éstas más generales— establecidas entre los siglos XX y XXI como consecuencia de la crisis de la soberanía y de la territorialidad del Estado, la comunitarización del derecho, la globalización y el advenimiento de las nuevas tecnologías.

Sobre la base de estas premisas, es posible analizar la evolución del sector público alemán²⁵, distinguiendo al menos seis fases (y una «no-

²¹ F. HEADY, *La pubblica amministrazione: prospettive di analisi comparata*, Bologna, il Mulino, 1968, p. 82.

²² K. KÖNIG, «The Administrative State in Germany», en H. WOLLMANN/ E. SCHRÖDER (Eds.), *Comparing Public Sector Reform in Britain and Germany*, Aldershot-Burlington USA-Singapore-Sydney, Ashgate, 2000, p. 47. Sobre la burocracia alemana Cfr. También N. JOHNSON, «The bureaucracy in the Federal Republic», en ID. *State and Government in the Federal Republic of Germany*, Pergamon Press, 1983, p. 169 y ss.

²³ W. JANN, *Zur Entwicklung der öffentlichen Verwaltung*. *Op. cit.*, p. 520.

²⁴ Acerca de las mismas, véase S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*. *Op. cit.*, p. 27 y ss.

²⁵ Sobre este tema: T. ELLWEIN, *Das Dilemma der Verwaltung: Verwaltungsstruktur und Verwaltungsreform in Deutschland*, Mannheim, B.I.-Taschenbuchverlag,

fase»), cada una de las cuales, además de tener una precisa connotación temporal, constituye la síntesis, realizada a través de la atemperación de las diferentes respuestas (estatal, democrática, liberal, socialista), formuladas para

1994; J.J. HESSE, «Modernizzazione amministrativa e riforma del settore pubblico in Germania. Considerazioni generali», en Y. MENY/ V. WRIGHT (Coords.), *La riforma amministrativa in Europa*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 111 y ss.; K. GOETZ, «La modernizzazione dell'amministrazione tedesca: cambiamenti organizzativi ai livelli federale e statale», en Y. MENY/ V. WRIGHT (Coords.), *La riforma amministrativa in Europa. Op. cit.*, p. 137 y ss.; W. SIEBEL, «La riforma degli incarichi: privatizzazione, deregolamentazione, deburocratizzazione, sviluppo del Terzo Settore», en Y. MENY/ V. WRIGHT (Coords.), *La riforma amministrativa in Europa, op. cit.*, p. 173 y ss.; M. BECKER, «Germania: le politiche del personale», en Y. MENY/ V. WRIGHT (Coords.), *La riforma amministrativa in Europa, op. cit.*, p. 647 y ss.; K.-D. HENKE, C. ADE, «La modernizzazione amministrativa: le riforme del servizio sanitario in Germania», en Y. MENY/ V. WRIGHT (Coords.), *La riforma amministrativa in Europa, Op. cit.*, p. 839 y ss.; A. BENZ/ K.H. GOETZ (Hrsg.), *A new German Public Sector?*, Aldershot, Dartmouth, 1996; H. KLAGES/ E. LÖFFLER, «Germany, Part I: Public sector modernization in Germany-recent trends and emerging strategies», en N. FLYNN/ F. STREHL (Eds.), *Public sector management in Europe*, London, Prentice Hall, 1996, p. 132 y ss.; E. SCHRÖTER/ H. WOLLMANN, «Public Sector Reforms in Germany: Whence and Where? A Case of Ambivalence», en *Administrative Studies*, 1997, p. 184 y ss.; H. WOLLMANN, «Modernization of the Public Sector and Public Administration in the Federal Republic of Germany: (Mostly) A story of Fragmented Incrementalism», en M. MURAMATSU/ F. NASCHOLD (Eds.), *State and Administration in Japan and Germany: A Comparative Perspective on Continuity and Change*, Berlin, De Gruyter, 1997, p. 79 y ss.; K. KÖNIG/ N. FÜCHTNER, «Von der Verwaltungsreform zur Verwaltungsmodernisierung», en ID. (Hrsg.), «*Schlanker Staat*»-*Verwaltungsmodernisierung im Bund, Speyer, Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung*, 1998, p. 5 y ss.; W. JANN, *Zur Entwicklung der öffentlichen Verwaltung. Op. cit.*, p. 520 y ss.; H. HOLLMANN/ E. SCHRÖTER (Eds.), *Comparing Public Sector Reform in Britain and Germany. Op. cit.*; K. KÖNIG/ H. SIEDENTOPF (Eds.), *PUBLIC ADMINISTRATION IN GERMANY*, Baden-Baden, Nomos, 2001; W. JANN, *State, Administration and Governance in Germany: Competing Traditions and Dominant Narratives. Op. cit.*, p. 95 y ss.; J. BOGUMIL, *Verwaltungsreform. Op. cit.*, p. 368 y ss.; J. BOGUMIL/ W. JANN, *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland. Einführung in die Verwaltungswissenschaft*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2009; B. BLANKE (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011.

alcanzar una solución a algunos problemas de fondo²⁶: 1) De 1949 a los años Sesenta, 2) de la mitad de los años Sesenta al final de los años Setenta, 3) del fin de los años Setenta a los años Ochenta, 0) La «no-fase» de la reunificación, 4) los años Noventa, 5) el final de los años Noventa y el primer decenio del nuevo siglo, 6) la situación actual.

1) La primera fase delimita un período de tiempo que va desde 1949 a los años Sesenta. El nacimiento de la República federal alemana no supone, en el sector público, una ruptura con el pasado: si se exceptúa el período de ocupación aliada, la administración pública del nuevo Estado se caracteriza —como se ha subrayado—, por una gran continuidad tanto institucional como personal. Aquélla se vincula a la precedente estructura organizativa, procedimental, judicial e incluso personal de la República de Weimar y del Tercer Reich²⁷. Las fuerzas aliadas, de hecho, después de haber depuesto a las jerarquías nazis, fueron muy comprensivas en la «desnazificación» del personal administrativo, de tal modo que las élites del funcionariado (incluso aquellas que no podían considerarse «sin mancha» respecto al régimen) no fueron alteradas. Las razones de ello son fácilmente entendibles: tanto los aliados como la población alemana estaban interesados, por obvias razones, en disponer en poco tiempo de una administración pública en pleno funcionamiento, especialmente, a nivel municipal y de los «Länder».

²⁶ La reconstrucción de las fases en esta clave problemática sigue el planteamiento de W. JANN, *State, Administration and Governance in Germany: Competing Traditions and Dominant Narratives*. *Op. cit.*, p. 95 y ss. Especialmente significativa es la sistematización gráfica de las diferentes etapas evolutivas (en especial cuatro: The democratic state/ beginning of 1950s, The active state/ middle of 1960s, The lean state/ end of 1970s, The activating state/ middle of 1990) que el autor hace en la página 114 de su artículo, evidenciando en relación a cada una de ellas: Dilemmas, Catch phrase, Etatist answer, Democratic answer, Liberal answer, Socialist answer, Preferred solution, Main commissions.

²⁷ W. JANN, *Zur Entwicklung der öffentlichen Verwaltung*. *Op. cit.*, p. 521. *Ibid.* *State, Administration and Government in Germany: Competing Traditions and Dominant Narratives*. *Op. cit.*, p. 105. Cfr., también H. WOLLMANN, *Modernization of the Public Sector and Public Administration in the Federal Republic of Germany: (Mostly) A story of Fragmented Incrementalism*. *Op. cit.*, p. 81; J.M. BUSE, *Einführung in die Politische Verwaltung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1975, pp. 35-37.

Los aliados y, sobre todo los americanos (sin duda apremiados por los emigrantes alemanes), intentaron, sin embargo, abolir y/o modificar algunos elementos y, en particular, el «das deutsche Berufsbeamtentum», que se conservaba debido a sus características (independencia, carácter vitalicio, privilegios, reclutamiento en base a la clase social y los méritos académicos así como sobre la base del concurso y de la posterior productividad, el ejercicio de actividad política), y se consideraba corresponsable del naufragio de la República de Weimar y, en parte, comprometido con el nazismo, además de ser valorado como un factor de riesgo para los comienzos de una democracia. No sólo no lo consiguieron, sino que la Ley Fundamental en el art. 33 GG, además de establecer una garantía de instituto respecto del empleo público, dispone expresamente que los «hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums» (los principios tradicionales de la categoría de los funcionarios públicos), que —entre paréntesis— se remontan al «Allgemeines Preußisches Landesrecht» de 1794, deberían ser tenidos en la debida consideración²⁸.

El rechazo de la ideología nazi convivía pues, con el mantenimiento de recursos humanos, que si bien hubieron prestado servicios durante el régimen hitleriano, pertenecían a la larga tradición pública alemana. Esta situación constituía el problema y el dilema central de las políticas administrativas en los primeros años de vida de la República Federal²⁹. Si bien dicha contradicción era superada, y en parte justificada, a través de la adhesión a la tesis del nazismo como accidente histórico, en virtud del cual los criminales habían sido puestos bajo el control del Estado, de modo que «the traditional «good» state was not to blame, but merely «bad» politics»³⁰, la exigencia de preservar la renacida democracia de las derivas autoritarias se

²⁸ H. WOLLMANN, *Modernization of the Public Sector and Public Administration in the Federal Republic of Germany: (Mostly) A story of Fragmented Incrementalism*. *Op. cit.*, p. 81.

²⁹ W. JANN, *State, Administration and Government in Germany: Competing Traditions and Dominant Narratives*. *Op. cit.*, p. 105.

³⁰ W. JANN, *State, Administration and Government in Germany: Competing Traditions and Dominant Narratives*. *Op. cit.*, p. 106.

convirtió en el objetivo prioritario, desde el punto de vista de la convicción generalizada —en realidad hoy ampliamente superada—, que identificaba la causa principal del nazismo con el fracaso democrático de la República de Weimar. La palabra clave de las políticas administrativas de este período fue «Demokratie». El resultado fue un sistema administrativo exactamente superpuesto al anterior, pero democráticamente legitimado y controlado, en el que el principio de legalidad prevalecía sobre el de eficiencia³¹. Como afirma W. Jann, «Adenauer and the broad Christian Democratic Union, embracing both liberal economic policies and labour unions, Christian anti-Nazis and old elites, were the perfect symbol for this period»³².

2) La segunda fase va desde la mitad de los años Sesenta al final de los años Setenta. Finalizada la era Adenauer y después del breve gobierno de Erhard, en correspondencia con la progresiva expansión del «Welfare State» y en combinación con las políticas económicas de impronta keynesiana, que llevaron a la reforma de la «Wirtschaftsverfassung» y a la aprobación de la «Stabilitätsgesetz»³³, la modernización del sector público entró en la agenda política, en tanto que considerada presupuesto imprescindible del desarrollo social y económico del país. El concepto de «Verwaltungs-

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ La Stabilitätsgesetz (literalmente: Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft), aprobada el 8 de junio de 1967, de un lado, concretaba el art. 109, c. 2, GG, obligando al Bund y a los Länder a orientar sus políticas económicas y fiscales a las exigencias del equilibrio económico general, y, de otro lado, se basaba en el denominado «cuadrilátero mágico» («magisches Viereck») de la estabilidad de precios, el elevado índice de empleo, el equilibrio exterior y la tasa de crecimiento adecuada y constante (Stabilität des Preisniveaux, hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht, stetiges und angemessenes Wirtschaftswachstum). También trataba, aunque este objetivo estuviera destinado al fracaso, de limitar el endeudamiento de modo anti-cíclico. El texto de la Stabilitätsgesetz es accesible on-line en www.gesetze-im-internet.de. Profundizando en la misma, K. STERN/ P. MÜNCH, *Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft. Kommentar*, Berlin, Kohlhammer, 1967; R. ZUCK, *Wirtschaftsverwaltung und Stabilitätsgesetz*, München, Goldman, 1975.

reform» resulta, así, especialmente a finales de los años Sesenta, cada vez más popular³⁴; planificación («Planung») y políticas activas («aktive Politik») en unos conceptos clave de la discusión general. En el fondo, se trata de la cuestión de la mayor asunción de responsabilidad en el ámbito económico y social por parte del Estado en las relaciones con los ciudadanos y la insuficiente preparación y dotación para hacerles frente, así como la revitalización del concepto de «Daseinsvorsorge»³⁵. No obstante, la intensidad de la reflexión política —en lugar de incorporarse a la discusión internacional sobre el tema desarrollada en muchos países industrializados y, en particular, en los Estados Unidos, en Gran Bretaña y en Escandinavia—, era apoyada también por la creación de comisiones gubernativas (de entre las cuales, la más importante fue el «Projektgruppe Regierungs und Verwaltungsreform», constituido en 1968 en el contexto de la Gran Coalición), y los resultados prácticos fueron menos ambiciosos de lo que se habría esperado, casi ninguno.

El paréntesis reformista se cerró definitivamente alrededor de 1973-1974, con los movimientos de la primera crisis petrolífera mundial y con el fin de la cancillería del socialdemócrata Willy Brandt³⁶. Con Helmut Schmidt la idea de orientar y dirigir el desarrollo económico y social del país a través de las políticas programáticas estatales fue completamente apartada, así como los proyectos de reforma más incisivos. Constituye una circunstancia paradigmática el hecho de que el trabajo, hecho público en 1974 a través de la edición de los doce volúmenes de la Comisión para la reforma de las oficinas públicas («Studienkommission zur Reformen des öffentlichen Dienstrechts»), constituida en 1971, quedó en letra muerta: fueron completamente ignoradas, tanto las recomendaciones relativas a la abolición de la tradicional separación de status entre subalternos, empleados y fun-

³⁴ J. BOGUMIL, *Verwaltungsreform. Op. cit.*, p. 368.

³⁵ P. BADURA, «Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat», en *DÖV*, 1966, pp. 624 y ss.

³⁶ H. WOLLMANN, *Modernization of the Public Sector and Public Administration in the Federal Republic of Germany: (Mostly) A story of Fragmented Incrementalism. Op. cit.*, p. 83.

cionarios, como las referentes a la introducción de la movilidad vertical y de incentivos ligados a la productividad³⁷.

A diferencia de la falta de concreción de la auspiciada modernización administrativa, entre los años Sesenta y Setenta, la burocracia federal aún sufrió modificaciones importantes en lo relativo a composición, orientación y cualificación de su personal. Ello fue debido, por una parte, al inevitable cambio generacional y, por otra, a la masiva ampliación de la administración federal: entre 1960 y 1969 los altos funcionarios federales aumentaron un 45%, y entre 1969 y 1974 otro 25%³⁸.

Dicho esto, los cambios más importantes habidos en este período se refieren a la reorganización territorial a nivel de los «Länder». Los Gobiernos estatales, movidos por consideraciones de eficacia y eficiencia económica rediseñaron, con la ayuda de comisiones de expertos, las circunscripciones de los «Kreise», las «Gemeinden» y las Kommunen. A mediados de los años Setenta, el número de las autoridades locales resultó drásticamente reducido: de casi 24.500 a cerca de 8.500³⁹.

3) La tercera fase comprende el fin de los años Setenta y los años Ochenta. Tras la segunda mitad de los años Setenta y el inicio de los años Ochenta, la crisis económica y financiera internacional resitúa en la escena a las mayorías políticas neoliberales y neoconservadoras: si en el Reino Unido, en 1979, triunfa Margaret Thatcher, en los Estados Unidos, en 1981, se convierte en Presidente Ronald Reagan, en la República Federal alemana, venido a menos en 1982 el acuerdo entre SPD/FDP, vuelve al poder la coalición CDU-CSU/FDP, encabezada por el demócrata-cristiano Helmut

³⁷ H. WOLLMANN, *Modernization of the Public Sector and Public Administration in the Federal Republic of Germany: (Mostly) A story of Fragmented Incrementalism*. *Op. cit.*, p. 84.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ H. WOLLMANN, *Modernization of the Public Sector and Public Administration in the Federal Republic of Germany: (Mostly) A story of Fragmented Incrementalism*. *Op. cit.*, p. 86. Cfr. También: J.J. HESSE, *Modernizzazione amministrativa e riforma del settore pubblico in Germania. Considerazioni generali*, en Y. MENY/ V. WRIGHT (Coords.), *La riforma amministrativa in Europa*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 195.

Kohl⁴⁰. Son los años del denominado «lean State»⁴¹ (o «Schlanker Staat» utilizando la terminología alemana), que nace como respuesta a la crisis del Estado social y que se caracteriza por la renuncia al intervencionismo estatal en la economía y por el desarrollo de políticas de reducción del déficit presupuestario y del gasto público, así como de disminución de los costes en nombre de la eficiencia. «Il ritiro dallo Stato divenne un elemento centrale dell'agenda politica interna del Governo federale tedesco»⁴²: el reconstituido Gobierno de centroderecha se concentró, precisamente, «sul risanamento delle finanze pubbliche apportando una serie di tagli al bilancio e alle spese del personale e introducendo un più rigoroso metodo di budgeting basato sull'analisi costi benefici»⁴³. Sin embargo, en comparación con la británica, la política alemana de la reducción del Estado habría tenido un efecto limitado. Se observa, en todo caso, —especialmente si se realiza una comparación con la situación italiana de los mismos años—, una relativa contención del gasto público: de 1982 a 1989, el porcentaje del gasto público relativo al PIB desciende del 49,4% al 45,7%; la proporción entre tasas y tributos respecto al PIB del 40,2% al 39,6%; el porcentaje de deuda en relación al PIB del 2,3 % al 1,2%, mientras el nivel de fiscalidad se estabiliza en el 23,5%⁴⁴.

En el ámbito administrativo los objetivos a perseguir consistieron en: desburocratización («Entbürokratisierung»), desregulación («Verrechtlichung») y desnacionalización («Entstaatlichung»). En 1978 empiezan a ser

⁴⁰ H. WOLLMANN, *Modernization of the Public Sector and Public Administration in the Federal Republic of Germany: (Mostly) A story of Fragmented Incrementalism*. *Op. cit.*, pp. 86-87.

⁴¹ Así, W. JANN, *State, Administration and Government in Germany: Competing Traditions and Dominant Narratives*. *Op. cit.*, p. 108.

⁴² W. SIEBEL, *La riforma degli incarichi: privatizzazione, deregolamentazione, deburocratizzazione, sviluppo del Terzo Settore*, *op. cit.*, p. 175.

⁴³ E. GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 66.

⁴⁴ Los datos han sido extraídos de W. SIEBEL, *La riforma degli incarichi: privatizzazione, deregolamentazione, deburocratizzazione, sviluppo del Terzo Settore*, *op. cit.*, p. 176.

creadas en casi todos los Länder Comisiones para la reforma de la administración («Verwaltungsreformkommissionen»). En 1983, justo después de la alternancia de Kohl con Schmidt, se constituye una, la «Unabhängige Kommission für Rechts- und Verwaltungsvereinfachung», también a nivel federal, con el principal objetivo de simplificar las previsiones normativas existentes. Sin embargo, los resultados de estas Comisiones fueron en la práctica bastante escasos: si a través de ellas se realizó (especialmente a nivel estatal) una notable simplificación legislativa y reglamentaria, no se produjo, sin embargo, ninguna modificación estructural⁴⁵. Es interesante subrayar que en el mismo periodo se advirtió, especialmente a los «Länder», de la exigencia de mejorar, también a través de la aportación y la introducción de las tecnologías informáticas, la accesibilidad y la funcionalidad de los servicios administrativos a los ciudadanos («Bürgernähe»).

En cuanto a las privatizaciones, si bien se comenzó a discutir seriamente ya desde los años Setenta⁴⁶, el fenómeno adquirió una dimensión importante, pero siempre inferior respecto a otros ordenamientos europeos (como Italia, España e Francia), también a causa de la resistencia opuesta por los sindicatos de clase hasta el fin de los años Ochenta y Noventa. De modo que los años Ochenta en Alemania, definidos por algunos como «el decenio perdido de las reformas administrativas»⁴⁷, pueden ser considerados una época de transición, en la que se dan sólo los primeros pasos de un cambio que tendrá lugar en el decenio siguiente. En el plano federal se asistió a la venta de algunas industrias públicas, que constituían una herencia de la economía de la Segunda Guerra Mundial y del compromiso del Estado en la reconstrucción post-bélica⁴⁸; el resultado total fue, sin embargo, más bien modesto: sólo 9.082,7 billones de marcos tuvieron una media de 1,4 billo-

⁴⁵ W. JANN, *Zur Entwicklung der öffentlichen Verwaltung*. *Op. cit.*, p. 530.

⁴⁶ Cfr. F. KNAUSS, «Der Verlauf der Privatisierungsdiskussion im politischen Raum in den 70er und 80er Jahren», en H. BREDE (Hrsg.), *Privatisierung und die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1988, pp. 147 y ss.

⁴⁷ E. GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁸ W. SIEBEL, *La riforma degli incarichi: privatizzazione, deregolamentazione, deburocratizzazione, sviluppo del Terzo Settore*, *op. cit.*, pp. 178-180.

nes de marcos al año durante el período de la venta ⁴⁹. En particular, en otoño de 1983 se inició la privatización de la Veba (energía, química y transportes), con la reducción de los bienes federales del 43,75% al 29,98% el 1 de enero de 1984, que culminará con su privatización total en 1987. Entre 1988 y 1989 son privatizadas también Volkswagen, Viag (electricidad, gas y química) y Saltzgitter (acero, electrónica, ingeniería mecánica). Respecto de los «Länder», permanecieron, sin embargo, más bien «reacios a la venta de sus propiedades industriales» ⁵⁰, y ello, probablemente, «por razones de recursos y de política regional industrial» ⁵¹. De hecho, como afirma W. Seibel, el gobierno de Hesse no quiso abandonar sus privilegiadas acciones del aeropuerto de Frankfurt; la Baja Sajonia, a diferencia del gobierno federal, no vendió sus acciones de Volkswagen Ag e invirtió en la Preussag Ag, es decir, en la sociedad que invirtió en Volkswagen cuando ésta última fue privatizada; de modo parecido, el gobierno bávaro adquirió los bienes de Viag cuando la compañía fue vendida en 1986 por el gobierno federal ⁵². Algunas tímidas privatizaciones tuvieron lugar en la Baja Sajonia, que entre 1979 y 1987 vendió un tercio de sus empresas estatales; en Berlín, que redujo su capital en el Berlín Bank Ag; y en Baden-Württemberg, que vendió el 18% del capital del Baden-Württemberg Bank ⁵³. En el plano sub-estatal, la ola de privatizaciones se tradujo sustancialmente en la cesión a empresas privadas de la prestación de algunos servicios públicos periféricos ⁵⁴. A partir de un estudio dirigido en los años Noventa por M. Metzger ⁵⁵, se muestra cómo se ha tratado de un número relativamente bajo

⁴⁹ W. SIEBEL, *La riforma degli incarichi: privatizzazione, deregolamentazione, deburocratizzazione, sviluppo del Terzo Settore*, op. cit., p. 179.

⁵⁰ W. SIEBEL, *La riforma degli incarichi: privatizzazione, deregolamentazione, deburocratizzazione, sviluppo del Terzo Settore*, op. cit., p. 180.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ W. SIEBEL, *La riforma degli incarichi: privatizzazione, deregolamentazione, deburocratizzazione, sviluppo del Terzo Settore*, op. cit., p. 147.

⁵⁵ M. METZGER, *Realisierungschancen einer Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen*, München, Minerva Publikation, 1990.

de servicios, relacionados principalmente con tres ámbitos específicos: la limpieza de los edificios municipales, el mantenimiento de los parques y cementerios y los planes urbanísticos y de control sobre el territorio⁵⁶.

0) En la evolución del sector público alemán la reunificación de 1990 constituye una «no fase». A diferencia de su enorme significado político e ideológico, ésta no cambia el sistema administrativo de la República Federal alemana, que resulta «sic et simpliciter» trasladado a los «Länder» pertenecientes a la ex República Democrática alemana⁵⁷. Como bien sintetiza W. Jann: «unification did not alter administrative policies and narratives»⁵⁸.

Ésta, sin embargo, como resulta por todos conocido, lleva consigo costosísimas repercusiones económicas (el coste de la reunificación ha sido estimado por la «Freie Universität Berlin» en torno a los 1.500 billones de euros), que serán desembolsados especialmente a mediados de los años Noventa y que conducirán a una progresiva deformación del federalismo

⁵⁶ Cfr. W. SIEBEL, *La riforma degli incarichi: privatizzazione, deregolamentazione, deburocratizzazione, sviluppo del Terzo Settore*, op. cit., p. 177.

⁵⁷ La adopción en bloque del sistema administrativo de la Alemania occidental resulta significativamente descrito por los autores alemanes «Institutionentransfer und Blaupause» (traslación institucional y copia calcográfica). Cfr. entre otros, W. JANN, *Zur Entwicklung der öffentlichen Verwaltung*. Op. cit., p. 530; J.J. HESSE, *Moderнизация administrativa e riforma del settore pubblico in Germania. Considerazioni generali*. Op. cit., p. 117, recuerda cómo este proceso ha sido a veces juzgado «como un modo de «colonizar» la Alemania del Este». Sobre la transformación administrativa de la Alemania del Este véase específicamente, K. KÖNIG, «Zur Transformation einer real-sozialistischen Verwaltung in eine Klassisch-europäische Verwaltung», en *Public Administration*, 1993, pp. 135 y ss.; C. REICHARD/ R. MANFRED, «Was kommt nach der Einheit? Die öffentliche Verwaltung in ehemaligen DDR zwischen Blaupause und Reform», en G.-J. GLAEBNER (Hrsg.), *Der lange Weg zur Einheit: Studien zum Transformationsprozeß in Ostdeutschland*, Berlin, Dietz Verlag, 1993, pp. 215 y ss. Véase también K.H. GOETZ, «Rebuilding Public Administration in the New German Länder: Transfer and Differentiation», en *West European Politics*, 1993, pp. 447 y ss., quien subraya, sin embargo, cómo la traslación del sistema institucional de gobernanza pública en Alemania occidental no ha implicado la imposición de un modelo uniforme, pero ha favorecido la diferenciación administrativa.

⁵⁸ W. JANN, *State, Administration and Government in Germany: Competing Traditions and Dominant Narratives*. Op. cit., p. 115.

alemán que, especialmente tras la reforma constitucional del art. 72 GG en 1994 y la sustitución de la «Einheitlichkeitsklausel» por la «Erforderlichkeitsklausel», de cooperativo se transforma en competitivo.

4) La cuarta fase atraviesa todos los años Noventa. Mientras los períodos reformistas que van desde el fin de los años Sesenta al fin de los años Ochenta (la segunda y la tercera fase en la periodización antes apuntada) representan «waves of change»⁵⁹, pero —como se ha subrayado— no innovan el sistema, los primeros cambios institucionales⁶⁰ se realizan en los años Noventa. Esto se debe también, en parte, al hecho de que en este período el debate sobre la modernización del sector público pierde la carga ideológica que había adquirido en el pasado. De hecho, mientras las instancias reformistas de finales de los años Sesenta y del inicio de los años Setenta se fundaban en el modelo socialdemócrata y sobre el concepto de Estado social y las de los años Setenta/Ochenta sobre convicciones neoconservadoras, en esta fase, cristiano-demócratas y socialdemócratas coinciden tanto en la necesidad de una modernización del sector público como sobre la modalidad de su realización⁶¹. El mayor input proviene, sin embargo, de la conciencia de la progresiva pérdida de competitividad económica, y de la necesidad de reducir la elevada deuda pública y el consiguiente déficit presupuestario, producido por la reunificación, así como por la sugerida exigencia de adecuar y uniformizar el propio aparato administrativo a aquél de los restantes Estados miembros de la Unión Europea⁶², y por las presiones comunitarias hacia una mayor desregulación y liberalización de los servicios.

⁵⁹ Así, H. WOLLMANN, *Modernization of the Public Sector and Public Administration in the Federal Republic of Germany: (Mostly) A story of Fragmented Incrementalism*. *Op. cit.*, p. 98.

⁶⁰ *Ibidem* («institutional changes»).

⁶¹ H. WOLLMANN, *Modernization of the Public Sector and Public Administration in the Federal Republic of Germany: (Mostly) A story of Fragmented Incrementalism*. *Op. cit.*, p. 91.

⁶² H. WOLLMANN, *Modernization of the Public Sector and Public Administration in the Federal Republic of Germany: (Mostly) A story of Fragmented Incrementalism*. *Op. cit.*, pp. 90-91.

La privatización de algunos clásicos monopolios estatales (correos o telecomunicaciones, transporte ferroviario y aéreo) tiene lugar —como se ha apuntado—, precisamente en estos años. Después de una larga gestación, apoyada por el trabajo de numerosas comisiones de expertos constituidas por el Gobierno federal («Monopolkommission» en 1981⁶³, la «Regierungskommission Fernmeldewesen»)⁶⁴ y de las sugerencias del Libro verde de la Comisión Europea sobre el futuro de las telecomunicaciones en el mercado común, de 1987⁶⁵, en 1989 fue aprobada la «Poststrukturgesetz», es decir, la ley de reforma de correos y telecomunicaciones (Ptt). Con ella se procede a la reorganización de las Ptt y a la liberalización parcial de los servicios. En particular, la «Deutsche Bundespost», que gozaba de un status especial en régimen de derecho público, fue dividida en tres compañías de régimen privado, pero con participación totalmente pública: «Telekom» (servicio de telecomunicaciones), «Postdienst» (servicio postal) y «Postbank» (servicio bancario)⁶⁶. La privatización «fría» de «Telekom» y de los servicios postales y bancarios se ha producido, sin embargo, en un momento posterior: la transformación en sociedad anónima y su cotización en bolsa se sitúa entre 1995 y 1996⁶⁷; la privatización «caliente» por su parte, ha sido más gradual: en 1998 el gobierno federal era propietario todavía de una cuota de participación equivalente al 49%⁶⁸. En los mismos años, la Repú-

⁶³ Monopolkommission, *Die Rolle der deutschen Bundespost in Fernmeldewesen*, Baden-Baden, Nomos, 1981.

⁶⁴ Regierungskommission Fernmeldewesen, *Neuordnung der Telekommunikation*, Heidelberg, von Decker's, 1987.

⁶⁵ EG-Kommission, *Grünbuch über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte*, Deutscher Bundestag, Drucksache 9/930, 1987.

⁶⁶ Cfr. W. SIEBEL, *La riforma degli incarichi: privatizzazione, deregolamentazione, deburocratizzazione, sviluppo del Terzo Settore*, *op. cit.*, p. 186.

⁶⁷ Acerca de su privatización: S.K. SCHMIDT, «Privatizing the Federal Postal and Telecommunications Services», en A. BENZ/ K.H. GOETZ (Eds.), *A New German Public Sector? Op. cit.*, pp. 45 y ss.

⁶⁸ El dato ha sido obtenido de FORMEZ, *La public governance in Europa*. 4. Germania, Roma, Stampa XPress s.r.l., 2004, 91, accesible on line en www.formez.it.

blica Federal alemana procedió a la privatización de los ferrocarriles («Deutsche Bundesbahn») ⁶⁹ y de las empresas dedicadas al control del tráfico aéreo («Flugsicherung»). Al mismo tiempo redujo su propia cuota accionarial en «Lufthansa» y en otras numerosas sociedades coparticipadas. Para hacer frente a la exigencia de privatizar, después de la unificación, las más de 9.000 empresas nacionalizadas en la Alemania del Este, se constituyó en 1990 un ente público específico, la «Treuhandanstalt» ⁷⁰. Sin embargo, en tanto que tales empresas empleaban cerca de 7 millones de personas, frente al aumento del paro y para eludir las polémicas, los originarios planes de venta se transformaron en proyectos de relanzamiento y de reestructuración ⁷¹; esto condujo a la disolución de la «Treuhandanstalt» en 1994, cuatro años después de su creación, con una pesada herencia a sus espaldas: la creación de 275 billones de deuda respecto de los contribuyentes de los «Länder» del Oeste ⁷².

Es obligado reconocer cómo el proceso de privatización alemán, si bien no ha tenido el papel dominante adquirido en otros Países, ha contribuido de modo significativo a reducir el número de empleados públicos, especialmente, aunque no exclusivamente, en los «Länder» del Este. Entre el inicio de los años Noventa y la mitad del 2000 se ha estimado una reducción equivalente a un tercio, lo que no encuentra correspondencia en otras democracias europeas, de tal modo que —como ha subrayado en un reciente artículo B. Keller— «in comparative perspective Germany nowadays

⁶⁹ D. LEHMKUHL, «Privatizing to Keep it Public? The Reorganization of the German Railways», en A. BENZ/ K.H. GOETZ (Eds.), *A New German Public Sector? Op. cit.*, pp. 71 y ss.

⁷⁰ Acerca de la misma, W. CARLIN/ C. MAYER, «The Treuhandanstalt: Privatization by State and Market», en O. BLANCHARD/ K. FROOT/ J. SACHS (Eds.), *Transition in East Europe*, II, Chicago, University of Chicago Press, 1994, pp. 189 y ss.

⁷¹ E. GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee. Op. cit.*, p. 68. Con mayor concreción, J. ESSER, «Germania: «privatizzazioni simboliche» in un'economia sociale di mercato», en *Stato e Mercato*, 1996, pp. 271 y ss.

⁷² El dato ha sido obtenido de E. GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee. Op. cit.*, p. 68.

constitutes the prototypical example of «lean government» and a «lean state» respectively»⁷³.

Siempre en los años Noventa y, en consecuencia, con claro retraso respecto al ordenamiento británico (donde había aparecido ya al inicio de los años Ochenta) y al debate internacional sobre la transposición de los principios organizativos del sector privado al sector público, se desarrolla también en Alemania el concepto de «New Public Management», que adquiere una particular connotación nacional sintetizada en la locución «neues Steuerungsmodell»⁷⁴. Las razones de este retraso son múltiples⁷⁵: los buenos estándares de que gozaba la administración alemana en lo que se refería a la legalidad de las actuaciones, la profesionalidad y la fiabilidad del personal hacían que ni la clase política ni la población percibieran la urgencia de una reforma de la Administración Pública; la existencia de una regulación de la Administración Pública en diferentes niveles territoriales

⁷³ B. KELLER, «The Public Sector in the United States and Germany: Comparative Aspects in an Employment Relations Perspective», en *Comp. Labor Law & Pol'Y Journal*, 2013, p. 113.

⁷⁴ Al respecto, C. REICHARD, «Neues Steuerungsmodell: local reform in Germany», en W.J.M. KICKERT (Ed.), *Public Management and administrative reform in Western Europe*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 1997, pp. 61 y ss.; T. KLIE/ T. MEYSEN, «Neues Steuerungsmodell und Bürgerschaftliches Engagement», en *DÖV*, 1998, pp. 452 y ss.; V. MEHDE, *Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000; F. NASCHOLD/ J. BOGUMIL, *Modernisierung des Staates. New public management in deutscher und internationaler Perspektive*, Opladen, Leske und Budrich, 2000; S. DAHM, *Das Neue Steuerungsmodell auf Bundes- und Länderebene sowie die Neuordnung der öffentlichen Finanzkontrolle in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004; R. NOLTE, «Change-management in der öffentlichen Verwaltung», en *Verwaltungsarchiv*, 2005, pp. 243 y ss.; H. ELSENHAUS/ R. KULKE/ C. ROSCHMANN, «Administrative reform in Germany: the new system of management as an application of new public management theory and the crisis of the Welfare State», en *The Indian Journal of Public Administration*, 2005, pp. 15 y ss.; J. BOGUMIL/ S. GROHS/ S. KUHLMANN/ A.K. OHM, *Zehn Jahre Neue Steuerungsmodell*, Berlin, Edition Sigma, 2007; S. KUHLMANN/ J. BOGUMIL/ S. GROHS, «Evaluating administrative Modernization in German Local Government: Success or Failure of the «New Steering Model»?», en *Public Administration Review*, 2008, pp. 851 y ss.

hacía superflua la descentralización, percibida sin embargo como un imperativo casi categórico en otros países; y el hecho de que la crisis fiscal se hubiera presentado en Alemania con retraso respecto a otros Estados europeos ⁷⁶. Pero la mayor resistencia era de orden cultural ⁷⁷: un Estado con una tradición administrativa tan fuerte como la alemana era mucho más reticente a aceptar la adopción de criterios empresariales en el ámbito público, también por la dificultad para conciliarlos con la fuerte significación del concepto de «Rechtsstaat», algo distinto a los países anglosajones, en los cuales la gestión pragmática de la Administración Pública no necesitaba ni imponía ninguna reflexión ⁷⁸. La adopción tardía de los métodos privatísticos de gestión en el sector público se ha producido principalmente a nivel local, hasta el punto de que la doctrina ha hablado de «rivoluzione dal basso, di riforme amministrative cioè progettate e messe in opera grazie all'attivismo delle amministrazioni comunali e distrettuali» ⁷⁹. Sin embar-

⁷⁵ Acerca de las mismas, FORMEZ, *La public governance in Europa*. 4. Germania. *Op. cit.*, espec., pp. 148-150.

⁷⁶ Este último factor es resaltado por E. GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, *op. cit.*, p. 163, nota 13.

⁷⁷ Constituyen un testimonio emblemático las palabras de H.-U. DERLIEN: «the reform philosophy behind NPM —despite consultant's borrowing from its rhetoric— is hardly compatible with the state-centered public discourse in Germany since Weber's day» (German Public Administration: Weberian Despite «Modernization», en K.K. TUMMALA (Ed.), *Comparative bureaucratic system*, Oxford, Lexington Books, 2003, p. 120).

⁷⁸ En este sentido, H. WOLLMANN, «Comparing Institutional Development in Britain and Germany: (Persistent) Divergence or (Progressing) Convergence?», en H. WOLLMANN/ E. SCHRÖTER (Eds.), *Comparing Public Sector Reform in Britain and Germany*. *Op. cit.*, p. 17. Sobre la relación entre el sistema administrativo «clásico» alemán y la adopción de una aproximación empresarial en el sector público, *vid.*, especialmente, J.P. PFIFFNER, «Traditional Public Administration versus The New Public Management: Accountability versus Efficiency», en A. BENZ/ K. KÖNIG (Hrsg.), *Institutionenwandel und Verwaltung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, pp. 443 y ss.

⁷⁹ E. GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, *op. cit.*, p. 163. En este sentido, también, H. KLAGES/ E. LÖFFLER, *Germany, Part I: Public sector modernization in Germany-recent trends and emerging strategie*. *Op. cit.*, p.

go, esto no debe despertar admiración: el hecho de que el impulso modernizador provenga de las periferias se inscribe perfectamente en la singularidad de un ordenamiento fundado en una marcada raigambre territorial y sobre las garantías constitucionales expresas de la tutela del autogobierno local. Desde esta premisa, la versión alemana del «New Public Management», el «neues Steuerungsmodell», precisamente proviene, en gran parte, de la reflexión dirigida por la «Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung» (KGSt- Agencia municipal común para la racionalización de la administración)⁸⁰, que ha adquirido, como se ha señalado, el carácter de punto de referencia y de inspiración en la modernización realizada por la ciudad de Tilburgo, en los Países Bajos. En particular, la atención se ha centrado en los siguiente aspectos: la aproximación a la productividad; la percepción de la organización de la administración local como una «macroestructura empresarial»; un sistema de responsabilidad descentralizado pero integrado; Presupuestos flexibles y un sistema de contabilidad de los costes; la distinción entre el papel estratégico (propio del consejo municipal) y el papel operativo (propio de los administradores); el «internal contract management», consistente en la formalización documental de los objetivos asignados y de los recursos utilizables⁸¹. Junto a ellos, se han incorporado en una fase posterior, que va desde 1998 en adelante, ulteriores elementos novedosos, consistentes en la valoración de la calidad del trabajo producido, en la aplicación de instrumentos de «management» del personal respecto de las modalidades de selección, al desarrollo de los recursos humanos y a la retribución basada en la «performance», y

134 («In contrast to modernization programs in countries like the United Kingdom and France aimed at restructuring central government, the modernization of public administration in Germany has to be understood in terms of a «bottom-up» revolution: there are essentially no reform initiatives at the federal level, at least some German Länder show up as modernization pioneers, but the truly new entrepreneurs in the field of modernization are the local governments»).

⁸⁰ Véase, <http://www.kgst.de/>.

⁸¹ FORMEZ, *La public governance in Europa.4. Germania. Op. cit.*, espec., pp. 154 y ss.

en la activación de situaciones concurrenciales en el suministro de los servicios⁸². Si la ola reformista se desarrolló en el ámbito de las «Gemeinden» y de los «Kreise», ésta no permaneció circunscrita en sus límites sino que contagió también al nivel de los «Länder», si bien en un primer momento sólo los occidentales, mientras que los orientales prefirieron, al menos al abrigo de la reunificación, utilizar los esquemas tradicionales y no arriesgarse a ninguna experimentación; los «Länder» más receptivos a las enseñanzas empresariales han sido los del Sur de Alemania y, en particular, Baden-Wurtemberg, y las ciudades-Estado de Berlín, Bremen y Hamburgo. Sus ecos alcanzaron también al plano federal, aunque aquí tuvieron efectos bastante más limitados. En 1995, el Canciller Kohl constituyó un comité de expertos denominado significativamente «Sachverständigenrat «Schlanker Staat»» («Estado ligero»)⁸³ que, en el bienio posterior, dio lugar a importantes publicaciones inundadas de recomendaciones relacionadas con las teorías del «New Public Management», cuya realización práctica fue, sin embargo, mucho más lejos de lo que eran las expectativas esperadas. Como recientemente ha observado B. Keller, «Germany constitutes a special case and it is not very conducive to the NPM agenda. Major changes have occurred for other reasons»⁸⁴.

5) La quinta fase arranca a finales de los años Noventa y alcanza todo el primer decenio del nuevo siglo. La comprobada incapacidad del «Schlanker Staat» para proporcionar una respuesta adecuada a los problemas de la modernidad, el fin de la era Kohl y la victoria de los socialdemócratas en las elecciones después de casi 16 años en la oposición, llevaron a la escena de la agenda política un nuevo «Leitbild: der Aktivierende Staat» («Estado que se activa»)⁸⁵. Esta renovada concepción del papel del Estado, ob-

⁸² FORMEZ, *La public governance in Europa.4. Germania. Op. cit.*, espec., p. 155.

⁸³ Véase al respecto K. KÖNIG/ N. FÜCHTNER (Hrsg.), «Schlanker Staat»- eine Agenda der Verwaltungsmodernisierung im Bund, Baden-Baden, Nomos, 2001.

⁸⁴ B. KELLER, «After the end of stability: recent trends in the public sector of Germany», en *The International Journal of Human Resource Management*, 2011, p. 2331.

⁸⁵ En este sentido, W. JANN, «State, Administration and Governance in Germany: Competing Traditions and Dominant Narratives», *op. cit.*, p. 111. Sobre el concepto

viamente vinculada a la aflorada exigencia de revitalizar la función del Estado social, ampliamente vaciada de significado en los años precedentes, se fundaba en una diversa interpretación y una diferente percepción de la realidad político-constitucional. Las dificultades halladas en la conducción del Estado moderno no se reconducían simplemente a las carencias estructurales del sistema administrativo y burocrático, aunque se continuaba sosteniendo como indispensable su modernización, más allá de la complejidad y de la interdependencia de las sociedades contemporáneas, y de la progresiva erosión de la concepción clásica de la estatalidad nacional. Como evidencia W. Jann, el centro del dilema de la moderna «governance» pública no se encuentra en el fracaso del Estado, sino en el fracaso de la sociedad en su conjunto: «it is no longer just a “state failure” which lies at the heart of the dilemmas of modern governance, but rather “community failure”»⁸⁶. Ello implicaba la necesidad de encontrar fórmulas inéditas: «to cope with the ensuing dilemmas not only the state needs to change, but new forms of interactions between state and society have to be invented, enabling new modes of societal self-regulations»⁸⁷.

La coalición SPD/Verdes guiada por G. Schröder, después de haber firmado el acuerdo «Principio y renovación —el camino de la Alemania del siglo XXI», inició en 1999 el programa «Moderner Staat-Moderne Verwaltung»⁸⁸, basado precisamente en el ya citado concepto de «Aktivierender Staat», en base al cual era necesario crear un nuevo equilibrio entre los deberes estatales, la iniciativa individual y las exigencias sociales: el Estado

de Aktivierender Staat, específicamente, B. BLANKE, *Aktivierender Staat-aktive Bürgergesellschaft*, Hannover, november 2001, en www.isps-online.de; W. LAMPING/ H. SCHRIDDE/ S. PLAB/ B. BLANKE, *Der Aktivierende Staat. Positionen, Begriffe, Strategien*, Bonn, Albrecht Koschützke, 2002.

⁸⁶ W. JANN, «State, Administration and Governance in Germany: Competing Traditions and Dominant Narratives», *op. cit.*, p. 111.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Para una síntesis de este programa y de sus objetivos, véase: FORMEZ, *La public governance in Europa*. 4. Alemania. *Op. cit.*, pp. 39-40; P. BONDONIO/ A. BADRIOTTI, *Lezioni di decentramento e coordinamento amministrativo della governance pubblica tedesca*, en *Le istituzioni del federalismo*, 2005, pp. 923-924.

decisor debía transformarse en un mediador y en un catalizador del desarrollo social, garantizando la libertad de acción de las formaciones sociales y económicas, y estimulando sus potencialidades de autoregulación. Los objetivos eran la realización de una nueva distribución de responsabilidad entre órganos públicos, el mantenimiento de las peculiaridades entre las unidades públicas de administración según el principio de unidad en la diversidad («Einheit im Vielfalt»), la garantía de una orientación constante hacia los ciudadanos, la gestión de los asuntos públicos de modo eficiente y eficaz. Cuatro eran las líneas de reforma: 1) aumento de la eficiencia y de la aceptación de la legislación, 2) gobierno federal como «partner», 3) administración competitiva, económica y transparente, 4) personal altamente motivado⁸⁹. En el plano práctico, consigue sobretodo una valoración del tercer sector, respecto del cual el Estado asume la obligación de «Gewährleistungsstaat», y la realización de formas de cooperación interinstitucional, dirigidas a favorecer una mayor participación de los actores sociales en los procedimientos administrativos y en la realización de «partnerships» públicas privadas (P-PP). Ejemplos de este «modus operandi» son, por un lado, la institución de una «Enquete Kommission» sobre «Bürgergesellschaft» y la apertura por parte del gobierno federal de un portal en internet como apoyo a la sociedad civil (www.wegweiser-buergergesellschaft.de) y, de otro lado, el apoyo a la competitividad de la cuenca del Ruhr y su conversión, mediante la ayuda de instrumentos de alta tecnología, en nuevos modelos productivos en Renania del Norte-Westfalia, y el programa de mejora de las infraestructuras escolares en la provincia de Offenbach. Al mismo tiempo, adquirió carácter dominante el tema de la privatización de la administración local⁹⁰.

En los mismos años, se dio un gran impulso a la informatización de la administración pública⁹¹. En septiembre de 2000 el Canciller Schröder ini-

⁸⁹ FORMEZ, *La public governance in Europa*. 4. Germania. *Op. cit.*, pp. 39-40.

⁹⁰ Al respecto, específicamente, D. SCHEFOLD, *Privatisierung in der Kommunalverwaltung, en Bewahrung der Demokratie*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2012, pp. 457 y ss.

⁹¹ Sobre el tema, H. REINERMANN/ J. von LUCKE (Hrsg.), *Electronic Government in Deutschland*, Speyer, Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, 2002.

ció, de hecho, la campaña «Bundonline 2005», con el fin de hacer accesibles «on line» todos los servicios a los ciudadanos en 2005⁹². La iniciativa está ligada a variadas exigencias: aligeramiento y simplificación del aparato administrativo, potenciación de la garantía de la transparencia de la Administración pública, adaptación a Europa, que había lanzado en el mismo año el plan «eEuropa», reducción de los costes derivados de la emisión de documentos en formato papel. En este contexto se sitúan experiencias también significativas, entre las cuales merece ser mencionada la del Ayuntamiento virtual de la ciudad de Bremen⁹³, nacida bajo el impulso de la iniciativa «Media@Komm», el mayor proyecto multimedia desarrollado por el gobierno federal para realizar la conexión en red de la administración y los ciudadanos⁹⁴.

En 2005, además, después de largas negociaciones con las fuerzas sociales, se firmó un nuevo convenio colectivo para el empleado público («Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst»), que se aplica a nivel federal y local, además de a nivel estatal⁹⁵. Considerada ««a centennial reform» and a «milestone» toward the urgently necessary modernization of the public sector»⁹⁶, ha suprimido las tradicionales diferencias legales entre «Arbeiter, Angestellte, Pflegebeschäftigte», ha introducido una clasificación unitaria para todos los empleados públicos a excepción de los funcionarios («Beamte»), y ha impuesto el paso de formas de retribución basadas en la antigüedad en el servicio y condiciones familiares por formas basadas en la profesionalidad y en la «performance».

⁹² Véase, R. KLEINDIEK, *BundOnline 2005-Electronic Government Strategie des Bundes*, *ivi*, p. 118.

⁹³ Sobre la misma, P. BONDONIO/ A. BADRIOTTI, *Lezioni di decentramento e coordinamento amministrativo della governance pubblica tedesca*, *op. cit.*, pp. 930-932.

⁹⁴ Cfr. B. GRABOW/ C. SIEGFRIED, «Virtuelle Rathäuser und die Media@Komm-Modellprojekt», en H. REINERMANN/ J. von LUCKE (Hrsg.), *Electronic Government in Deutschland*, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

⁹⁵ El Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder ha sido firmado en 2006, y difiere sólo en algunos detalles del TVöD de 2005.

⁹⁶ B. KELLER, *The Public Sector in the United States and Germany: Comparative Aspects in an Employment Relations Perspective*. *Op. cit.*, p. 115.

6) La sexta fase coincide con la situación actual. Como es de todos conocido, Alemania es el país europeo menos golpeado por la crisis, y la economía alemana es, en este momento, la economía que remolca a la Unión. Es una crónica cotidiana el papel hegemónico y dominante asumido por la República federal alemana respecto de las políticas comunitarias, así como su tendencial hostilidad hacia medidas de rescate en favor de los denominados Pigs (Portugal, Italia y/o Irlanda, Grecia, España), ahogados por el peso de la «deuda soberana».

De este modo, en la política pública alemana y en la general concepción del sector público, la actual crisis financiera no ha tenido significativas consecuencias⁹⁷, de modo que, Alemania constituye en perspectiva comparada un «outlier»⁹⁸. Frente a las severas medidas de austeridad adoptadas por otros Estados miembros de la Unión Europea⁹⁹ y la notable tensión social y política en que están derivando, la República federal alemana no ha puesto en práctica un programa de recortes en el sector público: no ha congelado ni reducido los sueldos de los trabajadores públicos, ni ha modificado de modo decisivo el sistema de pensiones, limitándose, por lo que respecta a éste último, a graduales ajustes y, en conjunto, a una reducción y/o eliminación de los «social services» como la ayuda a la maternidad y los «welfare benefits» como la gratificación por nacimiento y el «bonus» familiar de vacaciones¹⁰⁰. El «austerity package», presentado en 2010 por la Canciller Ángela Merkel con el objetivo de ahorrar 82 billones de euros en 2014, de mantener la deuda pública bajo control y de posibilitar el respeto a la obli-

⁹⁷ B. KELLER, *The Public Sector in the United States and Germany: Comparative Aspects in an Employment Relations Perspective*. *Op. cit.*, p. 123.

⁹⁸ B. KELLER, *The public sector after the financial and debt crisis. Germany in comparative perspective*. Paper to be presented at the FES-workshop, Berlin, 24-25 september 2012, en www.fes.de, p. 5.

⁹⁹ Para un análisis comparado de las estrategias gubernativas adoptadas en el sector público como consecuencia de la crisis económica, véase V. GLASSNER, *The public sector in the crisis*, Working Paper 2010.07, Brussels, ETUI, 2010.

¹⁰⁰ B. KELLER, *The public sector after the financial and debt crisis. Germany in comparative perspective*. *Op. cit.*, p. 5. Véase también V. GLASSNER, *The public sector in the crisis*. *Op. cit.*, p. 22.

gación constitucional del equilibrio presupuestario, introducida en 2009, se mueve precisamente en esta dirección ¹⁰¹.

Resulta oportuno subrayar también que, si bien Alemania ha sentido menos que los otros Países la actual crisis y no ha puesto en práctica ninguna «cura de adelgazamiento» del sector público a través de una reducción cuantitativa de los recursos humanos, de una parte, el producto interior bruto ha descendido de manera consistente debido al colapso del mercado de las exportaciones y, de otra, el sector bancario ha resultado fuertemente afectado. La respuesta del Gobierno alemán, inmediata respecto de la manifestación de las primeras señales de crisis, ha sido la de apoyar a los bancos con dinero público y lanzar un programa federal de apoyo de la economía por valor de 50 billones de euros para inversiones en carreteras, construcciones, etc ¹⁰². La República federal alemana, por lo tanto, una vez más, se ha hecho cargo de los problemas económicos del País, como había hecho —financiando con dinero público— la reconstrucción después de la segunda guerra mundial, y la situación de falta de solidez económica del Este tras la reunificación. Esto induce, ciertamente, a reflexionar sobre la corrección, contradicha por la misma reciente política interna alemana, del «austerity diktat» que Ángela Merkel continúa queriendo imponer a otros Estados miembros de la Unión Europea ¹⁰³.

4. LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL EN ALEMANIA: EL «SOZIALSTAATSPRINZIP» EN SU DESARROLLO CONCRETO

Continuidad y transformación caracterizan también el sistema de seguridad social alemán. Si éste hunde sus raíces en la «Herrschaftstradi-

¹⁰¹ Acerca del mismo, F. ZIPFEL, Germany's austerity package and the federal budget. Frankfurt am Main, Deutsche Bank Research, 2010, en www.dbresearch.com.

¹⁰² Sobre el impacto de la crisis en Alemania, G. FÄRBER, Impacts of the Global Financial Crisis in a Federation: Evidence from Germany, FÖV 69 Discussion Paper, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung. Speyer, 2012.

¹⁰³ Cfr. C. SCHWENNICKÉ, Double Standards: Europeans Are Right to be Angry with Merkel, en SpiegelOnline International (www.spiegel.de), 11/04/2013.

tion»¹⁰⁴, según la cual la responsabilidad por la servidumbre correspondía a los propietarios y la de los súbditos a los reyes, en el «collegamento tra il concetto di Stato di diritto e l'ottica paternalistica del benessere del vecchio Stato di polizia»¹⁰⁵ y en la legislación social introducida por Bismark en el «Deutsches Kaiserreich»¹⁰⁶, que representa «il primo sistema moderno di sicurezza sociale del mondo»¹⁰⁷, su solidez se debe en gran parte a la configuración constitucional de la República federal como Estado social. El «Sozialstaatsprinzip», cuya concreción corresponde obviamente al Legislador quien, desde 1949 hasta la actualidad, lo ha valorado ampliamente, atribuyendo un peso considerable a las políticas sociales —a las que, por lo demás, son destinados más gastos que a todos los demás ámbitos¹⁰⁸— vincula, de hecho, también a la Administración¹⁰⁹ en virtud de la significación atribuida al mismo por el «Bundesverfassungsgericht».

Elemento esencial del Estado social alemán, tanto como para hacerle merecedor del calificativo de «Sozialversicherungsstaat»¹¹⁰, el sistema de

¹⁰⁴ En este sentido, M.G. SCHMIDT, *Das politische System Deutschland*, München, C.H. Beck, 2007, pp. 407-408.

¹⁰⁵ G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, p. 62 y nota 14, quien atribuye esta relación al conocido iuspublicista Robert von Mohl.

¹⁰⁶ En el ámbito de la legislación social decidida por Bismark con la intención de debilitar la socialdemocracia y obtener la adhesión de la clase obrera al Estado monárquico, se introdujo en 1883 el seguro sanitario (Krankenversicherung), en 1884 el seguro contra accidentes (Unfallversicherung), en 1889 el seguro de pensión obligatoria (gesetzliche Rentenversicherung). Acerca de las influencias históricas en la construcción del sistema de seguridad social en la República Federal alemana, cfr.: D. GRUNOW, «Social Administration in Germany: Basic Structures and Reform History», en H. WOLLMANN/ E. SCHRÖTER (eds.), *Comparing Public Sector Reform in Britain and Germany*. *Op. cit.*, espec. pp. 244-247.

¹⁰⁷ G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁸ «Für Sozialpolitik gibt der deutsche Staat mehr Gel aus als für jedes andere Politikfeld», M.G. SCHMIDT, *Das politische System Deutschland*. *Op. cit.*, p. 391.

¹⁰⁹ «Als Verfassungsnorm bindet das Sozialstaatsprinzip grundsätzlich auch die Verwaltung», H. MAURER, *Staatsrecht I*, München, C.H. Beck, 2007, p. 232.

¹¹⁰ Cfr. B. RIEDMÜLLER/ T. OLK (Hrsg.), *Grenzen des Sozialversicherungsstaates*, Opladen, West deutscher Verlag, 1994; S. JOCHEM, «Reformpolitik im

seguridad social alemán, inspirado en el modelo bismarckiano, se basa en los siguientes principios:

- el principio de aseguración obligatoria («Prinzip der Versicherungspflicht»), en virtud del cual casi la totalidad de la población se encuentra asegurada;
- el principio contributivo («Prinzip der Beitragsfinanzierung»), en base al cual la seguridad social se financia, principalmente, mediante impuestos establecidos por la ley sobre las aportaciones de los trabajadores y empleadores;
- el principio de solidaridad («Prinzip der Solidarität»), en virtud del cual los riesgos son compartidos entre todos los asegurados con independencia de la aportación efectuada individualmente;
- el principio de autogobierno («Prinzip der Selbstverwaltung») y de subsidiariedad («Subsidiaritätsprinzip»), en base a los cuales el Estado delega sus propias funciones de seguridad social en entes de derecho público que asumen sus obligaciones con autonomía propia bajo el control jurídico del Estado y, en particular, del Ministerio federal de Sanidad («Bundesministerium für Gesundheit-BMG») y del Ministerio federal de Trabajo y asuntos sociales («Bundesministerium für Arbeit und Soziales-BMAS»);
- el principio de equivalencia («Prinzip der Äquivalenz»), que únicamente se aplica a las pensiones y que se refiere a la relación entre el montante de las contribuciones abonadas y las prestaciones recibidas.

Aquél comprende cinco sectores ¹¹¹:

1) Seguro sanitario- «Krankenversicherung».

El seguro sanitario alemán es fruto de la continuidad a la que se ha hecho referencia. Introducido por la «Krankenversicherungsgesetz» de 1883 para los trabajadores de la industria, se ha sistematizado —junto con el seguro de pensiones y contra accidentes— en el código de

deutschen Sozialversicherungsstaat», en M.G. Schmidt (Hrsg.), *Wohlfahrtsstaatliche Politik. Institutionen, politischer Prozess und Leistungsprofil*, Opladen, Leske+Budrik Verlag, 2001, pp. 193 y ss.

¹¹¹ Véase: www.deutsche-sozialversicherung.de.

seguros de 1911 («Reichsversicherungsordnung»). La República federal alemana, restaurado el principio de autogobierno de las «Krankenkassen», suprimido durante el nacionalsocialismo, ha equiparado con la «Lohnfortzahlungsgesetz» de 1969 la indemnización en caso de enfermedad de los trabajadores y empleados. En los años Setenta, destacan también la «Leistungsverbesserungsgesetz» y la «Rehabilitationgesetz» así como la ampliación de la base de los asegurados a los agricultores autónomos, a los estudiantes, a personas con discapacidad, a los artistas y a los periodistas. En 1989 se aprobó la «Gesundheits-Reformgesetz», incluida como quinto libro en el código de legislación social («Sozialgesetzbuch»). Entre las principales novedades se cuentan los servicios para promover la salud y el diagnóstico precoz de las enfermedades. Con la unificación de Alemania se introduce el derecho de seguridad social obligatoria contra las enfermedades también en los nuevos «Länder», de modo que 80.000 personas empezaron a disfrutar por primera vez de una cobertura sanitaria. En 1993 entró en vigor la ley sobre la seguridad y la mejora de la estructura del seguro sanitario público («Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung») con el objetivo de realizar una mayor justicia contributiva para los asegurados y una mayor concurrencia entre los aseguradores. Entre el fin de los años Noventa y el nuevo siglo tienen lugar otras reformas dirigidas a ampliar la libertad organizativa de las «Krankenkassen», y a garantizar el ahorro y la calidad de las prestaciones sanitarias.

2) Seguro contra accidentes-«Unfallversicherung»

El seguro contra accidentes, de modo similar al sanitario, tiene en Alemania una larga tradición. La regulación bismarckiana a través de la «Unfallversicherungsgesetz» de 1884, a pesar de las numerosas modificaciones del texto legislativo, sustituido en 1997 —después de una vigencia de casi 100 años—, por el séptimo libro del «Sozialgesetzbuch», resulta todavía válida en sus elementos esenciales: protección del asegurado y de su familia respecto de las consecuencias derivadas de accidentes en el trabajo o enfermedades profesionales; contribución financiera a cargo exclusivamente del

empleador; prevención, rehabilitación y compensación económica por el daño sufrido.

3) Seguro de pensión obligatoria-«gesetzlichen Rentenversicherung». Instituido también por la legislación social del siglo diecinueve (en 1889), el sistema de pensiones alemán ha sido profundamente renovado en el contexto de la actual República federal. En 1957, al término de la segunda legislatura, Gobierno y oposición aprueban una importante reforma que equipara, bajo la figura de pensionista, a obreros y empleados, toma por primera vez en consideración a los agricultores, y vincula el importe de la pensión a los ingresos percibidos y a la contribución activa realizada. En 1972 el ámbito de las pensiones se amplió por vez primera a los trabajadores autónomos, a las amas de casa; se han previsto, además, límites de edad flexibles y se ha introducido un tratamiento mínimo para los trabajadores de rentas bajas.

4) Seguro de asistencia-«Pflegeversicherung».

El seguro de asistencia de personas que, como consecuencia de enfermedades físicas o mentales, o discapacidad permanente tienen necesidad de una ayuda cotidiana ha sido introducido en el ordenamiento alemán en 1995, llenando una gran laguna del sistema de seguridad social.

5) Seguro contra el desempleo- «Arbeitslosversicherung».

Introducido en 1927 por la «Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung», el seguro contra el desempleo tiene carácter obligatorio. En 1952 la ley de creación de la oficina federal de empleo con sede en Núremberg y de seguro contra el desempleo ha establecido la participación paritaria de los órganos sociales y de los entes públicos en el autogobierno de las oficinas de empleo, denominadas a partir de 2004 agencias de trabajo («Agenturen für Arbeit»).

Junto a este «Kernsystem», se han diferenciado sistemas de seguridad social, por ejemplo, para los funcionarios, para los agricultores y para los trabajadores de las minas ¹¹². Existen, además, coaseguraciones («Mitver-

¹¹² M.G. SCHMIDT, *Das politische System Deutschland*, op. cit., p. 393.

sicherung») para los familiares, seguros de pensiones para viudas y huérfanos ¹¹³, además de específicos programas sociales como la ayuda para alojamiento («Wohngeld»), la asistencia social a los jóvenes en riesgo («Jugendhilfe») y para la instrucción escolar y universitaria («Bafög») ¹¹⁴.

Junto a la estructura dominante de la seguridad social, el ordenamiento alemán contempla también una serie de ayudas sociales («Sozialhilfe»). Mientras el «social insurance system» es, esencialmente, centralizado, el «welfare system» es descentralizado, heterogéneo, y abierto a las necesidades y a las demandas de la población; sin embargo, indirectamente, constituye un instrumento de control de los grupos que a causa de la pobreza viven en los márgenes de la sociedad ¹¹⁵. La principal fuente de referencia en la materia viene constituida por la «Bundessozialhilfegesetz» ¹¹⁶, aprobada en 1962 y vigente hasta 2005, cuando ha sido sustituida por el decimosegundo libro del código de legislación social («Sozialgesetzbuch»). Dicha ley, innovadora también desde la perspectiva terminológica (el sustantivo «Sozialhilfe» ha sustituido al de «Fürsorge» para subrayar que se trata, no de un beneficio concedido por el Estado, sino de un derecho del ciudadano a vivir en condiciones económicas y sociales dignas) ¹¹⁷, ha introducido esencialmente dos modalidades de ayuda:

- a) «Hilfe zum Lebensunterhalt»: ayudas para subsistencia en caso de situaciones económicas desfavorables.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ B. RIEDMÜLLER/ T. OLK (Hrsg.), *Grenzen des Sozialversicherungsstaates*. *Op. cit.*, pp. 250-251.

¹¹⁵ «The welfare system differs substantially from the rather centralized—even though deconcentrated— social insurance systems. It is decentralised, heterogeneous in its arrangements and open to the social environment (i.e. the needs and demands of the population). However, it is also seen as a model of closer inspection (and control) over the population groups “at the edge” of society (“regulating the poor”)). *Ivi.* P. 252.

¹¹⁶ Acerca de la misma, U.-A. BIRK, *Bundessozialhilfegesetz. Lehr-und Praxis-kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 1994.

¹¹⁷ B. RIEDMÜLLER/ T. OLK (Hrsg.), *Grenzen des Sozialversicherungsstaates*. *Op. cit.*, p. 251.

- b) «Hilfe in besonderen Lebenslagen»: ayudas para situaciones particulares, como discapacidades físicas o mentales.

Esta regulación ha sido modificada desde el 1 de enero de 2005 por la «Hartz IV-Reform». Con la intención de afrontar la crisis económica y el desempleo creciente, esta reforma ha refundido el subsidio de desempleo de larga duración («Arbeitslosenhilfe») con las ayudas sociales («Sozialhilfe») en la nueva indemnización de desempleo («Arbeitslosengeld»). La reforma, de un lado, ha mantenido el subsidio de desempleo (denominado ahora «Arbeitslosengeld I») como instrumento de seguridad social, limitando, sin embargo, el abono del mismo, al marco temporal de un año, mientras que, de otro lado, ha introducido un subsidio para quien busca trabajo («Arbeitslosengeld II»), accesible sólo para quien no está en condiciones de buscar trabajo al menos durante tres horas al día, es decir, los ancianos y discapacitados. Es interesante subrayar que el Tribunal Constitucional federal, a través de la Sentencia de 9 de febrero de 2010, ha declarado ilegítimos los «standard benefits» pagados en base a la ley «Hartz IV», estimando que son insuficientes para garantizar el nivel mínimo de subsistencia («Existenzminimum») reclamado por la combinación establecida en el art. 1 GG, que tutela la dignidad humana, y en el art. 20 GG, que contempla el principio del Estado social, imponiendo al legislador el término del 31 de diciembre de 2010 para modificar el importe de las prestaciones¹¹⁸. Ello demuestra cómo el vínculo constitucional del «Sozialstaatsprinzip» se refleja en la Administración.

5. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ACTUAL CRISIS ECONÓMICA: LA OBLIGACIÓN DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO

Si la crisis económica de los últimos años no ha constituido en Alemania un catalizador de reformas en el ámbito administrativo, lo ha sido, sin

¹¹⁸ Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 9, Februar 2010, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, en www.bundesverfassungsgericht.de.

embargo, a nivel constitucional en el ámbito del Presupuesto, con todo lo que ello supone en términos de recaídas del sistema completo y, en particular, del administrativo. De hecho si —como afirma S. Cassese— «la spesa [pubblica] e il suo governo vedono normalmente l'apparato pubblico considerato come mero esecutore»¹¹⁹, mientras, sin embargo, «é qui che il corpo pubblico ha i maggiori suoi poteri ed esercita al massimo il suo arbitraggio»¹²⁰, las modificaciones relativas a la disciplina del Presupuesto se reflejan inevitablemente sobre la Administración.

Alemania ha sido, verdaderamente, el primer país europeo en introducir el equilibrio del Presupuesto en la Constitución, haciendo de abanderada en el proceso de «constitucionalización de la crisis económica», como ha afirmado recientemente A. Embid Irujo¹²¹.

De acuerdo con la «Föderalismusreform II» de 2009¹²², el art. 109 GG prevé en el apartado 3 que los Presupuestos de la Federación y de los «Länder» serán gestionados con equilibrio sin recurso al crédito¹²³. No

¹¹⁹ S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 236.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ A. EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid, Iustel, 2012. Sobre la introducción del equilibrio presupuestario en la Constitución véanse las siguientes contribuciones en lengua italiana: ARSAE, *Costituzione e pareggio di bilancio*, Napoli, Jovene, 2012; I. CIOLLI, «I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari», 29/02/2012, en www.associazionedeicostituzionalisti.it; A. PIROZZOLI, «Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio», 11/10/2011, en www.associazionedeicostituzionalisti.it; G. DELLE DONNE, «Le procedure di bilancio tra equilibri delle forme di governo e ricerca della stabilità economica: una ricostruzione comparatistica delle esperienze francese e tedesca», en *Diritto Pubblico Comparato ed europeo*, 2011, pp. 469 y ss.; M. LUCIANI, «Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini», en www.astrid.online.it.

¹²² Para un cuadro sintético *vid.* Servizio Studi del Senato, *La riforma costituzionale tedesca del 2009 (Föderalismusreform II) e il freno all'indebitamento*, Aprile 2011, n. 287.

¹²³ «Die Haushalt von Bund und Ländern sind grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen». Al respecto, nos remitimos a H. TAPPE, «Die neue "Schuldenbremse" im Grundgesetz», en *DÖV*, 2009, pp. 881 y ss.; M. THYE, *Die neue*

obstante, el principio del equilibrio presupuestario no es una novedad en la experiencia alemana ¹²⁴, porque éste había sido ya acogido en la Constitución de Weimar y en la Ley Fundamental de 1949 en el art. 110 GG ¹²⁵, y es reconducible a la regla de la democracia, según la cual no es tolerable que los gobiernos en ejercicio carguen sobre los del futuro los gastos derivados del indirizzo político perseguido. Lo que resulta nuevo es el límite al endeudamiento («Schuldenbremse»). De hecho, para que el Presupuesto esté equilibrado, la deuda pública no debe superar el umbral del 0,35% del PIB. Considerando que el marco constitucional, tanto federal como estatal, vigente hasta 2009 no ha evitado completamente un excesivo recurso al endeudamiento, y que la tendencia principal de la política financiera alemana ha sido siempre «mehr Staat» ¹²⁶, el límite introducido no es un cambio menor, especialmente si se considera que su superación está admitida sólo previa aprobación por mayoría del «Bundestag», ligada a un plan de amortización que prevea el reembolso de los créditos en un período de tiempo adecuado, en caso de catástrofes naturales o como consecuencia de situaciones excepcionales de emergencia que se sustraen al control del Estado y que comprometen gravemente su capacidad financiera. Además, lejos de suponer la panacea a todos los males y de asegurar la tan anhelada estabilidad económica, se presta a una serie de críticas. En primer lugar, la previsión en la Constitución de la imposibilidad de recurrir al endeudamien-

«Schuldenbremse» im Grundgesetz. Zur neuen Gestalt der Finanzverfassung nach der Föderalismusreform II, Halle and der Saale, Univ.-Verl. Halle-Wittenberg, 2010; C. HETSCHKO (Hrsg.), *Staatsverschuldung in Deutschland nach der Föderalismusreform II-ein Zwischenbilanz*, Hamburg, Bucerius Law School, 2012.

¹²⁴ En este sentido, R. PÉREZ, «La nuova disciplina del bilancio in Germania», en *www.astrid.eu*, p.2.

¹²⁵ Según el art. 110.1, GG: «Todos los ingresos y gastos de la Federación deben estar previstos en el presupuesto; en las actividades empresariales de la Federación y los patrimonios solo es necesario establecer las aportaciones y entregas. El presupuesto ha de ser equilibrado en sus ingresos y gastos».

¹²⁶ «Mehr Staat-das ist die Haupttendenz der Finanzpolitik in Deutschland», M.G. SCHMIDT, *Das politische System Deutschland*, op. cit., p. 336.

to es sintomática de un fuerte protagonismo del Estado Nación, que no resulta fácilmente conciliable con el actual contexto de la Unión europea, como tampoco resultan fácilmente conciliables los últimos pronunciamientos del «Bundesverfassungsgericht» sobre el marco comunitario y sobre el concepto de soberanía ¹²⁷, desde una «visione unilaterale della politica di bilancio tedesca che spinge la Germania a considerare i pericoli dello stare insieme, senza apprezzare i vantaggi» ¹²⁸. Puesto que es innegable que la cuestión del Presupuesto es ahora una cuestión común, resoluble solo a través de una decisión compartida a nivel europeo y no mediante diversas decisiones particulares, la constitucionalización de una disciplina financiera rigurosa por parte de un sólo Estado no es capaz de resolver el problema. A ello se añade que la constitucionalización del equilibrio presupuestario significa situar los principios del neoliberalismo como principios de carácter constitucional ¹²⁹, cercenando, en consecuencia, el núcleo del Estado social y depreciando la valorización realizada por la jurisprudencia constitucional federal, que lo ha considerado el fundamento de la garantía de la dignidad humana. Numerosas dudas afloran todavía en relación con la especificidad de la regla incorporada y el límite del 0,35%, por cuanto la volatilidad de los aspectos financieros hace de contrapeso a la rigidez de las reglas constitucionales ¹³⁰. Por último, no puede dejar de subrayarse cómo las consecuencias de la prohibición corren el riesgo de recaer sobre los «Länder», construyendo respecto de éstos una barrera rígida a su capacidad de asumir decisiones político-financieras ¹³¹, y de poner en crisis el concepto de solidaridad horizontal que impone a la Federación asegurar la consecución de condiciones de vida equivalentes (en el pasado, uniformes) en todo el territorio de la República federal alemana.

¹²⁷ Al respecto, D. Schefold, «Integrazione europea e sovranità. Da un problema classico alla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 12-9-2012», en *Nuove Autonomie*, 2012, n.2, pp. 181 y ss.

¹²⁸ R. PÉREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, op. cit., p. 3.

¹²⁹ G. MARCILLA CÓRDOBA, «Consideraciones sobre la incidencia de la crisis económica global en el Estado constitucional», en *Estudios de Deusto*, 2012, p. 341.

¹³⁰ R. PÉREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, op. cit., p. 6.

¹³¹ R. PÉREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, op. cit., p. 7.

Resumen:

Este artículo se centra en el sector público alemán. Después de esbozar el vínculo estricto entre derecho constitucional y derecho administrativo, analiza la arquitectura del sector público en Alemania, su evolución durante diversos periodos históricos y las estructuras sociales. Pone en evidencia que el sistema administrativo alemán es, al mismo tiempo, viejo y nuevo: viejo, porque refleja una vieja tradición, que nace del modelo bismarkiano y que todavía se deja notar; y nuevo, porque es la concretización de los principios de la Constitución de 1949, y es extremadamente moderno y eficiente.

Palabras Clave: *Alemania, sector público, derecho administrativo y derecho constitucional, organización, evolución histórica, administración social, crisis económica, equilibrio presupuestario.*

Abstract:

The article focuses on the public sector in Germany. After underlining the strict link between constitutional law and administration law, it analyses the architecture of the German public sector, its evolution during the different historical periods and its social structures. It puts in evidence how the German administrative system is at the same time old and new: old because it presents a long tradition, that arises from the Bismarck model and that still influences it; new because it represents the concretization to the principles of Constitution of 1949 and it is extremely modern and efficient.

Keywords: *Germany, public sector, administrative and constitutional law, organization, historic evolution, social administration, economic crisis, balanced budget.*

LA DIMENSIÓN DEL SECTOR Y DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ITALIA. ¿UNA PELÍCULA CENTRALIZADORA EN RODAJE? *

ANNA MARGHERITA RUSSO**

SUMARIO:

1. «CLAQUETA Y ACCIÓN»: INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS
2. ESCENA I - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SECTOR PÚBLICO: «SOLLEN», SER Y «DASEIN» DEL PLURALISMO ADMINISTRATIVO-TERRITORIAL
3. ESCENA II - LA SOMBRA DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE EL SECTOR PÚBLICO: LAS «DIMENSIONES FLEXIBLES»
4. ESCENA III - RECENTRALIZACIÓN Y REORGANIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: LAS REFORMAS «PEDIDAS» POR LA UE
5. CONCLUSIONES - EL MONTAJE DE LAS ESCENAS Y LA BÚSQUEDA DEL DIRECTOR

* Este artículo es el resultado de una estancia de investigación realizada en la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (S.P.I.S.A.) de Bologna. Quiero dar las gracias al Prof. Luciano Vandelli y al Prof. Franco Mastragostino (director de las S.P.I.S.A) por la preciosa oportunidad de llevar a cabo mi investigación en este Centro y participar en las actividades organizadas en el mismo. En este agradecimiento incluyo, también, al amable equipo de la biblioteca y al eficiente equipo técnico-administrativo para la ayuda «técnica» y bibliográfica. Agradezco, además, a Giuseppe Martinico y Guerino D'Ignazio los comentarios.

Todas las traducciones al español de textos de leyes, sentencias y doctrina han sido realizadas por la autora, salvo indicación distinta.

** Investigadora García Pelayo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

«No pretendamos que las cosas cambien, si siempre hacemos lo mismo.

La crisis es la mejor bendición que puede sucederle a personas y países, porque la crisis trae progresos. La creatividad nace de la angustia como el día nace de la noche oscura. Es en la crisis donde nace la inventiva, los descubrimientos y las grandes estrategias. Quien supera la crisis se supera a sí mismo sin quedar “superado”» [...]

(A. EINSTEIN)¹

1. CLAQUETA Y ACCIÓN»: INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DE ANÁLISIS

El sector público se identifica generalmente con la administración estatal², que sigue constituyendo la estructura organizativa más relevante, pero sería más oportuno considerar el sector público como una parte del sistema económico dentro del cual la toma y ejecución de las decisiones de asignación de bienes y servicios tiene carácter colectivo. En general, en los sistemas democráticos estas decisiones son tomadas respetando las «reglas de juego», es decir las reglas establecidas por la Constitución, leyes y otros actos normativos. Haciendo referencia a la definición que se utiliza en los documentos de finanzas públicas del Ministerio de Economía y Finanzas de Italia, el sector público se identifica con el «agregado obtenido a partir de

¹ A. EINSTEIN, «El mundo tal como yo lo veo», extraído de ID., *Mis ideas y opiniones*, Antoni Bosch editor, Barcelona, 1981, pp. 7-10.

² G. BROSIO, *Economia pubblica moderna*, Giappichelli, Turín, 2010, p. 3. Véase, también, la introducción del concepto de «sector publico ampliado» («settore pubblico allargato») regulado por el art. 25 de la ley 468/1978 luego modificada por la ley 362/1988, y la ley 208/1999 para «cubrir» realidades que no caben plenamente en la idea de administración, en sentido estricto, estatal (es decir, central). «Questo, originariamente, comprende, oltre alle amministrazioni dello Stato, molti enti pubblici nazionali (alcuni indicati nell'allegato alla legge, altri in decreti successivi), i Comuni, le Province, le aziende comunali, provinciali e consortili, gli enti ospedalieri e gli enti portuali»: G. NAPOLITANO, «Pubblica Amministrazione In Italia», 2009, [http://www.treccani.it/enciclopedia/pubblica-amministrazione-in-italia_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/pubblica-amministrazione-in-italia_(XXI-Secolo)/).

la consolidación de las cuentas del sector estatal, con los registros contables de caja de otros organismos de la Administración Central, de los Entes de la Administración local y de los Entes de seguridad social»³.

El tamaño del sector público varía no solo en comparación con otros países del mismo entorno jurídico, sino dentro del mismo ordenamiento según una escala de evolución (—involución—) que normalmente se construye utilizando parámetros tales como la relación entre gasto público y el producto interno bruto (PIB).

En Italia el sector público tiene una estructura multinivel vertical, horizontal y funcional. La primera dimensión hace referencia a la existencia de distintos niveles de gobierno: el nivel estatal central y las autonomías territoriales —las Regiones y los Entes locales, a su vez estructurados en Provincias y Municipios—. Pero, desde una perspectiva horizontal, cada nivel de gobierno resulta a su vez formado por organizaciones distintas, cuyo tamaño y características difieren caso por caso. La dimensión funcional se refiere a las así llamadas «autonomie funzionali», es decir Universidades, Cámaras de comercio e Institutos de educación.

La Administración Pública (AP), central y local, constituye la parte más relevante del sector público; en este trabajo se prefiere enmarcar la administración pública en una perspectiva dinámica del sector público superando la clásica definición estática que identifica la administración y los entes públicos entre los límites de la acción orientada a la tutela y a la protección de los intereses públicos. El enfoque que aquí se utiliza propende más hacia una concepción de ente público inspirada por el derecho europeo, es decir a una «lógica de las geometrías variables»⁴ según la cual los entes

³ Véase F. BALASSONE, B. MAZZOTTA, D. MONACELLI (coords.), «I principali saldi di finanza pubblica: definizioni, utilizzo, raccordi», Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento di Ragioneria Generale dello Stato, Servizio studi, Roma, 2008: http://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/I-principali/testo_completo_270608_FINALE_.pdf, p. 12.

⁴ M. CAMMELLI, «Amministrazione periferica o amministrazione territoriale dello Stato?», *Diritto Pubblico*, 1999, p. 765 y ss.; ID., *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, p. 14 y ss.

pueden ser calificados como «públicos» incluso sectorialmente, es decir en relación a determinados ámbitos. Esta perspectiva se centra en el principio del efecto útil⁵, por lo que la solución del caso concreto que resulte más coherente a la finalidad que la norma europea se propone realizar, será la que se tiene que tomar.

Aunque el macro sistema de la AP esté compuesto por los Entes públicos estatales y territoriales, las Agencias públicas y las empresas públicas, el análisis se centrará más en el primer elemento, es decir en el bloque formado por la administración central (Ministerios); la administración regional; la administración local (Provincias, Municipios y Ciudades Metropolitanas). A éstos añadimos, además, la administración estatal descentralizada constituida por estructuras operativas distribuidas en todo el territorio, por lo que a nivel local se realiza una acción simultánea entre intervención y servicios ofrecidos por estructuras pertenecientes a los diferentes niveles de gobierno.

Alrededor de cada gobierno local ha ido desarrollándose una constelación de otras entidades que, en unos casos, ejercen funciones instrumentales, como por ejemplo la producción de servicios específicos, mientras, en otros, la producción de bienes y servicios es proporcionada por la AP territorial a través empresas suyas o en las que participa al capital social (por ejemplo, las participaciones estatales, las empresas especiales). En estos casos, el ente territorial ejerce la coordinación y control de las empresas en relación con los objetivos de intervención en áreas particulares.

Las AA.PP territoriales se caracterizan por el abanico variado de funciones que ejercen, puesto que intervienen en una pluralidad de ámbitos, y por un doble canal decisional, es decir la presencia, al mismo tiempo, de un nivel de toma de decisiones políticas y de uno de toma de decisiones técnicas (papel político y papel de la gerencia pública).

El objetivo principal de este trabajo es analizar cómo ha ido cambiando y qué perfiles tiene, hoy en día, el sector público en el ordenamiento ita-

⁵ Sobre el tema véase, para todos, S. MAYR, «Putting a Leash on the Court of Justice? Preconceptions in National Methodology v *Effet Utile* as a Meta-Rule», *European Journal of Legal Studies*, Volume 5, Issue 2, 2012/13, pp. 8-21.

liano a raíz del proceso general de reformas en acto, que se están sucediendo en la mayoría de los ordenamientos europeos. Los intensos procesos de cambios, realizados por lo menos en las dos últimas décadas, se han ido llevando a cabo con el fin de ajustar el sistema de administración pública a los estándares más avanzados tales como la apertura, la transparencia, la «accountability», la lucha contra las formas de «maladministration», un sustrato cultural más inspirado en la cualidad y competencia, la digitalización y, obviamente, la «spending review» sobre la que nos detendremos más a lo largo del análisis. Todo esto determina la necesidad de dar una nueva configuración al sector público que ya no está más conectado a las meras funciones de autoridad que pertenecen necesariamente al Estado⁶, sino que se presenta como centro de prestación de servicios finales a ciudadanos y empresas⁷.

Dada la complejidad del tema y la limitación de espacio, nuestro análisis abarcará una panorámica de las reformas ocurridas en los últimos años que ponen de manifiesto la reciente tendencia a la valorización del sector público, aún más evidente en esta fase de ajustes económicos-estructurales del sistema estatal. Dedicaremos una particular atención a las dinámicas centro-periferia, especialmente a la luz de las medidas anti-crisis tomadas para dar ejecución a la normativa de la UE. En esta perspectiva cabe incluir las disposiciones relativas a los recortes y contención del gasto público, responsabilidad y fortalecimiento del sistema de controles con respecto a las AA.PP.

Esto nos obligará a «dejar de lado» otros temas muy interesantes como el impacto de estas reformas en el sistema sanitario y en la protección de los derechos de los trabajadores, reenviando a la rica y reciente literatura existente⁸.

⁶ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986.

⁷ F. PATRONI GRIFFI, *La riforma del settore pubblico*, <http://www.funzionepubblica.gov.it/media/1038175/la%20riforma%20del%20settore%20pubblico%20vers%20def%20luissespisa.pdf>, 24/11/2012.

⁸ E. BORGHI, «The impact of anti-crisis measures, and the social and employment situation. Italy», 2013, <http://www.ictu.ie/download/pdf/italieen.pdf>.

Con respecto a la estructura, este artículo se divide en tres partes. En la primera vamos a introducir los principios constitucionales que rigen la actividad del sector público y de la administración pública italiana.

La segunda parte se dedica al análisis de las reformas más relevantes que han afectado el sector público a la luz de las diferentes olas de crisis experimentadas por el sistema de AA.PP.

La tercera se centrará más en las reformas que han impactado sobre la dimensión territorial de las AA.PP y, en consecuencia, sobre el resultado de estos cambios en la dinámica centro-periferia.

Nuestro argumento es el siguiente: la reestructuración del sector público a la luz de las medidas anti-crisis adoptadas, en primer lugar a nivel europeo y, de reflejo, a nivel estatal, nos permite matizar la simple ecuación «crisis económica/medidas europeas de austeridad = re-centralización de los sistemas descentralizados de poderes», marcando las líneas de continuidad y la novedades de la reformas. Conscientes de que es un tema «work in progress», nuestro objetivo no es llegar a conclusiones consolidadas acerca de soluciones viables, sino, más bien, destacar los aspectos problemáticos que conllevan las reformas y el proyecto (¡si lo hay!) que las soportan. Intentaremos acercarnos a una pregunta acerca de los ajustes más recientes que afectan el sistema de las AA.PP.: ¿las reformas pertenecen a un «derecho (presupuestario) de emergencia» puesto en marcha para hacer frente a la crisis en el corto plazo o, más bien, corresponden a un diseño orgánico de mejora y modernización del sistema administrativo?

2. ESCENA I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SECTOR PÚBLICO: «SOLLEN», SER Y «DASEIN» DEL PLURALISMO ADMINISTRATIVO-TERRITORIAL

Los principios constitucionales que afectan el sector público y la AP italiana, en sentido general, son muchos y abarcan tanto la dimensión de la organización cuanto la del funcionamiento. Respecto a la primera, según lo que surge del marco normativo constitucional, tenemos modelos distintos: la AP como sistema burocrático, distinto del poder político y caracterizado por su imparcialidad y eficiencia (art. 97.1, Const.); la AP como apar-

to del Gobierno según lo que establece la misma Constitución cuando atribuye al Presidente del Consejo de Ministros la responsabilidad de la dirección política y administrativa (art. 95 Const.). Sobre esta base, se pueden distinguir principios sobre la organización de la AP y principios sobre la actividad administrativa y el proceso administrativo. Un elemento que tenemos que destacar es la errónea identificación de las AA.PP con la administración del Estado, puesto que estas constituyen una realidad plural y se remitan a entes y sujetos diferentes, aunque los principios constitucionales que las regulen son comunes a todas las AA.PP.

El panorama de las AA.PP es tan variado que resulta casi imposible llegar a un concepto unitario que las recoja, incluso porque definir la administración como «ejecución» o únicamente mirando a su función de protección de intereses públicos, conduce a la exclusión de las actividades y entes relevantes, como los que atienden a la normación o planificación u adopción de actos administrativos. Sin embargo, subrayar su estrecha conexión con la función de protección de intereses públicos pone de manifiesto la funcionalización de la actividad administrativa, es decir la orientación a la actuación de un fin público, determinado por la normas y por eso calificado como público. Esto para decir que no encontramos una definición unitaria de AP; esta puede ser clasificada según criterios distintos que hacen referencia a fines diferentes o conceptos normativos o jurisprudenciales que pueden cambiar a lo largo del tiempo.

En casi todos los ordenamientos jurídicos actuales las AA.PP tienen un reconocimiento constitucional, eso en razón de la expansión progresiva del perímetro público y de los intereses que pertenecen a su esfera, a los que se da una eficacia reforzada en virtud del carácter constitucional. Además, puesto el carácter cada vez más plural de los ordenamientos, los principios que regulan las AA.PP no tienen solo procedencia constitucional-estatal en sentido estricto, sino que son el resultado de la jurisprudencia consolidada nacional y europea, de leyes nacionales y actos legislativos europeos, así que incluso en este ámbito la relación con el Derecho UE es evidente.

La Constitución italiana regula la AP en diferentes artículos que hacen referencia a distintos principios: a) principio autonómico y descentralización en su art. 5 (al que será dedicada buena parte de este análisis); b) principio de legalidad (art. 97 Const.); c) principio de responsabilidad (art. 95

Const.); d) principio de imparcialidad y buen funcionamiento (art. 97 Const.); e) principio del procedimiento justo (art. 97 Const., desarrollado por la L. 241/1990); f) principio de la tutela judicial (arts. 24 y 113 Const.); g) principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación (art. 118 Const.). A éstos tenemos que añadir principios que proceden del Derecho europeo y a los que el sistema de AA.PP se remite en coherencia con lo que dispone la L. 15/2005 («Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa») ⁹. Se trata de: principio de buena administración (art. 41 Carta de derechos UE); derecho de acceso y principio de transparencia (art. 42 Carta de derechos UE); principio de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5 TUE) y principio de protección de la confianza legítima.

En este lugar se analizarán solo unos principios mientras que trataremos de los demás a lo largo del artículo en los párrafos siguientes.

Aunque el principio de legalidad no esté previsto de forma explícita en la Constitución ¹⁰ —se desprende de una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales—, éste constituye un principio general del ordenamiento jurídico con respecto a la relación entre administración y ley por lo cual las AA.PP pueden actuar solo en la formas y en el perímetro definido por las leyes. Esto no significa que la administración esté vinculada totalmente a la ley (existe una «discrecionalidad administrativa») si no garantiza la protección de los ciudadanos y el funcionamiento democrático del sistema parlamentario. Se deriva que en contra a los actos de la AP siempre existe la posibilidad de tutela judicial de los derechos y de los intereses legítimos aunque la misma Ley núm. 241/1990, sobre el procedimien-

⁹ El art. 1.1. de la L. n. 15/2005 hace referencia directa a los principios generales del ordenamiento europeo en cuanto principio general que debe regular la acción administrativa de las AA.PP. (<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/05015l.htm>).

¹⁰ Entre otros véase: G. MORRI-F. PONTRANDOLFI-S.TENCA, *Compendio di diritto amministrativo*, La Tribuna, Roma - Piacenza, 2011, p. 27: «Il principio di legalità —pur non essendo espressamente formalizzato— si desume implicitamente dall'ordinamento costituzionale e precisamente dalle numerose riserve di legge enunciate nella Costituzione, ove appare chiaramente affermato il primato della legge sull'amministrazione: esso viene comunemente definito principio di legalità».

to administrativo, prevea que «la actividad administrativa persigue las finalidades establecidas por la ley» (art. 1.1)¹¹. La conformidad al modelo legal tiene que ser leído junto a la relevancia que tienen los resultados socio-económicos de la actividad, a la luz de las transformaciones de las AA.PP en el Estado social y aún más en el modelo de Estado intervencionista incluso en la esfera económica, como en la fase actual. El principio general de igualdad se traduce, a nivel administrativo, en el principio de imparcialidad (art. 97.1 Const.) que, como advierte la doctrina y la jurisprudencia¹², representa un parámetro general tanto de la actividad como de la organización administrativa. De acuerdo con este principio, en una acepción «negativa», la administración tiene la obligación de no discriminar a los actores privados involucrados, proporcionando un trato similar en situaciones similares, y diferente en situaciones diferentes. En este sentido, este principio se remite al principio de razonabilidad que se sustenta en el art. 3 Const. En una acepción positiva este principio se traduce en un comportamiento activo, orientado a la ponderación y evaluación de todos los intereses en juego.

En conexión a esto, el principio de buen funcionamiento constituye otro canon jurídico de referencia, aunque este último haya sido considerado durante mucho tiempo como principio «metajurídico»¹³. Generalmente conectado a la «eficiencia pública», que conlleva los criterios de las «tres e» (así,

¹¹ L. n. 241/1990 («Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi») (<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>) actualizada con los cambios introducidos por la L. 6 novembre 2012, n. 190 («Legge anticorruzione»), el D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 («Decreto Sviluppo bis»), convertido con L. 17 dicembre 2012, n. 221 y, por último, el D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

¹² R. CARANTA, «Art. 97 Cost.», R. BIFULCO - A. CELOTTO- M. OLIVETTI (coord.), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Turín, 2006, p. 1892 y ss.

¹³ M. R. SPASIANO, «El principio de buen funcionamiento: desde el metajurídico a la lógica del resultado en el sentido jurídico», *Report Anual - 2011 - Italia*, www.ius-publicum.com. Para un análisis general sobre los principios constitucionales de las PPAA se reenvía a V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Turín, Giappichelli, 2012.

también, el art. 1 Ley 241/1990), «eficacia, eficiencia y economicidad», el buen funcionamiento se refiere a la relación existente entre resultados alcanzados y cualidad de los recursos utilizados y a la capacidad de alcanzar los objetivos establecidos respondiendo a parámetros de coste razonable o de simplificación de la actividad administrativa. Además, este principio ha constituido el «humus constitucional» para el desarrollo del principio de cooperación leal entre los distintos niveles institucionales que componen el ordenamiento constitucional. Definido por el art. 97 Const., el principio de eficiencia pública tiene su enlace a nivel europeo en el derecho a una buena administración (art. 41 de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE) y en el «principio de buena gestión financiera» (art. 317 TFUE). A través de este apartado conceptual ha ido desarrollándose el principio de buena administración que desde su primera conexión a la eficiencia de la AP se ha vuelto en un principio conectado más con los derechos de los ciudadanos, evolucionando desde «principio» a «derecho»¹⁴.

Además de esto, el principio de buen funcionamiento ha ido enriqueciéndose de nuevos sentidos en el panorama reciente de racionalización del gasto público donde se observa una atención al resultado¹⁵ cada vez mayor, por lo cual a la relación norma-acto ha ido añadiéndose un tercer elemento: el resultado administrativo. Corolario de este principio es la separación entre política y administración según la cual los órganos de gobierno determinan los objetivos y los programas mientras que los órganos burocráticos son titulares de la gestión administrativa, para así evitar injerencias entre las dos esferas. Ya la misma Constitución en el art. 97.2 pone claro la existencia de una separación entre dirección político-administrativa y di-

¹⁴ S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, IV ed., Milán, Giuffrè, 2012, p. 15 y ss.

¹⁵ Ya hace tiempo F.G. SCOCCA, «Attività amministrativa», *Enciclopedia del Diritto*, (VI ed.), Milán, 2002, p. 10, subrayaba cómo la «relevancia atribuida al resultado administrativo» constituía «la innovación más profunda de la manera de entender jurídicamente la actividad administrativa». Como sugiere R. SPASIANO, Ob. ult. cit., 27, «el resultado es la capacidad que las entidades tienen para satisfacer las exigencias para cuya tutela han sido creadas: en conclusión, es una forma de expresión del buen funcionamiento como por el art. 97 de la Const.».

rección de la gestión administrativa. La única forma de «hibridación» es el nombramiento de los gerentes administrativos por parte de los órganos políticos (D. Lgs. 267/2000 y D. Lgs. 65/2001 con referencia al nivel municipal). Es una forma de «spoils system»¹⁶ legitimada, en unos casos, por la Corte Constitucional¹⁷ (de ahora en adelante CC). Sin embargo las últimas tendencias legislativas parecen seguir una orientación «fluctuante» si tomamos en consideración la L. 15/2009¹⁸ y el sucesivo D. Lsg. 150/

¹⁶ Sobre el concepto, en un marco más amplio de relaciones política y administración, véase: G. D'IGNAZIO, *Politica ed amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milan, 2004.

¹⁷ En algunas sentencias la Corte constitucional ha reconocido legitimidad a la exigencia de atribuir unos cargos según el criterio «intuitu personae», para reforzar la cohesión entre el órgano político regional y los órganos de cabecera del sistema burocrático. Así, por ej., las SSCC núm. 233/2006 y núm. 103 y 104/2007). Sin embargo, resulta clara la orientación jurisprudencial acerca la ilegitimidad de las normas que extiendan esta modalidad de nombramiento a los cargos no apicales que no resultan atribuidos por órganos políticos. Así las SSCC núm. 124/2011, núm. 2467/2011. Para una recopilación de la jurisprudencia constitucional sobre el tema véase G. MAZZOTTA, «Cronaca di giurisprudenza costituzione in tema di spoils system», *Rivista AIC*, núm. 37/2012. Además, para un análisis más general véase: C. COLAPIETRO, «Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso», *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, núm. 171-172, 2011; N. DURANTE, «Spoils system e dirigenza pubblica», *federalismi.it.*, núm. 17/2011.

¹⁸ <http://www.camera.it/parlam/leggi/090151.htm>. La primera parte del art. 6.2, h), pone manifiesto la necesidad de que el legislador redefina «los criterios de asignación, cambio o supresión de puestos ejecutivos, ajustando la disciplina en relación con los principios de transparencia y publicidad, y con los principios que pueden derivarse también por la Corte constitucional y los tribunales superiores, excluyendo el reconocimiento del cargo directivo en caso de que no se hayan alcanzado los resultados evaluados sobre la base de los criterios y objetivos establecidos en el momento de atribución del cargo, de acuerdo con los sistemas de evaluación adoptados por la administración, y también redefinir las normas que regulan la disciplina de las asignaciones de los cargos a sujetos fuera de la administración pública y a los directores no pertenecientes a los roles, permitiendo al mismo tiempo la reducción, con arreglo a lo que establecen las leyes, de los porcentajes de dotación orgánica de personal dentro de los cuales es posible la atribución de dichos cargos». Para profundizar el tema véase, L. OLIVIERI, *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico*, Rimini, 2012.

2009¹⁹ (así llamada «Riforma Brunetta»), por un lado, y el D.L. núm. 78/2010, convertido en la L. 122/2010²⁰, por el otro. La prima, en particular, muestra una orientación bastante restrictiva de la autonomía con respecto a la dimensión local de la AP puesto que reduce marcadamente las posibilidades que se tomen disciplinas normativas distintas acerca de la relación laboral de los dependientes de la AP local, orientada a una homogenización que parece ir más allá de las simples exigencias de contención del gasto público²¹.

3. ESCENA II - LA SOMBRA DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE EL SECTOR PÚBLICO: LAS «DIMENSIONES FLEXIBLES»

3.1. De los números a las leyes: una mirada a los datos

El «network» periférico de las AA.PP centrales es muy complejo puesto que casi todas las AA.PP centrales son caracterizadas por una estructura territorial muy amplia y distintas clases de estructuras periféricas con reflejos manifiestos a la hora de identificarlas de manera precisa y de definir sus características (funciones, actividades desarrolladas, estructura territorial, dotación del personal, servicios proporcionados, resultados.etc.). Por eso tomamos como referencia la información que se puede deducir del sistema informativo de contabilidad y de análisis económico utilizado por el «Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato» (Ministerio de Economía

¹⁹ Véase el 40 del art. 1-ter D. Lgs. 150/2009 (<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/09150dl.htm>) añadido al art. 19 del D. Lgs. 165/2001.

²⁰ El D.L. núm. 78/2010, introdujo una forma generalizada de «spoils system» en el sentido amplio», conectado a la expiración del cargo gerencial y no el resultado de las elecciones. Véase G. DI COSIMO, «La Corte e lo spoils system all'italiana», <http://www.forumcostituzionale.it>, 18 febrero de 2011.

²¹ Para un análisis más detenida sobre esta reforma véase, entre otros, G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, BUP, 2012.

y Finanzas) para el análisis de los gastos de «centro de coste» de todas las AA.PP centrales ²².

Antes de entrar en el detalle de los datos concernientes al contexto italiano, resulta útil considerar la posición que el sistema italiano ocupa en el marco europeo con referencia al «peso» del sector público.

Leyendo los datos proporcionados por Eurostat —que abordan temas como el déficit público (de las AP), la deuda bruta de las AP, sus ingresos y gastos y los impuestos y cotizaciones sociales— Italia sigue siendo uno de los países UE con una relación deuda/PIB más elevada. Durante el segundo trimestre de 2013 la relación deuda/PIB ha alcanzado la cuota 133,30%, contra el 130,30% del segundo trimestre de 2013 y el 127% del último trimestre del 2012 ²³. Este aumento se ha registrado en 21 países de la UE, dentro de los cuales el incremento trimestral en Italia, superior a la media de la zona euro, es sólo el sexto por detrás de Irlanda, Bélgica, España, Malta, Grecia y Portugal. Sin embargo, Italia es segunda a Grecia (160,5%) con respecto al porcentaje de deuda más elevado del último semestre.

Si tomamos en consideración los datos sobre los gastos públicos en Europa para los años 2000-2011, proporcionados por la «Ragioneria Generale dello Stato», en la parte relativa a los «Principales indicadores de la financiación pública % PIB - años 2010-2011» (gasto público total en relación al PIB), resulta que Italia, con un valor igual al 50,4% en 2010, es el decimosexto país y sólo once países tienen niveles más altos de gasto, mientras en el 2011, esta proporción se reduce a 49,9%, ocupando el lugar dé-

²² Hacemos referencia al sistema de contabilidad económica-analítica introducido en la contabilidad pública con el D.Lgs. 7 de agosto de 1997, n. 279 (Título III) y reforzado por la Ley n. 196 de 31 de diciembre de 2009. Con respecto a cada administración central del Estado, este sistema mide los gastos de las estructuras estatales tomando como parámetros el responsable de la organización, la naturaleza del gasto, el fin o destino del gasto. Los «centros de coste» son unidades organizativas puestas dentro cada centro de responsabilidad administrativa al cual pertenecen. Véase, «Rapporto sulla spesa delle amministrazioni», p. 348 y ss.

²³ EUROSTAT, «First quarter of 2013 compared with fourth quarter of 2012», 114/2013 - 22 de julio de 2013: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/2-22072013-AP/EN/2-22072013-AP-EN.PDF.

cimo noveno²⁴. Es evidente que estos datos deben ser leídos en conjunto con los niveles del saldo de la cuenta de las AA.PP., representado por el endeudamiento. Además, es interesante ver cómo en todos los países de la UE analizados, la protección social representa la función que, en general, absorbe la mayor parte del gasto primario, seguida por salud y educación²⁵.

Enfocándonos más en el caso italiano y utilizando como base de datos del «Rapporto sulla spesa delle amministrazioni centrali dello stato - 2012»²⁶ (informe sobre los gastos de las Administraciones centrales del Estado, año 2012), en el periodo 1980-2011 se registra un aumento significativo en el gasto público. Los gastos de la AP se han casi duplicado durante este largo período de tiempo, pasando de 85 mil millones de euro en 1980 a 800 mil millones en 2011. En términos de PIB, los gastos han crecido más de nueve puntos porcentuales, alcanzando el 50,5 % del PIB en el 2011. Si tomamos en consideración los datos relativos a otros países del entorno jurídico europeo en el 1980 Italia tiene un nivel de gasto primario de las AA.PP., respecto al PIB, más bajo que otros ordenamientos tales como Reino Unido, Francia o Alemania; situación que se invierte treinta años después²⁷. En coherencia al dato ya subrayado arriba, los sectores que encabezan el mayor nivel de gasto público son representados por la seguridad social, la sanidad y la educación.

Utilizando el análisis comparativo, proporcionado en el informe citado, acerca de la evolución y composición del gasto público de las AA.PP., podemos distinguir cuatro períodos.

²⁴ Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, «La Spesa Pubblica in Europa»: anni 2000-2011», Roma, abril de 2013: http://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/Servizio-s/Studi-per-1/La-spesa-pubblica-in-Europa/La_spesa_pubblica_in_Europa2000-2011.pdf, p. 17.

²⁵ *Ibidem*, especialmente las tablas en las pp. 40-41.

²⁶ Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato «Rapporto sulla spesa delle amministrazioni centrali dello stato - 2012», Roma, 2013: http://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/Servizio-s/Studi-per-1/Rapporto-s/2012/RsSdACdS-2012.pdf.

²⁷ Estas reflexiones tienen como base las tablas 1-1 y 1-2 contenidas en el «Rapporto sulla spesa delle amministrazioni», cit., p. 25 y 26.

En una primera fase, hasta el 1993, el gasto total respecto al PIB se acerca al 56,4 %, valor que refleja también los efectos de la reducción del producto que se produjo en 1993²⁸. Sucesivamente, etapa 1994-2000, el gasto total disminuye en más de diez puntos porcentuales respecto al PIB, alcanzando su punto más bajo (45,9 % del PIB en 2000). Esto se debe al plan de ajuste que conlleva la firma del Tratado de Maastricht y al deseo de formar parte de la Unión Monetaria desde el principio de su creación, disfrutando del dividendo de los intereses relacionados con la participación italiana en este proceso. Esto se refleja, en el plano más estrictamente interno, en un replanteamiento de la organización y del funcionamiento del sector público mediante un proceso de reforma encabezado por la Ley núm. 59/1997 «Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa». Se trata de las así llamadas «Leggi Bassanini» (llevan el nombre del entonces Ministro que le dio impulso legislativo) que la doctrina considera «acto materialmente (aunque no formalmente) constitucional»²⁹. El objetivo de la «reforma Bassanini» era, entre otros, el fortalecimiento de los gobiernos locales como tercer nivel institucional junto con el Estado y las Regiones y constituye el alma de aquel federalismo administrativo a «Constitución invariada»³⁰ que, transfiriendo «la responsabilidades públicas hacia abajo y los poderes lo más cerca de la comunidades locales», alcanzan «un sistema institucional verdaderamente plural»³¹. Se trata de intervenciones legislativas ordinarias que si por un

²⁸ Como se lee en el «Rapporto sulla spesa delle amministrazioni», cit., p. 33 y ss., el incremento de los gastos es alimentada tanto por los pagos de intereses que sigue aumentando (de 10 a 12,6 % del PIB) y por el crecimiento del gasto corriente primario (37,7 a 39,6 % del PIB), sólo parcialmente compensado por la reducción de la cuenta de capital (5.2 a 4.1 % del PIB).

²⁹ T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, VI ed., Milán, 2002, p. 8.

³⁰ Para un análisis mas profundo véase, entre otros, L. TORCHIA, «Regioni e “federalismo amministrativo”», *Le Regioni*, núm. 2, 2001, pp. 257-266.

³¹ G. D'IGNAZIO y G. MOSCHELLA, «Il federalismo amministrativo in Italia tra principi ed attuazione regionale», *Civitas Europa*, núm. 4, 2000, p. 99.

lado innovan el mismo método de reforma, por el otro, contribuyen a dar un rasgo «neo-municipal» a la sucesiva reforma constitucional³².

El paquete de las reformas Bassanini consiste, principalmente, en la Ley del 15 de marzo de 1997, n. 59, también conocida como «Ley madre» de las reformas. A ésta se añade, primero, la Ley de 15 de mayo de 1997, n. 127 («Bassanini Bis») que acompaña la reforma de la descentralización con la de la simplificación administrativa, con el fin de rediseñar la organización y el funcionamiento de la administración pública, con especial referencia al nivel local. Sigue la Ley de 16 de junio de 1998, n. 191 («Bassanini ter»), que lleva algunos cambios e integraciones a las leyes mencionadas anteriormente, así como las normas sobre formación de los empleados y el trabajo a distancia en las AP. El proceso finaliza con la Ley de 8 de marzo de 1999, n. 50 («Bassanini quater») que representó el primer intento de reforma integral de la Presidencia del Consejo de Ministros y de la estructura del Consejo de Ministros y de la organización de los ministerios, esbozando una nueva estructura de organización ministerial («accorpamento» por misiones homogéneas y diversificación de los modelos de organización) que se alinea con los modelos de los principales Países europeos.

La Ley 59/1997 traza un camino de especial importancia hacia la reforma de la administración pública y la simplificación de los procedimientos administrativos. Esa confiere al Gobierno la ejecución de una serie de delegaciones que afectan a la descentralización administrativa, la reorganización de los Ministerios y de los Entes públicos nacionales, el empleo público, la autonomía en el sistema de educación e investigación científica y el ingreso, en el sistema de las AA.PP., de nuevos conceptos tales como la

³² Como señala D'Ignazio, con el proceso de reforma empezado por las Bassanini estamos en presencia de un cambio en la relación entre ley y Constitución que «modifica el significado de Constitución, por lo cual no son las disposiciones constitucionales a iniciar el proceso de reforma del regionalismo» sino las reformas legislativas. Respecto a éstas, las nuevas normas constitucionales no hacen más que «reconocer y dar rango constitucional a los cambios institucionales que ya se han producido». G. D'IGNAZIO, «L'attuazione del federalismo amministrativo ed il "nuovo" regionalismo», S. GAMBINO (coord.), *Il «nuovo» ordinamento regionale. Competenze e diritti. Confronti europei* (Spagna, Germania, Regno Unito), Milán, Giuffrè, 2003. cit., p. 223.

planificación estratégica, el control de gestión, la evaluación del desempeño, la «customer satisfaction» y las medidas de digitalización de la administración³³. Sin cambiar la Constitución se transfieren a Regiones, Provincias y Municipios muchas funciones estratégicas hasta aquel momento administradas por el Estado, utilizando como principio básico la subsidiariedad que permite estructurar de forma nueva el sistema de distribución de funciones administrativas entre los distintos niveles de gobierno, acercando al nivel local todas aquellas funciones relacionadas con el cuidado y la promoción de los intereses de las comunidades locales (que no requieren una ejecución unitaria a nivel regional). Como resulta del Informe OECD del 2001 sobre la «Regulatory Reform» en Italia³⁴, se realizan avances positivos con respecto a la calidad de la regulación, la simplificación burocrática y la modernización de la AP.

Tras las reformas legislativas de los años noventa se abrió una fase de profunda reforma del ordenamiento regional a través de tres leyes constitucionales que modificaron el perfil general de la constitución territorial y la dimensión autonómica de los entes territoriales. La Ley constitucional (L. const.) núm. 1/1999 (autonomía estatutaria y forma del gobierno de las regiones con autonomía ordinaria); la L. const. núm. 2/2001 (con la que se aplica una disciplina análoga a las cinco regiones especiales) y la L. const. núm. 3/2001 (completa la reforma del título V de la Constitución) marcan la transición a la «República de las autonomías»³⁵. A partir del artículo 114 Const., «documento de identidad» del nuevo ordenamiento constitucional³⁶, se dibuja un sistema, «República», integrado por una pluralidad de entidades territoriales —Municipios, Provincias, Ciudades Metropolitanas, Regiones— colocadas sobre el mismo plano junto al Estado. Se reconoce

³³ F. BASSANINI, «Vent'anni di riforme del sistema amministrativo italiano (1990-2010)», <http://www.astrid-online.it>, 2010, pp. 2-3.

³⁴ OECD (2001), *OECD Reviews of Regulatory Reform: Regulatory Reform in Italy 2001*, OECD Publishing.

³⁵ Así, T. GROPPI - M. OLIVETTI (coord.), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, II ed., Turín, Giappichelli, 2003.

³⁶ M. OLIVETTI, «Lo Stato policentrico delle autonomie (art. 114, 1.º comma)», T. GROPPI-M. OLIVETTI (coord.), *op. cit.*, p. 42.

la igual dignidad de las diversas autoridades territoriales autónomas (incluyendo el Estado), sin excluir, evidentemente, las diferencias en las competencias y garantía constitucional, expresadas en los artículos siguientes.

Sin entrar en la descripción puntual de esta reforma constitucional, nos limitamos a decir como mucho de las enmiendas que han sido mera codificación de elementos ya presentes en la Reforma Bassanini. Es el caso de la constitucionalización del ya mencionado principio de subsidiariedad en el art. 118 de la Constitución, que expresa un alma municipalista con referencia a la descentralización de las funciones administrativas: los Municipios son las entidades depositarias de la generalidad de las funciones dentro de un sistema ajustado a la regla de la subsidiariedad con los corolarios de la diferenciación y adecuación.

En el plan de los datos, esta tercera etapa —2001 a 2009— muestra, otra vez, una tendencia a la alza de los gastos totales respecto al PIB (llegando a un 52,5 % del PIB), pero menos intensa que la experimentada en años anteriores³⁷. El incremento que se realiza en el período 2008-2009 refleja, de hecho, los efectos de la crisis económica que ha supuesto una reducción del PIB real del 1,2 % en el 2008 y de un 5,5 % en el año siguiente. En esta fase el proceso de modernización y de producción de «best practices» se paraliza empezando una tendencia negativa exasperada por la crisis económica global. Esto porque, como advierte atenta doctrina, «la fase de implementación es crucial» también porque «ninguna reforma nace perfecta, y sólo en el momento de su aplicación aflora lo que no ha funcionado, lo que debe ser corregido, revisado, completado»³⁸. Lo que ha faltado ha sido «aquella obra de mantenimiento ordinario y extraordinario, lo que permite corregir las piezas del plan de reforma, aunque sólo los detalles, que impiden el funcionamiento correcto y convincente de toda la reforma»³⁹.

³⁷ En esta etapa el gasto de capital tiende a aumentar (aumento de 4.4 %) y la incidencia de los gastos corrientes primarios se eleva en dos puntos porcentuales (desde el 37,1 % en el 2000 a 39,1 % en el 2007, mientras llega a 43,5 % en 2009). Así en «Rapporto sulla spesa delle amministrazioni», cit., p. 34.

³⁸ F. BASSANINI, «Vent'anni di riforme», cit., p. 7.

³⁹ F. BASSANINI, «Vent'anni di riforme», cit., p. 7

La última etapa analizada, 2010-2011, muestra, sin embargo, una nueva reducción y rápida del gasto sobre el PIB, hasta dos puntos porcentuales (al 50,5 % en el 2011). Este dato debe leerse en función a la disminución del gasto corriente primario de casi un punto porcentual del PIB (42,6 %) y de un punto y medio, aproximadamente, de gasto de capital. Resulta muy interesante el análisis del gasto con referencia a los distintos niveles de las AA.PP (centrales, locales e instituciones de seguridad social). Tomando como referencia el periodo 1990-2011, se observa una reducción importante del gasto de las AA.PP centrales respecto al PIB (de 16,1 % en el 1990 al 11, 2 % en el 2011); un aumento significativo en el gasto de las instituciones de seguridad social (de 12, 9 % al 19,3 % del PIB) mientras que aumenta de forma modesta el gasto de las AA.PP locales (de 13,9 % a 15,1 %). Esto significa que cambia la composición del gasto primario de las AA.PP.; a una disminución del peso relativo del nivel central se corresponde el aumento, en el gasto, de las instituciones de seguridad social ⁴⁰.

Además, no podemos olvidarnos de los efectos financieros producidos por la imponente transferencia de nuevas funciones administrativas a Regiones y a los entes locales de acuerdo a las disposiciones de la llamada «reforma Bassanini» y los decretos legislativos de aplicación adoptados en la segunda mitad de los noventa. Tomando como referencia el periodo 2001-2011, la comparación entre sub-sectores de la AP parece relativamente más homogénea; dentro del sector relativo al nivel local, destaca la disminución del peso de Regiones y Municipios respecto al aumento producido por las autoridades locales de salud. En relación con el consumo intermedio, se reduce el peso relativo del nivel central y de las instituciones de seguridad social, mientras que aumenta el peso de las AA.PP locales ⁴¹. Con referen-

⁴⁰ Véanse las tablas 1-6 «Spesa primaria per sottosettore delle Amministrazioni pubbliche. Anni 1990-2011. Percentuali sul PIL» y 1-10 «Spesa primaria consolidata per sottosettore delle Amministrazioni pubbliche. Anni vari. Percentuali sul PIL e composizione percentuale», en «Rapporto sulla spesa delle amministrazioni», cit., pp. 43, 44.

⁴¹ Véase la tabla 1-13 «Consumi intermedi per sottosettore e comparto delle Amministrazioni pubbliche. Anni vari. Percentuali sul PIL, composizione percentuale

cia a los gastos de capital (neto de las desinversiones), hay una reducción por lo que concierne las AA.PP del nivel local y el consiguiente aumento por parte de las instituciones de seguridad social, y, especialmente, de las AA.PP centrales. Las inversiones en el gobierno local en 2011 son inferiores a los niveles en términos absolutos en 2001. Dentro del sub-sector local, los datos muestran una disminución del gasto de Regiones y Municipios, mientras que hay un incremento del gasto de las autoridades locales de salud que, sin embargo, presentan, como las entidades locales, una fuerte caída en el período 2010-2011⁴².

En el período 2008-2012 los gastos de las estructuras periféricas de la AP superan los 80 mil millones de euros anuales, con una tendencia a bajar al final del período (los datos disponibles para el 2012 se refieren a la estimación inicial)⁴³ y, además, un análisis de los costos económicos muestra que en el período considerado el componente de gastos más importante está representado por el personal.

e crescita nominale cumulata « y la gráfica 1-9 «Consumi intermedi per comparto delle Amministrazioni pubbliche. Anni 2001-2011. Crescita nominale cumulata», en «Rapporto sulla spesa delle amministrazioni», cit., p. 47, 48.

⁴² Véase la tabla 1-14, «Investimenti al netto delle dismissioni per sottosectore e comparto delle Amministrazioni pubbliche» y la gráfica 1-10, «Investimenti al netto delle dismissioni per Stato e Enti di previdenza delle Amministrazioni pubbliche. Anni 2001-2011», en «Rapporto sulla spesa delle amministrazioni», cit., p. 49.

⁴³ Como se lee en AA.VV., «PARTE III», *op. cit.*, p. 351 y ss., casi la mitad de los gastos de la «periferia» (hablamos de más de 40 millones de euros al año) son atribuibles al Ministerio de Educación, Universidades e Investigación (MIUR). Aparte de éste, las administraciones que tienen el nivel más alto de gastos entre las estructuras periféricas son el Ministerio de Defensa, que absorbe más o menos 19 mil millones de euros por año en el período considerado (casi un 47 % de los costos totales de las estructuras periféricas del Estado, con exclusión del Ministerio de Educación); el Ministerio del Interior, con casi 8 mil millones de euros por año (19 % de los costos totales, excluido el Ministerio de Educación); el Ministerio de Justicia, con más de 7 mil millones de euros al año (17 % de los costos totales, excluido el Ministerio de Educación). En fin, el Ministerio de Economía y Finanzas que absorbe más de 4 mil millones de euros al año.

Según las previsiones del «Documento di economia e finanza» (DEF) del 2013⁴⁴ —que incluye los datos tendenciales de la cuenta económica de la AP, el saldo efectivo y la deuda, tanto en el complejo que desglosado por los diferentes subsectores en los que la AP está articulada (central, territoriales y entes de la seguridad social)⁴⁵— el endeudamiento neto de las AA.PP en el 2012 baja al 3% del PIB, en línea con las recomendaciones europeas, logrando así una mejora de 0,8 puntos porcentuales en comparación con el resultado registrado en el 2011 (-3,8 %) ⁴⁶.

El dato concerniente la «Deuda de las Administraciones Públicas por subsector»⁴⁷ en porcentaje del PIB presenta una tendencia creciente no solo con respecto al 2012 (124,3%) sino con referencia al mismo valor estimado para el 2013 (126,9%) en el DEF. De hecho, en la «Nota di Aggiornamento del DEF» de septiembre de 2013, la relación deuda/PIB para el 2013 es igual a 129,3%⁴⁸. Esto se debe principalmente a la revisión en alza de las necesidades financieras del sector público, incluso como resultado de la

⁴⁴ El «Documento di Economia e Finanza» (DEF) representa el eje central del ciclo de programación económica-financiera y de presupuesto, puesto que a través de este instrumento el Gobierno recoge y organiza los resultados del análisis y las instrucciones procedentes por los entes territoriales, estableciendo la maniobra total constituida por el presupuesto y la ley de estabilidad. La presentación del DEF es una obligación impuesta por la Ley 196 de 2009 (modificada con la Ley n. 39 de 2011), que el Gobierno está obligado a adoptar para asegurar el cumplimiento de los plazos del semestre europeo.

⁴⁵ Además de esto, identifica los objetivos de la política de la PA y la articulación de la maniobra necesaria para lograr los objetivos y muestra el contenido del Pacto de convergencia, del pacto de estabilidad interna y de las sanciones para los entes territoriales en caso de incumplimiento de las disposiciones establecidas.

⁴⁶ Documento di Economia e Finanza 2013 - Sezione I - Programma di Stabilità dell'Italia, http://www.mef.gov.it/doc-finanza-pubblica/def/2013/documenti/Def_1.PDF, pp. 18-19.

⁴⁷ Documento di Economia e Finanza 2013, cit., p. 32.

⁴⁸ Ministerio de Economía y Finanzas, «Nota di aggiornamento del Documento di Economia e Finanza, 2013», 20 de septiembre de 2013: http://www.mef.gov.it/doc-finanza-pubblica/def/2013/documenti/NOTA_AGG_DEL_DEF_8-10-2013.pdf, especialmente la tabla IV.5, p. 35.

decisión de desbloqueo del pago de deudas comerciales de las AA.PP hacia sus proveedores (Decreto-Ley [D.L.] núm. 35/2013)⁴⁹. Como muestran los datos sobre a la «Evolución de la relación Deuda/PIB» del DEF⁵⁰ la tendencia es en crecimiento hasta el 2015 a raíz de las necesidades financieras del Sector Público.

3.2. Un «paseo» en la reciente ola de reformas de la Administración Pública: un nombre nuevo («spending review») para un viejo trayecto

En el panorama actual de reformas y recortes del gasto público, muchas y diferentes intervenciones legislativas han hecho hincapié en la necesidad de racionalizar los gastos realizados por el Estado y las estructuras periféricas. El precedente «gobierno Monti» ha puesto en marcha un proceso integralmente dedicado a la «spending review» entendida en la perspectiva de la reducción de los despilfarros que se esconden en el gasto corriente de las AP central y locales. En este contexto cabe colocar el programa extraordinario de análisis y evaluación del gasto público con el fin de superar tanto la lógica de los «recortes lineales» a las dotaciones del presupuesto, como el criterio del «gasto histórico». Este proceso, implantado en el sistema de las decisiones presupuestarias por la nueva ley de finanzas públicas y contabilidad (L. 196/2009), ha ido desarrollándose a través de medidas concretas y operativas introducidas por actos normativos urgentes.

El primer «paquete» de medidas está formado por las contenidas en el D.L. núm. 98/2011, «Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria», que en su art. 9 establece que se dará «lugar a un ciclo de «spending review» orientada a la definición de las necesidades estándares propios de

⁴⁹ D. L. núm. 35/2013 «Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonche' in materia di versamento di tributi degli enti locali»: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto-legge:2013-04-08;35>.

⁵⁰ «Documento di Economia e Finanza 2013», cit., gráfica III.4, p. 33.

los programas de gasto de la administración central del Estado». Esta acción incluye la identificación de los puntos críticos «en la producción y prestación de servicios públicos, incluso los relativos a la posible duplicación de estructuras y las estrategias viables para la mejora de los resultados alcanzables con los recursos asignados».

A través de estas medidas se han planeado una serie de recortes muy significativos en ámbitos clave. Así, por ejemplo, con respecto al sector de la sanidad, en el debate circulaban propuestas de recortes posibles de 97 mil millones, es decir el 89% del gasto total de la sanidad pública⁵¹; hecho que llevó a comentarios muy duros acerca de un golpe severísimo ocasionado a los fundamentos del modelo de Estado de bienestar italiano⁵². Eso ha abierto la puerta a un largo debate sobre los costes sociales de las reformas de recortes financieros, cuyo impacto se añade a otras medidas legislativas nacionales adoptadas en el sector del trabajo; es el caso de la conocida reforma «Fornero»⁵³.

Con referencias a las administraciones periféricas del Estado «se proponen metodologías específicas para cuantificar sus necesidades, incluso a

⁵¹ CGIL, «Spending review: per riqualificare la spesa o per tagliare ancora sanità e welfare?», 2012, http://www.cgil.it/Archivio/Welfare/Salute%20Mentale/Spending_review_sanita_CGIL.pdf.

⁵² E. BORGHI «The impact of anti-crisis measures» cit., pp. 4-5: «With the amendments brought in by the conversion law of July 2011, the package, which had originally been set at EUR 40 billion, was increased to around EUR 48 billion. This increase was almost entirely due to higher revenue, an imbalance already present in the original version, especially with the increase in excise duties on petrol, and higher medical fees [ticket sanità] and pension solidarity contributions».

⁵³ Art. 24 del D.L. núm. 201/2011, «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici» (<http://www.governo.it/backoffice/allegati/65684-7206.pdf>).

Sobre la relación crisis-derechos sociales véanse, entre otros, S. GAMBINO - W. NOCITO, «Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto», www.astrid-online.it, núm. 13/2012 y F. BALAGUER CALLEJÓN, «El final de una época dorada: una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional», AA.VV., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 99-121.

efectos de la asignación de recursos en el contexto de su presupuesto general» (art. 9 D.L. 98/2011). Aspecto que viene retomado en consideración por el D.L. núm. 138/2011 «Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo», convertido con la Ley 14 de septiembre de 2011 n. 148⁵⁴.

Sigue en esta misma línea, el D. Lgs. de 6 de septiembre de 2011, núm. 149 «Meccanismi sanzionatori e premiali relativi a regioni, province e comuni, a norma degli articoli 2, 17 e 26 della legge 5 maggio 2009, n. 42»⁵⁵, que introduce un control parlamentario sobre el nivel de convergencia entre el gasto estatal y las necesidades estándar de los programas de gasto de las AA.PP central y periféricas (presentado cada año a las Cámaras y al Gobierno). Además, en el Informe «Elementi per una revisione della spesa pubblica» (elementos para una revisión del gasto público) del 2012⁵⁶, se cuantifica el así llamado «gasto atacable», es decir el gasto que puede formar objeto de revisión en el medio y largo plazo. Dentro de esto, la cuota más grande es representada por el gasto de los entes locales de salud (33%), seguido por Regiones, Municipios y Provincias (24,3%), Estado central, entes de la AP central, entes de seguridad social (37,4%) y Universidades y otros entes locales (5,2%). Un nuevo ciclo de *spending review* ha sido llevado a cabo con el D.L. núm. 52/2012 «Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica» (convertido con la Ley núm. 94/2012)⁵⁷, que prevé la institución de un Comité interministerial para la revisión del gasto público. Sigue el D. L. núm. 95/2012 «Disposizioni urgenti per la

⁵⁴ Ley 14 de septiembre de 2011, núm. 148 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari»: http://www.sistri.it/Documenti/Allegati/LEGGE_148_DEL_14_SETTEMBRE_2011.pdf.

⁵⁵ <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2011-09-06;149>.

⁵⁶ http://leg16.camera.it/temiap/temi17/Revisione_spesa_Rapporto%20Giarda%208%20maggio%202012.pdf.

⁵⁷ <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2012-05-07;52>.

revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario» (convertido con la L. n.135/2012)⁵⁸ orientado a reducir el gasto en bienes y servicios, sobre la base del análisis realizado por el Comisario extraordinario para la revisión de los gastos.

La «avalancha» normativa que se está desarrollando principalmente en el marco de la «spending review» a través de las citadas medidas urgentes, pone de manifiesto un problema que según la perspectiva tomada en nuestro análisis parece central: la AP, sobre todo en su dimensión periférica, es una colección de distintos capítulos de gasto por reducir sin una «pars construens»⁵⁹. El impacto de las medidas financieras sobre el centro y las periferias es ciertamente asimétrico y eso produce un desequilibrio en el sistema descentralizado de administración ya experimentado con la reforma Bassanini. Mientras a nivel central las AA.PP deben establecer medidas correctivas eficaces en relación con los objetivos de ahorro concretamente asignadas a cada Ministerio, con las AA.PP locales se interactúa a través el Pacto interno de estabilidad y la disminución de recursos fiscales que les corresponden, con reflejos claros en la oferta de servicios públicos y en las políticas territoriales de bienestar.

El proyecto de una administración más eficiente e imparcial, más cercana a los ciudadanos y a sus exigencias, más flexible y modernizada, entonces como ahora, constituye el eje central de una hipotética reforma de la AP que, todavía, sigue teniendo un carácter sectorial. Las más recientes disposiciones normativas en tema de racionalización en las AA.PP (D.L. 101/2013)⁶⁰ son una muestra. En este mismo contexto se encaja, también,

⁵⁸ <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2012;95>

⁵⁹ Véase G. GARDINI, «Editoriale. Le autonomie ai tempi delle crisi», *Le Istituzioni del federalismo*, núm. 3/2011, pp. 457-58.

⁶⁰ D. L. Núm. 101/2013 «Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni», convertido con Ley 30 de octubre de 2013 núm. 125: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/10/30/13A08778/sg>. En la misma línea interpretativa veáanse U. BURATTI, M. TIRABOSCHI, «Riforma della PA: un ritorno al passato», www.pubblicoimpiego.ilsole24ore.com.

el D.L. núm. 5/2012, conocido como «Semplifica Italia»⁶¹: un paquete de medidas destinadas a disminuir el peso burocrático impuesto a los ciudadanos y a las empresas y a estimular el desarrollo de algunos ámbitos estratégicos para el crecimiento económico. Efectivamente, si miramos a la «performance» del sistema de administración italiano en el contexto europeo, en el 2012 Italia se coloca entre los 15 Estados miembros caracterizados por un rendimiento muy bajo (junto a Grecia, Bulgaria y Rumania)⁶². Sin embargo medidas como el D.L. 5/2012 si, por un lado, constituyen una respuesta a estas evidencias proporcionadas por el «bench marking» europeo, por el otro no se desmarcan del trayecto antiguo. Es decir, la redistribución de poderes y funciones, la simplificación de los procedimientos y la necesaria reducción en términos de recursos financieros y humanos no se acompaña con una racionalización de las estructuras centrales de la AP. Esto produce, evidentemente, una estructura administrativa esquizofrénica que sigue acumulando y contribuyendo a la deuda pública en un marco de intervenciones legislativas que —a diferencia del pasado (Bassanini)— parecen orientadas principalmente al ahorro como objetivo en sí mismo y no necesariamente como medio para alcanzar una mejora de la calidad.

4. ESCENA III. RECENTRALIZACIÓN Y REORGANIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: LAS REFORMAS «PEDIDAS» POR LA UE

La crisis global simplemente ha puesto de manifiesto debilidades ya existentes. El plan económico sufre una combinación de factores negativos

⁶¹ D. L. núm. 5/2012 «Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo»: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2012-02-09;5!vig>.

⁶² Véanse los datos y los resultados de la conferencia «The Path to Growth: Achieving Excellence in Business Friendly Public Administration», Bruxelles, 29 de octubre de 2013: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/industrial-competitiveness/monitoring-member-states/improving-public-administration/high-level-conference/index_en.htm.

que se alimentan el uno del otro, es decir un crecimiento moderado acompañado por un alto nivel de deuda pública y una capacidad limitada de préstamo de los bancos. Estos factores se ven agravados por la debilidad de la demanda externa y la persistente crisis de confianza en la Unión Monetaria Europea, de los que deriva una espiral de efectos negativos. La brecha con los países más ricos de la OCDE ha ido aumentando; si en Italia se ha acercado bastante a los niveles más altos en el periodo entre 1970 y 1995, la convergencia ha ido cambiando y las diferencias han crecido en los años sucesivos⁶³. De entre las recomendaciones propuestas por la OCDE, ocupan una posición particular las que afectan el sector público y solicitan una mejora de la eficiencia que podría derivarse, entre otras, de la promoción de un nivel de competencia mayor en la prestación de los servicios públicos; del uso generalizado de los indicadores de «performance» en la AP; del fortalecimiento de los mecanismos de control de las decisiones normativas y de gastos; de la introducción de instrumentos para promover la integridad y combatir la corrupción en las estructuras actuales de las AA.PP.; de la evaluación de los mecanismos de acción reguladora a nivel regional y de la aplicación de las reformas legislativas y la dirección del progreso en el ámbito de la simplificación administrativa.

A un nivel más general, la crisis económica y financiera y la recesión que amenazan desde el 2007 la economía mundial, han llevado a la UE a una amplia revisión de su gobernanza para lograr el fortalecimiento de las herramientas y procedimientos para una política presupuestaria más restrictiva, asegurar la solidez financiera del espacio europeo e incrementar sus perspectivas de desarrollo. El trayecto europeo en la toma de decisiones para solucionar, o por lo menos contener, los efectos de la crisis han estado ca-

⁶³ Resulta muy claramente de la gráfica 1 «Il livello di reddito e la produttività sono scesi al di sotto della media dei Paesi OECD più ricchi», p. 2, Informe OCSE «Italia. Dare slancio alla crescita e alla produttività», septiembre de 2012, <http://www.oecd.org/about/publishing/ItalyBrochureIT.pdf>. En el Informe se subraya la conexión entre esta tendencia negativa y el débil aumento de la productividad del trabajo que se debe a un ambiente no propicio para la innovación y para hacer negocios, además de la falta de acumulación de capital humano.

racterizados por medidas cuya base jurídica tiene naturaleza distinta, adscribiéndose al Derecho europeo, originario o derivado, en sentido estrecho o al método intergubernamental del Derecho internacional. A partir de la adopción del «Semestre europeo» en septiembre de 2010⁶⁴, siguiendo con la reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC)⁶⁵ a través el conocido «Six Pack»⁶⁶, el nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gober-

⁶⁴ Con la introducción del «Semestre europeo» la coordinación de las políticas económicas nacionales, tanto las presupuestaria cuanto las estructurales, se convierten, de hecho, en «ex ante». A partir de 2011, el primer semestre de cada año se caracteriza por un ciclo de intensa cooperación política entre las instituciones de la UE y los 27 Estados miembros, que afecta la agenda económica y la supervisión de los presupuestos nacionales. Se proporcionan, por tanto, una serie de procedimientos que deben ser adoptados en los primeros seis meses del año, por lo cual los Estados miembros están obligados a definir y planificar las políticas presupuestarias y económicas nacionales, de conformidad con las decisiones de otoño del Consejo Europeo.

⁶⁵ El Pacto de Estabilidad y Crecimiento, formalmente, está constituido por la Resolución del Consejo Europeo de 17 de junio de 1997 y dos Reglamentos: el Reglamento 1466/97, del Consejo, de 7 de julio, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas («Reglamento de supervisión») y el Reglamento 1467/97, del Consejo, de 7 de julio, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo («Reglamento de procedimiento»). Ambos reglamentos fueron reformados en junio de 2005 mediante el Reglamento (CE) núm. 1055/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1466/97, y el Reglamento (CE) núm. 1056/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1467/97. Además, caben en este núcleo de la estabilidad la Resolución del Consejo Europeo (97/C 236/01) y otros documentos no propiamente normativos como el Código de Conducta adoptado por el Consejo del ECOFIN el 10 de julio de 2001, sustituido por «Specifications on the implementations of the Stability and Growth Pact and Guidelines on the format and content of the Stability and Convergence Programmes», aprobado por el Consejo ECOFIN el 11 de octubre de 2005.

⁶⁶ El «Six Pack» está compuesto por cinco Reglamentos y una Directiva: Reglamento (UE) no 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro; Reglamento (UE) no 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los

nanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG)⁶⁷, el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)⁶⁸ (y precedentemente la reforma del art. 136 TFUE y la creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera [MEEF] y del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera

desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro; Reglamento (UE) no 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; Reglamento (UE) no 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos; Reglamento (UE) no 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; en fin, la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

⁶⁷ Tratado firmado el 2 de marzo de 2012 por 25 Estados miembros de la UE (todos excepto la República Checa y el Reino Unido). Sobre la naturaleza internacionalista del Tratado y las vinculaciones sobre los Estados miembros véase C. CLOSA MONTERO, «Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro» - ARI 15/2012, Real Instituto Elcano (http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/Imprimir?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI15-2012). Como subraya el autor: «El nuevo Tratado se construye formalmente como un tratado independiente de derecho internacional público. Naturalmente, esto es sólo un artificio técnico, no sólo porque el TECG sólo tiene sentido en relación a la UE sino también porque el Tratado contiene vínculos sustantivos explícitos con la UE, por ejemplo: la exigencia de coherencia con la legislación de la UE y su carácter subsidiario en relación a los tratados de la UE; la participación de las instituciones de la UE en la ejecución de la política en el marco del nuevo tratado; y la referencia explícita a su incorporación a los Tratados de la UE dentro de cinco años a lo sumo después de su entrada en vigor».

⁶⁸ El MEDE ha sido establecido tras la reforma del art. 136 TFUE (según el procedimiento establecido por el art. 48 TUE). Sin embargo, la relación entre art. 136 TFUE y MEDE no queda clara, como demuestra la decisión Pringle del TJUE (Pringle, C-370/12 Pringle, www.curia.europa.eu). Sobre Pringle véase: B. DE WITTE-T. BEUKERS, «The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle», *Common Market Law Review*, n. 3/ 2013, pp. 805-848.

[FEEF])⁶⁹, los Estados miembros reaccionan con reformas internas, normalmente de naturaleza constitucional, que se construyen «como un auténtico “pacto interno de estabilidad presupuestaria”»⁷⁰.

Es notorio que el TCEG pretende garantizar el equilibrio de «la situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada Parte Contratante», añadiendo que esa finalidad «se considerará respetada si el saldo estructural anual de las administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5 % del producto interior bruto a precios de mercado»⁷¹. En línea con lo que ya está establecido en el «Pacto Euro Plus», el TCEG «obliga» —además a través de una fuente del derecho internacional, sin embargo, concebido como parte integrante del Derecho europeo— a la constitucionalización de la «regla de oro», es decir fomenta la adopción de una norma interna que imponga la limitación de los déficit públicos y la vuelta al equilibrio presupuestario de las cuentas públicas. Esta norma tendría que ser adoptada con fuentes caracterizadas por una especial resistencia pasiva con el fin de garantizar su efectividad de manera permanente e intangible por las diferentes mayorías en el poder, y aplicable a todos los niveles de gobierno, incluso las autonomías territoriales.

⁶⁹ Para un análisis más profundo de estas medidas véase, G. BIANCO, «The New Financial Stability Mechanisms and Their (Poor) Consistency with EU Law», EUDO working paper, 2012, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/23428/RSCAS_2012_44.pdf?sequence=1.

⁷⁰ V. RUIZ ALMENDRAL, «La estabilidad presupuestaria en la Constitución española», ponencia presentada en las V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale, Brindisi-Lecce (Italia), 14 y 15 de septiembre de 2012, <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/Violeta.pdf>. De la misma autora véase, también, «Estabilidad presupuestaria y Reforma Constitucional», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, núm. 41, 2012, pp. 33-110.

En una perspectiva de derecho comparado aborda el tema A. L. Bar Cendón, «La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 59-87.

⁷¹ Art. 3.1 b) TCEG, <http://www.boe.es/boe/dias/2013/02/02/pdfs/BOE-A-2013-1118.pdf>.

La parte más conocida del art. 3 del TCEG es, de hecho, la que establece la incorporación de un precepto de tal forma en el Derecho nacional⁷², como de hecho ha pasado en el caso del ordenamiento italiano objeto de este trabajo. Conviene recordar que el art. 3 del TCEG se aplica también a las administraciones públicas regionales y locales, como se desprende de la referencia hecha por el art. 4 del TCEG al Protocolo 12 a los Tratados europeos dedicado al procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Efectivamente, el art. 2 del Protocolo 12 aclara que con «público» se refiere a «lo perteneciente a las administraciones públicas, es decir, a la administración central, a la administración regional o local y a los fondos de la seguridad social, con exclusión de las operaciones de carácter comercial, tal como se definen en el sistema europeo de cuentas económicas integradas».

A un nivel más específico en este párrafo intentaremos contestar a la siguiente pregunta: ¿Cómo se reflejan los cambios/obligaciones europeas en el sector público? ¿Cuál es el impacto sobre el sistema de AP en Italia? ¿Qué dirección siguen las soluciones nacionales tomadas en lo relativo a la organización territorial por lo que concierne las relaciones centro-periferias? ¿Se trata de reformas improvisadas y rapsódicas por el hecho de estar dirigidas a los mercados más que al contexto jurídico-político? ¿Las medidas de reajuste (sobre todo de desarrollo legislativo) cambian la cara de las AA.PP territoriales?

Partiendo desde la presuposición según la cual existe una fuerte interdependencia entre medidas de reforma económica e instrumentos de mejora

⁷² Art. 3.2 TCEG: «Las normas establecidas en el apartado 1 se incorporarán al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales. Las Partes Contratantes establecerán a escala nacional el mecanismo corrector mencionado en el apartado 1, letra e), sobre la base de los principios comunes que proponga la Comisión Europea, relativos en particular a la naturaleza, el alcance y el calendario de la medida correctora que se adopte, igualmente en caso de circunstancias excepcionales, y a la función e independencia de las instituciones responsables a escala nacional de supervisar la observancia de las normas establecidas en el apartado 1. Dicho mecanismo corrector respetará plenamente las prerrogativas de los Parlamentos nacionales».

de la organización territorial, quizás el caso italiano pueda resultar de particular interés puesto que la crisis es un elemento casi «genético» o consustancial del ordenamiento jurídico-económico, aunque nunca se llegó a fijar una dirección tan precisa y contundente de política económico-financiera en el propio texto de la Constitución.

En realidad, el problema del incremento progresivo de la deuda pública se tomó en serio cuando el Banco Central Europeo (BCE) envió una carta al Gobierno italiano, en el que pidió que se adoptaran políticas económicas orientadas a una liberalización amplia del mercado económico, a una flexibilización más evidente en el sector laboral⁷³ y a un replanteamiento del sistema «multinivel» de AA.PP. Desde entonces empieza la larga marcha de medidas anti-crisis de naturaleza no solo urgente y gubernamental sino, también, constitucional. En este trayecto se inserta la problemática Ley constitucional (L.c.) de 20 de abril de 2012, núm. 1 «Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale»⁷⁴, que reforma los artículos de la Constitución principalmente relacionados a la regulación de la dimensión económico-financiera del ordenamiento jurídico, poniendo manifiesto que el problema del déficit público ya no es un problema de «naturaleza coyuntural» sino un «problema estructural»⁷⁵. De acuerdo con la

⁷³ En la carta enviada de forma confidencial por el BCE al Gobierno italiano el 5 de agosto de 2011 y firmada por el presidente Jean Claude Trichet y Mario Draghi, se da indicación de las medidas urgentes contra la especulación, que deben ser adoptadas por el Gobierno italiano para «fortalecer la reputación de su firma soberana y su compromiso con la sostenibilidad fiscal y las reformas estructurales»; entre estas, la medidas de liberalización, la reforma del mercado laboral, del sistema de pensiones públicas y de las AA.PP.

⁷⁴ Texto disponible en <http://www.astrid-online.it/COSTITUZIO/Atti-parla/Introduzio/Legge-cost.-20-aprile-2012—n1.pdf>.

La reforma constitucional n. 1/2012 parece caracterizada por unos rasgos tales como «la ausencia de decisiones definitivas y el reenvío a decisiones legislativas sucesivas en cuanto a la definición de la reglas y de las excepciones con respecto al equilibrio presupuestario». Así, C. TUCCIARELI, «Pareggio di bilancio e federalismo fiscale», *Quaderni costituzionali*, núm. 4, 2012, p. 799.

⁷⁵ C. TUCCIARELI, *op. cit.*, p. 800.

L.c. núm. 1/ 2012, el legislador nacional ha reformado los arts. 81, 97, 117 y 119 de la Constitución, introduciendo un principio general, según el cual todas las AA.PP deben garantizar el equilibrio entre ingresos y gastos del presupuesto⁷⁶ y la sostenibilidad de la deuda, mientras que se observan las normas establecidas por la Unión Europea en materia económica y financiera. Además, remite a una «ley marco» reforzada⁷⁷ (adopción por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara) las medidas de detalle y de actuación (art. 1.5, L.c. núm. 1/2012 en el nuevo art. 81.6 Const.).

El art. 81⁷⁸ de la Constitución menciona, ahora, de forma expresa al «principio de equilibrio presupuestario» (la verdad es que éste se podía de-

⁷⁶ Sobre la distinción textual entre las expresiones «cierre en par de los presupuestos», utilizado en el título de la L.c. núm. 1/2012, y «equilibrio entre ingresos y gastos» utilizada a lo largo de la misma ley en sus disposiciones, véase R Dickmann, «Legislazione di spesa ed equilibrio di bilancio tra legittimità costituzionale e legittimità europea», *federalismi.it*, núm 10/2012, según el cual esta evidente diferencia «muestra que, lejos de haber querido constitucionalizar una regla de contabilidad, el legislador constitucional haya intervenido directamente en el contexto de la política económica nacional, vinculando, incluso en cuanto a la legalidad constitucional, las herramientas de finanzas públicas nacionales y regionales a las normas europeas en materia de gobernanza económica» (traducción nuestra).

En esta misma línea, N. D'AMICO-S. SILEONI, «Dopo il pareggio, sparisce anche l'equilibrio di bilancio», http://www.astrid-online.it/rassegna/06-02-2013/Damico-e-Sileoni_pareggio-di-bilancio_ASTRID_25-gennaio-2013.pdf, 25 gennaio 2013, que subrayan la mayor flexibilidad del concepto de «equilibrio presupuestario» respecto a la rigidez del «cierre en par» según una «visione dinamica del principio dell'equilibrio, grazie alla quale in caso di gap negativo la regola è rispettata in presenza di un disavanzo, nell'ambito di un saldo strutturale di medio periodo in pareggio» (Corte dei conti, sezioni riunite in sede consultiva, «Parere in ordine al disegno di legge costituzionale AS 3047», delibera n. 3/2011/CONS, pp. 2-3).

⁷⁷ N. LUPO, «La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti», Ponencia presentada en la Conferencia *Costituzione e pareggio di bilancio*, 18 de mayo de 2012, Universidad Luiss Guido Carli, Roma, ahora en Il Filangieri. Quaderno 2011, Napoli, Jovene, octubre de 2012.

⁷⁸ Véase la versión reformada y antigua del art. 81 Const: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana_agg2012.pdf.

ducir también de la antigua versión de la previsión constitucional) con la consecuencia ineludible de limitar la autonomía y el poder de toma de decisiones del Parlamento en orden a las disposiciones que afectan el presupuesto estatal. El principio del equilibrio presupuestario lo encontramos, también, en las otras disposiciones reformadas, es decir, el art. 97⁷⁹ donde se extiende su ámbito de aplicación a todas las AA.PP y el art. 119, núcleo esencial del así llamado (e inacabado) federalismo fiscal, en el que se establece que «Municipios, Provincias, Ciudades metropolitanas y Regiones tienen autonomía financiera de ingresos y gastos en el respecto del equilibrio de sus presupuestos respectivos, y participan en garantizar el cumplimiento de las limitaciones económicas y financieras que se derivan de la Unión Europea». Además, el párrafo 6 del mismo art. 119 Const., modificado, no parece permitir a las Regiones la posibilidad de endeudarse en función anticíclica⁸⁰: a diferencia del Estado, al que sólo está permitido endeudarse para rembolsar la deuda en vencimiento. Única hipótesis viable de endeudamiento para Regiones y Entidades Locales es la prevista en caso de financiación de gastos de inversión, sin embargo subordinada a unas condiciones precisas: «la definición simultánea de los planes de amortización, y siempre que el conjunto de las instituciones de cada Región, respete el equilibrio presupuestario». Esta última previsión, que parece suponer un criterio de «solidaridad colectiva», plantea la necesidad de cambios incluso en el sistema de relaciones entre Regiones y Entidades Locales donde las primeras tendrán que asumir un papel de coordinación cada vez más incisivo⁸¹.

La reforma constitucional toca el sistema de distribución de competencias entre Estado y Regiones trasladando la «armonización de los presupuestos públicos» a la categoría de las competencia legislativas exclusivas del

⁷⁹ Art. 97 Const.: «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

⁸⁰ Como afirma también G. PITRUZZELLA, «Editoriale. La crisi e l'Europa delle Regioni», *Le Regioni*, 2011, pp. 1125-1129, p. 1128.

⁸¹ C. TUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 809.

Estado (art. 117.2 Const.)⁸², considerado, por la doctrina, como una señal del cambio de rumbo respecto a la trayectoria autonomista encabezada por la reforma constitucional del Título V del 2001⁸³.

En realidad, esta reforma constitucional representa la punta de un iceberg cuya construcción había ya empezado con las medidas anticrisis adoptadas bajo el gobierno Monti. El «chantaje financiero»⁸⁴ al que han sido sometidos los entes territoriales emerge claramente del análisis de los numerosos decretos legislativos adoptados entre el 2009 y el 2013.

La legislación de emergencia está integrada por medidas que, por un lado, se reflejan directamente sobre la estructura institucional de los entes territoriales y, por el otro, prevén recortes a las cuotas de financiación estatal transferidas a Regiones y entes locales, en muchos casos infringiendo

⁸² Modificando la letra e) del segundo párrafo y el tercero párrafo.

⁸³ La armonización de los sistemas de contabilidad y de los esquemas de presupuesto de las AA.PP. están mencionados entre los principios y las directrices establecidos por la Ley de 5 de mayo de 2009, núm. 42 «Delega al el Gobierno en materia de federalismo fiscal, en aplicación del art. 119 de la Constitución». Sobre esta base, el D. Lgs. De 23 de junio 2011, n. 118 «Disposiciones sobre la armonización de los sistemas contables y de los esquemas de presupuesto de las regiones, de las autoridades locales y sus organizaciones, de conformidad con los arts. 1 y 2 de la Ley de 5 de mayo 2009 n. 42» y el D. Lgs. de 31 de mayo 2011, n. 91 «Disposiciones sobre la actuación de lo establecido por el art. 2 de la Ley de 31 de diciembre de 2009, n. 196, relativa a la adaptación y armonización de los sistemas de contabilidad» con referencias a las demás AA.PP., regulan la materia según un régimen que estará vigente a partir de 2014 (en mientras, de acuerdo al art. 36 del D. Lgs. núm. 118/2011, se prevé —dos Decretos del Presidente del Consejo de los Ministros, del 28 de diciembre de 2011— la puesta en marcha del régimen de forma experimental). Como señala Collevicchio, esta disciplina deja muchos problemas sin solución a partir de la problemática convivencia entre exigencia de armonización, por un lado, y la existencia de disciplinas distintas de los sistemas de contabilidad, puesta la diversidad de las instituciones a las que se refieren. M. COLLEVICCHIO, «L'armonizzazione dei sistemi contabili e dei bilanci degli enti locali nel quadro del federalismo fiscale e della riforma costituzionale», *La Finanza Locale*, núm. 3/2012, p. 60.

⁸⁴ G. MAZZOLA, «Le regioni fra riforme costituzionali, crisi finanziarie e federalismo», 2012, http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/06/Mazzola_Regioni_riforme-Cost_crisi_federalismo.pdf.

el principio constitucional de la autonomía (art. 5 Const.)⁸⁵. Es el caso, por ej., del Decreto ley 138/2011, luego convertido con la Ley 148/2011, cuyo art. 14⁸⁶ impone a las Regiones la reducción del número de miembros de los consejos regionales (a pesar de que la organización interna es competencia exclusiva de las Regiones), estableciendo, además, medidas favorables para las Regiones que consiguen ajustarse a lo previsto en el mismo decreto⁸⁷. Aunque disposiciones como ésta reduzcan la esfera de autonomía de la que gozan las Regiones con respecto a su propia «forma» de Región, la CC las declara constitucionalmente viables porque se consideran «consecución de los objetivos fijados en el ámbito de la coordinación de las finanzas públicas» (SCC 198/2012)⁸⁸. Este régimen afecta a las Regiones ordinarias, mientras que —como declara el mismo TC en la sentencia citada— con respecto a la Regiones Especiales, la disciplina de los órganos y de sus miembros será establecida por sus Estatutos, aprobados por ley constitucional, que garantizan las condiciones especiales de sus autonomías (de

⁸⁵ S. MANGIAMELI, «La nuova parabola del regionalismo italiano: tra ciris istituzionale e necessità di riforme», en: <http://www.issirfa.cnr.it/6738,908.html#2.2>), 2012.

⁸⁶ El art. 14 del D.L. 138/2011, determina el número máximo de miembros de las Asambleas regionales (con la excepción del Presidente de la Junta regional), en relación a la población de la Región, así como el número máximo de miembros de la Junta regional (equivalente a una quinta parte del número de miembros de la Asamblea regional). Además, la norma prevé otras medidas para reducir el coste de la estructura política regional, tales como la reducción de todas las retribuciones percibidas por los consejeros y asesores, la indemnización proporcional a la participación efectiva en las reuniones, la transición a un sistema de seguridad social de tipo contributivo y establece una mejora en el control de los gastos de la misma (así la creación de un «Collegio dei revisori dei conti» (Junta de Auditores).

⁸⁷ El cambio relativo al número de miembros de la Asamblea Regional se hará mediante la modificación de los Estatutos regionales puesto que son éstos las fuentes habilitadas para regular la forma de gobierno y los principios fundamentales de la organización y el funcionamiento de la Región. Para un cuadro actualizado de la adecuación normativa de las Regiones véase http://www.parlamentiregionali.it/consiglieri_regionali/num_cons.php.

⁸⁸ <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=198>.

conformidad con el art. 116 Const.). En estos casos una norma de fuente ordinaria, como el art. 14 citado, no produce efectos sobre los Estatutos. De hecho, las últimas reformas estatutarias de las Regiones Especiales (Friuli-Venezia-Giulia, Sicilia y Cerdeña)⁸⁹ se han encaminado en este sentido.

Actúa en un sentido parecido el sucesivo D.L. núm. 174/2012⁹⁰, convertido con la Ley núm. 213/2012, que en su art. 2 prevé medidas favorables, es decir la atribución del 80% casi de las transferencias de ingresos (excepto las transferencias que afectan la financiación del servicio nacional de salud y del transporte público) a las Regiones que se adecuan a las obligaciones ya previstas por el art. 14 del D.L. 138/2011 y a las que se prevén en esta disposición. La falta de adaptación en los plazos indicados determina que la administración regional sea comisariada («commissariamento della Regione»).

Además, la misma noción de «emergencia-urgencia», bajo la cual se justifican muchas medidas tomadas por el Gobierno central, pone no pocas dudas sobre su uso: ¿es el cauce capaz de legitimar cada tipo de acción?⁹¹ ¿Estamos ante a una «normalización de la emergencia»⁹²?

En este sentido parecen ir el D.L. núm. 2/2010 (convertido en Ley núm. 42/2010), sobre «Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni»⁹³ o el

⁸⁹ Respectivamente, Ley const. núm. 1/2013, Ley const. Núm. 2/2013 y Ley const. 3/2013.

⁹⁰ D.L. 10 de octubre de 2012, núm. 174 «Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012», http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2012-10-10&atto.codiceRedazionale=012G0196.

⁹¹ En este sentido, G. FALCON, «La crisi e l'ordinamento costituzionale», *Le Regioni*, núm. 1-2, 2012, p. 11 y G. MARTINICO - A.M. RUSSO, «La influencia de la UE en la distribución del poder entre Estados y Regiones. Reflexiones preliminares a la luz de la crisis», L. I. GORDILLO PÉREZ, (coord.), *El poder normativo foral en la encrucijada: encaje constitucional, modelo fiscal y crisis económica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

⁹² Expresión utilizada por CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, Giappichelli, Turín, 2011.

⁹³ <http://www.camera.it/parlam/leggi/100421.htm#decreto>.

D.L. núm. 78/2010 («Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica»), convertido con Ley 122/2010 u, aún, algunas medidas del D.L. núm 139/2011 (convertido en Ley núm. 149/2011) y del D. L. núm. 201/2011 (convertido en Ley núm. 214/2011). Efectivamente, el TC tuvo ocasión para poner manifiesto que el Estado no tiene facultad para establecer excepciones a la distribución de competencias establecida en la Constitución, ni siquiera en situaciones excepcionales: «el principio de la «salus rei publicae suprema lex» no puede ser invocado para suspender las garantías constitucionales establecidas por la Constitución con respecto a la autonomía de los entes territoriales»⁹⁴. Esto no ha limitado la «legislación de emergencia» que ha ido ampliándose en el 2012, incluso a través la cobertura representada por la «coordinación de la financia pública». Si tomamos en cuenta el D.L. núm. 95/2012 (así llamado «spending review») que introduce nuevos y más incisivos recortes de los recursos financieros de los entes territoriales y de los fondos de compensación, emerge de forma clara un asunto: las autonomías territoriales constituyen el «verdadero» problema de la política fiscal. Según esta interpretación miope o de corto plazo, el sistema de las autonomías territoriales es la causa principal de la enfermedad por lo que la terapia más eficaz sería su racionalización (¡hasta la desaparición, en unos casos!).

De acuerdo a las nuevas previsiones constitucionales, el pasado diciembre ha sido aprobada la Ley «reforzada» núm. 243/2012 «Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione»⁹⁵, que establece límites al déficit excesivo, a la deuda y a los gastos por parte de las AA.PP. Dos son los ejes básicos del sistema fiscal-presupuestario de las AA.PP., la relevancia del control a posteriori acerca del concreto logro de los objetivos establecidos y la trascendencia que asume el criterio del déficit público en el marco normativo fiscal. Por lo que nos interesa, la L. 243/2012 contiene un apartado es-

⁹⁴ SCC núm. 151/2012 fundamento jurídico (considerato in diritto) 4, sobre el D. L. núm. 78/2010, <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

⁹⁵ http://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/Strumenti/Riferimenti/L24-12-2012.pdf.

pecífico que concierne al equilibrio presupuestario de las Regiones y Entidades Locales y de las AA.PP no territoriales, que se corresponde al objetivo presupuestario de medio plazo (MTO), utilizado por la UE como punto de referencia para evaluar la situación fiscal de cada Estado miembro⁹⁶. En el caso de Italia, de acuerdo con el Programa de Estabilidad, el MTO se equipara con una situación presupuestaria en equilibrio estructural dentro de 2014 (un presupuesto equilibrado en términos estructurales es un saldo de la cuenta consolidada de las AA.PP., ajustado por el ciclo, entre el -0,5 % del PIB y el equilibrio). La L. 243/2012 no interviene de forma significativa en las medidas para controlar la deuda pública (no hay cambios en el límite máximo consentido de deuda); solo prevé, en su art. 4, que en el caso de que la deuda pública alcance peligrosamente cifras por encima de la proporción indicada por la UE, las AA.PP deberán garantizar una reducción del superávit igual a la reducción de la deuda de un 1/20 por año, graduado, para cada país en relación con diferentes parámetros, incluidos los pasivos relacionados con el envejecimiento de la población y el nivel de la deuda privada. Puesto que la relación deuda/PIB supera el 120%, dentro del 2013 será necesario introducir un apartado sobre la reducción de la deuda en la definición del MTO que se estipule en los documentos de programación económica y financiera para el 2014.

⁹⁶ Los objetivos de programación presupuestaria deben ser planeados de tal manera que se permita por lo menos alcanzar el del valor del MTO, o, en cualquier caso, cumplir con la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario. Durante la evaluación ex-post, el equilibrio se considera logrado si el saldo estructural de la cuenta consolidada de las AA.PP. resulta por lo menos igual al MTO o coherente la trayectoria programada para alcanzarlo. Como establecido por el Reglamento (UE) no 1175/2011 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas «Cada Estado miembro tendrá un objetivo a medio plazo para su situación presupuestaria diferenciado. Estos objetivos presupuestarios a medio plazo específicos de cada país podrán diferir del requisito de alcanzar una situación de proximidad al equilibrio o superávit, ofreciendo a la vez un margen de seguridad con respecto a la proporción de déficit público del 3 % del PIB».

A diferencia de la regla general, el endeudamiento de los Entes territoriales sólo está permitido para financiar gastos de inversión y simultáneamente con la adopción de planes de pago, que no superen la vida útil de la inversión misma. En cualquier caso, la «autorización» al endeudamiento requiere acuerdos especiales celebrados con la Región afectada que garanticen, para el año de referencia, el saldo de la gestión de tesorería de todos los entes que conforman la Región, incluyendo el aparato administrativo de la propia Región. Como medida correctiva, en garantía del principio de igualdad, se prevé una contribución del Estado a la financiación de los servicios básicos y prestaciones fundamentales inherentes a los derechos civiles y sociales cuando el ciclo económico sea desfavorable y en respuesta a acontecimientos excepcionales, teniendo en cuenta la proporción de los ingresos propios influidos por el ciclo económico, de las Regiones, los Municipios, las Provincias, las Ciudades metropolitanas y las Provincias autónomas de Trento y Bolzano.

La dirección «neo-centralista» en la que se enmarcan las medidas normativas hasta ahora tomadas por el Gobierno abarca el sistema de las autonomías territoriales en su conjunto y, de forma perentoria, sobre todo los entes «menores», es decir Provincias y Municipios. Una vez más, la idea básica es que los gobiernos locales representan un despilfarro de recursos financieros, que deberían ser eliminados, sin tener en cuenta los efectos que esto genera sobre los ciudadanos y los territorios⁹⁷. En este sentido, por ejemplo, el art. 16 de la citada Ley 148/2011, con referencia a los Municipios, prevé medidas vinculantes en orden a la asociación de los Municipios que tengan menos de mil habitantes con el fin de lograr los objetivos fiscales, la coordinación óptima de las finanzas públicas, la contención del gasto de los gobiernos locales y un desempeño mejor de las funciones administrativas y servicios públicos⁹⁸.

⁹⁷ S. MANGIAMELI, «Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico. Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC»: www.rivistaaic.it, núm. 4/2014, p. 28.

⁹⁸ El art. 16 afirma que «...i Comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti esercitano obbligatoriamente in forma associata tutte le funzioni amministrative e tutti

Resultan incluso más invasivas las medidas encaminadas hacia el «adelgazamiento» de la estructura institucional multinivel que caracteriza la «Repubblica delle Autonomie» a partir de la reforma constitucional del Título V (art. 114.1 Const.). Efectivamente, la reforma del sistema provincial —«hot issue» del debate y de la actividad parlamentaria⁹⁹— muestra cómo se sigue metiendo mano (con mano únicamente central) a una reorganización de la «geografía» y «morfología» del sistema territorial¹⁰⁰. Ha sido el TC quien ha puesto un fin a las medidas de «spending review» concernientes a la racionalización del mapa provincial.

Con la SCC 220/2013¹⁰¹ se declara la inconstitucionalidad de muchas disposiciones contenidas en el D.L. núm. 201/2011¹⁰² (así llamado decreto «Salva Italia») y en el D.L. núm. 95/2012, dos medidas que daban fundamento a la «reforma de las Provincias», proporcionada por el Gobierno Monti. La sentencia afecta a los tres ejes de la reforma, es decir, la redefi-

i servizi pubblici loro spettanti sulla base della legislazione vigente mediante un'unione di Comuni ai sensi dell'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano ai comuni il cui territorio coincide integralmente con quello di una o di più isole, nonché al comune di Campione d'Italia». Antes la voluntad de crear uniones de municipios se remitía a los Consejos municipales, reduciéndose, de tal manera, el ámbito de sus funciones políticas de programación.

⁹⁹ Para un análisis completo acerca de las medidas tomadas con respecto al nivel administrativo provincial es muy útil el *Dossier sul riordino delle province*, federalismi.it, núm. 18/2012: y el Dossier «Il riordino delle province e delle città metropolitane», n. 380, 25 de septiembre de 2012, Camera dei deputati, XVI legislatura, <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/ac0872.htm#dossierList>.

¹⁰⁰ L. Trucco, «Materia elettorale e forme di governo regionali tra principi costituzionali e politiche di contenimento della spesa nelle decisioni n. 151 e n. 198 del 2012 della Corte costituzionale», ConsultaOnline, <http://www.giurcost.org/studi/trucco8.pdf>, (13/03/2013).

¹⁰¹ <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

¹⁰² D.L. 6 diciembre de 2011, núm. 201 «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», convertido por la L. L. 22 de diciembre de 2011, núm. 214, <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2011;201>.

nición de las funciones (cabén solo funciones políticas y de coordinación de los Municipios), del sistema de gobierno provincial (supresión de la Junta Municipal, reducción del número de los consejeros provinciales y del sistema de elección indirecto) y la restructuración territorial (reducción del número de las provincias existentes)¹⁰³. Sin embargo, llama la atención que el TC no excluya la posibilidad de suprimir uno de los entes que integran la República, previstos por el art. 114 Const., si se utilizan los instrumentos jurídicos adecuados¹⁰⁴.

De hecho, el Gobierno, después de haber aprendido la lección, ya ha sacado de la chistera su «conejo blanco», es decir el Proyecto de Ley «disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni», conocido como «Svuota Province» (d.d.l. AC 1542/2013)¹⁰⁵, que regula, dentro de otros aspectos, la gestión de la «fase transitoria» de «vaciamiento» de las funciones de las Provincias, en paralelo al Proyecto

¹⁰³ La reorganización de las Provincias debe realizarse de acuerdo al procedimiento previsto en los apartados 2 y 3 del art. 17, D. L. 201/2011 que, básicamente, dispone un «tándem» Gobierno (establece los criterios y dispone la propuesta) - Consejo de las Autonomías Locales (o del órgano regional de cooperación entre regiones y Entes Locales) en la toma de decisión. Los «requisitos mínimos», establecidos con decisión del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2012, se refieren a: 1) la dimensión territorial de no menos de 2.500 kilómetros cuadrados; 2) la población residente no menor de trescientos cincuenta mil habitantes.

¹⁰⁴ Véase L. VANDELLI, «La Provincia italiana nel cambiamento: sulla legittimità di forme ad elezione indiretta», *Revista catalana de dret públic*, núm. 46, 2013, pp. 90-103.

¹⁰⁵ El proyecto de ley ordinario AC núm. 1542 (http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0009111.pdf), presentado el 20 de agosto de 2013 por el Consejo de Ministros, actualmente en fase de debate en la I Comisión Asuntos constitucionales de la Cámara de los Diputados: <http://www.camera.it/leg17/I26?idDocumento=1542> junto con el d.d.l. núm. 1408/2013 «Disposizioni concernenti la composizione dei consigli provinciali e disciplina dell'elezione del presidente della provincia e del consiglio provinciale» y el d.d.l. núm. 1737/2013 «Modifiche al testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e altre disposizioni concernenti i comuni di minore dimensione demografica, l'esercizio associato delle loro funzioni, nonché le unioni di comuni e la fusione dei medesimi».

de ley constitucional sobre la «Abolición de las Provincias» (d.d.l. AC 1543/2013) ¹⁰⁶ que prevé, de forma rotunda, la desaparición por completo del nivel de gobierno provincial, justificada por la necesidad de «reducir el gasto público de la administración territorial» ¹⁰⁷. El planteamiento que subyace a la configuración de la Provincia como «ente di governo di area vasta» (ente de gobierno de área amplia) supone, en primer lugar, un modelo democrático de gobierno local integrado por dos niveles (municipal y regional) y, en segundo lugar, que las Regiones son un «dato inmodificable desde una perspectiva (de funcionamiento, pero sobre todo) dimensional», con un evidente efecto de «sobrecarga» ¹⁰⁸ de funciones atribuidas a los municipios.

Sin embargo, como ha subrayado recientemente el Tribunal de Cuentas, el d.d.l. AC 1542/2013 no centra «el objetivo de la reorganización de la intervención pública en el territorio y de la simplificación de la intermediación pública de conformidad con los principios de subsidiariedad, eficacia y eficiencia» ¹⁰⁹. Esto significa que queda aún insatisfecha la necesidad de un nuevo planteamiento de las funciones y de las estructuras de los entes públicos territoriales con el fin de alcanzar la contención del gasto público. Además, en los últimos años, la hacienda provincial ha sido sometida a recortes evidentes, relacionados con los «cambios de tamaño» de sus funciones. Este contexto ha llevado a las provincias a empezar una revisión profunda de los gastos; de hecho, los datos sobre la variación del gasto en

¹⁰⁶ El proyecto de ley constitucional AC núm. 1543 el 20 de agosto de 2013, presentado el 20 de agosto de 2013 por el Consejo de Ministros, actualmente es en «fase referente» en la I Comisión Asuntos constitucionales de la Cámara de los Diputados: <http://www.camera.it/leg17/126?idDocumento=1543>.

¹⁰⁷ Véase la «Relazione - Disegno di legge costituzionale Abolizione delle Province»: <http://www.governo.it/backoffice/allegati/72060-8797.pdf>

¹⁰⁸ Cfr. P. PORTALURI, «Transizioni incessanti. (Appunti sul d.d.l. AC n. 1542 «Svuotaprovince»)», *federalismi.it*, n. 23/2013, p. 5.

¹⁰⁹ Véase la «Audizione sul d.d.l. città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni a.c. 1542», Corte dei Conti- Sezione delle Autonomie, 6 de noviembre de 2013: http://www.lagazzettadeglientilocali.it/quotidiano/2013/081113/corteconti_audizione_6novembre2013_ddl_delrio.pdf, p. 1.

el periodo 2010-2012 ponen manifiesto una disminución del gasto funcional del 11,73% ¹¹⁰.

Esta sintética reseña normativa da cuenta del hecho de que principios tales como el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad del déficit se han convertido en reglas vinculantes para todo el complejo de las AA.PP., incluso las autonomías territoriales, por lo cual ya hacen muestra de la legitimidad necesaria para ser enumerados entre los principios constitucionales que rigen el sistema de las AA.PP en cuanto parámetros esenciales de una gestión financiera «sana» y «prudente» ¹¹¹. Los cambios institucionales alcanzados (o por alcanzar) nos dan muestra que las políticas de consolidación fiscal tienen que asumir necesariamente el «habitus» jurídico de reformas capaces de asegurar tanto la sostenibilidad como la calidad del gasto público. Dentro de este «simple esquema», que lee el pluralismo autonómico a través de la lente del gasto público, las autonomías territoriales representan las principales «deseconomías» por eliminar o, por lo menos, reducir ¹¹². Esto nos explica la proliferación de una legislación con actitud cada vez más «economicista» —no es casual que las reformas sean acompañadas por una cuantificación económica de los resultados alcanzados ¹¹³— y centralizadora, orientada a regular aspectos específicos de naturaleza financiera (así las leyes financieras) con los instrumentos típicos de necesidad y urgencia (así los numerosos decretos leyes).

El papel de la Corte Constitucional ante la crisis: ¿austeridad vs. autonomía?

Para medir, efectivamente, como y cuanto la configuración del sistema de las AA.PP., sobretudo en su dimensión territorial, ha experimentado (y

¹¹⁰ Ibidem, p. 5.

¹¹¹ D. MORGANTE, «La costituzionalizzazione del pareggio di Bilancio», *federalismi.it*, núm. 14/2012.

¹¹² S. STAIANO, «Le autonomie locali in tempi di recessione: emergenza e lacerazione del sistema», *federalismi.it*, núm. 17/2012, p. 1.

¹¹³ L. VANDELLI, «L'autonomia locale di fronte ai processi di razionalizzazione», *federalismi.it*, núm. 5/2013, p. 5.

sigue experimentado) cambios con el fin de lograr el objetivo de matriz europea del equilibrio presupuestario, es necesario abordar las recientes directrices de la Corte constitucional sobre el tema.

La Corte Constitucional se convierte en el sujeto clave en la ponderación entre el respeto de las obligaciones financieras y el principio de la autonomía territorial. Es evidente que en esta función de mediación entre exigencias aparentemente contrarias, los límites que proceden del derecho de la UE juegan un papel relevante puesto que se traducen en vínculos indirectos a la autonomía de los distintos niveles de la AP. A este respecto se plantea el problema de la naturaleza de principios tales como el equilibrio presupuestario y el papel que ocupa en el sistema de los valores constitucionales, es decir «si es un elemento de alguna manera infiltrado desde el exterior en nuestro ordenamiento potencialmente conflictivo con el espíritu personalista y plural de nuestra Carta fundamental o es, en cambio, un valor constitucional pleno iure»¹¹⁴.

Una reinterpretación bastante novedosa del vínculo de cobertura de los gastos, previsto por el art. 81.4 Const., parece surgir de la aplicación de la disposición constitucional citada como parámetro del juicio de constitucionalidad acerca de las leyes regionales que no cumplen con la obligación financiera requerida. No es novedoso el uso del art. 81.4 Cont. como criterio de constitucionalidad aplicado a las leyes regionales, pero sí es llamativa la preferencia de este parámetro con respecto a los tradicionalmente utilizados por el TC —normalmente el art. 117.3 Const.: «coordinación de las finanzas públicas»—. En este trayecto se inserta la SCC núm. 70/2012 que constituye el primer paso del TC en la construcción de una línea jurisprudencial sobre la contención del gasto público con respecto a los entes territoriales aunque esta sentencia sea dictada antes de la entrada en vigor de la L.c. núm. 1/2012. De forma directa y clara, el TC declara la inconstitucionalidad de la ley presupuestaria del 2011 de la Región Campania

¹¹⁴ A. LONGO, «Alcune riflessioni sui rapporti tra l'interpretazione conforme a diritto comunitario e l'utilizzo del canone di equilibrio finanziario da parte della corte costituzionale», *Consulta online*, 12 de diciembre de 2011: <http://www.giurcost.org/studi/longo2.htm>.

usando como base jurídica dos principios que se derivan del art. 81.4 (versión antigua): cobertura adecuada de las obligaciones y el equilibrio presupuestario, ambos vigentes incluso para los presupuestos de las Regiones. Si esta interpretación resulta «extensiva» con respecto a la versión originaria del art. 81.4 Const.¹¹⁵ —que preveía la obligación (para las «otras leyes, distintas de las presupuestaria») de especificar los recursos para hacer frente a gastos nuevos y más amplios—, a la luz de la reforma constitucional reciente se encaja perfectamente con el nuevo art. 119 Const. que aplica la ratio de la cobertura concerniente a las demás leyes de gastos respecto a los presupuestos regionales. Estas medidas responden a la «filosofía» de legislador de reforma, orientada a preservar las cuentas públicas en relación con las tendencias expansivas del gasto por parte de los niveles de gobierno local cristalizando en el texto constitucional una tendencia restrictiva ya presente tanto a nivel normativo como jurisprudencial¹¹⁶. De hecho no extraña esta perspectiva centralizadora si tomamos en cuenta toda la jurisprudencia y la praxis normativa que tiene su base en la coordinación de la hacienda pública (art. 117.3 CI), quizás más exasperada por la situación económica actual.

Toda la jurisprudencia del 2012 confirma esta orientación restrictiva que se extiende incluso a leyes regionales distintas de la ley presupuestaria regional (SSCC 115/2012 y 192/2012) como demuestra también la jurisprudencia en materia de planes de reintegro del déficit sanitario regional (SCC 51/2013). Con el objetivo de reducir el coste de los aparatos políticos y administrativos, finalidad buscada tanto por la L. const. 1/2012 como por los

¹¹⁵ Sobre el tema de la interpretación extensiva del art. 81.4 CI, véase G. RIVOSACCHI, «Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione», *Rivista AIC*, 3/2012. Será, sin duda, interesante ver el parámetro que utilizará el TC a partir del 2014, con la entrada en vigencia de la L. const. núm. 1/2012, quizás respondiendo a la antigua controversia doctrinal sobre la naturaleza del vínculo previsto por el art. 81.4 CI.

¹¹⁶ M. NARDINI, «La «tutela degli equilibri di bilancio» delle Regioni nella sentenza n. 70/2012 della Corte Costituzionale, alla luce dei nuovi articoli 81 e 119 della Costituzione - (nota a sentenza del 28 marzo 2012, n. 70)», *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 14 noviembre 2012, p. 2.

D. L. núm. 78/2010 (convertido con Ley núm. 122/2010), D. L. núm. 201/2011 (convertido con Ley núm. 214/2011), D. L. núm. 95/2012 (convertido con Ley núm.135/2012), en realidad, se afecta cada «pieza» del puzle institucional-territorial. Es suficiente mencionar las SSCC 151¹¹⁷ y 198¹¹⁸ del 2012 para entender en qué modo la exigencia de disminución del déficit público y las obligaciones impuestas por la política anticrisis europea afectan no solo a la naturaleza autonómica de la organización territorial del ordenamiento, sino a las bases mismas de la democracia representativa en las entidades territoriales (interviniendo en la relación electores/elegidos).

Otra serie de decisiones importantes son aquellas en las cuales la Corte Constitucional ha considerado inconstitucional, por la violación de la autonomía en materia de ingresos, el requisito de la búsqueda de los recursos financieros para el ejercicio de las funciones administrativas estatales impuesto a las Regiones (SCC 22/2012), previendo que puedan ser obtenidos por extrapolación de las leyes estatales principios respetuosos de un espacio abierto al ejercicio de la autonomía regional¹¹⁹.

Con la reciente sentencia sobre la reforma y la reestructuración de las provincias (SCC 220/2013) se pone otra vez sobre la mesa la relación cri-

¹¹⁷ El recurso, presentado por las Regiones Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, Liguria, Emilia Romagna y Puglia, tiene como objeto el art. 5.1,4,5,7, última frase del D.L. núm. 78/2010. Dicho Decreto-Ley en la adopción de medidas para estabilizar las finanzas públicas y para fomentar el desarrollo de la competitividad económica, dedica su Capítulo II a «la reducción de los costes de los aparatos político y administrativo», y pone, en su art. 5, una disciplina relacionada con el ahorro de gastos «en los órganos constitucionales, en el aparato gubernamental y en los aparatos políticos». Según las demandantes, estas disposiciones infringen sus competencias legislativas y administrativas y su autonomía financiera.

¹¹⁸ Con la Sentencia 198/2012, el TC ha examinado la cuestión de constitucionalidad del art. 14, apartados 1 y 2 del D.L. núm. n. 138/2011 y del art. 30.5 de la L. núm. 183/2011 «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2012», con referencia al número de concejales y consejeros (regionales), la remuneración y las pensiones de los mismos, así como la disposición que establece un colegio de auditores como control interno.

¹¹⁹ Otras sentencias relevantes en este ámbito son las siguientes: SSCC 182/2011, 139/2012 y SCC 193/2012.

sis-emergencia y la compatibilidad de la «metodología de las soluciones» (uso indiscriminado de los decretos leyes) ¹²⁰ con los ejes básicos del ordenamiento constitucional. Aunque se necesitan respuestas urgentes y eficaces, el TC, en continuidad con la línea jurisprudencial sobre la «spendig review» (SSCC 22/2012, 148/2012, 151/2012, 198/2012, 199/2012), pone de manifiesto cómo el principio constitucional del pluralismo territorial no puede ser objeto de una «negociación a la baja» en nombre de la emergencia.

5. CONCLUSIONES - EL MONTAJE DE LAS ESCENAS Y LA BÚSQUEDA DEL «DIRECTOR»

En este trabajo se proporciona un análisis de la dimensión del sector público en Italia con especial referencia al sistema de AP, concretamente a su nivel territorial, puesto que es la dimensión más afectada por las medidas anti-crisis tomadas por el legislador estatal bajo «sugerencia» de la UE. Partiendo de los clichés existentes en el debate italiano sobre la política de recorte financiero, dentro de la cual se sitúan las principales reformas de la AP llevadas a cabo en estos últimos años, hemos intentado montar las distintas «escenas» para dar una idea cuanto más clara de la película; una película, además, a la que le falta un director único y un guión coherente.

Para hacerlo, primero, hemos tratado de resumir las características principales del sector público en Italia y, dentro de este, del sistema de AP, a la luz del marco constitucional ilustrado en la primera parte.

En un segundo momento se ha ofrecido una panorámica de las principales reformas anti-crisis introducidas en los últimos años, directamente o indirectamente conectadas a la crisis de la deuda soberana. En esta segunda escena hemos puesto los reflectores también en la acción que está llevando a cabo el TC en su delicada labor de ponderación entre intereses y obligaciones cada vez más opuestos. En esta parte, el análisis se ha enfocado especialmente en el impacto de las recientes reformas sobre el siste-

¹²⁰ G. RIVOSECCHI, «Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria», *www.rivistaaic.it*, núm. 3/2012.

ma multinivel de las AA.PP., con atención específica a la relación entre centro (Estado) y la periferia (Regiones, Autoridades Locales).

Ahora se intentará llevar las reflexiones finales a un marco (diacrónico y sincrónico) más amplio.

La reducción del gasto público y la contención de los costes de la política parecen ser las únicas dos directrices del proceso de reforma que ha afectado a todo el sector público, «condenado» a una reducción importante —incluso necesaria con referencia a muchos elementos de debilidad— casi por el mero hecho de ser «público». Del análisis efectuado destacan de forma evidente algunos elementos sobre los que se quiere reflexionar para sacar unas primeras conclusiones.

Resulta muy clara la perspectiva meramente económico-empresarial de los efectos y de las soluciones que todos los ordenamientos tuvieron que adoptar frente al «auténtico tsunami económico financiero»¹²¹. En este sentido, la ecuación crisis-recortes-razionalización de las AA.PP ha sido el emblema bajo el cual se está combatiendo al «monstruo», cuyo «pedigree» se atribuye a Europa y a las debilidades endémicas de su sistema económico-financiero.

Si las respuestas tomadas hasta ahora parecen ser inadecuadas, tanto en el ámbito europeo como en los estatales¹²², el aspecto que más llama la atención es la naturaleza del «discurso económico» implantado en Europa, que «pretende establecer determinadas opciones como las únicas posibles, cerrando así el cauce del pluralismo constitucional y desnaturalizando el

¹²¹ R. JIMÉNEZ ASENSIO, Las Instituciones locales en tiempo de crisis (Una nueva estructura institucional ajustada a las necesidades en tiempo de crisis): http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Jimenez_Asensio_instituciones_locales_tiempos_crisis.pdf, p. 2.

Para una panorámica de derecho comparado véase F. FABBRINI, «The Fiscal Compact, the “Golden Rule” and the Paradox of European Federalism», *B.C. Int’l & Comp. L. Rev.*, vol. 36, is. 1, 2013, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol36/iss1/>.

¹²² F. BALAGUER CALLEJÓN, «Crisis económica y crisis constitucional en Europa», texto presentado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, el 9 de enero 2013.

entero sistema constitucional»¹²³. En este marco, es sobre todo el pluralismo territorial el que es concebido como «víctima propiciatoria» en el altar de la reducción de la deuda soberana. Relacionado al objeto de nuestro análisis esto significa que el sector público en su dimensión territorial es el ámbito que más cambios sufre y, en la mayoría de los casos, sin la existencia de un proyecto orgánico por detrás a través del cual ponderar las distintas exigencias e intereses en juego¹²⁴.

Esto se refleja en la circunstancia de que las medidas anticrisis hasta ahora adoptadas por el Gobierno («Monti», primero, «Letta», después) y orientadas a una drástica reducción de algunas dimensiones del sector público, no parecen alcanzar los resultados esperados. Las recomendaciones europeas son un claro ejemplo de la falta de un proyecto orgánico capaz de alcanzar una reforma estructural del ordenamiento italiano¹²⁵.

Si la historia nos enseña que cuanto más fuerte es la crisis económica más evidente será la centralización de los poderes hacia el Estado (véase el «New Deal») —y aunque la introducción de un límite constitucional a la capacidad de endeudamiento no sea algo novedoso¹²⁶— a diferencia de

¹²³ F. BALAGUER CALLEJÓN «Crisis económica» cit.: Las discrepancias entre los economistas nos indican claramente que no hay solamente un camino posible y que la política decidida en Europa, a instancias de los llamados «mercados», es sólo una de entre las muchas posibles. Sin embargo, esta política se presenta como la única viable por sus patrocinadores, pretendiendo amparar en la ciencia económica la reducción de las alternativas inherentes a los sistemas democráticos.

¹²⁴ G. GARDINI, «Editoriale», cit., p. 458 y ss.

¹²⁵ Así la «Raccomandazione del consiglio sul programma nazionale di riforma 2013 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità dell'Italia 2012-2017», Bruxelles, 29.5.2013, COM(2013) 362 final: http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/csr2013_italy_it.pdf y el reciente «Parere della commissione del 15.11.2013 sul documento programmatico di bilancio dell'Italia», Bruxelles, 15.11.2013, C(2013) 8005 final: http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/dbp/it_2013-11-15_co_it.pdf.

¹²⁶ Como subrayan Gordillo y Canedo, la idea de insertar el equilibrio presupuestario en la Constitución para limitar el endeudamiento de los sujetos públicos no es una invención de los últimos tiempos, solo «ha adquirido un nuevo protagonismo en el actual contexto de crisis en el que se busca inspiración en las recetas alemanas».

otros momentos de crisis, el actual incorpora y agrava distintas crisis ya existentes en los ordenamientos, incluso una crisis concerniente a la relación entre las lógicas institucionales y la economía. En el caso italiano esto se refleja en la difusión «no sólo de una ideología política, sino también de una concepción cultural generalizada según la cual las instituciones, las normas, los procedimientos administrativos podrían dañar el desarrollo de la ley del mercado»¹²⁷, por lo cual la receta más coherente para el funcionamiento de la economía parece ser la progresiva reducción del «tamaño» del sector público y la rapidez de respuesta a la emergencia. De hecho, si se interpreta según un enfoque diacrónico, la estrategia centralizadora y reductora del perímetro de los sistemas administrativos territoriales no es la consecuencia directa de las medidas anti-crisis europeas o, antes de eso, de la crisis económica. Ésta no hace más que poner de manifiesto las «fallas tectónicas»¹²⁸ de los procesos de globalización, que tienen efectos no solo en el ámbito económico, sino también institucional y político¹²⁹; en este sentido afloran problemas estructurales relacionados a las políticas fiscales de los Estados y a su deuda soberana que llevan a poner en tela de juicio ejes básicos de sus estructuras. Si la necesidad de consolidación fiscal no impone necesariamente reformas institucionales, es verdad que ajustes meramente económicos y presupuestarios tendrían el efecto de adelgazar el Estado sin que éste cambie su hábitos nutritivos. En este sentido reformar la gobernanza fiscal significa, al mismo tiempo, reformar la gestión pública, es decir, actuar tanto a nivel macro como a nivel micro: alcanzar un cierto grado de compatibilidad entre la política presupuestaria y la estabilidad

L.I. GORDILLO PÉREZ, J.R. CANEDO ARRILLAGA, «La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1/2013, p. 174.

¹²⁷ L. VANDELLI, *L'autonomia locale*, cit., p. 3.

¹²⁸ R.G. RAJAN, *Fault Lines: How Hidden Fractures Still Threaten the World Economy*, Princeton University Press, Princeton, 2010.

¹²⁹ Sobre la historia del pensamiento jurídico mediante las «tres globalizaciones» de las que tenemos conocimiento véase D. KENNEDY, «Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1968», *Suffolk University Law Review*, núm. 36/2003, p. 631 y ss.

macroeconómica y mejorar la calidad del gasto dentro el cuadro de las reglas fiscales tomadas.

¿Qué pasa en concreto con el caso italiano? ¿Ha matado la crisis al federalismo?¹³⁰.

«Italia es un país muy extraño, donde al “quisque de populo” —pero incluso a los juristas y hasta al legislador— le encanta debatir sobre el federalismo, pero descuida los comportamientos (...) que ponen en tela de juicio los principios más básicos, el “abc” del regionalismo más sencillo: la idea de autonomía política tal y como siempre ha sido enseñada en nuestras universidades»¹³¹.

En realidad, el lema centrípeto se remonta a tiempos y circunstancias que anteceden la crisis económica; sin tener que ir muy atrás, es suficiente pensar en la paradójica aplicación, todavía inacabada, del federalismo fiscal¹³² o, aún más, en la línea jurisprudencial neo-centralista llevada a cabo por el TC el día después de la reforma del Título V bajo la exigencia de aclarar el sistema de distribución competencial o de garantizar el principio

¹³⁰ Esta pregunta retórica se alinea con la declaración contundente del Presidente de la Conferencia Estado-Regiones, V. Errani, según la cual «En Italia el federalismo falleció», añadiendo que «Italia es el País donde más se habla de federalismo y de federalismo fiscal [...] En comparación, delante el porcentaje de federalismo existente en el lenguaje, canadienses y australianos palidecen». Este comentario tiene origen en la rebaja del rating de once entidades territoriales italianas por la Agencia Standard and Poors; aunque pueda parecer «fuerte», estamos de acuerdo con Gardini en que este comentario nos ofrece una idea clara, mejor que muchos análisis técnicos, sobre los efectos de las medidas económicas tomadas por el Gobierno italiano en los últimos años. G. GARDINI, «Editoriale», cit., p. 458.

¹³¹ A. SPADARO, «La pericolosa anomalia, della «contrattazione» Stato-Regioni; una storia senza fine...», *federalismi.it*, núm. 17/2013, p. 11.

¹³² La «película» del federalismo fiscal en Italia necesitaría de otro trabajo para ser explicada y entendida, por eso reenviamos, dentro la amplísima literatura, a unos análisis atentos y profundos sobre el tema: G. CAMPANELLI (coord.), *Quali prospettive per il federalismo fiscale? L'attuazione della legge delega tra analisi del procedimento e valutazione dei contenuti*, Giappichelli, Turín, 2012.

de unidad utilizando el parámetro de los «intereses»¹³³ (así llamada «*attrazione*» o «*chiamata in sussidiarietà*»¹³⁴, «*competenze trasversali*»¹³⁵ o, aún, el uso de la coordinación de las finanzas públicas)¹³⁶.

Desde una perspectiva sincrónica, tomando en consideración los datos que nos proporciona el derecho comparado, la tendencia presente en el caso italiano no resulta aislada¹³⁷ pero podemos destacar algunas peculiaridades

¹³³ Véanse, en partícula las SSCC núm. 231, 270, 242 del 2005, núm. 215, 233, 235, 246, 267, 328 del 2006 y núm. 88/2007.

¹³⁴ A partir de la SCC 303/2003 la Corte «reescribe» el Título V de la Const. con una sentencia, no por casualidad, definida «ortopédica» en la que el principio de subsidiariedad es interpretado como instrumento flexible, aplicándolo, de hecho, a las competencias legislativas. D'ATENA, «L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale», *Giur.cost.*, 2003, p. 2776 ss. En este mismo sentido, entre otros, A. MORRONE, «La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?», *forumdiquadernocostituzionali.it*, 8 de octubre de 2003; S. MANGIAMELI, «Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004», *Le Regioni*, núm. 4-5/2008, p. 825 y ss.; V. ONIDA, «Applicazione flessibile e interpretazione correctiva del reparto di competenze in due sentenze “storiche”», *Le Regioni*, núm. 4-5/2008, p. 773 y ss.

¹³⁵ A partir de la SCC 282/2002 el TC identifica las así llamadas «materias no materias», es decir no definibles como «materias en sentido estricto», sino como «competencia del legislador estatal idónea para cubrir todas las materias». Caben en esta etiqueta la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones públicas relativas a los derechos civiles y sociales; tutela del medioambiente; tutela de la competencia; tutela de los bienes culturales; coordinación informática e informativo-estadística de los datos de la AP estatal, regionales y local.

¹³⁶ Véase SCC 229/2011 donde el TC resume su jurisprudencia acerca de los principios fundamentales de coordinación de la financiación pública declarando que la competencia estatal no se acaba con el ejercicio del poder legislativo, sino que implica también el ejercicio de poderes de tipo administrativo de regulación técnica y de relevación de datos y de control».

¹³⁷ Véase, por ej. el caso de España donde la «ola centralizadora» tiene su origen en factores que van más allá de la crisis actual. En otras palabras, como subraya Ruiz Almendral: «A consequence of the new rules is that they facilitate a re-centralization of the Communities» powers, which is coherent with the ongoing centralization that the Fiscal Compact implies, and generally, the European Union's Economic Constitution, that already implied a centralization of powers and the transformation

que afloran con más evidencia en el marco italiano del «derecho de emergencia» de la crisis.

Si normalmente las crisis económicas se reflejan sobre el sistema constitucional en su conjunto y, más bien, en su estructura territorial, es curioso destacar el nexo tan fuerte entre crisis y reformas territoriales existente en Italia, que ha contribuido al planteamiento de la que se podría definir «estrategia de la contra-reforma» (constitucional) o «reforma de la reforma». Se responde a una situación de crisis (incluso institucional) — generada o hecha más evidente por la falta de implementación de partes relevantes de reformas precedentes ya en vigor— con la presentación de otros proyectos que reforman ámbitos y sectores donde, todavía, no se han experimentado efectos, o debilidad. A partir de las reformas de los años '90 que afectan el sistema de las AA.PP., globalmente considerado, se produce un proceso permanente de reforma puntualmente frustrado. Así la reforma del «federalismo administrativo» (reforma Bassanini) proporciona el terreno a la sucesiva reforma constitucional del Título V (L.c. 3/2001) sin haber expresado su potencial y esta última, a su vez, aunque siga sin realizarse en muchas partes relevantes, prepara el camino a otras propuestas de reformas constitucionales que, bajo el «viento» de la crisis y de la emergencia/urgencia afectan, incluso, al «proceso ordinario» para la revisión constitucional.

Sin embargo, resulta muy paradójico el tipo de respuestas tomadas por el legislador para enfrentarse a la nueva crisis económica del 2007. El pri-

of the Member States' economic Constitutions. Also, it has been suggested that the Spanish State of Autonomies was already in a changing course of re-centralization, so this may only accelerate the process». V. RUIZ ALMENDRAL, «Curbing the Deficit in Spain and its Autonomous Communities: a Constitutional Conundrum», paper presentado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, el 23 de octubre de 2012. Sobre España, de forma general, véase el *Anuario del Gobierno local 2011, Gobierno local: ¿crisis o renovación?*, Barcelona, 2012 y la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98/2013 que dedica la sección «Estudios» a la crisis económica.

Con enfoque comparado también, A.M. MORENO (ed.), *Local Government in the Member States of the European Union: A Comparative Legal Perspective*, Madrid, INAP, 2012; G. NAPOLITANO, «La crisi del debito sovrano e le misure di “riduzione dello Stato”», *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2010.

mer paso ha ido en la dirección de acabar el modelo territorial esbozado en el 2001 a través el «federalismo fiscal» poniendo en marcha un proceso legislativo de urgencia encabezado por la Ley núm. 42/2009¹³⁸. Sucesivamente, cuando ya los efectos de la crisis se hacían cada vez más fuertes y llevan incluso un conflicto político bastante duro, se dio un paso atrás invirtiendo totalmente la «trayectoria reformadora» hasta entonces seguida. A partir de este momento la estrategia utilizada para responder a los puntos críticos surgidos, o más bien, hechos más evidentes por la crisis, ha sido, un incremento de la presión fiscal, primero, y el control del gasto público de todo el sistema institucional multinivel, sucesivamente. Por lo cual se queda a la espera no ya de las cuotas de recursos que repartir sino de la cuota menor o mayor de reducción de los mismos con un evidente reflejo en la arquitectura misma de los elementos institucionales que según la Constitución conforman la Republica¹³⁹.

Esta tendencia conlleva, además, un cambio cada vez más amplio con respecto a la reglas «informales» del juego, es decir la «metodología de la reformas»; excepciones que se justifican bajo la necesidad de la «emergencia» y de la cobertura constitucional de decisiones básicamente tomadas a través instrumentos normativos de carácter provisional y especifi-

¹³⁸ Se empieza a dar aplicación a la Ley 42/2009 con: Decreto legislativo (D. Lgs.) núm. 85/2010, sobre el así llamado «federalismo demanial»; D. Lgs. núm. 156/2010 sobre el ordenamiento de Roma Capital; D. Lgs. Núm. 216/2010, sobre el establecimiento de los costes y de las necesidades estándar («fabbisogni standard) de Municipios, Ciudades metropolitanas y Provincias; D. Lgs. núm. 23/2011, sobre el «federalismo fiscal Municipal»; D. Lgs. núm. 68/2011, sobre la autonomía de entrada de las Regiones ordinarias y de las Provincias, así como el establecimiento de los costes y necesidades estándar en la sanidad; D. Lgs. núm. 88/2011, sobre los recursos adicionales y las intervenciones especiales para la eliminación de los desequilibrios económicos y sociales; D. Lgs. núm. 149/2011, sobre los mecanismos de sanciones e incentivos para Regiones, Provincias y Municipios; D. Lgs. núm. 118/2011, sobre la armonización de los sistemas de contabilidad y de los proyectos de presupuesto de las Regiones, los entes locales y sus organismos; finalmente, D. Lgs. núm. 61/2012, en tema de ordenamiento de Roma Capital.

https://www.portalefederalismofiscale.gov.it/portale/it/web/guest/ap_home.

¹³⁹ G. FALCON, «Editoriale», cit, pp. 10-11.

co ¹⁴⁰, como los decretos leyes, sometidos a una «especie de mutación genética» que los convierte en «un instrumento para establecer políticas de mediano y largo plazo, incluso en relación con la situación económica y financiera» ¹⁴¹.

Otra prueba, más contundente de esta tendencia orientada a la «excepcionalidad», es proporcionada por el proceso de adecuación del marco constitucional al nuevo contexto material, empezado con el nombramiento de un «Collegio dei saggi» ¹⁴², por parte del Presidente de la República, y la reciente presentación del d.d.l. constitucional «Institución del Comité parlamentario para las reformas constitucionales y electorales y regulación del procedimiento de reforma constitucional», por parte del Gobierno Letta ¹⁴³ (ya aprobado por la segunda vez en el Senado el 23 de octubre del 2013). A este Comité se le encomienda el debate previo y el examen de los D.D.L. const. sobre los Títulos I, II, III y V de la parte II de la Constitución —que se refieren a la forma de Estado (relaciones entre «centro» y «periferias»), a la forma de Gobierno y al bicameralismo— y los proyectos de ley ordinaria para reformar el sistema electoral. Además, prevé el derecho a soli-

¹⁴⁰ Sobre la utilización indiscriminada de los decretos leyes para tomar las medidas antri-crisis véase G. DI COSIMO, «Il governo pigliatutto: la decretazione d'urgenza nella XVI legislatura», *Osservatoriosullefonti.it*, núm. 1/2013.

¹⁴¹ Véase el *Rapporto 2012 sulla legislazione*, vol. II, tomo II Cap. IV «Dati e tendenze della legislazione statale», p. 387: <http://leg16.camera.it/cartellecomuni/Leg16/documenti/2012/capitoloIV.pdf>.

¹⁴² Se trata de una comisión creada para desarrollar las propuestas de dos «grupos de trabajo» (uno para reformas institucionales y otro para reformas económicas) nombrados por el Presidente de la Republica Giorgio Napolitano durante las últimas semanas de su primer mandato. Los Informes finales están disponible en: http://www.quirinale.it/qrnw/statico/attivita/consultazioni/c_20mar2013/gruppi_lavoro/2013-04-12_relazione_finale.pdf y http://www.quirinale.it/qrnw/statico/attivita/consultazioni/c_20mar2013/gruppi_lavoro/2013-04-12_agenda_possibile.pdf.

Sobre los aspectos más problemáticos véasen: T. E. Frosini, «Sulla saggezza dei saggi per le riforme istituzionali», *www.rivistaaic.it*, núm. 2/2013 y los interesante comentarios de A. RUGGERI, «Crisi economica e crisi Della Costituzione», *ConsultaOnline*, 21/09/2012, p. 8 y ss.

¹⁴³ <http://www.governo.it/backoffice/allegati/71499-8731.pdf>.

citar el referéndum constitucional sobre la ley o las leyes de revisión constitucional aprobadas por el Parlamento, a pesar de la mayoría alcanzada en la adopción parlamentaria («excepción» respecto al art. 138 Const.). Además, junto al trámite formal, el Presidente del Consejo de Ministros, mediante decreto, ha nombrado una Comisión para las Reformas Constitucionales y un Comité para la redacción del informe final presentado el 17 de septiembre del 2013 ¹⁴⁴. Las soluciones propuestas, con referencia al tema de la estructura territorial, van en la dirección de reconfigurar la arquitectura constitucional-territorial. No es difícil imaginar el amplio debate provocado por el Informe; el documento «Appello alle Commissioni Affari costituzionali e ai Gruppi parlamentari della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica - Per una Riforma razionale del sistema delle autonomie locali» ¹⁴⁵ (11 de octubre de 2013) es una prueba emblemática del contexto, incluso, académico, existente en este momento en Italia.

Es evidente que cambia no solo la forma sino, también, la sustancia; es decir, las directrices que mueven el proceso de reforma; los principios de autonomía, pluralismo, subsidiariedad se sustituyen por otras palabras clave: racionalización, eficiencia, reducción del tamaño del sistema de AP ¹⁴⁶. El efecto más directo es una re-centralización de las políticas públicas con una recuperación de funciones por el centro que no se acompaña con un replanteamiento de la estructura administrativa central. El riesgo es una centralización del sistema que sigue teniendo «un centro débil y con las antiguas disfunciones» ¹⁴⁷. Otro elemento que destaca es la progresiva emersión de un concepto de autonomía territorial que parece cualificarse en términos

¹⁴⁴ <http://riformecostituzionali.gov.it/documenti-della-commissione/relazione-finale.html>.

¹⁴⁵ Documento disponible en: www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=23434&dpath=document&dfile=22102013171447.pdf&content=Appello+alle+Commissioni+Affari+costituzionali+e+ai+Gruppi+parlamentari+della+Camera+dei+deputati+e+del+Senato+della+Repubblica+-+Per+una+Riforma+razionale+del+sistema+delle+autonomie+locali.+--+stato+--+dottrina+-+.

¹⁴⁶ G. PIPERATA, «Processi di trasformazione dei poteri locali in Europa: cause, dinamiche, conseguenze», *federalismi.it*, núm. 5/2013.

¹⁴⁷ G. PIPERATA, «Processi di trasformazione, cit., p. 6.

de sostenibilidad, es decir «el nivel de gobierno puede tener autonomía, pero debe ganársela, demostrando que ésta sea sostenible en términos de eficiencia, economicidad y eficacia»¹⁴⁸.

Si las medidas europeas no hacen más que acelerar un proceso ya en acción; quien se aprovecha de esta centralización son los Estados que atraen funciones para cumplir las obligaciones supranacionales, según un modelo «sui generis» de federalismo cooperativo¹⁴⁹. Esto confirma que el Estado sigue teniendo su papel de «gatekeeper»¹⁵⁰. A raíz de esto, no extraña el Dictamen del Comité de las Regiones sobre «La descentralización en la Unión Europea y el lugar del autogobierno local y regional en la elaboración y ejecución de las políticas de la UE»¹⁵¹ en el cual se ponen manifiesto las ventajas de la descentralización «tanto en términos de costes como de calidad de los servicios y proximidad al ciudadano»¹⁵². El Comité hace hincapié en los riesgos de reformas de austeridad utilizadas «como pretexto para centralizar más competencias, para llevar a cabo una descentralización sin financiación adecuada o para simplificar, reducir o incluso eliminar estructuras subnacionales, lo que en definitiva conduce a una merma de la

¹⁴⁸ G. PIPERATA, «Processi di trasformazione, cit., p. 6.

¹⁴⁹ Sobre la UE como federalismo cooperativo véase SCHÜTZE, R., *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

¹⁵⁰ Sobre el incremento de los poderes de control y de sanción del Estado a la luz de las recientes medidas legislativas «anticrisis» adoptadas en España véase E. ALBERTÍ ROVIRA, «El impacto de la crisis financiera en el estado autonómico español», *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 98/2013, pp. 63-89. Véase también G. MARTINICO-A.M. RUSSO, «La influencia de la UE en la distribución del poder entre Estados y regiones en tiempo de crisis», L. I. GORDILLO PÉREZ, (coord.), *El poder normativo foral en la encrucijada: encaje constitucional, modelo fiscal y crisis económica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013 en proceso de publicación.

¹⁵¹ Dictamen del Comité de las Regiones - La descentralización en la Unión Europea y el lugar del autogobierno local y regional en la elaboración y ejecución de las políticas de la UE, (2013/C 139/08): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:139:0039:0045:ES:PDF>.

¹⁵² Dictamen del Comité de las Regiones - La descentralización, cit., recomendación política núm. 3.

democracia regional y local, una tendencia basada en la errónea suposición de que los servicios públicos resultan menos onerosos si se trasladan al nivel central de gobierno»¹⁵³.

Estos «input» solicitan, más que reflexiones, preguntas de fondo: ¿El sistema administrativo multinivel resulta económicamente insostenible?¹⁵⁴. ¿La racionalización del gasto público y la reducción de la deuda soberana tienen que pasar por un recorte general de los entes o, más bien, por un replanteamiento de las funciones atribuidas a los distintos entes? En esta última opción la crisis, siguiendo su sentido etimológico originario¹⁵⁵, podría representar una verdadera ocasión para reflexionar y tomar en serio las potencialidades aún latentes del principio del pluralismo autonómico sentado entre los principios fundamentales de la Constitución (art. 5 Const.), aunque las últimas tendencias de reforma parecen ir hacia otra trayectoria:

«¿No es siempre Italia la patria del «gatopardismo», tendencia según la cual ha de cambiar todo para que nada cambie?»¹⁵⁶.

Resumen:

En este trabajo se aborda el tema de racionalización del sector público italiano en el marco de la crisis económica y financiera europea. El análisis se centra, principalmente, en el impacto que las medidas anticrisis tomadas para alcanzar el «objetivo europeo» de spending review, generan sobre el sistema de las Administraciones públicas y, especialmente, territoriales.

En la primera parte se esboza el perfil y los principios que rigen el sistema de AA.PP para analizar luego los principales cambios normativos interpuestos durante el desarrollo del regionalismo. En la segunda parte se analizan, por un lado, los «datos» concernientes las AA.PP y, especialmente, los resultados registrados en el marco

¹⁵³ Dictamen del Comité de las Regiones - La descentralización, cit., recomendación política núm. 22.

¹⁵⁴ C. TUBERTINI, «La razionalizzazione del sistema locale in Italia: verso quale modello?», *Istituzioni del Federalismo*, núm. 3/2012, p. 723 y ss.

¹⁵⁵ En griego *krino* quiere decir separar pero también evaluar, juzgar. En este sentido la crisis es también un momento de reflexión. Sobre la función positiva de la crisis en la literatura véase, entre otros, R. CASTALDI, «Europe Needs Initiative and Leadership to Overcome the Crisis», *Perspectives on Federalism*, 2010, I-XXIV.

¹⁵⁶ A. SPADARO, «La pericolosa anomalia», cit., p. 11.

temporal de la crisis económica, y, por el otro, las medidas legislativas y constitucionales tomadas para alcanzar estrictos objetivos de finanza pública. Las conclusiones se dedican a los rasgos del sistema de AP italiano y a la curiosa tendencia del legislador de «cambiar todo para que nada cambie».

Palabras Clave: Sector público, administraciones públicas, crisis económica, autonomía territorial, re-centralización, Derecho UE.

Abstract:

This work deals with the rationalization of the Italian public sector within the frame of the European economic and financial crisis. The analysis focuses on the impact of the anti-crisis measures- taken to achieve the «European goal» of the spending review- on the system of public administrations, especially territorial administrations. The first part of the article explores the structure and the principles governing the public administrations in order to analyse the main changes occurred during the development of the Italian regionalism. In the second part I shall analyse the «data» concerning Public Administrations, especially, the results detected with the economic crisis, on the one hand, and the legislative and constitutional measures adopted to achieve the pressing objectives of public finance, on the other. The final remarks are devoted to the features of the Public Administration system in Italy and to the curious tendency to «change everything so that nothing changes».

Keywords: Public sector, Public Administrations, economic crisis, territorial autonomy, re-centralization, EU law.

Artículos

ESCUCHAS TELEFÓNICAS FORTUITAS Y MERMA DE LAS ATRIBUCIONES PRESIDENCIALES*

ALESSANDRO PACE **

SUMARIO:

1. PREMISA
2. TRES CONSIDERACIONES PRELIMINARES
3. LOS HECHOS QUE ORIGINARON EL CONFLICTO
4. LAS BASES JURÍDICAS DEL CONFLICTO. LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO
5. EL RECURSO INFUNDADO EN SU CONTENIDO Y LAS CRÍTICAS DE LA SENTENCIA SOBRE EL MISMO
6. LAS CONTRADICCIONES DE LA SENTENCIA. LA DISCUTIBLE «RELECTURA» DEL ART. 271 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
7. EL RECONOCIMIENTO DEL PODER DEL JUEZ PARA EVALUAR LAS ESCUCHAS
8. LA PREGUNTA FINAL: ¿Y LA PRIVACIDAD DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO Y DE LOS MINISTROS?

1. PREMISA

Le agradezco al prof. Francisco Balaguer y a la Universidad de Granada —donde ya he tenido el honor de ser invitado varias veces, desde que era profesor de esta Universidad el inolvidable Juan José Ruiz-Rico— la invi-

* Traducido del italiano por Sabrina Ragone.

Introducción al seminario de estudio sobre «La Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 1 de 2013 y la inmunidad del Presidente de la República» (Universidad de Granada, Facultad de Derecho, 22 de marzo de 2013).

** Profesor emérito de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma «La Sapienza».

tación para que introduzca el seminario de hoy, sobre la sentencia 1/2013, del 15 de enero, de la Corte Constitucional italiana: una sentencia de gran relevancia, pues por primera vez, no solamente en Italia, se analiza el problema muy peculiar de la regulación de las escuchas «accidentales» (o «fortuitas» o «casuales») de las comunicaciones telefónicas del Jefe de Estado.

Confieso que no era mi intención participar en el debate científico sobre esta decisión, puesto que, con otros colegas, defendí a la Fiscalía del Tribunal de Palermo en el conflicto que el Presidente de la República planteó ante la Corte Constitucional.

Sin embargo, el hecho de que se hayan sumado en el mismo día este seminario y la presentación de los recientes «Escritos» en mi honor —lo cual me halaga inmensamente— ha disuelto, como niebla en el sol, todos mis recelos, incluso porque debatir este problema en una perspectiva comparada puede ser especialmente fructífero desde el punto de vista científico.

2. TRES CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Son inexcusables algunas premisas, con referencia: 1) al contexto político-institucional en el que la sentencia fue adoptada; 2) a la relevancia particular, como «parte en causa», del Presidente de la República en los conflictos de atribución entre poderes del Estado; 3) a las diferencias entre una sentencia emitida en el conflicto entre poderes y una emitida en el control de legitimidad constitucional de una disposición legislativa.

Sobre el primer punto, hay que tener en cuenta el papel tan peculiar desempeñado por el Presidente de la República Giorgio Napolitano después de la dimisión del Presidente del Gobierno Silvio Berlusconi y del posterior nombramiento de Mario Monti. Siendo la mayoría parlamentaria del Gobierno Monti una mayoría «transversal», es decir, formada por los tres principales partidos presentes en el Parlamento: Partido de la Libertad, Partido Democrático y Unión de Centro (de los cuales, dos de oposición), el Jefe del Estado ha tenido, desde noviembre de 2011 y durante toda la duración del Gobierno Monti, un indiscutible papel de apoyo al Gobierno, legitimado por el respeto unánime de los partidos más grandes y por la popularidad en la opinión pública. De allí surgió la preocupación, no sólo del

Presidente Napolitano, que la difusión del contenido de escuchas casuales, como ya había pasado anteriormente al Presidente Scalfaro¹, pudiese dañar no solamente la popularidad del Presidente, sino también, a la vez, la estabilidad del Gobierno en un momento de gravísima crisis económico-financiera.

Sobre el segundo punto, no se puede no compartir, por lo menos en los casos en los que entran en juego las prerrogativas del Jefe de Estado, lo que afirma Gustavo Zagrebelsky, con su autoridad de constitucionalista y antiguo Presidente de la Corte Constitucional. En la reciente reedición de su volumen «Giustizia costituzionale», éste subraya que, siendo el Presidente también, como la Corte, aunque por diferentes vías, «defensor de la Constitución», hay «algo que desentona, cuando el Presidente es una parte activa del conflicto». Y añade: «Es inimaginable que, en el conflicto que él mismo interpuso, sucumba. Sería un hecho contrario a la solidez de las instituciones constitucionales, instituciones que ambos tienen que defender. En estos casos, el conflicto de hecho pasa de ser un juicio basado en la paridad de armas entre las partes, a un instrumento del Presidente, incómodo para la Corte, para obtener su aval o una cobertura»².

¹ Un caso parecido de escucha indirecta y ocasional, en el que fue involucrado el entonces Presidente de la República Oscar Luigi Scalfaro, se dio el 12 de noviembre de 1993 porque se estaban monitorizando las llamadas del consejero delegado del Banco Popular de Novara. Dicha escucha había sido dispuesta por la Fiscalía de Milán y su contenido fue publicado en el periódico «Il Giornale» el 27 de febrero de 1997. El Presidente Scalfaro no interpuso ningún conflicto pero en el Senado, el 7 de marzo de 1997, se propusieron muchas interpelaciones al Ministro de Justicia. La conducta de la Fiscalía de Milán fue considerada irreprochable. Muchos desearon una ley que garantizase en esos casos la privacidad de las comunicaciones presidenciales dando al juez el poder de destruir los documentos si no son relevantes para el proceso. Véanse las Actas de Sesiones del Senado, 146.ª sesión pública, versión estenográfica, 7 de marzo de 1997.

Las partes destacadas de la escucha y todo el caso son descritos y comentados por G. ROMA, «Un altro passo verso l'invulnerabilità del Presidente della Repubblica? Il caso della c.d. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 2883 ss.

² G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bolonia, 2012, p. 428.

Este destacado estudioso había expresado las mismas dudas con anterioridad, en un extenso artículo en el periódico «La Repubblica»³ (poco después de que se presentara el recurso del Presidente Napolitano ante la Corte Constitucional) que, sin embargo, había provocado la reprensión de Eugenio Scalfari, fundador y antiguo director del diario⁴, donde se entendía la preocupación de que la desestimación del recurso podría causar la dimisión del Presidente Napolitano.

Finalmente, sobre el tercer punto, hay que evidenciar que la decisión que se comenta ha sido adoptada por la Corte Constitucional en un conflicto de atribuciones entre poderes del Estado. La función de la Corte en estos casos es establecer si un poder del Estado —entendido como el órgano constitucional habilitado para manifestar «definitivamente» la voluntad del poder al que pertenece— ha invadido o mermado las atribuciones que le corresponden a otro poder. Y la Corte lo hace declarando la «pertenencia» o la «no pertenencia» del poder contestado y, en su caso, disponiendo la anulación del acto perjudicial para las atribuciones constitucionales. La comprobación de la pertenencia del poder se efectúa con base en las «normas» constitucionales, incluyéndose en esta categoría los principios y las disposiciones constitucionales, las disposiciones legislativas que los integran y las normas consuetudinarias de nivel constitucional.

Justamente porque la Corte debe decidir si ha habido o no una «violación» con consecuente «merma» del poder recurrente, la decisión, en este tipo de juicio, debe de ser necesariamente «neta»: o sí o no. En otras palabras, el fallo no puede basarse en una «manipulación» del significado normativo de la disposición legislativa determinativa de la «competencia» relevante para la decisión. Al contrario, la «manipulación» del significado

³ G. ZAGREBELSKY, «Napolitano, la Consulta e quel silenzio della Costituzione», en *La Repubblica*, 17/8/2012, p. 1.

⁴ E. SCALFARI, «Perché attaccano il Capo dello Stato», en *La Repubblica*, 19/8/2012. Véase la réplica de G. ZAGREBELSKY, «Il Colle, le Procure e lo spirito della Costituzione», ibídem, 23/8/2012. Los temores sobre las consecuencias político-institucionales son evidentes en el artículo de E. MAURO, «Un giornale, le Procure e il Quirinale», ibídem, 24/8/2012.

normativo de la disposición legislativa sometida al juicio de la Corte es posible, mejor dicho frecuente, en el control de constitucionalidad, tanto en las sentencias estimatorias como en las desestimatorias.

En consecuencia, si —para decidir que un poder ha invadido o mermado las atribuciones de otro poder— la Corte estuviese obligada a manipular una norma, ello significaría que aquella norma, con aquel significado específico, no existía antes del juicio, con lo cual la decisión de estimar o desestimar el conflicto se insertaría en un marco normativo modificado.

Y así ha ocurrido en este caso.

3. LOS HECHOS QUE ORIGINARON EL CONFLICTO

La iniciativa judicial del Jefe de Estado en este conflicto tiene su origen en una entrevista. Le preguntaron al fiscal auxiliar («sostituto procuratore») Antonino Di Matteo si entre las comunicaciones telefónicas del antiguo Ministro del Interior (Nicola Mancino), sometidas a escuchas en la investigación sobre la denominada «tratativa» entre Estado y Mafia entre 1992 y 1994, había alguna conversación con el Presidente de la República Giorgio Napolitano, y éste dijo que «En las actas depositadas no hay rastro de conversaciones del Jefe de Estado y esto significa que no son nada relevantes». La entrevista fue publicada en el periódico «La Repubblica» del 22 de junio de 2012. El Abogado general del Estado, con el impulso del Secretario general de la Presidencia de la República, pocos días después, el 27 de junio, le escribió al fiscal de Palermo, Francesco Messineo, pidiéndole que confirmara o desmintiera las escuchas de llamadas telefónicas en las que participase el Presidente de la República. El fiscal contestó así el 6 de julio: «Le comunico que esta Fiscalía, habiendo ya considerado irrelevante para el procedimiento cualquier eventual comunicación telefónica presente en las actas y dirigida al Jefe de Estado, no prevé ninguna utilización investigadora o procesal de las mismas, sino exclusivamente su destrucción a realizar conforme a la ley».

La respuesta implicaba que la escucha, habiendo sido considerada irrelevante para el procedimiento pendiente, se destruiría tras una audiencia a puerta cerrada con la presencia de los defensores de los demás investiga-

dos conforme al art. 269.2 del Código de procedimiento penal (c.p.p.), con lo cual el contenido de las escuchas se haría probablemente público. Por lo tanto el Presidente de la República planteó, sin demora, el conflicto de atribuciones en contra de la Fiscalía de Palermo el 30 de julio.

Al personarse, el fiscal de Palermo especificaba que las escuchas sobre los números del antiguo Ministro Mancino habían sido en total 9.295, en cuatro de las cuales el interlocutor era el Presidente de la República.

4. LAS BASES JURÍDICAS DEL CONFLICTO. LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO

¿Cuáles eran las bases jurídicas del conflicto? En su recurso, la Abogacía general del Estado sostenía que «las escuchas de las conversaciones en las que participa el Presidente de la República, aunque indirectas y ocasionales, (...) tienen que considerarse absolutamente prohibidas y no pueden, entonces, de ningún modo ser evaluadas, usadas o transcritas y el fiscal debe solicitar su destrucción inmediata al juez». Como base de la tesis se mencionaban los arts. 3⁵ y 90⁶ de la Constitución y el art. 7, apartados 2 y 3, de la ley 219 de 5 de junio de 1989⁷ y en las conclusiones se pedía que la Corte «declare que no es competencia de la Fiscalía del Tribunal de Palermo omitir la destrucción inmediata de las escuchas casuales del Pre-

⁵ El art. 3 de la Constitución garantiza el principio de igualdad, pero la jurisprudencia constitucional individualiza también el principio de racionalidad/razonabilidad.

⁶ Art. 90 de la Constitución: El Presidente de la República no será responsable de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, salvo por alta traición o atentado a la Constitución.

En estos casos será acusado por el Parlamento en sesión conjunta, por mayoría absoluta de sus miembros.

⁷ Art. 7, apartados 2 y 3, de la ley 219/1989: «2. Deben en todo caso ser deliberados por el Comité los actos que disponen escuchas telefónicas o de otras formas de comunicación, o registros personales o domiciliarios, y los que aplican medidas cautelares limitativas de la libertad personal de los investigados. 3. No se pueden adoptar los actos indicados en el apartado 2 para el Presidente de la República a no ser que la Corte Constitucional haya dispuesto previamente su suspensión del cargo».

sidente de la República ni evaluar su (ir)relevancia ofreciendo una parte de ellas en la audiencia, conforme al art. 268 del Código de procedimiento penal».

Cuidado: en el recurso se le pedía a la Corte que obligase a la Fiscalía de Palermo, es decir, al ministerio fiscal, a no evaluar la relevancia de las escuchas y disponer su destrucción. Pero este poder, conforme a los arts. 269 y 271 c.p.p., no le corresponde al ministerio fiscal, sino al juez. Por lo tanto el recurrente pretendía que la Fiscalía realizase una conducta que no se le podía exigir.

Tras esta excepción de la Fiscalía, la Abogacía general del Estado, posteriormente (pero fuera de la forma correcta) modificó las conclusiones del recurso en un sentido diferente, es decir, pidió que el juez destruyera las escuchas y no el ministerio fiscal⁸. Por su parte, la Corte consideró, con cierta benevolencia, como lo había hecho con anterioridad⁹, que con base en una lectura global del recurso, éste se podía interpretar en este sentido¹⁰.

En este escrito nos interesan más los aspectos sustanciales del conflicto, con lo cual no profundizaré en los procesales. Sin embargo, hay que decir que la decisión de admitir el recurso del Presidente en contra de la Fiscalía aunque la misma no sea competente para destruir las escuchas ha tenido consecuencias en la estructura de la sentencia. Veamos cuáles.

⁸ Así en las conclusiones del escrito presentado por el Presidente de la República el 23 de noviembre de 2012.

⁹ Piénsese en el recurso interpuesto por el ex Presidente de la República Cossiga que fue admitido, a pesar de que en las conclusiones faltaba la solicitud de anulación de las dos sentencias de la Corte de Casación contestadas en el recurso (véase el auto 455/2002 de la Corte Constitucional, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 3745 ss., con comentario crítico de A. PACE, «Habent sua sidera lites: la discutibile ammissibilità del ricorso per conflitto tra poteri di un ex Presidente»).

¹⁰ La Corte ha sostenido que mediante «una lectura global del escrito de interposición» se podía llegar a una solución opuesta, pues en el recurso el recurrente no desconocería que «la destrucción del material probatorio depende de la decisión del juez» (sic!). En otras palabras, como en el escrito se mencionaba de paso el art. 271 c.p.p. que le otorga al juez el poder de destruir las escuchas, haber indicado en las conclusiones sólo al ministerio fiscal no sería resolutivo.

Para una crítica severa de la sentencia, desde esta perspectiva, véase L. CARLASSARE, «Napolitano, la Consulta e i dubbi che restano», en *Il manifesto*, 17/1/2013.

En el fallo de la sentencia, la Corte declara que «no le correspondía a la Fiscalía de Palermo evaluar la relevancia de las escuchas de conversaciones telefónicas del Presidente de la República, realizadas en el juicio penal n. 11609/08» y que «no le correspondía a la misma Fiscalía omitir pedir al juez la destrucción inmediata de los documentos relativos a las escuchas indicadas, conforme al art. 271.3 c.p.p., sin someter las mismas al contradictorio entre las partes y con modalidades idóneas para asegurar el secreto del contenido de las conversaciones escuchadas».

Pero lo que tenía que hacer el juez —lo cual era el verdadero objeto del juicio, tras la modificación de las conclusiones— se encuentra en el último párrafo de la motivación (fundamento jurídico 16) y no en el fallo de la sentencia; por lo tanto, el juez habría podido no adecuarse a la decisión de la Corte y decidir, conforme a la posición de la Corte de Casación (véase el § 6), adoptar su decisión en la audiencia regulada en el art. 127 c.p.p. en presencia de los abogados de las demás partes.

5. EL RECURSO INFUNDADO EN SU CONTENIDO Y LAS CRÍTICAS DE LA SENTENCIA SOBRE EL MISMO

En el fondo, los Abogados del Estado consideraban que «la esfera de inmunidad que la Constitución reserva para el Jefe de Estado no constituye un privilegio inadmisibles, ligado a experiencias ya superadas definitivamente. Al contrario, las prerrogativas que la Constitución le atribuye al Jefe de Estado son funcionales a las fundamentales tareas que es llamado a desempeñar en el ejercicio de la mencionada función de garantía global de la correcta articulación del sistema que ejerce manteniendo justamente la unidad de la Nación. Es completamente evidente que, en el ejercicio de estas tareas, al Presidente de la República hay que asegurarle la máxima libertad posible de acción y privacidad, porque algunas de las actividades que realiza, además no poco significativas, no están formalizadas»¹¹.

¹¹ Recurso, p. 7.

Esta posición (es decir, que las escuchas, aunque accidentales, son contrarias a la inmunidad presidencial) en gran parte se apoyó en los fundamentos jurídicos de la sentencia, que la Corte dedicó a la reconstrucción de los poderes formales e informales del Presidente que justificarían la «privacidad absoluta» (fundamento jurídico 9) conforme a una supuesta interpretación sistemática¹². Pero tanto esta posición como el amplio listado de poderes presidenciales levantan ciertas dudas. La primera, porque en la jurisprudencia constitucional (sentencias 10/2000, 11/2000, 24/2004 y 262/2009) siempre se ha expresado la tesis de que las prerrogativas constitucionales, en la medida en que derogan el principio constitucional de igualdad, necesitan un fundamento explícito en normas constitucionales¹³. El segundo, porque el listado era irrelevante. Sólo habría sido relevante si en el conflicto se hubiese discutido la existencia o no de un caso de irresponsabilidad del Jefe de Estado conforme al art. 90 Const. y se hubiese evaluado la legitimidad o licitud de actos o comportamientos que hubiesen vulnerado intencionalmente las atribuciones presidenciales. Ahora bien, con referencia al primer punto, la sentencia misma excluye la aplicabilidad al caso del art. 90 Const. (fundamento jurídico 12); sobre el segundo, la Corte admite que las escuchas contestadas eran accidentales. Entonces no es la cantidad y calidad de atribuciones presidenciales las que podrían darles la naturaleza de «prohibidas».

Sin embargo, es cierto que cuanto más amplia es la esfera de atribuciones de un poder del Estado, más extensa es el área de la prohibición, pero esta prohibición (como la autorización) puede referirse a los actos y conductas voluntarias, no a hechos fortuitos, cuya responsabilidad, en nuestro ordenamiento, puede tener relevancia a lo mejor sólo en algunas hipótesis

¹² Véase el fundamento jurídico 8.1 y allí la afirmación de que «la evaluación de conformidad a la Constitución misma debe hacerse con referencia al sistema».

¹³ Compartimos las observaciones al respecto de A. ANZON DEMMIG, «Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione», en la revista *telemática AIC*, 2013, n. 1, que subraya que la Corte, en esta sentencia, ha abandonado, en parte, el rigor de las anteriores decisiones (24/2004 y 262/2009) para individualizar las prerrogativas constitucionales.

de responsabilidad objetiva previstas por el derecho civil¹⁴, pero nunca en el ámbito penal (ex art. 27.1 Const.).

Hemos dicho que esta posición constituye la base de la mayor parte de los fundamentos jurídicos, no de toda la motivación. En el fundamento 14, donde se afronta el punto central del conflicto —sobre si las escuchas «casuales» de las conversaciones del Presidente de la República debían considerarse prohibidas tal y como las escuchas «directas» (con la consecuencia que ambas serían vedadas conforme al art. 7.3 de la ley 219/1989)— la Corte no acepta la equiparación, confirmando, aunque no lo haga expresamente, su jurisprudencia sobre las escuchas casuales de las comunicaciones telefónicas de los parlamentarios, no equiparables a los registros previstos en el art. 68 Const. (sentencias 390/1997, 213/2010 y 214/2010)¹⁵.

La argumentación de la Corte sobre este punto es importante y merece una lectura atenta: «Si la escucha ha sido casual, es decir, no era previsible ni evitable, el problema no es afirmar su prohibición a priori, que, en general, existe pero no puede aplicarse en este caso —debido también a la modalidad técnica de su ejecución— justamente por la casualidad e imprevisibilidad de la captación (consideración que, por otro lado, excluye la necesaria premisa lógica de la solicitud del recurrente que se declare que no le correspondía a la Fiscalía no interrumpir la grabación de las conversaciones)».

¹⁴ Arts. 2048, 2049, 2050, 2053, 2054 del Código Civil. Véase también G. COTTINO, voz «Caso fortuito e forza maggiore», en *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milán, 1960, p. 377 y ss.

¹⁵ En la sentencia 390/2007, en el fundamento 5.3, la Corte, al excluir que se pueda aplicar el art. 68 Const. a las escuchas «fortuitas» de un parlamentario, había afirmado correctamente que «la eventualidad que la ejecución del acto sea expresión de un comportamiento persecutorio (...) queda excluida, normalmente, por la misma accidentalidad del ingreso del parlamentario en el área de escucha». Por la misma razón, con referencia a la sentencia que se comenta, las escuchas «fortuitas» de las conversaciones del Presidente de la República no constituían expresión de un comportamiento persecutorio y entonces no podían representar tampoco una vulneración voluntaria de la esfera de privacidad del Presidente de la República.

Ello significa que la Corte distingue entre «una prohibición específica» y una «prohibición preventiva general» que la misma deduce de la protección de la «privacidad absoluta» de las funciones presidenciales (fundamentos jurídicos 8-10) con referencia en particular a la «esencial protección de las actividades de equilibrio y enlace entre poderes del Estado» (FJ 14)¹⁶. Esta «prohibición preventiva general» —que ha despertado unas cuantas dudas, que se pueden compartir¹⁷— no tiene relevancia práctica a la hora de decidir, porque, como lo admite la misma Corte, «no puede aplicarse en este caso —debido también a la modalidad técnica de su ejecución— justamente por la casualidad e imprevisibilidad de la captación».

Pero hay algo más. La Corte no solamente niega que las escuchas accidentales puedan ser objeto de una prohibición específica (con lo cual considera que «la solicitud del recurrente que se declare que no le correspondía a la Fiscalía no interrumpir la grabación de las conversaciones» carece de su necesaria premisa lógica) sino que añade, desde el punto de vista de la responsabilidad de la Fiscalía de Palermo, que la posición de «quien se encuentre ocasionalmente delante de una conversación captada durante una actividad de control legítimamente dirigida hacia otro sujeto» es muy diferente de la «posición de quien deliberadamente interfiere de forma ilegítima en la esfera de privacidad de un órgano constitucional». Entonces el fiscal de Palermo no podía considerarse responsable.

¹⁶ La Corte, para demostrar que las escuchas casuales de las comunicaciones presidenciales estarían prohibidas en general, sostiene, en el fundamento 14, que, del hecho de que «el hecho fortuito no puede ser prohibido» no deriva que las escuchas casuales están permitidas, porque el nivel de tutela de la privacidad del Presidente no puede bajar debido a circunstancias no previstas. Es seguramente correcto que las escuchas casuales no pueden decirse permitidas, pero por una razón distinta a la que menciona la Corte. Sólo los comportamientos voluntarios pueden estar prohibidos o permitidos. Lo que es fortuito no se puede regular en ninguno de los dos sentidos (véase el § 5).

¹⁷ M. OLIVETTI, «Quella sentenza fa storia (ma rafforza qualche dubbio)», en *Avvenire*, 17/1/2013, p. 2, subraya la necesidad de una «mayor prudencia frente a la idea de una privacidad absoluta para los actos informales del Jefe de Estado, que corre el riesgo de ser configurado como una suerte de «gran tutor oculto de la Constitución».

Pero si las escuchas ocasionales no están prohibidas y el fiscal no puede considerarse responsable, ¿cómo puede haberse dado una merma de las atribuciones presidenciales? ¿Cómo puede ser posible que un acontecimiento fortuito merme las atribuciones constitucionales del Presidente de la República o de otro poder del Estado?

6. LAS CONTRADICCIONES DE LA SENTENCIA. LA DISCUTIBLE «RELECTURA» DEL ART. 271 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

La Corte entonces, confirmando su anterior jurisprudencia, excluye en el fundamento 14 que una escucha fortuita de una comunicación esté prohibida. De ello deriva la consecuencia que la prohibición de las escuchas telefónicas prevista en el art. 7.3 de la ley 219/1989 no se puede aplicar también a las escuchas fortuitas.

Lo que sorprende, por lo tanto, es el error de la Corte en el siguiente fundamento (15), cuando identifica en el art. 271.3 c.p.p. la disposición que permitiría la destrucción de las escuchas «fortuitas». Esta disposición —argumenta la Corte— «prevé que el juez ordene la destrucción de la documentación de las escuchas que no pueden ser usadas conforme a los apartados anteriores del mismo artículo, en particular y en primer lugar porque fueron realizadas fuera de los casos permitidos por la ley, a no ser que ésta constituya cuerpo de delito. Por las razones mencionadas hasta aquí, las escuchas de las conversaciones del Presidente de la República se sitúan dentro de esta amplia previsión, aunque se realicen de forma ocasional».

Con esta argumentación la Corte se equivoca dos veces. La primera vez sobre el primer apartado, pues la imposibilidad de usar las escuchas que esta norma establece se refiere sólo a aquellas escuchas que fueron realizadas fuera de los casos permitidos por ley, que no puede aplicarse a las escuchas ocasionales de las comunicaciones, ya que poco antes ha afirmado que éstas no pueden ser prohibidas.

Y la Corte se equivoca la segunda vez sobre el apartado 2, conforme al cual no se pueden usar las escuchas «relativas a comunicaciones de las personas indicadas en el art. 200.1, cuando tienen como objeto hechos co-

nocidos por su ministerio, oficio o profesión»¹⁸. Quedando claro que las disposiciones de los dos primeros apartados del art. 271 c.p.p. son ambas taxativas¹⁹, no se ve cómo las funciones del Presidente de la República puedan ser consideradas estructural y funcionalmente análogas a las que desempeña el profesional hacia su cliente o el ministro del culto hacia el feligrés que le confiesa sus pecados.

Pero hay algo más. La Fiscalía de Palermo, en sus escritos presentados en el juicio, había tempestivamente mencionado que tanto la Corte de Casación²⁰ como la doctrina²¹ opinan, en la interpretación del art. 271 c.p.p., que la destrucción también tiene que ser ejecutada según la norma y, no diversamente de los artt. 268 y 269 c.p.p., es decir, ordenada en audiencia a puerta cerrada conforme al art. 127 c.p.p., por tanto, con respeto a la garantía constitucional del derecho de defensa y del principio de contradicción

¹⁸ Es decir, los ministros de un culto, los abogados, los detectives privados, los asesores técnicos y los notarios, los médicos, los cirujanos, etc.

¹⁹ La jurisprudencia considera que las hipótesis de prohibición son taxativas. Véase Corte de Casación, I sección penal, 17/12/1999, n. 790, en Cass. pen., 2001, p. 569; Corte de Casación, IV sección penal, 17/9/2004, n. 49306, en Cass. pen., 2006, fasc. 5, p. 1878; Corte de Casación, IV sección penal, 28/2/2005, n. 20130, en Giur. it., 2006, p. 583; Corte de Casación, VI sección penal, 24/11/2009, n. 48968, en CED Cass. pen., 2009, p. 245542 y en Cass. pen., 2010, fasc. n. 12, p. 4311; Corte de Casación, V sección penal, 13/3/2009, n. 14783, en CED Cass. pen., 2009, p. 243609.

²⁰ Véase en este sentido Corte de Casación, VI sección penal, 26/4/2007, n. 33810; Corte de Casación, VI sección penal, 2/4/2009, n. 14461, en CED Cass. pen., 2009, p. 243515, donde se afirma que no se puede realizar la destrucción en el procedimiento incidental «de libertate», pues presupone «una decisión sobre la imposibilidad de usar [las escuchas] en el juicio, no susceptible de modificaciones, que lleve a excluir la posibilidad de un uso futuro en el juicio en contra de otros imputados por la consideración autónoma y diferente del juez competente».

²¹ L. FILIPPI, art. 271, en A. GIARDA, G. SPANGHER (eds.), *Commentario al codice di procedura penale*, Ipsoa, Milán, 2007, p. 1998 ss.; también O. DOMINIONI, P.M. CORSO, R. GAITO, G. SPANGHER, *Procedura penale*, Giappichelli, Turín, 2010, p.319; A. GAITO, *Codice di procedura penale commentato*, Utet, Turín, 2012, p. 618. En este sentido véase asimismo F. CORDERO, «Se la procedura resta una cosa seria», en *La Repubblica*, 25/7/2012, p. 26; ID., «La geometría del diritto», en *La Repubblica*, 6/12/2012, p. 35.

(artt. 24 e 111.2 Const.). La Corte Constitucional evidentemente no ha considerado oportuno respaldar esta posición.

La consecuencia es que la Corte ha aplicado una disposición —el art. 271 c.p.p.— inaplicable por varias razones (como se ha argumentado con anterioridad) y además le ha atribuido un significado diverso de aquel que comúnmente le dan jurisprudencia y doctrina. La decisión de estimar el recurso se ha tomado, por tanto, en un contexto normativo innovado retroactivamente por la misma Corte Constitucional, lo cual no se encuentra entre las potestades de los magistrados en los conflictos entre poderes (véase supra § 2).

Tampoco se puede sostener, como algunos lo han hecho, que la Corte Constitucional, para superar el obstáculo del «derecho viviente», debería de haberse auto-planteado de forma incidental una cuestión de constitucionalidad, durante el conflicto entre poderes, acerca del art. 271 c.p.p. por su contrariedad al art. 3 Const., debido a la irracionalidad del carácter indefectible del derecho de defensa y del principio de contradicción si se trata de escuchas «fortuitas» de conversaciones del Presidente de la República irrelevantes para el juicio.

Esta cuestión habría sido inadmisibile por irrelevancia en el juicio «a quo»²², porque el art. 271 c.p.p., manipulado de esta forma, habría sido aún más manifiestamente innovador y no habría podido ser la norma a través de la cual resolver el conflicto entre poderes.

7. EL RECONOCIMIENTO DEL PODER DEL JUEZ PARA EVALUAR LAS ESCUCHAS

Como se advirtió al principio, el destino del juicio que terminó con la sentencia 1/2013 ya estaba marcado en su origen. En primer lugar, porque desestimar el recurso habría hecho posible la difusión del contenido de las escuchas accidentales, que habría sido fatal para el delicadísimo equilibrio sobre el cual se basaba el contexto político-institucional si se hubiese en-

²² Art. 23 de la ley 87/1953, del 11 de marzo.

contrado, en hipótesis, algún comentario no muy positivo del Jefe de Estado sobre uno de los líderes de la mayoría parlamentaria que apoyaba al Gobierno Monti. En segundo lugar, porque la Corte Constitucional se habría encontrado en una situación muy incómoda al contradecir al Jefe de Estado sobre el alcance de las que éste considera como prerrogativas de su función.

La Corte Constitucional, a costa de violaciones notables de normas procesales y sustanciales y de contradicciones internas, ha esquivado estos obstáculos llegando a una conclusión del juicio aceptable, al fin y al cabo, pero con algunas reservas.

Por un lado, la Corte ha admitido la imposibilidad de prohibir las escuchas ocasionales de las comunicaciones, pero por otro lado ha sustancialmente «regulado» una materia donde hay reserva de ley (con referencia a las competencias del ministerio fiscal y del juez: artt. 112 y 101 Const.), intentando establecer las consecuencias de las escuchas ocasionales del Presidente de la República.

Una vez excluida una tutela ex ante de la privacidad del Presidente, la Corte la ha recuperado ex post, pero no mediante el uso de la cobertura del secreto de estado por parte del Presidente del Gobierno acerca del contenido de una escucha que se considerase perjudicial para la estabilidad institucional —como lo había planteado la defensa de la Fiscalía²³—, sino imponiendo «a las autoridades que han ordenado y realizado las escuchas el deber de no agravar el daño a la esfera de intimidad de las comunicaciones presidenciales, adoptando todas las medidas necesarias y útiles para impedir la difusión del contenido de las escuchas» (fundamento 14).

La Corte, sin embargo, no ha estimado las pretensiones radicales de la Abogacía general del Estado, según la cual la Fiscalía de Palermo, tras haber recibido las grabaciones de las escuchas fortuitas, debería de haber solicitado al juez su destrucción inmediata. Que justamente esta sería la so-

²³ Obviamente si el Presidente del Gobierno hubiera considerado que se daba una de las hipótesis previstas en el art. 39 de la ley 124/2007. Análogamente en septiembre de 2012 había actuado en el Reino Unido el «Attorney General» vetando la difusión de algunas cartas del Príncipe de Gales.

lución adoptada por la Corte Constitucional había parecido entenderse del breve comunicado de prensa de la Corte el mismo día de la audiencia ²⁴. En aquella ocasión algunos periodistas habían deducido que el juez tendría que haber destruido las escuchas sin analizar su contenido, con una consecuente manifiesta vulneración de la independencia del poder judicial (art. 101.2 Const.).

En el fundamento 16 la Corte reconoce que las escuchas ocasionales del Presidente de la República tienen que ser destruidas, pero en el último párrafo añade que, aunque quede excluida en todo caso la audiencia a puerta cerrada con la participación de los abogados, «la autoridad judicial deberá tener en cuenta la exigencia eventual de evitar el sacrificio de intereses relativos a principios constitucionales supremos: tutela de la vida y de la libertad personal y salvaguardia de la integridad constitucional de las instituciones de la República (art. 90 Const.). En estos casos extremos, la misma Autoridad adoptará las iniciativas permitidas por el ordenamiento».

Ello debería implicar que el juez disponga la destrucción de la escucha casual no de forma inmediata, como se temía, sino sólo si en su opinión dicha escucha: 1) no contiene elementos relevantes para el juicio en el cual se desarrolla la investigación; 2) no contiene ninguna «notitia criminis» ²⁵; 3) no contiene pruebas de culpabilidad relevantes en otros juicios ²⁶.

²⁴ Comunicado de la Corte Constitucional del 4/12/2012: «La Corte Constitucional, estimando el recurso en el conflicto interpuesto por el Presidente de la República, ha declarado que no le correspondía a la Fiscalía del Tribunal ordinario de Palermo evaluar la relevancia de la documentación relativa a las escuchas de las conversaciones telefónicas del Presidente de la República, captadas en el juicio penal 11609/08 y tampoco le correspondía omitir pedir al juez su inmediata destrucción conforme al art. 271.3 c.p.p. y con modalidades idóneas para asegurar el secreto de su contenido, quedando excluido de todas formas su sometimiento al contradictorio entre las partes».

²⁵ En este sentido, véase Corte de Casación, VI sección penal, 9/3/1983, «Piermaria», en Cass. pen., 1985, p. 421; Corte de Casación, VI sección penal, 16/4/1984, «De Salve», en Giust. pen., 1986, III, p. 339; Tribunal de apelación de Génova, 22/2/1986, «Agnese e altro», en Difesa pen., 1986, fasc. 11/12, p. 82; Corte de Casación, IV sección penal, n. 2596, «A.E.», en Cass. pen., 2008, p. 284; Corte de Casación, I sección penal, 2/3/2010, n. 16293, «A. e altro», en Cass. pen., 2011, p. 2684;

La sentencia no incluye entre los principios constitucionales supremos que el juez tiene que considerar ni el derecho de defensa ni el principio de contradicción, aunque la Corte los haya considerado tales²⁷. Pero la exclusión era obvia porque éste era el objetivo del recurso del Presidente y la misma razón de ser de la decisión.

Sin embargo, plantea dudas la evaluación autónoma por parte del juez sobre la relevancia o no del contenido de la escucha en el juicio en el que había sido ordenada. Limitadamente a esta hipótesis, la presencia de los defensores sería prescindible sólo en caso de irrelevancia absoluta, para evitar que en el futuro se diga que «aquel juez no (tenía) en el cuerpo al espíritu santo: a lo mejor se equivoca(ba) definiendo irrelevante algo que era útil o esta(ba) zanjando material constituyente del cuerpo del delito»²⁸.

8. LA PREGUNTA FINAL: ¿Y LA PRIVACIDAD DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO Y DE LOS MINISTROS?

Queda un aspecto que no parece secundario: ¿la tutela ex post de la privacidad, de la que deriva el procedimiento peculiar de evaluación y destrucción de las escuchas fortuitas que se acaba de examinar, constituye una

Corte de Casación, V sección penal, 5/11/2010, n. 4951, «G.», en Cass. pen., 2012, p. 199; Corte de Casación, II sección penal, 7/7/2011, n. 64, en Guida al dir., 2012, n. 15, p. 77; Corte de Casación, V sección penal, 23/2/2012, n. 12252, «B. e altro», en CED Cass. pen., 2012.

²⁶ En este sentido, véase Corte de Casación, II sección penal, 23/4/2010, n. 19699, en CED Cass. 2010, rv 247104: «La prohibición de usar los resultados de las escuchas telefónicas en otros juicios se refiere sólo a su evaluación como elementos de prueba y no como noticia de delito para que se pongan en marcha nuevas investigaciones y se adquieran nuevas pruebas. (caso de uso para la adopción de un secuestro probatorio)». En esta línea también Corte de Casación, IV sección penal, 3/10/2006, n. 2596, en Cass. pen., 2008, p. 284.

²⁷ Lamenta que no se haya considerado A. ANZON DEMMIG, «Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione», cit.

²⁸ Así F. CORDERO, *La geometria del diritto*, cit.

exclusiva del estatus del Presidente de la República o se aplica también a los titulares de otros órganos constitucionales?

La duda tiene fundamento, pues el Presidente de la República, a pesar de todas las atribuciones puntualmente subrayadas por la Corte, no tiene «poderes activos» desde el punto de vista operativo²⁹. La misma Corte, en la sentencia que estamos comentando, ha usado (fundamento 8.3) el conocido sintagma «poder de persuasión» justamente en consideración de los poderes «no activos» que caracterizan su papel y funciones³⁰.

Ahora bien, una escucha fortuita de una llamada telefónica del Presidente del Gobierno y de un Ministro, dotados todos de «poderes activos» relacionados con competencias operativamente más importantes que las del Presidente de la República, ¿no merece quizás un tratamiento al menos análogo al Jefe de Estado, a la luz de la trascendencia de las funciones que éstos desempeñan y de la importancia política, judicial, económica y financiera que podría tener el conocimiento accidental «por parte de terceros» de una comunicación del Presidente del Gobierno o de un Ministro?

Aun admitiendo que a esta pregunta se conteste de forma positiva, es deseable que tanto la decisión sobre los ámbitos subjetivos de la extensión de la tutela de la privacidad de los órganos constitucionales extendida al caso fortuito, como la regulación concreta de las formas de tutela ex post, las tome el legislador con mayor profundidad en los detalles respecto a la sentencia comentada, y no la Corte Constitucional con otra sentencia dictada en un conflicto de atribuciones entre poderes del Estado.

²⁹ Poderes que justamente porque no son activos no implican la responsabilidad política y jurídica del Presidente de la República que recae sobre los Ministros que refrendan sus actos (art. 89 Const.). Véase la nota siguiente.

³⁰ En este sentido, véase P. BARILE, «I poteri del Presidente della Repubblica», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 317 ss., quien hablaba de ello con referencia a los poderes de control y freno, estímulo e impulso a la implementación de la Constitución, y poderes dirigidos a la cobertura y al funcionamiento de los órganos constitucionales. En este sentido, véanse P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, XIII ed., Cedam, Padua, 2011, 234 ss.

Resumen:

Este trabajo es un comentario crítico de la Sentencia 1/2013 de la Corte Constitucional italiana referida a las interceptaciones casuales o fortuitas de las conversaciones telefónicas del Presidente de la República. Explica los hechos que dieron lugar al conflicto entre órganos y luego realiza una valoración crítica de la sentencia.

Palabras Clave: *Corte constitucional, secreto de las comunicaciones, Presidente de la República, Sentencia 1/2013.*

Abstract:

This paper is a critical commentary of the Corte Costituzionale's decision 1/2013, where the Court judged the privacy of the President of the Republic against the inquire powers of the Public Prosecutor. The essay explains the facts that raised the conflict between constitutional powers and puts forward a critical assessment.

Keywords: *Corte costituzionale, privacy, President of the Republic, Decision 1/2013.*

¿ES ADECUADO EL REFERÉNDUM COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA? LAS RECIENTES DEMANDAS ESPAÑOLAS DE REFERÉNDUMS A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA IRLANDESA

EVA SÁENZ ROYO *

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL REFERÉNDUM EN IRLANDA Y EN ESPAÑA
3. EL PAPEL ACTIVO DE LA JURISPRUDENCIA IRLANDESA A FAVOR DEL REFERÉNDUM
4. LAS RECIENTES DEMANDAS DE REFERÉNDUM EN ESPAÑA Y EL PAPEL RESTRICTIVO DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA
5. LA VIABILIDAD DEL REFERÉNDUM EN RÉGIMENES PARLAMENTARIOS A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA IRLANDESA: VENTAJAS Y SOLUCIONES A POSIBLES INCONVENIENTES
6. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Irlanda y España son dos regímenes parlamentarios que viven bajo la misma losa de la crisis económica, en gran medida intensificada por un modelo de crecimiento económico centrado excesivamente en la construcción, y con una creciente «crisis de confianza en el sistema político»¹. En

* Profesora Contratada-Doctora de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza. Acreditada como Profesora Titular.

¹ N. HARDIMAN, «The impact of the crisis on the Irish political system», ponencia presentada en el Royal Irish Academy, Committee for International Affairs

ambos regímenes se culpa al sistema electoral (representación proporcional con transferencia de voto en Irlanda y sistema D'Hondt aplicado a circunscripciones provinciales pequeñas en España), se cuestiona el papel del Senado o se reclama una reducción en el número de parlamentarios o la eliminación de sus sueldos. Además en España, superada la etapa de consolidación de la democracia representativa y enseñoreada ésta por la hegemonía de los partidos políticos, se impone la necesidad de un mayor acercamiento y participación de los ciudadanos en la adopción de decisiones colectivas de especial transcendencia. Se impone la necesidad, en definitiva, de replantearse institutos de democracia directa como el referéndum.

La figura del referéndum ha tenido poca aplicación en el sistema constitucional español y ha sido vista tradicionalmente con recelo por las clases políticas. Al margen de los referéndums para la aprobación de la Constitución española de 6 de diciembre de 1978, de iniciativa autonómica para el Estatuto andaluz, y para la aprobación y reforma de algunos Estatutos de Autonomía, todos ellos exigidos constitucionalmente, en España sólo se han realizado dos referéndums no exigidos normativamente, que han sido de carácter consultivo y de ámbito nacional. El referéndum de 12 de marzo de 1986 para someter a la consideración del pueblo español la pertenencia de España a la OTAN, aprobado por un 53%; y el referéndum para la aprobación del Tratado de Lisboa, de 20 de febrero de 2005, aprobado por un 77%.

Por el contrario, en Irlanda el referéndum ha sido un rasgo preeminente en la práctica constitucional, llevándose a cabo hasta en 38 ocasiones en el período de 1941-2013². Todos ellos han sido referéndums para reformas constitucionales y ninguno legislativo, a pesar de que este último tipo esté previsto constitucionalmente —como veremos más adelante—. Estos datos

Conference, International Politics and the Global Economic Crisis, 5 de noviembre de 2009, p. 2 (http://europeandcis.undp.org/uploads/public1/files/Hardiman,%20The%20impact%20of%20the%20crisis_%20RIA,%205_11_09_%20FINAL.pdf, consultado 21/11/2012).

² *Vid.* Tabla de los resultados de todos los referéndums en Irlanda en http://en.wikipedia.org/wiki/Amendments_to_the_Constitution_of_Ireland.

convierten a Irlanda en el país de la Unión Europea con más número de referéndums, aunque estos referéndums tienden a ser una exigencia legal o jurisprudencial más que una decisión política³.

El presente estudio pretende analizar la viabilidad del referéndum como instrumento de participación política en España tomando como referencia la experiencia que a este respecto se ha tenido en Irlanda. Con este propósito analizaremos la regulación constitucional del referéndum en ambos regímenes, así como la interpretación jurisprudencial de la misma. Tras este análisis, se tratará de las ventajas e inconvenientes que tiene el uso de esta figura en regímenes parlamentarios, tanto desde una perspectiva general como desde la perspectiva que nos aporta la experiencia irlandesa. Terminaremos haciendo una valoración personal de la práctica irlandesa en referéndums y sobre su posible extrapolación al caso español.

2. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL REFERÉNDUM EN IRLANDA Y EN ESPAÑA

Uno de los rasgos que diferencian el sistema constitucional irlandés de la Constitución española es el énfasis sobre las instituciones de la democracia directa. Basada en el principio de la soberanía popular, la Constitución irlandesa (*Bunreacht na hÉireann*) fue aprobada el 29 de diciembre de 1937 después del referéndum de 1 de julio de 1937. Desde junio de 1941 la celebración del referéndum es obligatoria en caso de introducir cualquier reforma constitucional (art. 46.2 y 47.1). De hecho, es el único país de la UE que exige obligatoriamente referéndum en toda reforma constitucional.

También en la Constitución irlandesa se prevé el «referéndum ordinario», que es al que se puede someter cualquier proyecto de ley que no suponga una reforma constitucional, aprobado por ambas Cámaras y antes de

³ G. BARRETT, «The use of Referendums in Ireland: Looking Back in a Time of Fiscal Crisis», conferencia pronunciada en la jornada sobre *La viabilidad de la participación política directa: referéndum y consultas populares*, Zaragoza, 29 noviembre 2012.

su firma por el Presidente de la República. En ese caso la mayoría de los componentes del Senado y al menos un tercio de la Cámara de Representantes puede pedir el sometimiento al referéndum al Presidente de la República, quien decide si finalmente se someterá o no a referéndum (art. 27). El referéndum sólo se considerará de rechazo si se emite una mayoría de votos contra el proyecto de ley, y los votos contrarios a su aprobación como ley suponen no menos del 33,33% de los votantes inscritos en el censo (art. 47.2.1.º). Este referéndum nunca se ha llevado a la práctica⁴.

En cambio, la Constitución española de 1978 ni prevé el referéndum obligatorio para toda reforma constitucional ni incluye en su regulación la posibilidad del referéndum «ordinario». La Constitución española en el art. 23 asume que el acceso de los ciudadanos a las decisiones públicas puede hacerse directamente o por medio de representantes. Pero el tratamiento dado después por esta Ley Fundamental a la figura del referéndum prueba que esta Constitución se inclinó decididamente por un modelo de «democracia representativa». Sólo se prevé el referéndum obligatorio en caso de reforma de determinadas partes de la Constitución (art. 168), de iniciativa autonómica agravada (art. 151.1) y de aprobación y reforma de determinados Estatutos de Autonomía (art. 151.2 y 152.2). No se prevé el referéndum legislativo, aunque en el Anteproyecto de Constitución se preveía el referéndum legislativo aprobatorio (previo a la sanción de las leyes aprobadas por las Cortes) y el abrogatorio de las leyes en vigor⁵. También se prevé un referéndum consultivo, en manos del Presidente del gobierno, que no resultará vinculante (art. 92).

⁴ Sobre la regulación constitucional del referéndum en Irlanda también ha tratado en España E. SEIJAS VILLADANGOS, «Irlanda: reforma constitucional versus convención constitucional. Análisis del dejàvu de Irlanda desde la perspectiva de la reforma constitucional española», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 415-417.

⁵ Mientras su principal defensor fue Fraga Iribarne, los partidos de la izquierda manifestaron su oposición a este tipo de referéndum. En concreto, el partido comunista propuso la supresión de ambas formas de referéndum legislativo. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas) de 6 de junio de 1978, p. 2937.

El énfasis de la constitución irlandesa por las instituciones de democracia directa se podría explicar como una manifestación del rechazo a la tradición británica de soberanía parlamentaria⁶, pero en gran medida también por sus propios antecedentes históricos.

La Constitución de 1937 es la segunda Constitución que Irlanda tiene desde su independencia. La primera Constitución, adoptada en 1922, exigía también inicialmente que cualquier reforma constitucional se aprobara por referéndum, aunque para que saliera adelante era necesario el voto de la mayoría del censo electoral o dos tercios de los votos válidamente emitidos. Pero, como resultado de una modificación en el último minuto durante los debates parlamentarios⁷, se permitió que el parlamento nacional (Oireachtas) hiciera reformas constitucionales durante los primeros ocho años de su existencia. La Constitution (Amendment núm. 10) Act 1928 eliminó todos los instrumentos de democracia directa de la Constitución, ya que el gobierno consideró que la oposición utilizaría la figura del referéndum para conseguir sus objetivos contra el Tratado Anglo-irlandés⁸. La Constitution (Amendment núm. 16) Act 1929 extendió el período transitorio de 8 años por otros ocho años más.

Estas modificaciones de la Constitución de 1922, sumado a una jurisprudencia que dio poderes ilimitados al parlamento nacional para reformar unilateralmente la Constitución durante el período transitorio⁹, provocaron que la Constitución de 1937 exigiera el referéndum para cualquier reforma constitucional en compensación a la excesiva y peligrosa flexibilidad de su predecesora¹⁰.

⁶ Vid. G. MARZULLI, «Direct democracy by judges? The Irish Constitution and the approach of the Courts to the referendum as a model in comparative perspective», *The Irish Constitution at 75: Past, present and future*, 29th -30th June 2012.

⁷ Dáil Debates, cols. 1748-9 (19 October 1922). Vid. G. HOGAN, *The Origins of the Irish Constitution 1928-1941*, Royal Irish Academy, Dublin, 2012, p. 25.

⁸ K. GILLAND LUTZ, «Referendums and Spending in Ireland», Karin Gilland/Simon Hug, *Financing referendum campaigns*, Palgrave MacMillan, 2010, p. 118.

⁹ Attorney General v. McBride; State (Ryan) v. Lennon. Vid. HOGAN, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰ En este sentido, G. BARRETT, *op. cit.*, 2012.

El peso de los acontecimientos históricos explica también en gran medida la actitud recelosa que en cambio adopta la Constitución española respecto a esta institución. Por una parte, hay que recordar que el régimen franquista supuso la asunción autoritaria de la democracia directa, con la Leyes de referéndum de 1945 y la celebración de referendos en 1947 y 1966. Se utilizaba así el referéndum como instrumento político para disfrazar de democracia un régimen autoritario. Pero, además, después de 40 años de franquismo, los constituyentes creyeron necesario reforzar las instituciones representativas y potenciar unos partidos políticos que habían estado durante cuatro décadas prohibidos ¹¹.

3. EL PAPEL ACTIVO DE LA JURISPRUDENCIA IRLANDESA A FAVOR DEL REFERÉNDUM

A pesar de que ya el régimen constitucional es mucho más proclive al referéndum en Irlanda que en España, la puesta en práctica de este instrumento en ambos países ha dependido también en gran medida de la interpretación jurisprudencial que se ha hecho de la misma. Una interpretación que ha sido muy proclive a la utilización de este instrumento en el caso irlandés.

La primera decisión judicial importante sobre el referéndum fue adoptada en 1983, en el caso *Finn v The Attorney General and others*. En el mismo los jueces rehúsan valorar la constitucionalidad de dicho referéndum e interferir en el referéndum, adoptando una posición contenida ¹². Esta actitud contenida frente a intentos de frenar la realización de referéndum se repite en casos como *Roche v Irelandy Slattery v. AnTaoiseach* ¹³. De esta jurisprudencia se deducen dos conclusiones claras. En primer lugar, la po-

¹¹ J. OLIVER ARUJO, «El referéndum en el sistema constitucional español», *Revista de Derecho Político*, 29, 1989, pp. 141-142.

¹² B. O'NEILL, «The referendum process in Ireland», *Irish Jurist*, 35, 2000, p. 321.

¹³ *Vid.* A. SHERLOCK, «Constitutional Change, referenda and the courts in Ireland», *Public Law*, 1997, pp. 127-128.

sición de no interferencia de la Corte Suprema respecto a la formulación de la pregunta que haga el gobierno en un referéndum. Tal y como expresamente se señala, ante «una duda sobre la claridad de la formulación, el ciudadano tiene la opción de votar en contra», por lo que las dudas que puede suscitar la formulación de la pregunta no afectan a la validez de dicho referéndum. En segundo lugar, la Corte Suprema considera que la soberanía popular expresada en un referéndum de reforma constitucional no tiene límites en la propia Constitución ¹⁴.

La siguiente decisión judicial fundamental en este campo fue en 1987 en el caso *Crotty v. An Taoiseach* ¹⁵, que representa el primero de los juicios calificados como «el más significativo ejercicio de activismo judicial en la historia legal irlandesa» ¹⁶. A partir de esta decisión se establece la regla de que la ratificación de reformas a los tratados de la UE y la ratificación de nuevos tratados requiere referéndum, haciendo una interpretación estricta del art. 29.4.3 ¹⁷. De acuerdo con la Corte Suprema, la ratificación

¹⁴ También en España la reforma constitucional es ilimitada ya que no existen cláusulas de intangibilidad. Ello le ha llevado al Tribunal Constitucional español a afirmar que estamos en un modelo de democracia abierta y que, por tanto, «cualquier proyecto u objetivo [de un partido político] se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos» (STC 48/2003, de 12 de marzo, en relación a la ilegalización de Batasuna). Sin embargo, el hecho de que la Constitución admita su reforma total, y luego casi la imposibilite en las materias incluidas en el art. 168, no es sino un modo de negar su indiferencia ideológica y de mostrar su beligerancia en defensa del régimen democrático que establece, de sus valores, de sus opciones y de su pluralismo ideológico.

¹⁵ *Crotty v. An Taoiseach* [1987] IESC 4; [1987] IR 713 (9th April, 1987). Disponible en <http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/1987/4.html>.

¹⁶ G. BARRETT, «Building a Swiss Chalet in an Irish Landscape? Referendums on European Union Treaties in Ireland & the Impact of Supreme Court Jurisprudence», *European Constitutional Law Review*, vol. 5, 01, 2009, p. 33. También en G. BARRETT, «A Road less travelled: Reflections on the Supreme Court rulings in *Crotty*, *Coughlan* and *McKenna* (núm. 2)», *IIEA*, 2011, p. 2.

¹⁷ «El Estado podrá convertirse en miembro de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (establecida por el tratado de París de 18 de abril de 1951), de la Comunidad económica europea (establecida por el Tratado de Roma de 25 de marzo de

de los tratados de la UE necesita referéndum constitucional si ellos «alteran el alcance o los objetivos de la UE».

Al margen de la vaguedad del test que señala la sentencia¹⁸, la interpretación estricta que se hace en esta sentencia de «el alcance o los objetivos de la UE» se ha traducido en la práctica en el uso por parte del gobierno del referéndum para cualquier tratado significativo de la UE para evitar así las dificultades asociadas con una ratificación parlamentaria eventualmente anulada por el Tribunal Supremo¹⁹. En la práctica se ha traducido, por tanto, en la obligatoriedad de convocar referéndum para cualquier tratado significativo de la UE, despojando así al Ejecutivo de su poder de decidir acerca de la convocatoria de un referéndum.

Si bien la jurisprudencia no se considera competente para entrar a cuestionar los términos en los que se pronuncia la pregunta del referéndum, sí se considera competente para determinar el modo en el que se tiene que realizar el referéndum y el papel que en el mismo debe desempeñar el gobierno. Así, en 1995 en el caso *McKenna v. AnTaoiseach* (No. 2)²⁰, la Corte Suprema señaló que el uso del dinero público por parte del gobierno para promocionar el «sí» representa una ruptura del derecho constitucional a la igualdad y del derecho constitucional a la libertad de expresión y a un proceso democrático en los referéndums. No obstante, una vez producida la

1957) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (establecida asimismo por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957). Ningún precepto de esta Constitución invalidará leyes aprobadas, actos ejecutados o medidas adoptadas por el Estado por exigencia de las obligaciones de pertenencia a las comunidades en cuestión ni impedirá que las leyes promulgadas, actos ejecutados o medidas adoptadas por las Comunidades o instituciones de éstas tengan fuerza de ley en el Estado».

¹⁸ Sobre la dificultad de saber si una reforma de los tratados supone o no una modificación del alcance y objetivos de la UE, la incertidumbre que introduce y las consecuencias políticas *vid.* G. BARRETT, *op. cit.*, 2011, pp. 9 ss.

¹⁹ Crítico con este sistema de reforma T. COLLINS, «I amend therefore I am? Discretionary referenda and the Irish Constitution», *Brooklin Journal of International Law*, 35,2010, pp. 563-592.

²⁰ En línea: [http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ie/cases/IESC/1995/11.html&query=title+\(+McKenna+\)&method=boolean](http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ie/cases/IESC/1995/11.html&query=title+(+McKenna+)&method=boolean).

votación popular en el referéndum, la Corte rehúsa anular su validez aunque se haya hecho uso de fondos públicos a favor de una de las opciones. Se trata de la afirmación de la supremacía de la soberanía popular por referéndum. Así también en *Hanafin v. Minister for Environment* ²¹.

La doctrina en *McKenna*, fue extendida también en materia de emisiones televisivas en 2000 en *Coughlan v. Broadcasting Complaints Commission and R.T.É.* ²², al establecer la regla de igualdad en el tiempo de emisión («50-50») para los que apoyaban el «sí» y el «no» en el referéndum, independientemente de su representatividad parlamentaria.

Las reglas establecida por la Corte Suprema irlandesa en *McKenna* y en *Coughlan* hacen frente a algunas de las principales críticas que se hace del uso del referéndum en las democracias parlamentarias y a las que más adelante haremos referencia. La prohibición del uso del dinero público por parte del gobierno para promocionar una de las opciones evita en gran medida el control que pueda hacerse desde el ejecutivo del desarrollo del referéndum (the elite control syndrome). Por otra parte, la igualdad de tiempos de emisión para las dos opciones propiciaría una mayor deliberación (the deliberation deficit) y compensaría el predominio de la mayoría (the majoritarian danger). También con el objetivo de fomentar una mayor deliberación y evitar el control de las élites políticas se constituyó la Comisión Independiente del Referéndum en la Referendum Act 1998. Dicha Comisión tiene como función fundamental explicar el objeto del referéndum y asegurarse de transmitir por todos los medios la información sobre el mismo al electorado, así como «promover una concienciación pública con el referéndum y estimular al electorado a votar en el mismo» (Referendum Act 2001, 22 de diciembre).

Pero también estas reglas jurisprudenciales han propiciado sus críticas por la doctrina irlandesa. En primer lugar, porque minan el papel de los re-

²¹ En línea: [http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ie/cases/IESC/1996/6.html&query=title+\(+Hanafin+\)+and+title+\(+v.+\)+and+title+\(+Minister+\)+and+title+\(+for+\)+and+title+\(+Environment+\)&method=boolean](http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ie/cases/IESC/1996/6.html&query=title+(+Hanafin+)+and+title+(+v.+)+and+title+(+Minister+)+and+title+(+for+)+and+title+(+Environment+)&method=boolean).

²² En línea: [http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ie/cases/IESC/2000/44.html&query=title+\(+Broadcasting+\)&method=boolean](http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ie/cases/IESC/2000/44.html&query=title+(+Broadcasting+)&method=boolean).

presentantes en el sistema constitucional irlandés, argumentando que el rechazo al primer referéndum sobre el Tratado de Niza en junio de 2001 y sobre el Tratado de Lisboa en junio de 2008 fue consecuencia directa de la intervención judicial en estos casos ²³. Por otra parte, se señala que si bien la prohibición de uso de dinero público para promocionar una opción puede evitar el control gubernamental, no evita el control de otras élites extraparlamentarias.

La importancia de la financiación privada en los referéndums en Irlanda se explica porque en el sistema irlandés, además de prohibirse jurisprudencialmente que el gobierno use fondos públicos a favor de una determinada opción, no existe una cultura de financiación pública de las campañas electorales, ya que los partidos reciben pocos fondos públicos en comparación con, por ejemplo, España. Por tanto, las fuentes de financiación de los diferentes agentes que intervengan en el referéndum son fundamentalmente privadas. En el año 2001 se creó «The Standards in Public Office (SIPO) Commission» con el objetivo de que hubiera un cierto control de esa financiación privada que pudieran recibir los partidos políticos o los «third parties», es decir, personas que, diferentes a un partido político o a un candidato electoral, acepten, en un determinado año, una donación con propósitos políticos. Si bien se prohíben las donaciones del extranjero, las donaciones anónimas que excedan de una cantidad o las donaciones que excedan una cantidad procedentes de un solo donante, resulta que «The SIPO Commission» no puede llegar a tener un control efectivo sobre el cumplimiento de estos límites ²⁴. Por último, no se establecen limitaciones a las personas que gasten sus propios recursos.

El resultado de combinar la prohibición jurisprudencial de uso de dinero público por el gobierno y una prioritaria financiación privada de las campañas no sometida a controles eficaces es, como señala Gavin Barrett, que mientras el gobierno legitimado democráticamente no puede ejercer su influencia, sí lo hacen libremente otros intereses privados ²⁵. Así, por ejem-

²³ G. BARRETT, *op. cit.*, 2009, p. 66.

²⁴ *Vid.* GILLAND LUTZ, *op. cit.*, pp. 122 ss.

²⁵ G. BARRETT, *op. cit.*, 2011, pp. 16 y 20.

plo, importantes fondos se invirtieron a favor de una de las opciones por el multimillonario Chuck Feeney en el referéndum sobre los derechos de los niños en 2012 y por Declan Ganley en el primer referéndum sobre el Tratado de Lisboa en 2008.

4. LAS RECIENTES DEMANDAS DE REFERÉNDUM EN ESPAÑA Y EL PAPEL RESTRICTIVO DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

4.1. Las recientes demandas de referéndum

La apuesta constitucional por un régimen de democracia representativa que minimizaba los instrumentos de democracia directa ha sido en España indiscutida hasta muy recientemente. Una apuesta apoyada y avalada por el propio Tribunal Constitucional que en la STC 119/1995 consideraba los supuestos de participación directa «excepcionales en un régimen... como el instaurado por nuestra Constitución, en el que priman los institutos de democracia representativa sobre los de participación directa».

La falta de una norma legal adecuada para la regulación de los referéndums en un país caracterizado por una intensa regulación legal ha sido también una clara evidencia del papel secundario que los referéndums han jugado en España y del escaso interés que los partidos políticos han demostrado hacia esta figura. De hecho, la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum, nació con el propósito concreto de poder convocar el referéndum andaluz de iniciativa autonómica y fue aprobada con gran rapidez y sin una profunda reflexión²⁶. En consecuencia, ha sido necesario aprobar normas adicionales para cubrir las deficiencias legales con ocasión de los referéndum celebrados de apro-

²⁶ OLIVER ARUJO, *op. cit.*, p. 145; C. R. AGUILERA DE PRAT, «El uso del referéndum en la España democrática (1976-1986)», *Revista de Estudios Políticos*, 75, 1992, pp. 147 y ss.

bación y de reforma de los Estatutos de Autonomía²⁷, del referéndum sobre la OTAN en 1986²⁸ y del referéndum sobre la Constitución europea en 2005²⁹.

Es a lo largo de la última década cuando se empieza a detectar en determinadas franjas de población una fascinación por este instrumento, que va a tener su reflejo normativo tanto en el ámbito nacional como en el autonómico.

En el ámbito nacional, la fascinación por el referéndum como forma de participación política se ha intensificado con el recrudecimiento de la crisis económica. La crisis económica ha generado la percepción bastante generalizada entre los ciudadanos españoles de que los mecanismos tradicionales de representación no están funcionando adecuadamente y también empieza a resurgir la idea de que el referéndum puede constituir la mejor manera de que «el pueblo hable». De hecho, en el mes de agosto de 2012 los secretarios generales de los principales sindicatos españoles trasladaron al Rey Don Juan Carlos su «convicción» respecto a la necesidad de someter a referéndum las políticas económicas que está desarrollando el Gobierno, al ser «radicalmente diferentes a las planteadas en las últimas elecciones generales». Dicha petición ha tomado forma de proposición de ley orgánica presentada en el Congreso de los Diputados y en la que se propone la modificación de la Ley Orgánica 2/1980 estableciendo la obligatoriedad de convocatoria de referéndum en determinados casos³⁰.

²⁷ *Vid.*, con ocasión de los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía y de Cataluña, el decreto 12/2007, de 16 de enero, por el que se establecen normas complementarias para la realización del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y el decreto 171/2006, de 18 de mayo, de normas complementarias para la realización del referéndum sobre la reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña.

²⁸ RD 215/1986, de 6 de febrero, que fija normas exclusivamente para ese referéndum.

²⁹ RD 7/2005, de 14 de enero, que regula ciertos aspectos del procedimiento electoral aplicable al referéndum sobre el Tratado para establecer una Constitución para Europa.

³⁰ Proposición de Ley Orgánica núm. 122/000075, de 27 de julio. Discutida y rechazada el 27 de noviembre de 2012. *Vid.* Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 2012, núm. 75, martes 27 de noviembre de 2012.

También desde el ámbito autonómico se ha tratado de impulsar el referéndum. Ya en el último proceso de reformas estatutarias iniciado en el año 2006 se observa una apuesta por la profundización de formas de participación de la ciudadanía en el proceso de decisión política. En concreto, y en lo que aquí nos interesa, se reconoce el derecho de promover las consultas populares (art. 29 Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 30 Estatuto de Autonomía de Andalucía; art. 15 Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares; art. 11 Estatuto de Autonomía de Castilla y León). Se comienza así a vislumbrar la posibilidad de flexibilizar el régimen jurídico del referéndum en el ámbito autonómico, ya que en el ámbito estatal el reconocimiento de esta iniciativa popular exigiría una reforma constitucional. En desarrollo a estas previsiones estatutarias, se han aprobado o están en proyecto de aprobarse leyes autonómicas sobre referéndums y consultas populares. La primera de ellas, la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum, en Cataluña.

También, desde el ámbito autonómico y desde tesis independentistas, se ha planteado el referéndum como mejor forma de resolver las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco. De hecho, se vienen repitiendo anuncios de convocatorias de referéndum por parte de ambas Comunidades Autónomas que tienen dudoso encaje constitucional. Durante la segunda legislatura con mayoría en las Cortes del Partido Popular (2000-2004) la propuesta de Ibarretxe de someter a referéndum de los electores vascos el Plan del mismo nombre. Ello llevó a tipificar dentro del Código Penal el delito de convocatoria ilegal de referéndum (LO 20/2003) posteriormente suprimido por LO 2/2005, de 22 de junio. También durante el Gobierno de Zapatero se han sucedido anuncios de propuestas similares, hasta la aprobación de la Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la CA del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política. Y ya durante esta legislatura, en septiembre de 2012, el Parlamento de Cataluña avaló impulsar una consulta soberanista que tendría que celebrarse «preferentemente» después de las elecciones del 25 de noviembre de 2012.

Respecto a las demandas sindicales y de los partidos de izquierda de referéndum nacional, es claro que según la Constitución vigente sólo el Rey

puede convocar el referéndum, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados. No se reconoce ningún tipo de iniciativa popular a este respecto y, por tanto, su convocatoria es una cuestión en manos exclusivamente del Presidente del Gobierno. El reconocimiento de la iniciativa popular exigiría una reforma constitucional. En cuanto a la obligatoriedad de convocatoria de referéndum para determinados casos planteada por la propuesta legislativa decaída el 27 de noviembre de 2012, la experiencia irlandesa en referéndums, donde son más una necesidad legal que una decisión política, puede sernos de gran utilidad para comprobar sus pros y sus contras. A este análisis nos dedicaremos en el siguiente epígrafe.

Respecto a los referéndums autonómicos, especial complejidad tienen los de carácter independentista. El principio de autodeterminación no está reconocido en la Constitución española, que reconoce que «la soberanía nacional reside en el pueblo español» (art. 1.2 CE) negando así la posibilidad de soberanías regionales. En este caso, entiendo que el referéndum debería proponerse por el Presidente del gobierno del Estado, restringido al ámbito territorial catalán, y tendría que plantearse no como un simple y rápido acto irrevocable, sino como el inicio de un posible proceso de negociación y reflexión dirigido por las élites políticas para, en su caso, llegar al reconocimiento de la independencia con la consiguiente reforma constitucional. Un referéndum no sobre la declaración de independencia, lo cual sería inconstitucional, sino sobre la conveniencia y oportunidad de la reforma de la Constitución española, bien para reconocer su independencia, bien para cambiar su encaje en el Estado español. Dicho referéndum no encuentra obstáculo constitucional ninguno. Ni por su objeto, ya que no sería la independencia, sino la reforma constitucional. Ni por su instrumento, ya que si bien no es una modalidad de referéndum previsto constitucionalmente, es un principio elemental del constitucionalismo democrático, que el Tribunal Constitucional ha recordado muchas veces, el de que la libertad del legislador solo está limitada por lo que la Constitución prohíbe. En consecuencia, las Cortes Generales, como representación del pueblo español, titular de la soberanía, pueden autorizar la celebración de referéndum de ámbito territorial restringido. Además, como veremos a continuación, en la práctica constitucional española no se ha discutido la posibilidad de intro-

ducir modalidades de referéndum diferentes a las tasadas constitucionalmente. Queda, pues, abierta la posibilidad de un referéndum planteado por el gobierno estatal, restringido al ámbito territorial catalán, y teniendo como objeto la conveniencia y oportunidad de reformar la Constitución³¹.

Pero más allá de la materia de la consulta, que en el caso de los referéndums autonómicos tendrá que versar sobre sus propias competencias, las regulaciones autonómicas en materia de referéndums y consultas populares de los últimos años denotan un renovado interés por este instrumento y un intento por flexibilizar la regulación constitucional en el ámbito autonómico. Precisamente sobre los referéndums autonómicos ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de pronunciarse de nuevo sobre esta figura y, tal y como veremos, la interpretación que de los mismos hace denota su posición respecto al instrumento en sí como forma de participación. A continuación nos detenemos sobre las dudas surgidas en torno al referéndum autonómico y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto.

4.2. Algunas consideraciones en torno al referéndum autonómico y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El referéndum autonómico, entendiendo por tal el convocado por el Presidente de una Comunidad Autónoma, en el ámbito territorial de esta Comunidad y sobre una cuestión de competencia autonómica, no está previsto en la CE, pero ya los primeros Estatutos de Autonomía aprobados al comienzo

³¹ En similares términos: FRANCESC CARRERAS, «¿Un referéndum?», *La Vanguardia*, 20 de septiembre de 2012. En línea: <http://www.lavanguardia.com/opinion/articulos/20120920/54350587199/francesc-de-carreras-un-referendum.html>; RUBIO LLORENTE, «Un referéndum para Cataluña», *El País*, 8 de octubre de 2012. En línea: http://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html; del mismo autor, «Un referéndum que nadie quiere», *El País*, 11 de febrero de 2013. En línea: http://elpais.com/elpais/2013/02/01/opinion/1359716070_365196.html; Tajadura, «Una vía hacia la reforma constitucional», *El País*, 4 de noviembre de 2013. En línea: http://elpais.com/elpais/2013/10/23/opinion/1382547167_168855.html. De diferente opinión es S. MUÑOZ MACHADO, Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo, Crítica, 2012, pp. 239-240.

de nuestro Estado Autonómico introdujeron nuevas modalidades de referéndum al margen de los previstos constitucionalmente. Así los previstos para la integración de un municipio de otra Comunidad Autónoma (arts. 8 EA del País Vasco; DT 3 EA de Castilla-León; art. 10 EA de Aragón). Tras las últimas reformas estatutarias también se incorporan nuevas modalidades de referéndum al margen de las establecidas constitucionalmente como la posibilidad de referéndum en caso de reforma del Estatuto de Autonomía en Aragón (art. 115.7) o de la Comunidad Valenciana (art. 81.5). No parece discutirse, por tanto, la posibilidad de introducir vía Estatutos de Autonomía modalidades de referéndum diferentes a las tasadas constitucionalmente. Lo que se discute es si es necesaria la previsión estatutaria y el margen competencial de las CCAA respecto a esas nuevas modalidades de referéndum.

El TC, hasta la STC 113/2008, sobre la ley vasca de consultas, sólo tangencialmente había tratado sobre las competencias de las CCAA en materia de referéndum. Lo que deja claro el TC es que el referéndum, junto con la iniciativa legislativa popular y el derecho de sufragio, son derechos de participación política incluidos en el art. 23 CE (STC 63/1987, de 20 de mayo; STC 76/1994 respecto a las consultas populares).

Por tanto, dado que el referéndum es un derecho de participación política de los ciudadanos incluido en el art. 23 CE, los márgenes del Estado y de las CCAA en el referéndum vendrán determinados por las competencias que en el desarrollo de dicho derecho se reconozcan a cada uno. En este punto, creo que la distribución de competencias de este derecho de participación política seguiría el esquema del derecho de participación política por excelencia, el derecho de sufragio. Al igual que las CCAA pueden aprobar sus leyes electorales a partir de la competencia en organización de sus instituciones de gobierno, las CCAA tendrían la competencia para la regulación del referéndum autonómico ya que la organización de sus instituciones de gobierno incluye, desde mi punto de vista, la regulación de la participación política de sus ciudadanos en las mismas³². No obstante, el

³² En este mismo sentido, LASAGABASTER HERRARTE, *Consulta o Referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*, Bilbao, LETE Argitaletxea, 2008, pp. 93-94.

Estado podría establecer una regulación de las condiciones básicas en las que han de desarrollarse los derechos de participación política también en las CCAA a partir de su competencia en el art. 149.1.1 CE. Precisamente éste es el título que emplea, en su conexión con el art. 81 CE, para fundamentar la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, en la que se determinan las disposiciones aplicables a las elecciones autonómicas. Además, en el caso del referéndum, el art. 149.1.32 CE prevé la competencia exclusiva del Estado para la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.

De todo ello se deduciría que las CCAA, en virtud de su competencia de organización de sus instituciones de autogobierno (148.1 CE), y mientras no haya una regulación básica del Estado, podrían regular el referéndum autonómico con los límites establecidos en sus EEAA y con la preceptiva autorización estatal (art. 149.1.32 CE).

Una interpretación algo diferente es la que mantiene el profesor López Basaguren para quien sería necesaria una competencia expresa en su Estatuto de Autonomía³³ y el referéndum debería tener las características del regulado estatalmente en el art. 92 CE³⁴.

Por su parte, Corcuera Atienza considera que la aprobación de una normativa autonómica sobre referéndum requiere de competencia expresa en su EA y, además de la preceptiva autorización estatal, ha de respetar lo previsto en la LO 2/1980, por cuanto entiende que es básica. No obstante, señala la necesidad de reforma de esta LO para definir los aspectos básicos aplicables a los referéndum autonómicos³⁵.

³³ Lo cual se contradice con la práctica de las regulaciones autonómicas de consultas populares en el ámbito local sin previa competencia expresa. Por ejemplo, la Ley foral 27/2002, de 28 de octubre, reguladora de Consultas Populares de ámbito local, siendo que el EA navarro no reconoce competencias en materia de consultas populares.

³⁴ A. LÓPEZ BASAGUREN, «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La Ley vasca de la consulta ante el Tribunal Constitucional (Consideraciones con motivo de la STC 103/2008)», *REAF*, núm. 9, 2009, pp. 216-221, 234.

³⁵ J. CORCUERA ATIENZA, «Soberanía y Autonomía. Los límites del “Derecho a decidir” (Comentario de la STC 103/2008)», *REDC*, núm. 86, 2009, pp. 321-322.

En otra línea se sitúa la interpretación del Consell Consultiu de Catalunya, en su Dictamen 269/2005, de 1 de septiembre de 2005, FJ XII, y de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, en su Dictamen núm. 96/2008, párrafo 99³⁶, en los que parece negarse la competencia del Estado para regular las condiciones básicas de los referéndum autonómicos³⁷, limitando la competencia estatal a la regulación por Ley Orgánica de los referéndum previstos en la CE, e incluso se considera que la autorización estatal sólo sería precisa para los referéndum previstos en la CE.

Es la STC 103/2008, de 11 de septiembre, la que declara la inconstitucionalidad de la Ley vasca de consultas populares y señala, en lo que aquí nos interesa, que:

1. Para el TC es claro que, a partir del art. 149.1.32 CE, los referéndum autonómicos necesitan de autorización estatal (también en este sentido el Consejo de Estado, Dictamen 1119/2008, de 3 de julio). No obstante, hace el TC una interpretación del art. 149.1.32 CE que permite flexibilizar esta exigencia constitucional, quizás por entenderla excesiva en determinados supuestos. Hay que pensar que la preceptiva autorización estatal pretendía ser una vía de control en manos del Estado a iniciativas eventualmente demagógicas. Entiende el TC que esta forma de control estatal en el ámbito autonómico y local puede resultar excesiva. De ahí que distinga el referéndum de la consulta popular como vía para evitar la autorización estatal en consultas autonómicas y locales de menor trascendencia. Según el TC, sólo se puede hablar de referéndum si los destinatarios son el cuerpo electoral, su procedimiento basado en el censo y gestionado por la Administración electoral y con garantía jurisdiccional ex post. En cualquier caso, parece que las consultas no referendarias no serían expresión del derecho de participación del art. 23 CE. En este

³⁶ Vid. *Revista de la Función Consultiva*, núm. 8, 2007, pp. 557-594.

³⁷ También en este sentido LASAGABASTER, *op. cit.* Sobre este trabajo véase el comentario crítico de Antonio Bueno Armijo: «La discutida aceptación de los referéndum autonómicos: el caso vasco», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 6, 2009, pp. 72 ss.

ámbito la competencia de las CCAA sería exclusiva, sin posibilidad de intervención del Estado vía 149.1.1 CE. Tal sólo si son consultas populares utilizadas por la Administración pública en los procedimientos administrativos el Estado podría alegar su título 149.1.18 CE.

2. En los demás aspectos planteados la Sentencia resulta ambigua, si bien parece reservar al Estado la competencia para la regulación del referéndum autonómico a partir del art. 81 CE (FJ 3) y parece exigir una competencia expresa en el Estatuto de Autonomía para la regulación autonómica del referéndum (FJ 3).

Las competencias de las CCAA en materia de consultas populares se vuelven a plantear en el último proceso de reformas estatutarias. En concreto, en Cataluña se parte de la distinción entre consulta popular y referéndum. Asume la competencia exclusiva en materia de consultas populares en el ámbito de sus competencias y respecto al referéndum se permite la regulación del mismo salvo la autorización estatal del art. 149.1.32 CE. A partir de esta regulación, la Comunidad Autónoma de Cataluña aprobó la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum.

A raíz del recurso de inconstitucionalidad planteado al Estatuto de Autonomía de Cataluña, la STC 31/2010 (FJ 69) hace una interpretación muy restrictiva del art. 149.1.32 de manera que señala que donde la CE habla de «autorización» ha de entenderse también «regulación» y descarta de esta manera una posible regulación autonómica del referéndum. Considera que la ley estatal es la única que puede desarrollar este derecho fundamental de participación política del art. 23 CE (art. 81 CE). En coherencia con esta sentencia la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum es recurrida en inconstitucionalidad por el Gobierno del Estado en el mes de diciembre de 2010, y el TC al admitir el recurso acuerda la suspensión de su vigencia hasta dictar sentencia en virtud del art. 161.2 CE (BOE 23 de febrero de 2011). El Pleno del Tribunal Constitucional, por Auto del 9 de junio de 2011, ha acordado levantar dicha suspensión (BOE de 23 de junio de 2011) al entender que «la viabilidad de ta-

les consultas depende directamente de la decisión que el Estado adopte al respecto en el ejercicio de la competencia de autorización que no está puesta en cuestión en el presente proceso constitucional».

Desde nuestro punto de vista, el Tribunal Constitucional español hace con ello una interpretación muy restrictiva de los referéndums autonómicos que denota un claro recelo hacia este instrumento de participación política y una clara apuesta para que su utilización quede en manos de las instituciones representativas centrales. Como vemos, una posición bien diferente a la de la jurisprudencia irlandesa, en la que hay una clara apuesta por la utilización de este instrumento e, incluso, su desvinculación de las instituciones representativas.

5. LA VIABILIDAD DEL REFERÉNDUM EN RÉGIMENES PARLAMENTARIOS A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA IRLANDESA: VENTAJAS Y SOLUCIONES A POSIBLES INCONVENIENTES

La Constitución irlandesa, y sobre todo la interpretación jurisprudencial de la misma, ha hecho del referéndum una figura clave en el proceso de decisión política e incluso se plantea como alternativa al sistema de representación. Su experiencia en el seno de un régimen parlamentario puede servir a España para canalizar el debate actual sobre la utilización de esta figura y sus posibles ventajas e inconvenientes.

5.1. Ventajas e inconvenientes del referéndum desde una perspectiva general

Desde una perspectiva general podría señalarse que el fomento de la participación ciudadana en el ámbito de la decisión política a través de referéndum es esencialmente positivo para la mejora de la calidad democrática por cuanto el ciudadano deja de ser mero espectador en la toma de decisiones políticas. El referéndum da a los ciudadanos la oportunidad de expresar directamente su punto de vista sobre una decisión política. Cons-

tituye también una oportunidad para que los ciudadanos se informen, analicen las ventajas y desventajas de cada una de las opciones y se formen una opinión. Puede servir para crear así ciudadanos más informados y más políticamente responsables. También puede reforzar la legitimidad democrática del resultado obtenido. Además, el uso del referéndum en los procesos de integración europea —como se hace en el caso irlandés— resulta de utilidad para poner de relieve el déficit democrático y la falta de transparencia en el proceso europeo y quizás puede forzar una reforma democrática de sus instituciones y procesos de toma de decisiones.

También son muy conocidas las principales críticas vertidas sobre esta figura y que podríamos sintetizar en tres³⁸. En primer lugar, el control del proceso ejercido por unas élites y con ello la posible manipulación de su resultado (the elite control syndrome). En segundo lugar, que hay una tendencia en los procesos de referendums a agregar pre-juicios, en lugar de formar opiniones a través de la deliberación (the deliberation deficit)³⁹. Y que los referendums consolidan mayorías, sin tener en cuenta las minorías ni los intereses individuales (the majoritarian danger).

³⁸ Vid. S. TIERNEY, *Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford Constitutional Theory, 2012, p. 23.

³⁹ Tal y como señaló el Primer Ministro francés Michel Rocard (1988-1991): «Un referéndum es una llamada nacional en donde todo es puesto en la olla. Se hace una pregunta, la gente se pregunta otras cuestiones y eventualmente viene y vota por razones que no tienen nada que ver con la pregunta realizada». En este mismo sentido, B. ACKERMAN/ J. FISHKIN, «A Better Way With Referendums», *Financial Times*, 17 June, 2008; F. ZAKARIA, *The Future of Freedom*, Norton, New York, 2003, p. 196. Haskell, un prominente crítico de la democracia directa, señala que sólo en las instituciones representativas puede haber una deliberación informada. HASKELL, J., *Direct Democracy or Representative Government? Dispelling the Populist Myth*, Westview Press, 2001, p. 11.

En particular, respecto a los referendums sobre los Tratados Europeos, Hence Roberts-Thomson ha señalado que en lugar de ser usados para legitimar cambios, se convierten en votos de confianza sobre la permanencia en la UE o como forma de expresar su insatisfacción por los gobiernos. Vid. ROBERTS-THOMSON, «EU Treaty Referendums and the European Union», *Journal of European Integration*, 105, 2001, pp. 121 y 123.

No obstante, y desde una perspectiva general, estas críticas quedan sin duda matizadas por el actual funcionamiento de las democracias parlamentarias, por cuanto dichas críticas podrían igualmente extenderse a los procesos electorales vigentes y al funcionamiento ordinario de las instituciones representativas. Tal y como muestra Stephen Tierney, «no hay una evidencia que demuestre que un referéndum, por definición, es más abierto a la manipulación de las élites que unas elecciones»⁴⁰. Los legisladores electos y los gobiernos también se enfrentan a la presión de los medios de comunicación, lobbies y otros grupos de interés. Tampoco puede afirmarse con rotundidad que sólo las instituciones representativas garantizan una deliberación informada. Bastaría preguntar a los diputados la justificación y el sentido de su voto, para darnos cuenta que lejos de la deliberación pesa sobre ellos una disciplina partidaria que va más allá de la defensa del interés general. Tampoco en los procesos electorales se exige a los ciudadanos que se informen y deliberen antes de emitir su voto⁴¹. Por último, respecto a la protección de las minorías que, según algunos autores, es la principal objeción contra el referéndum⁴², tampoco la democracia representativa está libre de la regla de la mayoría. Incluso los sistemas electorales proporcionales pueden otorgar mayorías absolutas que dejen a un partido el control de la agenda política. Buen ejemplo de ello es el caso español en la actualidad, con una mayoría absoluta del Partido Popular. Además, la regla de la mayoría simple es la que rige la generalidad de la toma de decisiones parlamentarias, exigiéndose mayorías reforzadas sólo en determinados casos.

De todo ello no se deriva que deban despreciarse las principales críticas vertidas al referéndum, pero sí las relativiza bastante y, tal y como veremos a continuación, una regulación adecuada de esta figura puede evitar sus peores defectos.

⁴⁰ TIERNEY, *op. cit.*, p. 128.

⁴¹ En este mismo sentido, R. GOODIN, *Innovating Democracy: Democratic Theory and Practice after the Deliberative Turn*, Oxford University Press, 2008, p. 1.

⁴² Así, M. WVORTRUP, *A Comparative Study of Referendums: Government by the People*, Manchester University Press, 2002, p. 158. También Madison rechaza el uso de la democracia directa en el contexto de proteger intereses minoritarios (Madison, *Federalist Paper* núm. 10).

5.2. Algunos estereotipos negativos sobre el referéndum a la luz de la experiencia irlandesa

Un análisis de la práctica del referéndum en un régimen parlamentario como Irlanda permite también matizar algunos de los negativos estereotipos que existen todavía hoy en España en torno a esta figura.

En primer lugar, la experiencia irlandesa demuestra que no es tan fácil el control que desde el gobierno se ejerce sobre el pueblo. El gobierno de De Gaulle en Francia fue acusado de manipular sucesivas campañas de referéndum en 1958, 1961 y 1962 «tanto como decentemente se pudo en un sistema democrático»⁴³, pero tal y como demuestra Tierney, actualmente pueden identificarse numerosos casos donde una de las partes no ha podido controlar el resultado incluso gastando buena cantidad de recursos⁴⁴. El resultado de algunos de los referéndums en Irlanda demuestra también que no siempre ha triunfado la opción planteada por el Gobierno, incluso antes de que su papel fuera limitado jurisprudencialmente. Así, los dos intentos de modificar el sistema electoral irlandés, que es proporcional, por otro semejante al británico, el primero el 17 de julio de 1959 y el segundo el 16 de octubre de 1968, fueron rechazados, quizás porque la intención del gobierno para consolidar su propia situación frente a otros partidos era demasiado obvia para los ciudadanos⁴⁵. También la propuesta de introducir el divorcio, a favor de la cual hizo campaña el gobierno, fue rechazada en referéndum en 1986, aunque posteriormente aceptada en referéndum en 1995. De fechas más recientes, la propuesta gubernamental de abolición del Senado también fue rechazada en referéndum de 2013⁴⁶.

⁴³ A. SHENNAN, *De Gaulle, Longman*, 1993, pp. 112-113.

⁴⁴ TIERNEY, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁵ GILLAND LUTZ, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁶ Sobre las posibles causas de este rechazo SEIJAS, «El Senado irlandés ante un callejón sin salida tras el referéndum sobre la abolición del Senado de 4 de octubre de 2013», *Revista catalana de dret públic*, 2013. En línea: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/10/14/el-senado-irlandes-ante-un-callejon-sin-salida-tras-el-referendum-sobre-la-abolicion-del-senado-de-4-de-octubre-de-2013-maria-esther-seijas/>.

También la experiencia irlandesa demuestra que el pueblo es capaz de adoptar decisiones difíciles en tiempos de crisis. Así, por ejemplo, se sometió a referéndum la 29.º Enmienda de la Constitución que pretendía relajar la previa prohibición de reducción de salarios de los jueces contenida en la sección 5 del art. 35. Se sometió a referéndum el 27 de octubre de 2011 y fue aprobada por la gran mayoría de votos (casi el 80% de «Sí»). También el 31 de mayo de 2012 se sometió a referéndum la ratificación del Tratado Europeo de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (el llamado «Fiscal Compact») y el 50,6% y 955.091 irlandeses votaron a favor del «Sí» frente a 629.088 a favor del «No»⁴⁷.

Es tiempo, pues, de superar los negativos estereotipos que en muchos sentidos caracterizan todavía hoy los debates políticos y doctrinales en España alrededor del referéndum. La demanda social es creciente al respecto y la experiencia irlandesa puede ayudarnos a construir una regulación constitucional y legal que limite sus principales inconvenientes. Valoramos a continuación las soluciones arbitradas a los mismos desde Irlanda y su posible extrapolación al caso español.

5.3. Valoración personal de las soluciones jurisprudenciales o legales a los inconvenientes detectados en la práctica irlandesa y su posible extrapolación a una nueva regulación en España

Ciertamente, plantear referéndums sobre cuestiones complejas, como puede ser un tratado como el de la Unión Europea, puede generar cierta confusión entre los ciudadanos y un campo abonado para el control de las élites y el déficit de una correcta deliberación. Así, por ejemplo, parece que el factor detrás del No en el referéndum irlandés del Tratado de Lisboa era la falta de entendimiento del tratado, según el 45% de los no votantes⁴⁸.

⁴⁷ Vid. KILIAN DOYLE, MARY MINHAN and STEVE CARROLL, «EU referendum passes by comprehensive margin», *Irish Times*, 1st June 2012.

⁴⁸ Millward Brown IMS, *Post Lisbon Treaty Referendum: Research Findings* 2008, Dublin, 2008, citado en GAVIN BARRETT, *op. cit.*, 2011, p. 11. También en B.

Respecto al déficit deliberativo, puede ser una buena solución la arbitrada en el sistema irlandés de que sea una Comisión independiente (creada por Referendum Act, 1998) la que realice la campaña informativa e incluso incentivadora de la participación. Actualmente en España esa campaña informativa la lleva a cabo el propio gobierno convocante (art. 50 LOREG), aunque podría realizarla la Junta Electoral competente como órgano independiente del gobierno. Más detenimiento requieren las propuestas que pretendan evitar el control de las élites.

Tras las pautas impuestas por la jurisprudencia irlandesa, parece difícil que pueda efectivamente ejercerse un verdadero control por parte, al menos, del poder ejecutivo y los partidos. Por una parte, les ha despojado en gran medida de su iniciativa en un ámbito importante al interpretar que los tratados de modificación de la UE exigen reforma constitucional y, por tanto, referéndum. También les ha privado de su protagonismo en el proceso, al impedir la financiación del gobierno a favor de una de las opciones y exigir que las emisiones televisivas repartan en partes iguales el tiempo dedicado a cada una de las opciones.

Sin embargo, si bien se ha conseguido el objetivo de evitar el control político del referéndum, quizás este objetivo puede también conseguirse — y, creemos, más adecuadamente— mediante una regulación adecuada de la iniciativa del mismo. Parece conveniente que la iniciativa del referéndum no dependa exclusivamente de la discrecionalidad del gobierno, ya que, tal y como diría Lijphart, «cuando los gobiernos controlan el referéndum, ellos tienden a usarlo sólo cuando esperan ganar»⁴⁹. Sin embargo, también parece necesario que al gobierno elegido democráticamente se le dé la opción de valorar la necesidad de celebración de un referéndum en un determinado caso, y no se imponga su celebración ni legalmente —tal y como se pro-

TONRA, «The 2009 Irish Referendum on the Lisbon Treaty», *Journal of Contemporary European Research*, Volume 5, Issue 3, 2009, pp. 472-479. Disponible en http://ucd-ie.academia.edu/BenTonra/Papers/386475/The_2009_Irish_Referendum_on_the_Lisbon_Treaty. Consultado el 14 de diciembre de 2012.

⁴⁹ LIJPHART, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, Yale University Press, 1984, p. 204.

pone en la proposición de ley llevada ante el Congreso de los Diputados el 25 de noviembre de 2012— ni jurisprudencialmente, tal y como ocurre en el caso irlandés para el supuesto de los tratados europeos. La imposición legal o jurisprudencial del referéndum para determinadas materias puede llevar, como ha ocurrido en el caso irlandés, a una escasa participación política, muy inferior a la registrada para las elecciones al parlamento irlandés⁵⁰, y, con ello, a un claro déficit de legitimidad democrática.

La solución estaría en reconocer la iniciativa tanto a los representantes políticos como reconocer la iniciativa popular, de manera que también los ciudadanos directamente puedan valorar si resulta necesario el sometimiento de una determinada cuestión a referéndum. En el caso de España, se podría reconocer la iniciativa popular para el referéndum consultivo modificando el art. 92 CE. Incluso podría introducirse la posibilidad de un referéndum «ordinario» semejante al reconocido en la Constitución irlandesa, añadiendo, eso sí, la iniciativa popular, lo cual probablemente lo haría más operativo que lo que ha resultado en la práctica en Irlanda.

La mayoría de los referéndum en Suiza comienzan como iniciativas populares (Federal constitution of the Swiss Confederation, Arts. 138, 139 and 141) y también se reconoce esta posibilidad en Nueva Zelanda (the Citizens Initiated Referenda Act 1993), Italia (Constitution of the Italian Republic, Art. 138.2) y en Estados de EEUU⁵¹. También esta es la línea a la que parecen apuntar los últimos Estatutos de autonomía aprobados en España para el caso de los referéndums autonómicos. Desde el momento en que ya no existe monopolio gubernamental en la convocatoria del referéndum, tampoco existe el peligro de que sólo se convoque cuando esté la victoria asegurada. Trabajos empíricos sobre el uso de esta iniciativa sugieren que, además de evitar el peligro del control por las élites, las políticas tienden a acercarse a las preferencias de los votantes más que en los lugares donde no se reconoce dicha iniciativa⁵².

⁵⁰ BARRETT, *op. cit.*, 2012.

⁵¹ T. E. CRONIN, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Harvard University Press, 1989.

⁵² E. R. GERBER, «Legislative Response to the Threat of Popular Initiatives», *40 Am J Political Science*, 1996, p. 99.

Por otra parte, la jurisprudencia irlandesa ha priorizado el control de las élites políticas sobre el referéndum, pero no existe un control sobre la influencia de los intereses privados⁵³. El resultado de combinar la prohibición jurisprudencial de uso de dinero público por el gobierno y una prioritaria financiación privada de las campañas, no sometida a controles eficaces, es la influencia que, en la práctica, ejercen grandes fortunas con intereses particulares.

Creemos que una adecuada regulación del referéndum, que evitara la proliferación de dichos intereses particulares, exige del protagonismo en la campaña de los partidos y de una financiación de los mismos fundamentalmente pública.

Los partidos políticos son en las actuales democracias los principales vehículos de participación política y, tal y como reconoce la Constitución española, «concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular» (art. 6). En la actual —y deficiente— regulación española, los partidos políticos desempeñan un papel fundamental durante la campaña del referéndum. Por lo general, sólo los partidos políticos con representación parlamentaria, y en proporción a esa representación, pueden acceder a espacios y lugares públicos gratuitamente. Sólo en algunas regulaciones de referendums locales se permite este acceso también a los grupos promotores de la consulta que no sean partido político⁵⁴. También, en el referéndum celebrado en 2005 sobre la Constitución europea, se preveía financiación pública, pero sólo dirigida a los partidos políticos y también en función de su representación parlamentaria⁵⁵.

En la práctica esta regulación ha supuesto un desequilibrio en la financiación de las diferentes opciones planteadas en el referéndum, pero tam-

⁵³ Sobre este peligro de influencia de intereses privados, registrado también en California o Suiza, *vid.* BARRETT, *op. cit.*, 2011, p. 12.

⁵⁴ Así en el art. 20 de la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía.

⁵⁵ Sobre la financiación de las campañas de referéndum en España *vid.* CLOSA MONTERO/CARBONELL BELLOLIO, «Financing Referendum Campaigns in Spain», KARIN GILLAND/SIMON HUG, *Financing referendum campaigns*, Palgrave MacMillan, 2010, pp. 150 ss.

bién la confianza en los partidos parlamentarios para realizar la campaña del referéndum, en paralelo a la confianza de los partidos en la financiación pública de dicha campaña, ha significado que sólo unos pocos grupos extraparlamentarios hayan hecho campaña y no haya habido control sobre sus fuentes de ingresos y gastos⁵⁶. El resultado contrasta con la experiencia irlandesa donde, por ejemplo, en el referéndum de 2012 sobre los derechos de los niños el multimillonario Chuck Feeney aportó importantes sumas de dinero a favor de una de las opciones. Lo mismo hizo el multimillonario Declan Ganley en el primer referéndum sobre el Tratado de Lisboa en 2008. En ambos casos los resultados del referéndum coincidieron con las opciones financiadas y defendidas por los multimillonarios.

Por ello, en una hipotética nueva regulación en España sobre el referéndum los partidos políticos deberían seguir desempeñando un papel preminente. El reparto de los espacios y lugares publicitarios se haría en función de la representatividad —como en la actualidad—, pero también debería regularse una financiación extraordinaria de los partidos con representación parlamentaria para sufragar los gastos en que incurrieran en el referéndum; una financiación prioritariamente pública, con marcados límites de gasto, y limitando las aportaciones privadas a los partidos, para evitar la prevalencia en la campaña de intereses particulares. Si se reconociera la iniciativa popular para el referéndum consultivo de ámbito estatal, los promotores de la iniciativa podrían también contar con los lugares y espacios publicitarios, aunque es discutible⁵⁷. Ya hemos señalado que, desde nuestra perspectiva, el referéndum ha de ser parte, y no un aparte de, la democracia representativa. La falta de una financiación pública adecuada a los partidos políticos irlandeses, junto con la exigencia impuesta jurisprudencia

⁵⁶ Vid. CLOSA MONTERO/CARBONELL BELLOLIO, *op. cit.*, pp. 153-154.

⁵⁷ Tal y como escribió el ex Presidente Rodríguez Zapatero en sus años como profesor de derecho constitucional, incluso si la iniciativa fuera popular, no tiene sentido cargarles a los ciudadanos con el papel de crear opinión pública. Vid. J. L., RODRÍGUEZ ZAPATERO, «El referéndum consultivo del art. 92 de la Constitución española de 1978: un análisis crítico», *La Ley. Revista Jurídica de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 1, 1986, p. 1165.

dencialmente en Irlanda del reparto de espacios en función de la opción que se defiende, y no en función de la representatividad del partido, parecen avanzar en la construcción de esta vía de participación política como una alternativa a la democracia representativa, en vez de, tal y como aquí defendemos, una vía de participación dentro de la democracia representativa.

6. CONCLUSIÓN

El uso del referéndum, así como su demanda social, en las democracias contemporáneas está aumentando notablemente en los últimos años. Los principales factores que la doctrina ha identificado para explicar dicho fenómeno son la demanda popular de una mayor participación en las decisiones políticas («cognitive mobilisation») ⁵⁸ y la creciente desafección entre los votantes hacia las instituciones representativas ⁵⁹. Tal y como señalan Mendelsohn y Parkin, se está produciendo un giro en las actitudes políticas de los ciudadanos, cuyo efecto es que los ciudadanos están más seguros de su habilidad en tomar decisiones políticas o menos seguros en la habilidad de los representantes electos para tomarlas ⁶⁰. Ciertamente, con unos ciudadanos comprometidos cada vez más con la política a través de redes sociales, blogs, etc., la noción de que su participación en política debe estar circunscrita a las elecciones periódicamente convocadas resulta algo incongruente ⁶¹.

⁵⁸ R. J. DALTON, *Citizen Politics in Western Democracies: Public Opinion and Political Parties in the US, UK, Germany and France*, 2ndedn, Chatham House, 1996; R. INGLEHART, *The Silent Revolution: Changing Values and Political Styles Among Western Publics*, Princeton University Press, 1977.

⁵⁹ Esta desafección ha sido bien documentada por politólogos: N. NEVITTE, *The Decline of Deference: Canadian Value Change in Cross-national Perspective*, University of Toronto Press, 1996.

⁶⁰ MENDELSON/PARKIN (eds), *Referendum Democracy: Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns*, Palgrave, 2001, I, p. 6.

⁶¹ S. TIERNEY, *op. cit.*, p. 11. En el mismo sentido, A. GIBBENS, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, Polity Press, 1998, p. 75.

El objetivo de este estudio ha sido el de analizar en qué medida y hasta dónde la actual democracia parlamentaria española debe acabar incorporando en su seno técnicas de democracia directa como el referéndum, tomando como referencia para ello la experiencia irlandesa. Es cierto que el referéndum a lo largo de la historia ha sido empleado para legitimar regímenes autocráticos y subvertir los ideales democráticos. Un buen ejemplo de ello fue el régimen franquista en España. Pero la cuestión que aquí nos planteamos es si el referéndum aplicado al actual régimen democrático español, debidamente regulado, puede fortalecer el compromiso ciudadano en procesos democráticos dentro del más amplio funcionamiento de la democracia representativa. Es decir, el referéndum como parte de, y no que aparte de, la democracia representativa.

La experiencia irlandesa ha optado por una profusa utilización de la figura del referéndum constitucional, pero muy acotada por la jurisprudencia, tanto en su iniciativa como en su desarrollo. De dicha experiencia podemos sacar dos conclusiones claras. En primer lugar, que hay que abandonar muchos de los negativos estereotipos que existen en los debates políticos y doctrinales en España en torno a esta figura. En segundo lugar, que una adecuada regulación legal de la misma puede convertirla en un complemento imprescindible para mejorar la calidad democrática de nuestra actual democracia parlamentaria.

Resumen:

El objetivo de este estudio es el de analizar en qué medida y hasta dónde la actual democracia parlamentaria española debe acabar incorporando en su seno técnicas de democracia directa como el referéndum, tomando como referencia para ello la experiencia irlandesa. Es cierto que el referéndum a lo largo de la historia ha sido empleado para legitimar regímenes autocráticos y subvertir los ideales democráticos. Un buen ejemplo de ello fue el régimen franquista en España. Pero la cuestión que aquí nos planteamos es si el referéndum aplicado al actual régimen democrático español, debidamente regulado, puede fortalecer el compromiso ciudadano en procesos democráticos dentro del más amplio funcionamiento de la democracia representativa. Es decir, el referéndum como parte de, y no que aparte de, la democracia representativa.

Con este propósito analizaremos la regulación constitucional del referéndum en Irlanda y en España, así como la interpretación jurisprudencial de la misma. Tras

este análisis, se tratará de las ventajas e inconvenientes que tiene el uso de esta figura en regímenes parlamentarios, tanto desde una perspectiva general como desde la perspectiva que nos aporta la experiencia irlandesa. Terminaremos haciendo una valoración personal de la práctica irlandesa en referéndums y sobre su posible extrapolación al caso español.

Palabras Clave: *Referéndum, sistema constitucional irlandés, sistema constitucional español*

Abstract:

The aim of this study is to analyze in what measure and up to where the current parliamentary Spanish democracy must finish incorporating in his representative system the referendum, taking the Irish experience as a reference to it. It is true that the referendum along the history has been used to legitimize autocratic regimes and to subvert the ideal democratic ones. A good example of it was the Franco regime in Spain. But the question is if the referendum applied to the current democratic Spanish, with a suitable legislation, can strengthen the civil commitment in democratic processes inside the representative democracy. That is to say, the referendum like part of, and not that apart from, the representative democracy.

With this intention we will analyze the constitutional regulation of the referendum in both Spain and Ireland, as well as the judicial interpretation of the same one. After this analysis, we will analyze the advantages and disadvantages of the use of this figure in parliamentary regimes, both from a general perspective and from the Irish experience. We will end up by doing a personal valuation of the Irish practice in referendums and on his possible extrapolation to the Spanish case.

Keywords: *Referendum, Irish constitutional system, Spanish constitutional system.*

**EL ARGUMENTO COMPARADO EN LA JURISPRUDENCIA
DE LOS TRIBUNALES DE ESTRASBURGO Y DE LUXEMBURGO:
EL PLURALISMO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL EUROPEO ***

GIORGIO REPETTO **

SUMARIO:

1. LOS ARGUMENTOS COMPARATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS DOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES: UN CASO «SUI GENERIS» DE CONVERSACIÓN CONSTITUCIONAL
2. EN BUSCA DE UN PLURALISMO RAZONABLE: LOS ARGUMENTOS COMPARATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
3. LOS ARGUMENTOS COMPARADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: LOS RIESGOS DE UN «EMBEDDED COMPARATIVISM»

1. LOS ARGUMENTOS COMPARATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS DOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES: UN CASO «SUI GENERIS» DE CONVERSACIÓN CONSTITUCIONAL

Es difícil negar que el «diálogo» entre tribunales, más allá del valor que se le quiera dar, es uno de los temas que han señalado el debate científico del último decenio. Nace con la reflexión de la doctrina estadounidense sobre la formación de canales de comunicación entre jueces dentro del ámbi-

* Traducido del italiano por Miguel Azpitarte Sánchez.

** Investigador en Instituciones de Derecho Público. Universidad de Perugia (Italia).

to del proceso de globalización, pero progresivamente ha visto ampliado su terreno de operatividad, abarcando las relaciones entre los tribunales constitucionales mediante la referencia a sus respectivas jurisprudencias, entre los tribunales nacionales con los tribunales supranacionales e internacionales, e incluso entre los jueces que operan dentro de un mismo ordenamiento ¹.

El diálogo entre tribunales es una metáfora que ha perdido progresivamente mucha de su capacidad para denotar un fenómeno o un grupo de fenómenos precisos, hasta el punto de ser hoy un «Leitmotiv» solamente evocativo y en gran medida poco útil en la comprensión de las dinámicas atinentes a las relaciones siempre complejas entre los jueces y jurisdicciones de ordenamientos diversos. Además, en paralelo a la pérdida de utilidad del concepto, se ha asistido igualmente a una banalización que ha llevado a estudiosos de diversas orientaciones a moverse «a favor» o «en contra» de un patrimonio de ideas, que de una forma no siempre clara, alimenta la metáfora del «diálogo». Los primeros, porque sostienen la necesidad de una apertura hacia la creación de canales de comunicación que caminen más allá del recinto del Estado-nación; los segundos, porque son temerosos de que de esta vía lleve hacia una desnaturalización de la identidad constitucional consolidada y que, en el mejor de los casos, se pierda de vista la senda democrática de definición de la responsabilidad política,

¹ Hoy, la literatura al respecto es incontrolable. Para un inventario reciente y eficaz de los problemas relacionados con el «diálogo entre jueces», véase por todos B. MARKESINIS y J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, Bologna, 2009, pp. 159 ss. Una prueba de la relevancia actual del tema se encuentra en dos recientes tratamientos que con carácter general y transnacional incluyen estudios dedicados específicamente al tema: C. SAUNDERS, «Judicial engagement with comparative law», en T. Ginsburg e R. Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2011, p. 571; y G. HALMAI, «The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation», en M. ROSENFELD y A. SAJÓ (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 1328. Para el énfasis de las formas de «diálogo local», por el contrario S. HARDING, «Comparative Reasoning and Judicial Review», *Yale Journal of International Law*, núm. 28, 2003, pp. 427 ss. e 443 ss.

sujeta al riesgo de migrar hacia sedes internacionales y actores judiciales sin legitimidad democrática.

En razón de la polarización del debate, quizá excesiva, en los últimos años se ha asistido a un proceso que acoge diferenciaciones y articulaciones conceptuales de la metáfora del «diálogo entre tribunales», para distinguir los rasgos específicos de los diversos fenómenos que se comprimen dentro de la metáfora y realizar así un análisis más apropiado de estas diversas formas de diálogo, con la intención de iluminar los aspectos diferenciales y reconducir los problemas a campos de indagación separados.

Este escrito, partiendo de tal premisa, se dirige a examinar los aspectos salientes de los argumentos comparativos utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considerándolos bajo el ángulo específico del derecho constitucional europeo, a cuya formación y desarrollo han contribuido de manera fundamental ².

En las páginas que siguen, el término «argumento comparativo» indica la llamada que ambos tribunales, en materia de derechos fundamentales, realizan en sus sentencias al derecho externo a su propio sistema —algunas veces de manera difusa o detallada, la mayoría de las veces de forma elíptica o solo alusiva—: a menudo, el derecho nacional de los países firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de los miembros de la Unión Europea, pero también al derecho de otros Estados o al derecho internacional.

El hecho de ser tribunales supranacionales ha empujado a una gran parte de la doctrina más reciente a realizar, en el uso de estos argumentos, una distinción oportuna respecto al fenómeno de la utilización de los datos comparados en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales, haciendo ver la naturaleza «necesaria» de estas formas de interacción respecto a la naturaleza solamente «facultativa» de la interacción propia de jueces y tribunales carentes de ligazón institucional u ordinamental algu-

² Este escrito condensa los resultados de un trabajo monográfico que lleva por título *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011.

na³. «Necesaria» porque no se debe a una consideración libre y querida en el contraste de elecciones normativas y jurisprudenciales efectuadas en contextos nacionales, sino más bien a la necesidad de respetar los vínculos sistemáticos e institucionales que ligan cada vez más los dos tribunales europeos (y con ellos los respectivos ordenamientos) al derecho y a los derechos nacionales.

El énfasis puesto sobre la naturaleza necesaria de esta específica interacción jurisprudencial, que es compartida y útil para individualizar sus rasgos específicos, ha de ser considerada un punto de partida, porque, si es tomada de forma excesivamente rígida, tiene el riesgo de decir demasiado y al mismo tiempo demasiado poco. Dice demasiado, sobre todo, al comprimir formas de vínculo muy diversas, alguna de las cuales responden a obligaciones concretas para los actores implicados, derivadas de los textos normativos (piénsese tan solo en la cuestión prejudicial); otras son consecuencia difusamente aceptada de una cierta presentación de las relaciones entre el derecho interno y el derecho supranacional (piénsese aquí en los contralímites y las diversas formas de interpretación conforme); y otras sirven para apuntalar el uso de los argumentos comparativos en orientaciones interpretativas libremente emprendidas por los tribunales europeos en ausencia de cualquier vínculo expreso, si bien con la intención precisa de responder a una exigencia originaria de articulación interna con el propio ordenamiento al que se refiere (sea en relación con el Convenio o con el sistema de la Unión)⁴. Al mismo tiempo, la inclusión de argumentos comparativos usados por los dos tribunales europeos dentro de la categoría de las «formas de interacción necesaria» dice demasiado poco, porque descuida poner en evidencia los rasgos diferenciales de esta jurisprudencia respecto al más vasto fenómeno de las «constitutional conversations», sobre todo en

³ Así, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 45.

⁴ Como resulta del profundo análisis de G. DE VERGOTTINI, ob. cit. Merece ser compartida la apreciación de T. GROPPI, «Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali», *Quad. cost.*, 2011, p. 205, según la cual los tribunales supranacionales, en particular los europeos «desarrollan un papel de fertilización haciendo circular el derecho extranjero».

el momento en el cual se lamenta la ausencia de un acercamiento comparativo de tipo científico⁵. Si bien, como se verá en las siguientes páginas, aunque no faltan las razones para reprochar a los dos tribunales un uso a menudo irreflexivo y libre de los argumentos comparativos, la acusación de acientificidad termina —quizá más allá de sus intenciones— poniendo en el mismo nivel crítico el uso (a menudo solamente retórico) del derecho extranjero por parte de los tribunales constitucionales nacionales y la llamada al derecho nacional en la jurisprudencia supranacional europea, que por el contrario toma su movimiento de un conjunto de motivaciones insertas en problemáticas referidas estructuralmente a la interpretación constitucional, de las cuales los dos tribunales europeos se han convertido con el tiempo en promotores, pero que hoy es un dato intrínseco a la identidad del derecho constitucional europeo⁶.

Aunque puedan existir muchas semejanzas estructurales entre el uso de la comparación por parte de los tribunales constitucionales en el ámbito de la «transjudicial communication» y los argumentos comparativos utilizados por los tribunales europeos, es oportuno remarcar que estas dos técnicas interpretativas responden a razones y estrategias de justificación diversas. La «transjudicial communication», al operar fuera de cualquier vínculo institucional u ordinamental entre los jueces «importadores» y los «exportadores» de argumentos, se apoya en la voluntad de los órganos jurisdiccionales implicados (y, por tanto, será entendido, siquiera en un sentido

⁵ Para un análisis de la crítica metodológica a la ausencia de cientificidad de los reclamos comparativos, véase C. SAUNDERS, *Judicial engagement with comparative law*, cit., pp. 586 ss.

⁶ Por ello es plenamente compatible la observación de V. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, OUP, 2010, p. 94, según la cual en el área europea «the possibilities of national influence on the interpretation of supranational law, and of supranational influence on national constitutional interpretation, appear inherent to this model». En la misma óptica M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, pp. 111 ss. Recientemente, en un atento análisis de las implicaciones teóricas P. RIDOLA, «Il “dialogo tra le corti”: comunicazione o interazione?», *Percorsi costituzionali*, núm.. 3/ 2012, pp. 273 ss.

mínimo, como una forma de interacción facultativa) y con ella, la repetición e infiltración de llamadas cruzadas puede dar lugar, como mucho, a un «trend» jurisprudencial expresivo de una migración de las ideas constitucionales⁷, mientras que en el derecho constitucional europeo, el florecimiento del examen comparativo, sea en el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el margen de apreciación (en la veste peculiar del «consensus inquiry»), sea en la llamada a la tradiciones constitucionales comunes de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, refleja rasgos constitutivos y originarios de los dos sistemas supranacionales, dentro de los cuales la interacción y la mutua alimentación entre «Teilverfassungen» que se realiza (también) a través del «medium» de la argumentación comparativa, caracterizan desde su origen la jurisprudencia de los dos tribunales en el tema de los derechos fundamentales.

En esta perspectiva, que posteriormente demostrará que solo parcialmente pueden sobreponerse ambos fenómenos, es esencial considerar que el marco de referencia que caracteriza la primera es extraña al componente de resistencia que, sin embargo, es esencial para comprender la segunda⁸. En otras palabras, el énfasis crítico que, por ejemplo en los Estados Unidos, a menudo ha acompañado la llamada a referentes extranjeros por parte de los tribunales nacionales y que siempre ha destacado el carácter autóctono de los valores constitucionales y el originalismo como técnica interpretativa que asegura el primado epistémico del «punto de vista interno»⁹, ha tenido un escasísimo peso en el panorama de la jurisprudencia supranacional europea, donde, por razones obvias, siempre han prevalecido exigencias diversas, ligadas —según los casos y el periodo histórico—

⁷ R. HIRSCHL, «On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law», en S. CHOUDRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, CUP, 2006, p. 39.

⁸ Respecto a la semántica de la resistencia, V. JACKSON, *Constitutional Engagement*, cit., p. 17.

⁹ Circunstancia que ha empujado gran parte del debate estadounidense sobre la justificación de la praxis del llamado «constitutional borrowings», por todos R. P. ALFORD, «In Search of a Theory for Constitutional Comparativism», *UCLA Law Review*, núm. 52, 2005, p. 639.

al respeto de los principios de subsidiariedad conectado a los Estados miembros (en relación con el CEDH), o a la preocupación de garantizar la primacía y la aplicación directa en los ordenamientos nacionales a través de un análisis comparativo de tipo funcional. Además, a diferencia de lo que ocurre al otro lado del océano, las escasas críticas que se dirigen contra el uso de la argumentación comparada no hacen suya esa premisa culturalista que, aunque desde ámbitos opuestos, tradicionalmente han acompañado las críticas al «constitutional engagement» de la jurisprudencia estadounidense¹⁰.

Esto no excluye, obviamente, que la reflexión desarrollada en los últimos años en torno a la clasificación y a la justificación de la praxis en el uso del derecho extranjero y comparado de parte de los tribunales constitucionales nacionales pueda resultar útil también en el examen de la jurisprudencia europea, sobre todo teniendo en cuenta las diversas matrices que se han plasmado con el tiempo para ofrecer una clasificación de las formas de recurso al derecho extranjero y comparado. De este modo, se podrá sostener de manera fundada, por ejemplo, que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la llamada al derecho de los Estados firmantes del Convenio ha mutado desde una papel de «simple contextualism» (Tushnet) a otro de verdadero y propio «engagement» (Jackson), mientras que en el caso de la jurisprudencia de la Unión, la llamada a las tradiciones constitucionales comunes y al Convenio ha evolucionado con el tiempo desde una impronta originariamente «functionalism» (de nuevo Tushnet) a un instrumento dirigido a la formación de «convergence» (Jackson)¹¹. Entre ambos casos, la actitud dialógica —que caracteriza la formación de una comunidad interpretativa que se reconoce en torno a cier-

¹⁰ Dos ejemplos emblemáticos de la diversidad de las premisas pero convergentes en los resultados son G. FRANKENBERG, «Comparing Constitutions: Ideas, Ideals and Ideology - Toward a Layered Narrative», en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 4, 2006, p. 439 y R. POSNER, «The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: a Political Court», *Harvard Law Review*, núm. 119, 2005, pp. 85 ss.

¹¹ Me refiero a la triada de V. JACKSON, ob. cit., pp. 1 ss., y a M. TUSHNET, «The Possibilities of Comparative Constitutional Law», en *Yale Law Review*, núm. 108, 1999, p. 1266.

tas premisas (Choudry)¹²— todavía no ha coincidido con un éxito universalista en sentido fuerte¹³, en el que la comparación opere en las manos de los jueces como un instrumento unívoco dirigido a la formación de un patrimonio compartido de ideas y valores.

Pese al alto grado de integración, sea ordinamental o institucional, respecto a las formas de interacción facultativa, la peculiaridad de la jurisprudencia supranacional europea, en verdad radica en no necesitar la comparación para consolidar el momento de la unidad respecto al pluralismo de las soluciones aceptables, sino más bien para mediar las tensiones internas al mecanismo de la tutela de derechos en el que operan los dos tribunales: la búsqueda de un pluralismo razonable en el caso del Convenio y del Tribunal de Estrasburgo; y en el caso de la Unión y el Tribunal de Justicia, el equilibrio entre la estabilización del cuadro de valores inscrito en los Tratados constitutivos y la necesidad de su apertura.

La especificidad de la finalidad perseguida en el recurso a los argumentos comparados, su respuesta a las exigencias connaturales a la naturaleza compleja y articulada de las dos organizaciones supranacionales en discusión, así como su neutralidad respecto a una teoría sustancial de la Constitución y de los derechos fundamentales, ayuda a comprender otro dato que caracteriza la jurisprudencia que se examina en estas páginas. El recurso a la comparación también se distingue por la contribución que puede realizar en la promoción de una efectividad mayor o menor de la tutela de los derechos fundamentales, pues, sea en el sistema del Convenio o el comunitario, asume una veste inédita la dialéctica entre derechos y orden político, que tradicionalmente anima a los ordenamientos constitucionales nacionales. Mientras que estos últimos confían a la Constitución la tarea de fijar el marco de valores que impulsen, en la jurisprudencia y en la actuación constitucional, la dialéctica interpretativa entre reconocimiento del derecho y sus limitaciones, en los dos sistemas europeos (si bien en medida diver-

¹² S. CHOUDRY, «Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation», *Indiana Law Journal*, núm. 74, 1999, p. 858.

¹³ Como el auspiciado por J. WALDRON, «Foreign Law and the Modern Jus Gentium», *Harvard Law Review*, núm. 119, 2005-2006, p. 129.

sa y con éxitos opuestos), el mecanismo de tutela de derechos necesita desde sus inicios de un marco de valores e ideales que los jueces no pueden encontrar en su propio sistema, sino que deben buscarlos fuera. Esto hace que en el caso que nos ocupa, la argumentación comparada asuma desde el inicio una función insustituible y propiamente interpretativa, porque (también) de ella se hace depender el modo, la dirección y la intensidad con la que se asegurará la garantía de los derechos fundamentales. En relación con este aspecto, una vez que se ha señalado la falta de respeto de la «constitutional conversations» a la praxis (donde el recurso al derecho extranjero y comparado es a menudo el preludeo a una interpretación expansiva de los derechos individuales, incluso dañando la salvaguardia de las exigencias colectivas), en cambio el uso de los argumentos comparados es neutral respecto a la alternativa de tutela de los derechos y salvaguarda del orden político de referencia.

2. EN BUSCA DE UN PLURALSIMO RAZONABLE: LOS ARGUMENTOS COMPARATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Partiendo del impulso dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es bien sabido que este Tribunal, a menudo se refiere a la legislación y a la praxis de los ordenamientos nacionales, y también a organizaciones supra e internacionales, con el fin de interpretar los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sea para aclarar el sentido de algunas fórmulas abiertas contenidas en el Convenio, sea para individuar el estándar mínimo del contenido de algunos derechos, los jueces de Estrasburgo habitualmente se apoyan, al dar respuesta a las cuestiones que se le ofrecen, en un análisis comparado de la normativa, de la praxis judicial y de la experiencia, internacional o nacional.

El empleo del argumento comparativo por un tribunal al que se le confía el papel de garante del orden público europeo de los derechos fundamentales, presenta a primera vista algunos interrogantes. Basta pensar, por ejemplo, que el Tribunal de Estrasburgo, a diferencia del Tribunal de Justicia, desde el principio ha podido fundar su actividad propia en un catálogo de

derechos fundamentales suscrito y ratificado por los Estados que forman parte del Consejo de Europa. De este modo, los límites y el ámbito de su actividad han sido concretados de forma mucho más clara que en el caso del Tribunal de Luxemburgo, el cual, por el contrario, ha sido llamado a lo largo de los años a elaborar el principio de protección de los derechos fundamentales inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. La existencia de un catálogo escrito se ha visto acompañada posteriormente de la atribución al Tribunal (y antes también a la Comisión) de un papel de supervisión y garantía del respeto por parte de los Estados de los principios y garantías establecidas en las Constituciones ¹⁴.

Estas primeras consideraciones (obvias) podrían conducir al estudioso a una conclusión inicial: en presencia de un texto preciso no parece que existan razones particulares para que un juez supranacional —por otro lado, investido de una tutela que se asume como objetiva ¹⁵— deba recorrer el derecho comparado para decidir si un Estado ha violado alguno de esos derechos fundamentales.

La experiencia práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, va en otra dirección: las llamadas al derecho comparado son numerosas y articuladas en una óptica que deja ver claramente una riqueza

¹⁴ Esta aparente paradoja es mostrada por E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 195. Cfr. entre otros G. COHEN-JONATHAN, «Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme», en *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 185.

¹⁵ Sobre las varias declinaciones de la tutela objetiva, véase G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 58 ss., también últimamente, E. KLEIN, «Der Schutz der Grund- und Menschenrechte durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte», en D. MERTEN-H.-J. PAPIER (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band VI/1, Europäische Grundrechte, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 615 ss.

de instrumentos interpretativos que trasciende de largo lo que ocurre en otros tribunales supra e internacionales ¹⁶.

2.1. Subsidiariedad, margen de apreciación e interpretación evolutiva: los vectores de la interpretación constitucional comparada

Para comprender tal abundancia de referencias comparadas, es necesario recordar que las relaciones entre el Tribunal y los Estados se caracterizan por una integración de un nivel no equiparable a la del Tribunal de Justicia y que se traduce en la incidencia tendencialmente escasa de las sentencias sobre los ordenamientos particulares. A esta circunstancia, reconducible a la naturaleza internacional del Convenio y a la naturaleza solamente declarativa de sus pronunciamientos, se le añade una interrelación estricta entre el sistema convencional y el nacional en cuanto al momento y el contexto en el que los derechos allí previstos deben ser reconocidos y garantizados. Del texto del Convenio ¹⁷ y de algunos pronunciamientos del Tribunal ¹⁸ se deduce claramente que corresponde en primer lugar al Estado asegurar su res-

¹⁶ En terminos generals véase R. BERNHARDT, «Thoughts on the interpretation of human-rights treaties», en F. MATSCHER-H. PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard Wiarda*, Carl Heymanns, Köln, 1990, pp. 66 ss., y J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, p. 63. Por último, E. VOETEN, «Borrowing and Nonborrowing Among International Courts», *Journal of Legal Studies*, núm. 39, 2010, p. 547.

¹⁷ A partir del art. 1 del CEDHA (Reconocimiento de los derechos humanos): «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio» y del art. 13 (derecho a un recurso efectivo): «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación hayas sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

¹⁸ Cfr., entre otras, la sentencia de 4.7.1978, *Klass c. Alemania*, recurso 5029/71, en especial apartado § 64.

peto, mientras que a la jurisdicción supranacional le queda la competencia de intervenir —en vía subsidiaria— cuando este primer nivel de tutela se revele insuficiente. Desde un punto de vista jurisdiccional, ese marco de relaciones entre el nivel europeo y el nacional, emerge en otros puntos de la estructura del Convenio. Sea el requisito procesal del previo agotamiento de las vías de recurso interno (art. 35.1), o el de la satisfacción equitativa (art. 41)¹⁹, desde el momento en que se confía a la autoridad nacional una competencia de escrutinio y de integración respecto a lo realizado en las instancias europeas, a la larga termina por hacer depender parte de la cooperación de los dos niveles —y, por tanto, de su complementariedad— del respeto de los derechos contenidos en la Convención²⁰.

Al perfil solamente jurisdiccional de la subsidiariedad, se añade un perfil sustancial bien relevante: la acción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es la de una jurisdicción que opera en el vacío y que decide en las alturas celestiales²¹, pues no puede prescindir —en el momento que juzga la conformidad de actos nacionales con el Convenio Europeo de Derechos Humanos— de dar el peso adecuado a las «peculiaridades jurídicas y a los hechos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado interesado»²². En otras palabras, así como los derechos enunciados en el Convenio radican en un cuerpo de principios que encuentran, en primer lugar, su propio origen y significado en el nivel nacional, del mismo modo al Tribunal de Estrasburgo le correspondería una labor de interpretación y de in-

¹⁹ En particular en lo que tal artículo supone para el Estado de «remover las consecuencias de la violación».

²⁰ Véase últimamente S. BREITENMOSER, «Subsidiarität und Interessenabwägung im Rahmen der EGMR-Rechtsprechung», en ID. et al. (Hrsg.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Dike, Zurich, 2007, pp. 121 ss.

²¹ L. FAVOREU, «La protection juridictionnelle des droits de l'homme au niveau interne. Les droits européens latins», *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, vol. I, Giuffré, Milano, 1991, p. 112.

²² H. PETZOLD, «The Convention and the Principle of Subsidiarity», en R. ST. J. MACDONALD-F. MATSCHER-H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 60.

dividualización de este «common law» que deriva del conjunto del derecho constitucional de los Estados (pero no solo)²³; esa tarea, por tanto, debe ceñir al mismo tiempo el papel del Convenio como estándar mínimo común y la raíz en los ordenamientos nacionales de los principios y derechos que el Tribunal expresa²⁴.

La imposibilidad del Tribunal de Estrasburgo de prescindir de una valoración comparada del nivel nacional, se hace tanto más evidente cuando pretende atenerse a su función mediadora entre las razones de la uniformidad, basada en su competencia de intérprete del CEDH, y los impulsos hacia la diversidad, inevitables en un sistema que depende constitutivamente de la aportación del patrimonio de las tradiciones y de la cultura jurídico-constitucional proveniente de los Estados miembros.

En el centro de esta compleja operación de mediación/traducción, la jurisprudencia del Tribunal sitúa la noción de «sociedad democrática», entendida ésta no solo como cláusula que expresa el contexto en el que pueden tener lugar —según un criterio de necesidad— las limitaciones estatales de derechos²⁵, sino, sobre todo, como síntesis de la pluralidad de valores

²³ En estos terminus véase J.-P. COSTA, «Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: de l'influence de différentes traditions nationales», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 103; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquista sovratatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 98; H. MOSLER, «L'influence du droit national sur la Convention européenne des droits de l'homme», en MISCELLANEA W. J. *Ganshof van der Meersch*, Tome premier, Bruylant, Bruxelles, 1972, pp. 533 ss.

²⁴ Para este argumento véase el muy interesante trabajo de A. M. LECIS COCCO ORTU, «La comparaison en tant que méthode de détermination du standard de protection des droits dans le système CEDH», *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, núm. 4, 2011.

²⁵ Concretamente, «en el ámbito de referencia dentro del cual debe valorarse la aceptación de una legislación nacional dirigida a limitar una libertad fundamental», F. OST, *Fécondité des méthodes d'interprétation de la Cour*, en M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonnement la raison d'État*, PUF, Paris, 1989, pp. 451 s. En términos análogos, el criterio en cuestión se define como «the framework within which the decisive balancing between the right invoked and the opposing rights or interests take place»,

y principios expresivos de un «milieu» favorable a la extensión progresiva de derechos, en ausencia de los cuales el propio Convenio no podría operar. Debe ser así, pues el Convenio representa un instrumento colectivo de garantía común a los países del área europea²⁶ y en su actividad interpretativa los jueces de Estrasburgo influyen sobre las principales articulaciones del principio democrático al nivel nacional (elaborando estándares comunes de tutela y enmarcando el ejercicio de poderes estatales), pero al mismo tiempo termina inevitablemente extrayendo de la experiencia nacional la linfa de la cual se alimentan los principales contenidos de la Convención²⁷.

La noción de sociedad democrática, como veremos a continuación, constituye la clave en la que se inscribe la actividad interpretativa del Tribunal en su dialéctica con los Estados y de su relevancia desciende el papel que ocupa el argumento comparativo en tales pronunciamientos.

Pero no basta. La elaboración pluralista y compuesta de un estándar europeo requiere que no se pueda limitar la indagación de aquellos aspectos ligados al orden normativo interno de cada Estado, o lo que es lo mis-

M. DE BLOIS, «The Fundamental Freedom of the European Court of Human Rights», en R. LAWSON-M. DE BLOIS (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. III, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994, p. 50. Esto (di grundrechtliche Schrankenschränke) es el sentido más inmediato de la noción de sociedad democrática según los arts. 8 al 11 de CEDH, en los cuales se atiende al contexto en el que los Estados están justificados para limitar el ejercicio de un derecho con el fin de perseguir una serie de fines (seguridad pública, protección del orden, de la moral, de la salud, etc.), J. GÜNDEL, «Beschränkungsmöglichkeiten», en D. MERTEN-H.-J. PAPIER (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band VI/1, cit., pp. 477 ss.

²⁶ En este sentido, véase el preámbulo del Convenio: «Los Gobiernos signatarios [...] Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal [...]».

²⁷ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Reliance, in the case-law of the European Court of Human Rights, on the domestic law of the States», *Human Rights Law Journal*, 1980, pp. 24-25.

mo, al conjunto de institutos y principios que dan en el nivel constitucional cuerpo a la noción de sociedad democrática: la titularidad de derechos, la garantía de las minorías, la libertad política, etc ²⁸. Lo importante, sobre todo, es comprender con qué instrumentos y según qué camino, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contribuye a la formación, por vía comparada, de ese tipo de noción de sociedad democrática.

Desde este punto de vista, son diversos los instrumentos interpretativos en los que la jurisprudencia europea emplea el argumento comparativo: los más importantes, por su ligamen con la noción de sociedad democrática, son, sin duda, el margen de apreciación concedido a los Estados y el recurso a la interpretación evolutiva.

Se trata de dos técnicas interpretativas gracias a las cuales los jueces de Estrasburgo han logrado dar dinamismo al texto del Convenio, desvinculando sus derechos del clásico paradigma internacionalista —la «voluntad de los Estados contratantes»—. Así, en particular, mediante el instituto del margen de apreciación —no previsto por el Convenio— los órganos de control de Estrasburgo han atribuido a los Estados un área fuera de control en el que la valoración de las peculiaridades locales recomienda que compete a los Estados adoptar las decisiones consideradas oportunas para perseguir un fin garantizado por el Convenio. Por ejemplo, dado que la «protección de la moral» constituye una finalidad válida para limitar la libertad de expresión, pero, de otra parte, no puede ser entendida del mismo modo por todos los Estados europeos, cada Estado, dentro de un cierto límite, es libre de valorar qué ha de entenderse por moral, a la luz de la propia historia, del marco de valores constitucionales, de la sensibilidad cultural de la población, etc. Según este principio, por ejemplo, se podría vetar una publicación considerada obscena, de acuerdo con el estándar de juicio nacional, en cuanto que dirigida principalmente al público juvenil, y sin que esto contradiga las disposiciones del Convenio ²⁹.

²⁸ Para una reconstrucción véase S. MARKS, «The European Convention on Human Rights and its “democratic society”», *British Yearbook of International Law*, 1995, pp. 209 ss.

²⁹ Se trata del conocido caso *Handyside c. Regno Unito* (dec. del 7 diciembre 1976, n. ric. 5493/72).

La comparación jurídica, en esta clave, constituye un instrumento con el cual el Tribunal puede registrar y reelaborar la diversidad de las esferas culturales (no solo estatales) en tema de derechos, intentando encuadrarlos de la mejor forma posible en el sistema del Convenio; los jueces intervienen sobre el Convenio efectuando un análisis del impacto que una cierta decisión puede tener sobre las coordinadas constitucionales e histórico-sociales de un cierto ordenamiento. En este sentido, el empleo de la comparación se muestra decisivo para señalar el pasaje de un espacio normativo tendencialmente uniforme (en el que corresponde al Tribunal extraer un único criterio de juicio de la multiplicidad de soluciones hallables en el ámbito nacional), un espacio heterogéneo, culturalmente pluralista (en el cual la unidad de la tutela dada por el Tribunal coexiste con la pluralidad de soluciones compatibles).

Si la elaboración de la diversidad espacial se logra recurriendo al margen de apreciación, el Tribunal de Estrasburgo, gracias a la interpretación evolutiva de los principios y de las disposiciones contenidas en el Convenio, alcanza a leerlo en sintonía con el desarrollo (ni linear, ni uniforme) de la sociedad, de las tradiciones y de la cultura europea de los derechos fundamentales. También en este caso, el paradigma de «la voluntad de los Estados contrayentes» como manifestación de la época en que se redactó la Convención, con el paso del tiempo, ha dado lugar a una actualización de principios de tutela que el Tribunal ha promovido mirando especialmente a los desarrollos experimentados en los ordenamientos europeos a partir de la segunda guerra mundial³⁰. Si la jurisprudencia ha logrado incidir sobre el estatismo de una normativa internacional como el Convenio, sustituyendo el tiempo normativo por un tiempo evolutivo, eso ha sido a menudo posible gracias también a un análisis comparado de la diversidad y de la afinidad entre las diversas esferas culturales europeas³¹.

³⁰ Sobre la superación del paradigma de la voluntad de los Estados contratantes, realizado por el TEDH recurriendo a la fórmula del CEDH como «living instrument», véase últimamente G. LETSAS, *A Theory of Interpretation*, cit., p. 61.

³¹ Las distinciones espacio normativo/espacio heterogéneo y tiempo normativo/tiempo evolutivo es adoptada por M. DELMAS-MARTY, «Fécondité des logiques

Los dos criterios de juicio que han sido ilustrados y su empleo frecuente clarifican, desde un primer punto de vista, qué aspectos del método comparado usado por el Tribunal están ligados a la relevancia de la indagación sociológica con el fin de llenar de significado las disposiciones inciertas y cargadas de vaguedad del Convenio. El método comparativo, en esta acepción, ha servido al Tribunal, por ejemplo, para aclarar en qué condiciones se ha producido una mutación relevante del modo de entender algunos conceptos claves del Convenio, como, por ejemplo, el de «protección de la moral» o el de «protección de la libertad de los derechos de otros» en relación con la libertad religiosa. Como se verá, más allá de esto, la orientación sociológica del método comparado usado por el Tribunal no ha reducido el papel del Tribunal al registro de la diversidad o la uniformidad de los panoramas de distintos países europeos, pero ha implicado a menudo una posición valorativa dirigida a verificar si un cierto ordenamiento es preferido en razón de su continuidad con los valores base del Convenio, o si es ignorado u obstaculizado abiertamente, pese a ser común a algunos o a una mayoría de los Estados miembros.

Margen de apreciación e interpretación evolutiva, por tanto, han sido dos instrumentos gracias a los cuales el Tribunal logra integrar estas esferas culturales con la diversidad y la transformación de las orientaciones sociales y culturales, alimentando el sentido y el ámbito de los derechos deducidos de diversos contextos nacionales³².

Los problemas que maduran a la sombra de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, por tanto, no parecen extraños al marco de problemas propios de la teoría de la interpretación constitucional, en el que asume un lugar característico la tensión entre los acercamientos textuales y las orientaciones latamente sociológicas, dirigidas al registro de datos de la rea-

juridiques sous-jacentes», en *EAD*, *Raisonnement la raison d'État*, cit., pp. 468-469. Sobre la interpretación evolutiva me permito reenviar a mi estudio «Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo», en L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2012, p. 21.

³² M. DE BLOIS, *The Fundamental Freedom*, cit., p. 55.

lidad idóneos para alimentar las valoraciones de los jueces: en relación a ambos aspectos, el recurso a la comparación como instrumento hermenéutico permite elaborar directrices «ad hoc» para resolver controversias específicas³³.

En consecuencia, son múltiples las trayectorias del razonamiento jurídico del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que el argumento comparado concurre a la individuación de principios de derecho y de reglas concretas de juicio para la búsqueda de un equilibrio en el caso concreto: y es propiamente en la relación entre la formación de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales y equidad de las reglas de juicio donde se puede encontrar el sentido originario del recurso a la comparación jurídica de la obra de los jueces de Estrasburgo.

2.2. Dos casos emblemáticos: transexualidad y moral religiosa

La atención de los estudiosos, tras la doctrina del «consensus standard», formada en el asunto *Matthews c. Reino Unido*, se ha concentrado en dos aspectos particularmente problemáticos de la argumentación comparada. Desde un primer punto de vista, la jurisprudencia del Tribunal ha sido criticada por la ausencia de un razonamiento comparado. Muchas veces, en verdad, el Tribunal se limita a declarar apodícticamente que no existe uniformidad de disciplina al nivel nacional, a lo máximo se realiza un acercamiento sumario a alguna legislación, y de ahí se declina una reserva a los Estados en la regulación de un determinado derecho fundamental. La falta de un tratamiento comparado amplio no es la única razón de perplejidad en

³³ A lo largo de la línea que separa estos ordenamientos complementarios, se puede divisar, «sub specie comparationis», una continuidad con la reflexión norteamericana sobre «categorization» y «balancing»: la analogía ha sido manifestada por S. SOTTIAUX-G. VAN DER SCHYFF, «Methods of International Human Rights Adjudication: Towards a More Structured Decision-Making Process for the European Court of Human Rights», *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, pp. 117 ss.

la doctrina mayoritaria. Algunos autores consideran un error de principio hacer depender la aplicación y el sentido de un derecho de la regulación que le dan los Estados. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, según estos autores, debería tener una función contramayoritaria y sin la posibilidad de dar espacio a ámbitos de discrecionalidad o márgenes de apreciación en el sentido de imponerse frente a las legislaciones nacionales, incluso si éstas van todas en la misma dirección³⁴. De la solución de estos problemas, como se hace evidente, se deducen visiones diversas de la finalidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su jurisprudencia. Para los defensores de la argumentación comparada, el Convenio no ha de comprenderse al modo de un nivel normativo jerárquicamente superior, destinado a imponerse sobre los ordenamientos nacionales, sino como un sistema destinado a crear un orden público europeo de derechos fundamentales, que debe tener en cuenta las diversas sensibilidades existentes al nivel nacional. Para los críticos de esta orientación, por el contrario, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, incorpora también el principio de legalidad y del estado de derecho, que estarían amenazados cada vez que el Tribunal de Estrasburgo cede ante interpretaciones que dejan espacio a los poderes discrecionales de los Estados.

Más allá del modo correcto para dar respuesta a estos problemas, parece útil indicar dos filones jurisprudenciales en los cuales el recurso a la argumentación comparada ha contribuido a orientar la elección de los jueces, si bien en una dirección opuesta: la primera, en el caso de la transexualidad, favorable a la noción expansiva del derecho al respeto de la vida privada y familiar; la segunda, relativa a la libertad moral y religiosa, tendente, por el contrario, a hacer prevalecer incondicionalmente las exigencias de naturaleza colectiva sobre la tutela individual de otras libertades, como la de expresión.

³⁴ Entre los muchos críticos E. BENVENISTI, «Margin of appreciation, Consensus and Universal Standards», *New York University Journal of International Law and Politics*, 1998-1999, pp. 844 s. e G. LETSAS, *A Theory of Interpretation*, cit., p. 122.

2.2.a) ***La transexualidad y la lenta elaboración de una regla de reconocimiento fundada en la comparación jurídica***

Las decisiones relativas a la primera tendencia a examen tienen que ver con personas que, después de haberse sometido a una operación de cambio de sexo, se han dirigido al Tribunal de Estrasburgo para reclamar frente a una violación del derecho a la vida privada y familiar (tutelado en el art. 8 del Convenio), imputable a la legislación inglesa. Esta legislación, pese a consentir el tratamiento hormonal y las operaciones quirúrgicas necesarias y, más aún, confiándolas al servicio nacional de salud, durante mucho tiempo impidió a estos sujetos ver reconocida plenamente su nueva identidad, sea en relación a la corrección del registro del estado civil, sea en relación con la capacidad para contraer matrimonio con una persona del mismo sexo biológico (haciendo valer a este respecto el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Las dos primeras reclamaciones por parte de sujetos transexuales sobre las cuales el Tribunal de Estrasburgo ha resuelto el fondo fueron *Rees y Cossey*³⁵: el rechazo de la autoridad inglesa a reconocer todos los efectos del cambio de sexo y la posibilidad de casarse se consideró en ambas ocasiones que no vulneraba en cualquier caso los arts. 8 y 12 del Convenio, sosteniendo que una obligación positiva de reconocimiento a cargo del Estado no podía ser deducida de una praxis uniforme vigente en los países europeos. En estas primeras decisiones, por tanto, los jueces reconocieron que el tratamiento que recibían los transexuales en el Reino Unido no suponía una excepción, en el marco de las diversas praxis nacionales, que obligase al Tribunal a intervenir sancionando el comportamiento nacional. En una situación de incertidumbre y de fragmentación normativa, científica y cultural, el Tribunal terminó por asumir una posición que, de un lado, consideraba esa complejidad como un obstáculo cognitivo insuperable a su propia intervención, pero que, de otro lado, ponía límites de orden procedimental al margen de apreciación estatal: si la extrema diversificación de las prácticas nacionales registradas, en un determinado mo-

³⁵ Decisiones respectivamente del 17.10.1986 (rec. n. 9532/81) y del 27.9.1990 (rec. n. 10843/84).

mento impide la elaboración de un estándar de tutela, esto no significa que, ante una evolución de las coordinadas normativas, científicas y sociales, no pueda el Tribunal desandar sus pasos y controlar —a la luz de las mutaciones expuestas— el comportamiento estatal tenido en aquel momento por minoritario.

Después de la primera formulación de este principio en el caso *Rees* de 1986, y en la sentencia *Cossey* de 1990, el Tribunal se apoyó apodícticamente sobre la constatación de que la evolución registrable a partir de aquel momento no era suficiente para hacer emerger una posición unívoca en el área europea. Tal postura, fue, sin embargo, duramente criticada por los jueces en minoría, que, por el contrario, comenzaron a examinar en detalle los cambios legislativos ocurridos en ese transcurso de tiempo. Éstos últimos, iluminando un grado de consenso siempre mayor ante el reconocimiento de un estatuto jurídico de la transexualidad, subrayaron con fuerza la incongruencia de la posición asumida por la mayoría y su renuncia a individualizar a partir de ese momento un estándar común. Las decisiones siguientes, bajo este marco de referencia, se concentraron casi exclusivamente en la valoración de la evolución normativa y científica ocurrida en el tiempo, alcanzado la conclusión de que no se daba todavía un tratamiento uniforme en el nivel europeo del fenómeno de la transexualidad hasta el punto de justificar el abandono de la doctrina desarrollada en el caso *Rees*³⁶. Es en el año 2002, con el caso *Goodwin*, cuando los jueces de Estrasburgo actualizan la consecuencia que se había dejado ver en las sentencias apenas citadas, llegando a declarar la legislación inglesa contraria a los arts. 8 y 12 del Convenio, considerada hasta aquel momento dentro del margen de apreciación del Estado.

¿Cuáles son las novedades en el tema de argumentación comparada que el Tribunal hace valer en el supuesto concreto para superar la propia orientación precedente? A la convergencia de una serie de elementos deducidos de un análisis comparado (la tendencia constante hacia un mayor recono-

³⁶ Entre otras, véase la decisión del 25.3.1992, B. c. Francia, n. rec. 13343/87, la dec. del 22.4.1997, X, Y e Z c. Reino Unido e *Sheffield e Horsham* c. Reino Unido, dec. del 30.7.1998, nn. rec. 22985/93, 23390/94.

cimiento en los ordenamientos europeos, la experiencia de países fuera de Europa, como Australia y Nueva Zelanda, y los progresos alcanzados en el ordenamiento comunitario), el Tribunal añade un argumento que señala un enriquecimiento respecto a la concepción estática y/o meramente «algebraica» de un consenso europeo, de la cual se había valido previamente. Todavía en el 2002, en verdad, un acercamiento común europeo en materia de transexualidad estaba por llegar: esa ausencia «entre los cuarenta Estados contrayentes no sorprende, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas y tradiciones jurídicas. De acuerdo con el principio de subsidiariedad, corresponde en primer lugar a los Estados contrayentes decidir las medidas necesarias para asegurar el reconocimiento de los derechos garantizados por el Convenio [...] y, para resolver en sus ordenamientos jurídicos internos los problemas concretos que plantean el reconocimiento jurídico de la condición sexual de los transexuales operados, los Estados contrayentes deben beneficiarse de un amplio margen de apreciación. El Tribunal atribuye una importancia menor a la ausencia de elementos que expresen un consenso europeo en cuanto a la manera de resolver tales problemas jurídicos y prácticos, que a la existencia de elementos claros e incontestados que demuestren una tendencia internacional continua hacia una mayor aceptación social de los transexuales, pero también el reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados» (§ 85).

Este caso señala una novedad indudable en la manera en la cual el Tribunal declina el argumento comparativo porque demuestra la complejidad y, al mismo tiempo, la articulación de la motivación del Tribunal. Más que hacer referencia solo al marco normativo de los países europeos, el Tribunal da cuenta de que el ordenamiento inglés no ha adoptado, en el periodo de veinte años, remedio alguno a una situación que expone a los transexuales a una lesión constante de la propia dignidad. Para constatar esta contradicción con los principios incardinados en el Convenio, el Tribunal da cuenta de tres factores. En primer lugar, hace referencia a la tendencia internacional en el tema del reconocimiento de la transexualidad, que muestra una evolución neta y marcada hacia una mayor tutela respecto al pasado. En segundo lugar, denota la contradicción en el comportamiento de las autoridades nacionales, que financian las operaciones de cambio de sexo en

el sistema sanitario nacional, pero luego renuncian a reconocer la nueva identidad nacional. En tercer lugar, el Tribunal reconoce que el margen de apreciación no puede ser entendido solamente como un instrumento destinado a garantizar las prerrogativas de los Estados en ausencia de un consenso a nivel europeo, pues encuentra un límite insuperable en todas aquellas situaciones que conllevan aspectos íntimos de la propia vida privada, como la identidad sexual.

2.2.b) *La escasa incidencia de la comparación jurídica y la noción hiper-rígida de tradición cultural: el caso de la moral religiosa*

El Tribunal, obviamente, no ha demostrado respecto a todos los derechos estar en condiciones de valerse del método comparativo para elaborar un estándar de juicio compartido. En materia de libertad religiosa, por ejemplo, la referencia a la praxis de la normativa nacional ha tenido una función, en resumen, sin influencia en los márgenes tolerables de la libertad de acción estatal.

Ya en la primera sentencia que se ocupó de la libertad religiosa, concretamente de la conformidad del art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos con la legislación griega que sancionaba duramente el proselitismo³⁷, el Tribunal asumió una posición extremadamente cauta ante una institución que, antes que representar una excepción, dado su fundamento histórico en el marco de la legislación europea, pretendía realmente salvaguardar la centralidad de la religión mayoritaria³⁸. Pese a declarar contraria al Convenio la pena de detención aplicada a un testigo de Jehová, introducido en una habitación privada bajo engaños, en efecto, se dejó sin juzgar la facultad del Estado griego de incriminar las formas de proselitismo consideradas im-

³⁷ Dec. del 25.5.1993, Kokkinakis, n. rec. 14307/88.

³⁸ F. RIGAU, «L'incrimination du prosélytisme face à la liberté d'expression», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1994, p. 145. Sobre estos aspectos de la decisión véase C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2001, pp. 100 ss.

propias³⁹ en cuanto que deformidades de una «correcta» comunicación del credo religioso. De este modo, el Tribunal habría querido abstenerse de discutir el fin último perseguido por la ley (salvaguardar la religión prevalente greco-ortodoxa), afectando solamente su modalidad de aplicación⁴⁰. Si a esto se añade que el proselitismo religioso constituye también una forma de manifestación del pensamiento religioso (tutelada por el art. 10 de la Convención), su sujeción al régimen del art. 9 del Convenio da testimonio claro de una estilización de significado que, antes que otros elementos, muestra la idea de la escasa propensión del Tribunal a discutir el vínculo entre organización de la sociedad y cultura religiosa dominante⁴¹.

Desde otro punto de vista, la resistencia a escindir la ordenación del factor religioso de la influencia de las concepciones mayoritarias y la propensión a hacer de esto un subsistema «hipersensible» de la libertad de manifestación de pensamiento aparece de nuevo en un caso de 1996, concerniente a la legislación inglesa sobre la represión de la blasfemia⁴². En esa ocasión, el recurrente —un director cinematográfico— alegaba una violación del art. 10 del Convenio causada por el secuestro de un film suyo tenido por ofensivo de la moral religiosa. Respecto a tales pretensiones, en el juicio tuvo un papel prevalente el hecho de que la finalidad perseguida por el legislador inglés —que pretendía tutelar el sentimiento religioso prevalente— fue sin más legítima en ausencia de una «concordancia de opiniones» a nivel europeo sobre el tratamiento de la blasfemia o el peso que debe atribuirse a la noción de «los derechos de otros» cuando estos coinciden con el respeto de las opiniones religiosas. De tales constataciones se deduce que los Estados, «cuando regulan la libertad de expresión sobre

³⁹ Cfr. En parte § 48 de la decisión. La conclusión alcanzada por el Tribunal es criticada por las opiniones disidentes de los jueces PETTITI, DE MEYERS y MARTENS.

⁴⁰ F. RIGAUX, *Interprétation consensuelle*, cit., pp. 49-50.

⁴¹ En este tema confróntese las atentas observaciones de A. GARAY, «Liberté religieuse et prosélytisme: l'expérience européenne», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1994, p. 20. Un juicio muy duro sobre esta decisión lo expresa F. RIGAUX, *op. ult. cit.*, p. 59 («la Cour a été d'une timidité confinante à la pusillanimité»).

⁴² Dec. del 25.11.1996, *Wingrove c. Reino Unido*, n. rec. 17419/90.

cuestiones susceptibles de ofender convencimientos interiores, en el terreno de la moral y, sobre todo, de la religión», debe dejarse «en general» (sin atender al caso concreto) un margen de apreciación más amplio⁴³.

Esa conclusión mueve necesariamente a la reflexión. En primer lugar, porque de este modo, el análisis comparado pierde su capacidad transformadora por limitarse a dar cuenta de una diversidad irreconciliable y paralizante⁴⁴; en vez de valerse de ella para individualizar las reglas de juicio a aplicar en el caso concreto (por ejemplo, dando el peso justo a la progresiva despenalización de la blasfemia en la mayor parte de los países europeos), el Tribunal va a la búsqueda de un improbable —y quizá tampoco ausplicable— uniformidad europea en relación al papel de la moral religiosa. En segundo lugar, porque la idea de sociedad democrática, que a partir del caso *Handyside* ha estado asociada a la tutela de las opiniones que «ofenden, turban o disturban al Estado o a cualquier otro sector de la población»⁴⁵, se arriesga de escapar de forma redimensionada del contraste con las temáticas relativas a la moral religiosa.

La referencia a la ausencia de un consenso europeo, en definitiva, se ha mostrado en estos casos como un instrumento que aleja al Tribunal de su papel de garante de un compromiso razonable entre unidad y pluralismo de los diversos modos de entender los derechos: una cosa es la pluralidad, incluso extrema, de los modos de concebir la libertad religiosa y las relaciones entre organización estatal y confesión religiosa, y otra cosa es atribuir a los componentes morales del factor religioso —en mayor razón cuando se radican en un contexto local que el Tribunal dibuja como homogéneo e inconexo— un valor prevalente e incondicionado sobre otras libertades protegidas.

⁴³ Así se expresa la sentencia en el apartado § 58. No parece que tenga ningún peso en el juicio del Tribunal, la circunstancia de que en un número cada vez mayor de Estados, el delito de blasfemia está abolido o no se aplica (§ 57).

⁴⁴ Al respecto véase F. HOFFMANN-J. RINGELHEIM, «Par-delà l'universalisme et le relativisme: la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2004, p. 124.

⁴⁵ Dec. *Handyside*, cit., § 49.

2.3. Argumentos comparados y sociedad democrática: la infraestructura del pluralismo de los derechos fundamentales en Europa

Examinar dos direcciones jurisprudenciales en las cuales los argumentos comparados han sido invocados en apoyo de caminos divergentes no debe hacer olvidar que el valor y el significado de la dimensión comparada trasciende el momento puramente aplicativo para interrogar sobre las raíces de algunas problemáticas de fondo del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos: la posibilidad de hacer coexistir un mecanismo unitario de tutela de los derechos fundamentales con el mantenimiento y el desarrollo del pluralismo de las culturas de derechos, o incluso la tentación de evitar que la elaboración de reglas comunes a principios compartidos conlleven soluciones que se revelan inicuas respecto a las pretensiones del recurrente.

En esta clave, por tanto, la comparación jurídica no supone solamente un instrumento que se emplea en el juicio para valorar el grado en el que se comparten los principios generales formulados por el Convenio. Más bien constituye la dimensión dentro de la cual se contrastan a nivel europeo la diversidad de las estrategias culturales en materia de derechos y al mismo tiempo el lenguaje mediante el cual se articula una visión relacional y dialógica de la diversidad⁴⁶. En el contexto bajo el que se afirma esta visión, el lenguaje comparado se ha utilizado haciendo propia una premisa metodológica según la cual la comparación, lejos de reivindicar pretensiones objetivas de científicidad, puede tener sentido mediante la interrogación relativa de culturas y tradiciones diferentes a condición de aceptar una noción discursiva y narrativa constituida⁴⁷. Solo de este modo se puede producir un proceso «autorreproductivo en el curso del cual [los derechos humanos] son constantemente interpretados y reinterpretados, puestos en discusión y transformados en una miríada de actores que actúan en contextos

⁴⁶ Sobre el valor relacional de la dimensión comparativa véase P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, Paris, 1999, pp. 32.

⁴⁷ P. LEGRAND, «The Same and the Different», en ID.-R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 243; más en general, C. GEERTZ, «Gli usi della diversità» (1986), en ID., *Antropologia e filosofia, il Mulino*, Bologna, 2001, pp. 85 ss.

múltiples»⁴⁸. La diversidad cultural, en el signo de la comparación, no parece ser ni un conjunto paralizante de teselas heterogéneas e inconmensurables, destinadas a permanecer aisladas, ni una simple premisa de una síntesis definitiva, que promueve el signo de la diversidad⁴⁹.

Ahora bien, el punto clave sobre el que el Tribunal de Estrasburgo parece hacerse cargo de esa visión compuesta y relacional está constituido por el valor y el significado que ha cobrado el principio de «sociedad democrática». Como ya se ha dicho más arriba, el contenido de ese principio no se ha agotado en la determinación de los límites dentro de los cuales la restricción de un derecho se considera compatible con el Convenio, pero ha ido más bien, hacia la enucleación de un complejo de reglas y de principios constitutivos de una suerte de contenido esencial («Wessensgehalt») de los derechos y las libertades en el área europea⁵⁰, un «*ius publicum europaeum*»⁵¹ que se ha ido construyendo a partir de la elaboración de esos contenidos de valor común a la democracia liberal de la segunda postguerra⁵²,

⁴⁸ F. HOFFMANN-J. RINGELHEIM, *Par-delà l'universalisme et le relativisme*, cit., p. 115.

⁴⁹ La tensión se expresa muy bien en P. LEGRAND, *Le droit comparé*, cit., pp. 36-37: «... la comparaison n'aura pas un effet unificateur, mais bien multiplicateur. Le promoteur de l'unification du droit est tout le contraire du comparatiste. La comparaison, dans sa démarche même, poursuit l'objectif de faire ressortir le divers dans le droit et de justifier ce divers». Refiriéndose al pensamiento de Foucault, Legrand sostiene en concreto que el comparatista está llamado constantemente a «surmonter d'emblée la répugnance singulière [qu'on éprouve] à penser la différence, à décrire des écarts et des dispersions».

⁵⁰ A. LOGEMANN, *Grenzen der Menschenrechte in demokratischen Gesellschaften. Die «demokratische Gesellschaft» als Determinante der Grundrechtsschranken in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Nomos, Baden-Baden, 2004, p. 306.

⁵¹ P. HÄBERLE, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», en el libro del mismo autor, *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1997, p. 44; también en de este autor «Beschränkung und Missbrauch der Grundrechte im Kontext des europäischen Verfassungsvergleichs - eine Problemskizze», en S. Breitenmoser et al., *Human Rights and Democracy*, cit., pp. 313 ss.

⁵² K. HAILBRONNER, «Die Einschränkungen von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft», en R. BERNHARDT et al. (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1983, p. 361.

y que permanece abierto a la evolución y a los enriquecimientos registrables en los distintos contextos sociales, sean nacionales o no⁵³.

La sociedad democrática, por tanto, es una fórmula clave en el sistema del CEDH porque, además de indicar la constelación de valores entre los que esta última está inserta⁵⁴, es expresión de un equilibrio renovado continuamente entre la búsqueda de un significado claro y unívoco de los derechos y de las libertades garantizadas y la aspiración hacia una continua redefinición del contenido y de la matriz ideológico-cultural de esos derechos⁵⁵, razón por la cual no han encontrado en la jurisprudencia del Tribunal una sistematización conceptual definitiva⁵⁶. Esta falta de distinción sustancial la pone en situación de asumir la semblanza de un protocolo constructivo de deliberación pública⁵⁷, dentro del cual el discurso europeo de los derechos se alimenta «de un complejo proceso de discusión, de interrogantes, de críticas en las cuales participa una multitud de actores a nivel nacional e internacional: recurrentes y gobiernos, sin duda, pero también los

⁵³ P. T. VEGLERIS, «Valeur et signification de la clause «dans une société démocratique» dans la Convention européenne des droits de l'homme», en *Les droits de l'homme. Revue de Droit International et Comparé*, 1968, p. 238.

⁵⁴ M. DELMAS-MARTY (*Fecondité des logiques juridiques*, cit., pp. 469 ss.) indica cuatro principios clave: legalidad (respecto a la medida limitativa de los derechos), legitimidad (del fin perseguido mediante la limitación), necesidad (de la medida limitativa de un derecho por perseguir un fin legítimo) y espíritu democrático (criterio general, a la luz del cual la sociedad democrática está asociada a la salvaguarda del «pluralismo, de la tolerancia, de la apertura de perspectivas -«broad mindedness»).

⁵⁵ A. LOGEMANN, *Grenzen der Menschenrechte*, cit., p. 300.

⁵⁶ V. FABRE-ALIBERT, «La notion de «société démocratique» dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, p. 491, donde habla del «indeterminisme juridique regrettable».

⁵⁷ Sobre el papel del «constructivismo» en un sistema de democracia deliberativa véase J. RAWLS, *Liberalismo político*, Ed. di Comunità, Milano, 1994, pp. 89 ss. (en particular p. 95, donde la idea de un constructivismo político de un modelo de cooperación social entre «ciudadanos libres e iguales» está asociado a un régimen democrático en el que las divergencias fundamentales entre ciudadanos está compuesta según una idea de razón pública»).

jueces nacionales, las instituciones políticas, los movimientos de la sociedad civil y otras jurisdicciones y organizaciones internacionales»⁵⁸.

Más allá del nivel interno de elaboración de las reglas de juicio, por tanto, el argumento comparado ha permitido a los jueces de Estrasburgo interpretar las normas del Convenio sin pretender agotar su sentido y contenido, pero con la conciencia de dejar márgenes de indeterminación confiados al diálogo externo con una serie de actores nacionales e internacionales⁵⁹, portadores de posiciones culturales diversificadas. De esta visión dialógica y circular se deduce que las decisiones del Tribunal, al no agotar la potencialidad evolutiva de la interpretación del Convenio, no puede hacerse portador de una «verdad plural»⁶⁰, de la cual solo con el tiempo —y gracias a un trabajo ininterrumpido de «producción jurídica de sentido» en los ordenamientos nacionales⁶¹— podrá deducirse una «verdad compartida»⁶².

3. LOS ARGUMENTOS COMPARADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: LOS RIESGOS DE UN «EMBEDDED COMPARATIVISM»

El peculiar carácter supranacional que distingue el fenómeno comunitario, podría llevar a pensar que el papel y las funciones de la comparación jurídica en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia están más estructuradas respecto a un sistema de impronta internacional como es el del CEDH. Dada

⁵⁸ F. HOFFMANN-J. RINGELHEIM, *Par-delà l'universalisme et le relativisme*, cit., p. 141. Dicen los autores «Il lavoro di interpretazione e di argomentazione nel quale si lanciano i giudici di Strasburgo si nutre delle idee, degli argomenti, delle analisi che si scambiano, si contrappongono e interagiscono in questi cenacoli multipli».

⁵⁹ E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 335, que hace referencia en primer lugar a los jueces nacionales.

⁶⁰ G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, 1986, p. 53, citado por E. LAMBERT, *op. et loc. ult. cit.*

⁶¹ F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1998, p. 157.

⁶² Véase E. LAMBERT, *op. et loc. ult. cit.*

una integración mucho más intensa con los ordenamientos nacionales, a los jueces comunitarios, en términos abstractos, se le abriría la posibilidad de dar espacio a un método comparado fundado sobre el análisis y sobre la transformación de los diversos sistemas nacionales. Un método que, por otro lado, gracias a la eficacia prevalente de las decisiones jurisprudenciales y en paralelo a la armonización legislativa, bien podría haber marcado en profundidad la suerte de la unificación europea.

Sin embargo, la primera impresión que se obtiene en el análisis de la jurisprudencia va en otra dirección: las referencias a las experiencias jurídicas nacionales son escasas y esporádicas, una falta que emerge en materia de derechos fundamentales de un modo mucho más evidente que en otras materias que conoce el Tribunal. Esta contradicción, no obstante, es solamente aparente y puede ser, al menos en amplia medida, desdramatizada si se reflexiona sobre los caracteres distintivos del mecanismo comunitario de tutela de los derechos respecto al instituto del Convenio. Sobre esta base, por tanto, se puede añadir, en un segundo momento, la comprensión del horizonte en el que se inserta el argumento comparado dentro de la jurisprudencia comunitaria.

A primera vista, si bien con el riesgo de alguna simplificación, se puede sostener que el reconocimiento de los derechos fundamentales en el sistema comunitario ha seguido un recorrido en cuanto a la delimitación de los poderes interpretativos de los jueces y la relación con los ordenamientos nacionales, opuesto al que ha caracterizado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como es sabido, entre las competencias iniciales de la Comunidad europea no se incluía la tutela de los derechos fundamentales y cuando el Tribunal consideró que debía controlar los actos comunitarios y nacionales por vulneración de los derechos fundamentales, lo ha podido hacer concibiendo éstos últimos como «principios generales del derecho comunitario», cuyo fundamento reside en un «corpus» normativo heterogéneo, compuesto por las «tradiciones constitucionales comunes» y los «instrumentos internacionales de tutela al que se han adherido los Estados miem-

⁶³ Hablo, obviamente, de la jurisprudencia inaugurada con la sentencia de 12.11.1969, 29/69, Stauder y que se asienta definitivamente con la sentencia del 28.10.1975, 36/75, Rutili.

bros», en primer lugar el propio CEDH⁶³. La búsqueda y la interpretación de estos principios, debido a la ausencia de un catálogo de derechos, parecía conferir al Tribunal una clara vocación comparada y daba las premisas para desarrollar un diálogo constitucional de nivel europeo⁶⁴. El proceso de individualización de esos principios generales, en realidad, no se podría haber realizado sino es a través de una operación interpretativa gracias a la cual el diseño económico originario de las tres Comunidades se enriqueciese con los aportes que en temas de derechos fundamentales surgirían de las diversas tradiciones constitucionales nacionales.

Estos caminos posibles, sin embargo, fueron en gran parte redimensionados por una serie de sentencias fundacionales, que, en torno al mismo tiempo (años 60-70) han equilibrado la integración con la afirmación de la autonomía de la Comunidad frente a los ordenamientos de los Estados miembros y de la prevalencia del efecto directo sobre las normativas nacionales⁶⁵. En virtud de estas sentencias, el sistema comunitario de tutela de los derechos, a diferencia de lo ocurrido en el sistema del CEDH, se ha caracterizado progresivamente por su absorción tendencial dentro de la lógica comunitaria⁶⁶. Mientras que en Estrasburgo, gracias al escaso nivel de integración de los Estados contrayentes, la naturaleza complementaria y subsidiaria del Convenio ha hecho de los derechos en ella garantizados fórmulas abiertas, a través de las cuales se utiliza la interpretación comparada prioritariamente para atender a la peculiaridad de los diversos ordenamientos nacionales, en Luxemburgo la elaboración de los derechos fundamentales se venía desarrollando bajo el signo de la concentración a nivel comunitario de los caminos a través de los cuales las diversas tradiciones naciona-

⁶⁴ T. KOOPMANS, «The Birth Of European Law At The Cross Roads Of Legal Traditions», *American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 496 ss.

⁶⁵ Obviamente la referencia es a las sentencias del 5.2.1963, 26/62, Van Gend en Loos; 15.7.1964, 6/64, Costa e del 28.6.1978, 70/77, Simmenthal II.

⁶⁶ M. HILF, «The Role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities», en A. DE MESTRAL et al. (eds.), *The limitation of human rights in comparative constitutional law*, Yvon Blais, Cowansville, 1986, pp. 550-551.

les podrían obviar la ausencia de un catálogo escrito de principios y de situaciones jurídicas protegidas⁶⁷. En otras palabras, la atribución al derecho comunitario y a las mismas sentencias del Tribunal de Justicia de una eficacia directa y prevalente sobre las normas nacionales ha hecho que la aportación de la comparación a la individualización de derechos fundamentales se dirigiese a un fin preciso: elaborar principios uniformes, en grado de dar a las normas técnicas de los Tratados constitutivos una serie de perfiles de garantía y de contribuir de esta manera a la compleción del acervo comunitario mediante la creación de una suerte de parte general del ordenamiento⁶⁸.

En esta perspectiva, sería defendible considerar que las referencias comparativas que han sostenido la jurisprudencia de los años setenta, introductora del principio de tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, han estado influidas por una vocación institucional similar, consistente en dotar al derecho comunitario de un conjunto de reglas y principios destinados, más que nada, a garantizar la plena, directa y uniforme aplicación del derecho comunitario en los Estados miembros.

Pero la caracterización institucional de la contribución ofrecida por la comparación jurídica al nacimiento y desarrollo del discurso comunitario sobre los derechos no carece de interrogantes. El anclaje de las tradiciones constitucionales comunes a la extensión e intensidad de los fines de la Comunidad es un recorrido que si de un lado anuncia el alargamiento de las garantías previstas por los Tratados gracias a una adaptación evolutiva de

⁶⁷ Esta última orientación todavía subsistía en los años 90, I. Pernice, «Art. 164 EGV», en E. GRABITZ-M. HILF (Hrsg.), *Kommentar zur Europäischen Union (Maastrichter Fassung)*, Beck, München, 1995 (8. Ergänzungslieferung), p. 10; R. GOSALBO BONO, «The development of general principles of law at national and community level: achieving a balance», en R. SCHULZE-U. SEIF (Hrsg.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft*, Tübingen, 2003, p. 123.

⁶⁸ P. PESCATORE, «Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres», *Revue internationale de droit comparé*, 1980, p. 357. Sobre el camino para individualizar y escoger los principios generales como expresión de la dialéctica entre autonomía e interdependencia del derecho comunitario, D. SIMON, «Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire?», *Droits*, n. 14, 1991, p. 76.

las situaciones protegidas al ampliarse la finalidad comunitaria, de otro lado ilumina los riesgos que derivan de asumir esa finalidad como metro y canon exclusivo del reconocimiento de los derechos fundamentales.

La virtualidad que deja ver el empleo del argumento comparado, a menudo ha corrido el riesgo de ceder el paso a una justificación en términos de autorreferencialidad, limitada a determinar las condiciones para el mantenimiento de un cierto orden de relación entre integración económica y libertad individual⁶⁹; orden señalado, no por el equilibrio y el aprendizaje mutuo entre derechos fundamentales y orden institucional⁷⁰, sino más bien por una dependencia sustancial del primero respecto al segundo. El examen de los argumentos comparados usados por el Tribunal de Luxemburgo desvela, por tanto, la dirección en la cual los jueces comunitarios han articulado el marco institucional comunitario, con referencias particulares a la interrelación entre finalidad económica y tutela de derechos fundamentales.

Un ejemplo clásico de tal orientación es el afrontado por el Tribunal en Hauer⁷¹, donde debía juzgar si la prohibición de plantar un nuevo viñedo, dispuesta en un reglamento comunitario de política agrícola, constituía una violación del derecho de propiedad, garantizado por el art. 14 de la Ley fundamental alemana. La sentencia sobre todo da cuenta principalmente de las Constituciones de tres de los entonces nueve países miembros (Alemania,

⁶⁹ El vínculo entre interpretación teleológica y método comparativo está particularmente enfatizado por C. N. KAKOURIS, «Use of the Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities», *Pace International Law Review*, 1994, p. 273 ss.; y sobre el detallado reconocimiento de K. LENAERTS, «Le droit comparé dans le travail du juge communautaire», en F. Van Der Mensbrugge (éd.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2003, pp. 122 ss. En contra, considera «insignificante la posizione della comparazione giuridica nell'interpretazione teleologica» J. JOUSSEN, «L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario», *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 532.

⁷⁰ Al menos en el sentido de P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 1983, pp. 180 ss.

⁷¹ Sentencia del 13.12.1979, 44/79.

⁷² Llamando al art. 1.2 del CEDH como representación de una «indicación importante» porque «ammette in linea di principio la liceità delle restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà, a condizione che queste restino nel limite di quanto giudicato

Italia e Irlanda)⁷² para constatar que la limitación del derecho de propiedad en finalidades asimilables al «interés general» constituye un principio común a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

De la noción de interés general, el Tribunal da una interpretación conforme, más que a las tradiciones nacionales referidas, al contexto en el que está llamado a operar el reglamento impugnado. En atención a la función eminentemente social que poseen las cláusulas constitucionales en materia de limitación de la propiedad, lo que se enfatiza por los jueces es la capacidad del principio del interés general de apoyar la finalidad de la acción comunitaria, o lo que es igual en el caso concreto, «la organización del mercado vitivinícola»⁷³.

La preocupación demostrada por el Tribunal en la caracterización de un interés general no inserto en el contexto del marco comunitario, parece tener un significado adicional referido al temor de que un estándar nacional perjudicase la uniformidad del ordenamiento supranacional. Ese significado adicional, bien visto, reside en el hecho de que una noción compuesta y valorativamente densa como la del interés general de la Constitución nacional dificulta encontrar un marco de compatibilidad en el contexto del ordenamiento y de las políticas comunitarias. Esto hace que el contenido expansivo de ese principio sea actualizado y leído en el sentido de que el interés general deja al fondo su función ligada a la individualidad y socialidad⁷⁴,

dagli stati necessario ai fini della tutela dell' interesse generale», la Corte precisa che «questa norma non permette tuttavia di fornire una soluzione sufficientemente precisa alla questione» (§ 19).

⁷³ Sentencia citada, § 24. Sobre el orden público comunitario como «composto dalle regole inderogabili che hanno guidato la costruzione del mercato unico» v. F. ANGELINI, «Ordine pubblico nel diritto comunitario», *Dig. disc. pubbl.*, II agg., UTET, Torino, 2005, p. 512.

⁷⁴ Sobre el recorrido del derecho de propiedad y su función social sobre el ordenamiento europeo véase v. F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà*, Giappichelli, Torino, 2002, en especial pp. 145 ss.; y A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 225 ss.

para afirmar una finalidad más modesta de apoyo a un compatibilidad sistémica específica, sin duda coincidente con la finalidad del ejercicio de poderes comunitarios en el sector de la PAC⁷⁵. En consecuencia, la misma comparación no parece tener otra función que la de nutrir al derecho comunitario de un principio que formalmente justifica esa operación, dado que su uso no tiene en cuenta la radicación de sus cláusulas limitativas de la propiedad en el margen de los ordenamientos constitucionales nacionales.

3.1. El uso de la comparación jurídica en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, entre la estabilidad del marco institucional y su apertura

Lo indicado en el párrafo precedente no constituye, es necesario precisar, ni una tendencia precisa y unívoca, ni, todavía menos, un criterio de lectura que sea aplicable en línea general a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No obstante, son significativos los elementos que llevan a considerar que, con el paso del tiempo, la llamada al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes ha representado un apoyo válido para extender el marco de las garantías comunitarias, aunque es cierto que son pocos los sectores en los que concretamente se ha verificado, y no faltan los casos en los cuales la orientación para reforzar la tutela de los espacios abiertos por el Tratado ha sido obstaculizada por un persistente empleo selectivo de tales argumentos.

⁷⁵ En base a esta solución creo que se podría revisar útilmente la tensión subrayada por J.H.H. WEILER, «Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities», *Washington Law Review*, 1986, p. 1108, que señala el papel del Tribunal de Justicia, como juez supranacional de los derechos, favorece una integración de su significado y papel (incorporando en esa función de integración también los principios que emergen de las tradiciones constitucionales comunes) y el respeto al «vínculo institucionales» y al apoyo de las políticas comunitarias.

Para ilustrar mejor las contradicciones que todavía señalan el método interpretativo de los jueces comunitarios pero, al mismo tiempo, algunas aperturas significativas, aprovecharé el impulso que dan dos filones jurisprudenciales consolidados, que si bien están estrechamente conectados entre ellos (referidos respectivamente a la discriminación de transexuales y homosexuales), muestran cuánta relevancia puede tener un apoyo responsable sobre el CEDH y las tradiciones comunes para alcanzar y dar a los derechos que surgen de los Tratados una visión no orientada a la mera consolidación de la libertad de circulación y a una interpretación atenta a las circunstancias del caso concreto.

3.1.a) *El uso transformador de la argumentación comparada en la jurisprudencia relativa a los derechos de los transexuales*

Como es sabido, es este uno de los sectores en los que es más fácil valorar en qué manera la extensión de la garantía dispuesta en los Tratados ha caminado en paralelo con la «raison d'être» de una Comunidad fundada sobre la libre circulación, en primer lugar de trabajadores, y constituida por el principio de no discriminación y, sobre todo, por la aplicación que le ha dado el Tribunal de Justicia⁷⁶. Es inútil volver en esta sede sobre las líneas directrices marcadas alternativamente por los Tratados y la jurisprudencia⁷⁷.

⁷⁶ Véase por todos F. SORRENTINO, «L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee», *Pol. dir.*, 2001, pp. 180 ss.; y P. RIDOLA, «Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea», en *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Anuario 1999 - La Costituzione europea, Cedam, Padova, 2000, pp. 345 ss.; por último S. NICCOLAI, «Changing Images of Normal and Worthy Life. The Constitutional Potential of Economic Sensitivity within EU Gender Policies», en EAD.-I. RUGGIU (eds.), *Dignity in Change. Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Anti-Discrimination Law*, EPAP, Firenze, 2010, pp. 35 ss.

⁷⁷ Baste la referencia a las sentencias 15.6.1978, 149/77, Defrenne c. Sabena; 15.5.1986, 222/84, Johnston; 17.10.1995, C-450/93, Kalanke; 11.11.1997, C-409/95, Marschall. Sobre la lógica empleada en la jurisprudencia comunitaria en materia del

Lo que todavía merece la pena subrayarse en ese proceso es la inserción del principio de no discriminación en el área de influencia de la finalidad económica, que no ha impedido que con el tiempo asumiese una función de ampliación y difusión de las «chances» de acceso al goce de derechos más allá del respeto a sus elementos estáticos⁷⁸. En este marco, ha ocupado un papel particular, en una estructura centrada originariamente sobre un margen limitado de factores de no discriminación como el sexo o la nacionalidad, la continua inclusión de nuevos hechos relevantes para la extensión de la tutela dada por el derecho comunitario⁷⁹. Con la intención de analizar qué importancia ha tenido en tal proceso la llamada al argumento comparativo, nos ocuparemos de la transexualidad y la homosexualidad.

El primer caso en cuestión fue decidido con la sentencia P.c.S y Cornwall County Council, en el cual se preguntó al Tribunal si el despido a resultas del cambio de sexo del trabajador suponía una violación de la Directiva 76/207/CEE, en materia de prohibición de discriminación por razón de sexo⁸⁰. El Gobierno inglés y la Comisión sostuvieron que una discriminación debe entenderse prohibida por el derecho comunitario solo cuando la distinción contestada opere tras un mecanismo que provoque una preferencia no justificada de la mujer o el hombre; de acuerdo con esta premisa, el despido de un transexual no podría ser nunca discriminatorio, en tanto que

principio de no discriminación, véase en especial, J. SHAW, «Gender and the Court of Justice», G. DE BÚRCA-J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 87 ss.; C. BARNARD, «The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows?», *Cambridge Law Journal*, 1998, pp. 352 ss. Para una precisa evaluación de la jurisprudencia europea en tema de no discriminación véase. L. POTVIN-SOLIS, «La liaison entre le principe de non-discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnes dans les jurisprudences européennes», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 967 ss.

⁷⁸ Últimamente véase el análisis de R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 286 ss.

⁷⁹ Con la extensión de los factores de no discriminación previstos en las directivas 2000/78/CE e 2000/43/CE.

⁸⁰ Sentencia del 30.4.1996, C-13/94.

afecta de manera indiferente a la mujer y al hombre que cambia de sexo, sin golpear a unos u otros en mayor medida.

El Tribunal, ante este argumento que se conectaba con su jurisprudencia más llamativa, responde en primer lugar citando la sentencia Rees del TEDH y fundando sobre ella una noción de discriminación más atenta que en el pasado, operativa también para los componentes de la diferencia sexual que supera el paradigma biológico hombre/mujer⁸¹. Si la transexualidad, como se ha señalado en la jurisprudencia de Estrasburgo, necesita una tutela cualitativamente distinta de la que ofrece la prohibición de discriminación entre hombre y mujer, también los principios comunitarios deben reflejar una diversidad similar.

La necesidad de dar al transexual una tutela específica, a la luz del Tribunal, se cualifica por el dato de que el mecanismo de la no discriminación entendido «sic et simpliciter» es inadecuado para dar una respuesta a la exigencia de reconocimiento que, en el caso del recurrente, pone en danza exigencias de protección más allá de la simple «Gleichbehandlung»: exigencias que, individualizadas en el respeto de la libertad y de la dignidad⁸², acercan más — como ya se ha hecho ver — la estructura del juicio sobre la discriminación a la salvaguarda de un verdadero y propio juicio de igualdad⁸³.

Si ya en este primer estadio, en efecto, la influencia ejercida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede explicar sus efectos sobre la extensión del principio de tutela y los horizontes del significado de la no discriminación⁸⁴,

⁸¹ C. BARNARD, *The Principle of Equality in the Community Context*, cit., p. 354. Sobre esta evolución, en general, cfr. F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza*, cit., pp. 185 ss. Por otro lado, el caso P. c. S., constituye la primera ocasión en la que el TJ reclama expresamente la jurisprudencia del TEDH sobre los derechos del hombre.

⁸² Sobre este punto G. TESAURO, «Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali del diritto comunitario e dei diritti fondamentali», en *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 1999*, cit., p. 314.

⁸³ *Op. ult. cit.*, pp. 355 s.

⁸⁴ En este tema In tema v. F. PICOD, «Le juge communautaire et l'interprétation européenne», F. SUDRE (a cura di), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 313.

es con la posterior sentencia K.B. c. NHS⁸⁵, cuando el Tribunal, conectando en un círculo virtuoso con la decisión tomada al mismo tiempo en Estrasburgo en el caso Goodwin, pone las bases para un avance posterior de la lógica de la igualdad, en el sentido, esta vez, de la protección de la libertad para contraer matrimonio.

La recurrente ante el Tribunal sostenía que era contrario al derecho europeo la oposición del ente de previsión social a conceder, en el caso de muerte, una pensión a su pareja —persona de sexo femenino que se había sometido a una operación de cambio de sexo—. De hecho, según el derecho inglés, solo el «cónyuge en convivencia» habría obtenido el citado beneficio, con la consecuencia de que la discriminación sufrida por el recurrente era de naturaleza indirecta, siendo relevante no el cambio de sexo en cuanto tal, sino más bien la imposibilidad de contraer matrimonio con una persona que según el derecho nacional, como sabemos del capítulo precedente, era considerada jurídicamente del mismo sexo pese a la referida operación.

La incidencia de un caso de este tipo, a través del velo del principio de no discriminación, sobre un sector de indiscutible competencia nacional, como es el de la libertad a contraer matrimonio, no es un argumento que haga al juez comunitario eludir la petición del recurso.

Es el Abogado General Colomer quien, después de haber atribuido a la libertad de contraer matrimonio un valor en condiciones de orientar el principio de no discriminación⁸⁶, individualiza el fundamento de esta última en el derecho comunitario, a partir, entre otras, de la citada sentencia Goodwin⁸⁷, y de un atento análisis comparado de las regulaciones en los Esta-

⁸⁵ Sentencia del 7 de enero de 2004, C-117/01, sobre ello S. PANUNZIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», en Id. (edición), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 96 s. y L. VIOLINI, «Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di Giustizia», *Quad. cost.*, 2004, p. 414.

⁸⁶ Cfr. las conclusiones presentadas el 10.6.2003, «Non si tratta di edificare un «diritto matrimoniale europeo», ma di garantire la piena efficacia del divieto di discriminazioni fondate sul sesso» (§ 76).

⁸⁷ Por otro lado, es significativo recordar que la decisión Goodwin había hecho el esfuerzo de superar los propios precedentes relativos al art. 9 de la Carta de Nizza:

dos miembros, para llegar a afirmar que la libertad de los transexuales esta «globalmente admitida» en los países europeos y, por tanto, se debe garantizar también en el ordenamiento comunitario ⁸⁸.

En esta línea se asienta asimismo la decisión del Tribunal de Justicia por la cual, introduciendo la imposibilidad de contraer matrimonio entre los factores en los que puede tomar forma una conducta discriminatoria ⁸⁹, se apoya casi exclusivamente en la jurisprudencia del TEDH (pero no sobre la legislación de los países miembros) para sancionar una incompatibilidad en línea de principio entre el derecho nacional en discusión y el derecho comunitario.

El camino a través del cual los jueces han declarado una incompatibilidad similar es significativo por dos motivos. Antes que nada, porque demuestra claramente cómo la impronta cooperativa de la no discriminación permite a los principios comunitarios, en virtud de los procesos de circulación de los modelos de tutela (en este caso el CEDH) extender su alcance también a materias de gran relieve y de segura competencia de los Estados,

por tanto, es legítimo considerar que los jueces comunitarios hayan reclamado con un énfasis particular este precedente de Estrasburgo porque ya incorporaba una interpretación «comunitaria» del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del CEDH.

⁸⁸ Doy cuenta del pasaje de las conclusiones: «Il desiderio dei transessuali di contrarre matrimonio con la controparte sessuale che deriva dal loro nuovo sesso, ha avuto un riflesso giuridico tanto nella legislazione quanto nella prassi amministrativa degli stati membri, nonché nella giurisprudenza, in particolare in quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questi elementi sono di fondamentale importanza ai fini dell'analisi che la Corte di giustizia deve effettuare, nei limiti in cui sia possibile ricavare l'esistenza di un principio generale di diritto comunitario da una tradizione costituzionale comune ai paesi dell'Unione europea o dalle indicazioni provenienti da uno strumento internazionale relativo alla protezione dei diritti umani, ratificato da tutti gli Stati membri» (§ 27). Sigue un estudio comparativo sobre la evolución del principio de la jurisprudencia del TEDH (§§ 29-35) y sobre los ordenamientos de quince países miembros de la Unión: entre ellos solo Gran Bretaña e Irlanda no reconocen esa libertad.

⁸⁹ Sentencia citada, § 30. Sobre la validez antidiscriminatoria de K.B. envío a G. REPETTO, «I diritti all'identità sessuale e il ruolo della morale pubblica», en A. VESPAZIANI (editor), *Diritti fondamentali europei*, Giappichelli, Torino, 2009 p. 162.

como la libertad matrimonial⁹⁰. En segundo lugar, porque ilumina cómo la plantilla operativa del principio de no discriminación, una vez vigorizada con valores provenientes del sistema del CEDH (sin infravalorar el reenvío a los ordenamientos nacionales efectuado por el Abogado General), puede constituir un instrumento para superar la lógica de una tutela enteramente cerrada dentro de la estructura original de los Tratados (centrado mucho tiempo, como hemos visto, sobre el peso del paradigma biológico) y para lograr al mismo tiempo una interpretación «rights based» de los institutos comunitarios⁹¹ que marca la distancia de un acercamiento rígidamente funcionalista en el uso de la comparación.

3.1.b) *El uso estabilizador de la argumentación comparativa en la jurisprudencia relativa a la discriminación de los homosexuales*

No muy diversas de las que acabamos de examinar, pero que han obtenido una respuesta muy distinta por parte del Tribunal de Justicia, son las cuestiones concernientes a la discriminación de los homosexuales, con especial referencia a la posibilidad de equiparar al matrimonio las formas de convivencia registradas de diverso modo, al fin de valorar si las posiciones favorables que se derivan del derecho comunitario para el «cónyuge» de un

⁹⁰ Sobre este aspecto reenvío a las consideraciones de E. CRIVELLI, «I transessuali e il diritto europeo», in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 345.

⁹¹ R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire*, cit., p. 293. Las posiciones de K.B. han sido rechazadas en la sentencia d 27.4.2006, C-423/04, Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, referida a la discriminación de la legislación inglesa que en el cómputo del umbral de la edad para gozar de las pensiones, no daba cuenta de la nueva identidad sexual adquirida por el transexual operado. La ausencia en esta decisión de referencia alguna al CEDH o a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, más que su menguante influencia en la jurisprudencia comunitaria, testimonia cómo el Tribunal de Luxemburgo se ha apoderado de ella, al respecto CRIVELLI, *op. cit.*, p. 346.

sujeto que reviste un cierto estatus (trabajador extranjero o funcionario de la Comunidad) puedan también valer para el «conviviente registrado».

Los dos casos relevantes son bastante parecidos. En el que ha dado lugar a la decisión *Grant c. South West Trains*⁹², la demandante, empleada en una sociedad de transporte ferroviario, planteaba al Tribunal si la negativa a reconocer a su «partner» del mismo sexo la tarifa de viaje bonificada y garantizada a los cónyuges, chocaba con la disposición de la Directiva 76/207/CEE en materia de prohibición de discriminación fundada en el sexo. La misma petición está en el fundamento de la sentencia *D. e Svezia c. Consejo*⁹³, en el que un empleado de la Comunidad se lamentaba del hecho de que una interpretación restrictiva de la noción de «familia» impidiese al sujeto del mismo sexo con el que se había registrado una unión estable en Suecia, beneficiarse de la ayuda de familia prevista en el estatuto del Consejo a favor de los cónyuges de los trabajadores. A hechos idénticos, una respuesta idéntica por parte del Tribunal: las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no son equiparables a las relaciones entre cónyuges o, incluso, a las relaciones estables fuera del matrimonio entre personas del sexo opuesto.

El elemento decisivo en la base de ambas sentencias radica en el hecho de que, para poder revisar una violación del principio de no discriminación, el componente biológico-identitario de la sexualidad (que reúne a los transexuales y a los heterosexuales, diferenciándolos de los homosexuales) reviste un peso preponderante respecto a aquellas ligadas a las preferencias sexuales⁹⁴: en otras palabras, si está prohibido discriminar por el hecho de que se es (o se convierte, en el caso de los transexuales) hombre o mujer, no está prohibido, por otro lado, hacer lo mismo frente a aquellos que rechazan un similar «aut-aut» y orientan sus relaciones de convivencia sobre la base de un camino de autodeterminación. A través de esa línea de demar-

⁹² Sent. del 17.2.1998, C-249/96.

⁹³ Sent. de mayo 2001, C-122/99 P e C-125/99 P.

⁹⁴ P. LENOIR, «L'homosexualité et le juge communautaire», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, pp. 415 y ss.

cación y a partir de ese principio, por tanto, el Tribunal levanta su construcción de un derecho de familia europeo ⁹⁵.

Esa distinción alumbró el riesgo de una lectura de cualquier tipo, menos subversiva, de la sentencia P. c. S., a su vez citada por la sentencia Grant ⁹⁶: antes que constituir un precedente para alargar la red del principio de no discriminación a hechos posteriores respecto a la identidad biológica (como fue propuesto en el caso Grant por el Abogado General Elmer) ⁹⁷, el caso de la transexualidad se revelaría en realidad como una ocasión para reforzar la centralidad de este componente, puesto que testimoniaría —en razón de la estructura de semejanza entre matrimonio heterosexual y matrimonio con un «partner» transexual —la imposibilidad de extender ese diseño también a expresiones de la identidad sexual caracterizadas por un alejamiento de los roles tradicionales, como en el caso de la homosexualidad.

Lo que interesa de este recorrido jurisprudencial es que, de haberse prestado una mayor atención a la jurisprudencia del CEDH, probablemente habría permitido al Tribunal de Justicia dar a la discriminación fundada en el sexo un relieve y un valor diverso del que ha asumido en la jurisprudencia el tema de la homosexualidad y en la lectura de decisiones similares al caso P. c. S.

De hecho, las dos sentencias en cuestión han citado tanto el CEDH como las tradiciones nacionales, y en relación a ambas han iluminado la ausencia de un principio equiparable entre el matrimonio tradicional y las uniones registradas entre homosexuales. Probablemente, una lectura del art. 141 TCE (hoy 157 TFUE) —la norma base del Tratado en materia de no discriminación— bajo el signo de la ampliación de las categorías en que puede manifestarse una práctica discriminatoria, habría requerido en este caso discutir el propio requisito del matrimonio, contemplado, por el contrario, como un elemento esencial de la legislación «sub iudice», para dar

⁹⁵ E. CARACCILO DI TORELLA-E. REID, «The changing shape of the European Family» and fundamental rights», *European Law Review*, 2002, pp. 80 y ss.

⁹⁶ Sobre la continuidad de los dos filones, véase E. CARACCILO DI TORELLA-E. REID, *op. ult. cit.*, p. 82.

⁹⁷ Véanse las conclusiones generales en Racc. I, pp. 623 y ss.

un relieve específico y directo a la ausencia de justificación para un tratamiento diferenciado en razón de las preferencias sexuales⁹⁸. Sobre esta base, la evolución experimentada en las decisiones del Tribunal de Estrasburgo tras la sentencia Grant, quizá habría ofrecido a los jueces comunitarios la oportunidad de apoyar ese diseño.

En las tres sentencias Smith y Grady c. Reino Unido; Lusting, Prean y Beckett c. Reino Unido; y Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal⁹⁹, todas de 1999, el TEDH ha atribuido de hecho a la homosexualidad un tutela específica, sea en relación con la protección de la vida privada y familiar (Smith y Lusting) que con su disfrute no discriminatorio (en el caso Salgueiro). Precisamente porque en estos casos, la «ratio» de protección se agarra exclusivamente sobre la condición de homosexual en cuanto tal, independientemente de su cercanía o distancia respecto a otros modelos de vida, la consideración de su alcance en el Tribunal de Justicia GE habría dado las premisas para la posterior extensión de los supuestos de no discriminación relevantes para el derecho comunitario¹⁰⁰.

⁹⁸ Por ello, solo convence en parte el argumento de C. BARNARD, *The Principle of Equality*, cit., p. 357, compartido también por E. CRIVELLI, *I transessuali*, cit., p. 344, para el que la noción de «sexo» no conllevaría la de «sexual orientation».

⁹⁹ Respectivamente sentencias del 27.9.1999, rec. 33985/96 y 33986/96; sentencia del 27.9.1999, rec. 31417/96 y 32377/96; sentencia del 21.12.1999, rec. 33290/96.

¹⁰⁰ Con la sentencia de 1.4.2008, C-267/06, Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, el Tribunal de Justicia ha vuelto sobre el argumento, declarando esta vez contraria al derecho comunitario la normativa nacional que impide al recurrente homosexual beneficiarse de la pensión de reversibilidad de la pareja del mismo sexo, con quien había establecido una unión registrada en relación con el derecho alemán. En este caso, el Tribunal ha preferido, lo que en términos generales es compartible, subrayar la irracionalidad específica de la disciplina nacional (que expresamente había dado paridad a las expectativas hereditarias de los convivientes registrado, salvo para excluirlos por el régimen específico con el que había sido inscrito el compañero del señor Maruko) antes que sobre los principios recogidos en la jurisprudencia de Estrasburgo, sin duda relevante, pero con una perspectiva más general que la solución recogida por el Tribunal de Justicia. Al respecto, me permito reenviar a G. REPETTO, *Discrimination Against Homosexuals and «Integration by Reasonableness»: Suggestions from the Maruko Case*, S. NICCOLAI-I. RUGGIU (eds.), *Dignity in Change*, cit., pp. 135 ss.

3.2. El valor cooperativo del recurso a la argumentación comparativa y la tendencial superación de los vínculos institucionales

Ahora bien, teniendo presentes estos itinerarios conceptuales, no se puede dejar de remarcar cómo el ordenamiento comunitario, en la dinámica examinada, se resintió indudablemente —ya se ha dicho— de la ausencia de un camino de fundación político-representativo del orden institucional, que colocó inmediatamente el papel y el significado de los derechos fundamentales en una dimensión propiamente funcional. La relación de derivación de las situaciones jurídicas protegidas respecto a un núcleo de libertad económica, en paralelo al riesgo de que los derechos fundamentales permanezcan absorbidos en la lógica institucional de un ordenamiento de fines parciales, podría llevar a considerar que cada reconocimiento de los derechos comunitarios mediante el reenvío a la comparación jurídica no podría haber hecho otra cosa que reflejar el «estatus quo» de ese orden ¹⁰¹, contribuyendo a legitimarlo ¹⁰².

La impresión madurada en el curso de este análisis es que una lectura de ese tipo se arriesga a dar una imagen solo parcial del camino a través del cual ha tomado forma el discurso comunitario sobre los derechos fundamentales y, en particular, de la posición interpretativa que se encierra bajo el reconocimiento de estos últimos mediante el empleo del argumento comparativo.

En la base de esta afirmación, se coloca la metodología comparada, que puede definirse como institucionalmente orientada porque está dirigida en gran medida a propugnar una visión siempre marcadamente política y relacional, y siempre menos funcionalista y economicista de la relación entre derechos y orden institucional comunitario.

Un elemento esencial de esta metodología consiste en ese posicionamiento crítico-valorativo («wertend») gracias al cual, en muchas ocasiones, el Tribunal de Justicia ha sabido relativizar una visión voluntarista de la

¹⁰¹ Creo que en este orden de ideas se sitúa la estimulante reflexión de F. BILANCIA, *I diritti fondamentali*, cit., en particular pp. 215 y ss.

¹⁰² Sobre la influencia de las categorías weimerianas en la lectura de la dinámica europea, véase I. PERNICE, «Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1995, pp. 100 y ss.

autonomía del derecho comunitario gracias a la introducción en la finalidad del Tratado de una serie de principios de garantía puestos en línea de continuidad con el patrimonio del constitucionalismo pluralista-liberal. En virtud a esa posición, la filosofía interpretativa de los jueces comunitarios ha logrado en primer lugar emplear los aportes provenientes de diversos contextos culturales operantes en Europa (tradiciones constitucionales nacionales y CEDH) no solo para dar una lectura «rights based» de esa articulación procedimental presente en los Tratados y en el derecho secundario (piénsese en la capacidad expansiva de las garantías jurisdiccionales en materia de defensa de la competencia), sino, sobre todo, para extender el ámbito de la operatividad y la lógica interna de aquellos instrumentos de tutela a una estructura cooperativa que permea en profundidad la arquitectura comunitaria («in primis» el principio de no discriminación).

Un alargamiento similar de la red sistemática de los Tratados se ha podido levantar, principalmente, sobre las tradiciones comunes y sobre el CEDH entendido como patrimonio constitucional común en condición de aportar, mediante el «médium» de los «principios generales del derecho comunitario» y al mismo tiempo el fundamento y los criterios de guía para una obra de conformación y concreción de los derechos fundamentales que ha de realizarse —de manera ciertamente fragmentada, pero no por esto menos significativa— en ausencia de un catálogo de derechos asimilable al de una carta constitucional.

Más en general, el intento de poner en relación los derechos fundamentales deducidos del análisis comparativo con los principios estructurales de la Comunidad y de crear entre estos bienes/principios una relación de dependencia recíproca, se ha mostrado en la voluntad del juez comunitario de atribuir a ambos el mismo relieve propiamente constitucional¹⁰³. La directriz de adecuación a la que se ha atendido el Tribunal en su tarea de comparación crítica demuestra de hecho que la idea de una simple derivación de

¹⁰³ Sobre este problema, si bien en dos perspectivas diversas cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 136 y R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1994, pp. 128 ss.

los principios de tutela de la finalidad económica en la base de los Tratados, debe dejar el lugar a una relación mucho más compleja, en la cual las áreas de libertad comunitarias —y las mismas garantías institucionales contenidas en el Tratado— reciben un sentido más completo, y un contenido que les permite trascender los límites de una lectura simplemente economicista, al «reaccionar con los principios de tutela que provienen de la CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes»¹⁰⁴.

La manifestación más significativa de ese intento lo constituye el encuadramiento de una relación similar entre derechos y finalidad comunitaria en el contexto explicativo compendiado en la noción de interés comunitario. El hecho de que el éxito de la llamada al patrimonio constitucional común fuese el de una adaptación de los resultados individuales al marco de los objetivos de intereses generales perseguidos por la Comunidad, antes que nada, ha permitido valerse de la ponderación no tanto como un instrumento con el que sacrifica un cierto derecho fundamental bajo el altar de la integración económica, cuanto más bien como llave a través de la cual estabilizar el vínculo de relación recíproca que consentiría una composición y un equilibrio entre bienes de rango igualmente constitucional, según un camino interpretativo orientado al logro de un «acuerdo concreto»¹⁰⁵

3.3. El marco actual: la comparación jurídica al servicio de la evolución de los derechos fundamentales de la Unión Europea

A la luz de este marco, se tiene la impresión de que las consideraciones desarrolladas mantienen su validez, a modo general, tras la entrada en

¹⁰⁴ Se podría reflexionar sobre el relieve que puede tener la sociología institucional para comprender mejor el fenómeno del marco de compatibilidad de los Tratados. No pudiéndome ocupar en esta sede, reenvío a un clásico como H. SCHELSKY en especial «Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen. Kulturanthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema», *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, 1952, pp. 1 ss.

¹⁰⁵ Ya en I. PERNICE, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1979, pp. 60 ss.

vigor del Tratado de Lisboa y la incorporación del nivel primario de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea ¹⁰⁶.

En relación a lo primero, el aspecto seguramente más significativo está constituido por la voluntad permanente de remachar, incluso en presencia de una Carta de derechos absorbida al máximo nivel, que «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». Al mismo tiempo, la expresa previsión de una posibilidad de que la Unión se adhiera al CEDH (art. 6.2 TUE) deja ver que muchos de los problemas más agudos de coordinación y armonización entre los dos sistemas de tutela de derechos en el ámbito europeo se irán limando. Esto, todavía, no conduce necesariamente a sostener que los caminos selectivos de integración con el CEDH puestos en juegos por el Tribunal de Justicia vayan a desaparecer del todo, como demuestra la doble vía elegida por el art. 6, que, de un lado libera la senda de la adhesión, pero de otro remacha que los derechos del CEDH, independientemente de la adhesión, continúan dentro de los principios generales del derecho comunitario. En consecuencia, el escenario que se anuncia una vez que se haya realizado la adhesión será cuando menos dinámico, porque la Unión podrá hablar directamente con el Tribunal de Estrasburgo, estará vinculada a sus pronunciamientos y uno de sus jueces, posiblemente formará parte de este último Tribunal. Pero este plano de integración formalizada no podrá dejar de resentirse de la jurisprudencia precedente del Tribunal de Justicia y de la persistente facultad de ésta de dar una lectura no necesariamente coincidente con la del TEDH. Con todo, los límites de un discurso constreñido al plano de la integración normativa, está en espera de que la jurisprudencia de la Carta se asiente con el tiempo; de

¹⁰⁶ Como confirmado en J. KOKOTT-C. SOBOTTA, « Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2010, p. 266: «Die Rechtsfortbildung im Bereich der Grundrechte ist ... nicht beendet», véase también F. SORRENTINO, «I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)», *Corr. giur.*, 2010, p. 149.

hecho, es posible considerar que con la adhesión se elegirá entre dos diversos planos de la eficacia del CEDH en el ordenamiento comunitario: el primero, que se deduce directamente de la adhesión y coloca a la Convención al nivel del derecho primario de la Unión; mientras que el segundo es aquel ligado al marco permanente de aquélla, gracias a la labor de reconocimiento del Tribunal de Justicia y junto a las tradiciones constitucionales comunes, entre principios generales del derecho comunitario¹⁰⁷. De aquí la necesidad de volver a proponer, sobre un terreno inédito en cuanto que carece de la confianza del libre juego de los actores jurisdiccionales pero estructurado en redes de relación institucional entre tribunales, de una adaptación dinámica de los contenidos de la Convención al marco de valores y objetivos expresados por el derecho comunitario; marco, por otro lado, decisivamente más articulado respecto al pasado por estar ramificado en un catálogo expreso de derechos.

También en relación a las tradiciones constitucionales comunes, el vínculo trazado por el art. 6.1 TUE respecto a derechos que en modo alguno están bajo las competencias de la Unión definidas en los Tratados, debe ser leído como un dique al posible desarrollo de un ordenamiento general de los derechos en la Unión, con el efecto de dejar inalterados los caminos «selectivos» de reconocimiento de los derechos comunitarios, siempre encuadrados en la dimensión institucional y ligados al logro de los objetivos generales de los arts. 2 y 3 del TUE¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Para una reconstrucción de este género, entre otros R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire*, cit., pp. 96 ss. y 423. Sobre los principios generales como expresión de un bloque de legalidad comunitaria véase D. Simon, *Y-a-t-il des principes généraux*, cit., p. 75.

¹⁰⁸ Sobre este aspecto P. RIDOLA, «Diritti fondamentali e “integrazione” costituzionale in Europa», en ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 258 que concluye «non sembra che la nuova formulazione dell'art. 6 ... sia destinata a sostenere il passaggio da un soft law del sistema di protezione dei diritti fondamentali dell'UE, da maneggiare con i criteri flessibili della «comparazione selettiva», ad un diritto codificato, costituito da un sistema impermeabile di diritti «unionali» razionalizzato da criteri rigidi di relazione con gli altri ordinamenti». En una óptica atenta a dejar espacios de acción al Tribunal de Justicia

La persistencia de estos elementos de flexibilidad, no priva de afluentes potencialmente problemáticos, avaladas por la lectura de la Carta de derechos fundamentales. Ésta, en los apartados 3 y 4 del art. 52, requiere, en verdad, que los derechos de la Carta se correspondan con los derechos garantizados en el CEDH o deban ser interpretados en conformidad con las tradiciones constitucionales comunes. De esto resulta, en consecuencia, un marco en el que no solo en línea de principio (como emerge del art. 6 TUE), sino también en relación con la protección e interpretación que se ha de dar a cada uno de los derechos garantizados en la Carta, el Tribunal de Justicia, en el futuro, habrá de tener presente un marco comparativo de referencia más amplio, pero sustancialmente no muy distinto del que se ha desarrollado hasta hoy. La persistencia de estos elementos de apertura en un sistema que ya prevé un catálogo escrito llevará en direcciones inéditas el significado del argumento comparativo: que ya no estará dirigido principalmente a fundar la heterointegración de significados y del contenido de los derechos, sino que será emblema de una dinámica interpretativa constante que se desplegará entre el nivel comunitario, el europeo y el nacional¹⁰⁹. Presumiblemente, por tanto, las salidas futuras del argumento comparativo en la jurisprudencia comunitaria, incluso presentando muchas analogías con el pasado, se jugarán sobre el terreno de la evolución y de la extensión de las matrices valorativas de los derechos garantizados en la Carta.

en su relación con el sistema del CEDH véase P. MENGOZZI, «Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH», *Il dir. dell'UE*, 2010, pp. 231 ss., véase el Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión sobre algunos aspectos de la adhesión de la Unión al CEDH en www.curia.eu.

¹⁰⁹ Por todos, I. PERNICE, «The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights», en S. GRILLER-J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. European Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer, Wien/New York, 2008, p. 240 y J. KOKOTT-C. SOBOTTA, «Die Charta der Grundrechte», cit., p. 267. Respecto al problema, O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 484 ss.

3.4. El orden constitucional europeo en la edad de la comparación

La atención que hasta hoy se ha prestado a la jurisprudencia supranacional europea, sea en la vertiente de la Convención o en el de la Unión Europea, y a su cruce con el plano normativo y jurisprudencial nacional, en gran medida ha estado centrada sobre la dialéctica intraordenamental, y particularmente, sobre el intento de individualizar aquellos instrumentos institucionales que asegurasen formas y mecanismos de enlace entre varios organismos nacionales y supranacionales. De este modo, el estudio de las relaciones entre jueces constitucionales y el Tribunal de Justicia se ha investigado principalmente a partir del modo de funcionamiento de los mecanismos de coordinación como el reenvío prejudicial y la articulación de los contralímites, parándose especialmente sobre los modelos de interacción estratégica que resultan de la jurisprudencia subsiguiente y que delinean un escenario en el cual los tribunales resultan implicados en una «lucha por el poder de la interpretación»¹¹⁰. De un modo nada distinto, las relaciones entre el Tribunal de Estrasburgo con el juez comunitario, de un lado, y con los ordenamientos nacionales, de otro, se han reconstruido bajo el peso siempre creciente atribuido a las decisiones del primero, también con referencia a la exigencia acuciante de una interpretación conforme al Convenio. Un peso que, antes y más allá de los recorridos de reconocimiento y tutela de los derechos, ha sido analizado a la luz de la influencia que estos pronunciamientos tienen sobre la delimitación de los espacios de intervención de los otros ordenamientos, sea en el momento en que el juez de Estrasburgo reduce sensiblemente los márgenes de maniobra del legislador nacional, sea en el momento en el que también el derecho comunitario se siente potencialmente «capturado» por la naturaleza más incisiva y agresiva de las decisiones de Estrasburgo¹¹¹.

¹¹⁰ En este sentido, F. FONTANELLI-G. MARTINICO, «Alla ricerca della coerenza: le tecniche del “dialogo nascosto” fra i giudici nell’ordinamento costituzionale multi-livello», *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 385.

¹¹¹ En esta perspectiva se mueve H. KELLER-A. STONE-SWEET, «Assessing the impact of the ECHR on national legal systems», en ID. (eds.), *A Europe of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 677 y ss.

En esta perspectiva, el interés principal del análisis comparado de la jurisprudencia no consiste en investigar la «definición de los principios de derecho afirmados por los tribunales en el caso concreto, sino las modalidades de elaboración y aplicación de los métodos, susceptibles de repetición, en la solución del contraste entre ordenamientos... No interesa el diálogo entre los tribunales en cuanto tal, sino el modo con el que los jueces establecen relaciones entre ordenamientos. En otras palabras, se analiza la obra de los jueces como un trámite entre regímenes jurídicos diversos, en ausencia de normas que regulan esas relaciones»¹¹². Aunque hace tiempo que entró en el uso común la idea de la multiplicidad de niveles de tutela, desde esta óptica, la representación teórica está en condiciones de dotarse de instrumentos conceptuales capaces de favorecer la cada vez más evidente fragmentación de los órdenes jurídicos (desde el plano europeo hasta el «derecho global general») y salvaguardar al mismo tiempo la capacidad y la aplicación sistemática, incluso en el plano de un sistema que se pretende global gracias a un proceso paralelo de «desestatalización»¹¹³.

Detrás de estos ordenamientos, no parece difícil entrever el esfuerzo de realizar una reformulación de la dinámica jurisdiccional referida a los derechos fundamentales, acompañada de la instauración de un nuevo orden jerárquico¹¹⁴, cuya característica esencial sería la de dar espacio solo en una mínima parte a la salvaguardia de la efectividad de los propios derechos, para pararse más bien sobre los criterios de resolución de conflictos entre órdenes normativos y entre jueces.

Dentro de los estudiosos que no están en sintonía con estas orientaciones, también se ha animado el contraste entre quienes han sostenido la imposibilidad de frenar el camino de auto afirmación de valores propios del constitucionalismo europeo, confiado a la interrelación dinámica entre diversos niveles de tutela como expresión de un nuevo derecho natural, y los que por el

¹¹² S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Donzelli, Roma, 2009, pp. 43 ss.

¹¹³ S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 42.

¹¹⁴ Como ha sido mostrado por P. HÄBERLE, «Kritik an der Metapher vom sogenannten "Mehrebenenkonstitutionalismus"», en *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht*. Späte Schriften, ed. M. KOTZUR y L. MICHAEL, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 204.

contrario han remarcado con fuerza la exigencia de inclinar los caminos de la decisión política referida a los derechos fundamentales a esos circuitos que permiten mantener un vínculo vital con las instancias representativas, subrayando el riesgo que deriva de invertir demasiado en los caminos, sean nacionales o supranacionales, de creación jurisprudencial de los mismos derechos ¹¹⁵.

En la primera perspectiva, la formación del derecho común está anclada en la constatación de que, cada día más, la Europa supranacional, en particular la comunitaria, se muestra capaz de promover un diseño de integración que deja a sus espaldas cualquier componente instrumental o economicista, y que cada vez más logra interponerse en paridad e incluso fecundar con nuevas aportaciones de valor el patrimonio constitucional nacional. La articulación del derecho común de los derechos fundamentales, en consecuencia, permite a los tribunales europeos convertirse en vectores de una unificación de valores requerida en la elaboración y el entrelazamiento de los principios de tutela sustanciales, que alimentan el recorrido de integración dirigido a perseguir la máxima tutela posible en cada caso ¹¹⁶. En la segunda perspectiva, al contrario, la imposibilidad de recuperar un plano de valores al nivel supranacional es debido, más profundamente, a la superposición de diversas, y en el fondo irreconciliables esferas de legalidad (constitucional, comunitaria y convencional), expresivas a su vez de diversas estrategias sustanciales de fundamentación de los derechos fundamentales ¹¹⁷. Postu-

¹¹⁵ Se trata de un análisis emblemático bajo la diversidad de perspectivas, G. SILVESTRI, «Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali», *Quad. cost.*, 2006, pp. 7 y ss.; y M. LUCIANI, «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico», *Giur. cost.*, 2006, pp. 1658 ss.

¹¹⁶ G. SILVESTRI, *Verso un ius commune*, cit., p. 15 y una perspectiva similar, tendente a mostrar una acepción sustancial de Constitución europea, A. RUGGERI, «Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione «multilivello» del sistema delle fonti», *Studi parl. e di pol. cost.*, 2007, pp. 65 y ss.; y A. SPADARO, «Verso la costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti», *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, pp. 312 y ss.

¹¹⁷ Para la fundación epistemológica de un derecho comparado que esté atento a «l'ontologie des systèmes juridiques» véase O. PFERSMANN, «Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit», *Revue internationale du droit comparé*, 2001, p. 277.

lar un armonía centrada en un diálogo entre tribunales, sea en un sistema multinivel, o más aún, en un derecho común europeo, antes que restituir una imagen armoniosamente artificial de las relaciones entre estas diversas esferas, tiene el riesgo de hacer perder al derecho constitucional su capacidad constitutiva para capturar las formas y los caminos en los que se manifiesta el poder, reconduciéndolo funcionalmente a las dinámicas político-representativas en cuanto que canales primeros de expresión de los sujetos sociales ¹¹⁸.

Expuesta en estos términos, la alternativa entre la celebración o el rechazo de un derecho común europeo de los derechos fundamentales se mueve junto a una serie de alternativas teóricas (noción prescriptiva o descriptiva de Constitución, papel constitutivo o reflexivo de los valores constitucionales, primacía de la legalidad jurisprudencial o de aquella legislativa, autonomía o instrumentalidad de las dinámicas argumentativas) que parece difícil aceptarlas o rechazarlas «en bloc». Respecto a este escenario, por tanto, no es inútil reflexionar sobre la contribución que procede de la matriz comparativa en los caminos de reconocimiento de los derechos fundamentales en Europa, para asentar, al menos parcialmente, nuevas bases en el análisis sobre las posibilidades y los recursos de un derecho común.

Antes que nada, si incluso los caminos tradicionales de unificación del derecho privado se han reconstruido como una destilación progresiva de principios y reglas comunes a los distintos ordenamientos, escondiendo las más de las veces la estrategia política del derecho dirigida a reforzar (más que a edificar) las propias tradiciones jurídicas ¹¹⁹, la formación de un derecho común europeo en el tema de los derechos fundamentales debe orien-

¹¹⁸ M. LUCIANI, *op. et loc. ult. cit.* Sobre este debate ha llamado oportunamente la atención M. CARTABIA, «“Taking Dialogue Seriously”. The renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union», *Jean Monnet Working Paper 12/2007*, pp. 18 y ss.

¹¹⁹ Sobre el tema véase G. MARINI, «Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione», Pòlemos, 2010 (en prensa) y C. S. CERCEL, «Le “jus commune” dans la pensée juridique contemporaine, ou le comparatiste perverti», en P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droit, résolument*, PUF, Paris, 2009, pp. 457 y ss.

tarse desde el inicio hacia una solución diferente. Demasiado a menudo, tenemos la impresión de que cuando se habla del derecho común europeo se alude a la posibilidad de que la multiplicidad de tribunales y de «fora» europeos llamados a intervenir y a decidir sobre los derechos fundamentales pueda con el tiempo brotar una estructura sustancial, antes que institucional, unitaria, fruto de una selección precisa aunque inevitablemente arbitraria, de reglas y principios de tutela, en condición de articular los diversos órdenes constitucionales nacionales y de dar así las premisas para un único sistema que encuentra sus propios valores solo en el nivel supranacional. Si un éxito de este tipo merece decisivamente ser reclamado, vale la pena insistir sobre la capacidad que puede tener una gramática comparativa atenta a la diversidad en la contribución a la edificación de un derecho común de los derechos fundamentales que no se resuelva en la unificación sustancial de los principios de tutela, pero que favorezca la mutua fecundación entre diversas matrices de tutela de los mismos derechos. Un diseño similar, madurado en el terreno de la apertura de las estructuras de valores de las Constituciones nacionales, compediado en la fórmula «Estado constitucional abierto»¹²⁰, todavía necesita de la comparación, no como premisa de la unificación, sino en la medida que permite alcanzar aquello que Cass Sunstein ha llamado «acuerdos no plenamente teorizados»¹²¹. En un escenario como el europeo actual, en el que se agitan modelos de reconocimiento de derechos fundamentales reconducibles a premisas y tradiciones muy diversas, cuando no inconciliables (piénsese solamente en el terreno de los derechos sociales), la tarea del derecho común europeo es la de permitir alcanzar soluciones de equilibrio que, desde el momento que responden a una exigencia de tutela, no agotan los espacios de definición del bien común, permitiendo un articulación posterior de la tutela en otras sedes que se implicarán sucesivamente. Una vez rechazada por impracticable una acepción de la argumentación comparativa en términos cuantitativos y/o formales, el espacio que se abre a los argumentos comparados ya no es so-

¹²⁰ Véase P. RIDOLA, «Diritti fondamentali e integrazione», cit., passim.

¹²¹ C. SUNSTEIN, «Incompletely theorized agreements», *Harvard Law Review*, 108(1994-1995), pp. 1733 ss.

lamente aquel que coincide con los márgenes de autonomía de los diversos ordenamientos jurídicos y con la dialéctica conflictual que puede producir, pero, sobre todo, aquello que permite verificar como un «corpus» irreduciblemente heterogéneo de reglas y principios, se coagula en torno a soluciones singulares, con la conciencia de que estas deben dejar abierto el camino no solo a teorizaciones sucesivas, sino también a la necesidad de una confrontación dialéctica que proviene de otros modos de entender un derecho fundamental. Si, por tanto, se quiere evitar una idea de derecho común que refleje un ideal jerárquico, piramidal, que quiere la comparación al servicio de la formación de reglas dotadas de un grado siempre mayor de generalidad, el derecho común de los derechos fundamentales debe traducirse en una idea reguladora, que abra el camino a un circuito interpretativo que no se traduzca en la formación de una regla mejor o más general ¹²², que favorezca el diálogo sin que por ello se reconozca extraña al conflicto ¹²³ y en la cual el objetivo del juicio comparativo es «to make it posible to obtain agreement where agreement is necessary; and to make it unnecessary to obtain agreement where agreement is imposible» ¹²⁴.

Al mismo tiempo, un diseño de unificación en estos términos no entrega necesariamente el patrimonio del constitucionalismo nacional sobre los derechos a los circuitos jurisdiccionales supranacionales sustraídos de cualquier forma de control y legitimación democrática. En primer lugar, porque, una vez conjurado el riesgo de una lectura tecnocrática y elitista, que quiere a los jueces como sujetos hegemónicos del nuevo derecho transnacional, la misma actuación de los tribunales europeos llama a la causa estructuras comunicativas más amplias y articuladas, en el que se implican comunidades de intérpretes que se extienden a varios estratos de opinión pública ¹²⁵. En segundo lugar, porque el trato que con mayor evidencia y eficacia ha señalado el recorrido de unificación registrado hasta ahora, en el que de

¹²² P. HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, cit., p. 60.

¹²³ A. TORRES-PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 111.

¹²⁴ C. SUNSTEIN, *op. ult. cit.*, p. 1743.

¹²⁵ A lo que llama la atención, P. RIDOLA, «Diritti fondamentali e integrazione», cit., p. 216 e nt. 133.

manera más coherente se debe insistir para el futuro, no consiste tanto en un marco sustancial presupuesto de valores y principios, sino, más bien, el patrimonio de las técnicas y de los instrumentos que han favorecido la formación, la convergencia o, en otras ocasiones, el conflicto entre las diversas sedes de juicio y los diversos sistemas de tutela. Lo que realmente se muestra común, en otras palabras, es la tendencial desarticulación de una serie de obstáculos a la circulación y al encuentro/desencuentro entre las ideas constitucionales, que lleva consigo una dimensión de confrontación que no coincide más con las técnicas de una razón formal y calculadora, en la que el plano de la jerarquía de las fuentes es la única norma de reconocimiento que permite o excluye el ingreso del derecho supranacional o extranjero en el derecho interno ¹²⁶.

Un nuevo derecho común, que no rescinde su ligamen con la tradición clásica del «ius commune» ¹²⁷, se vale más bien de técnicas dialécticas de la razón, en la cual la capacidad de controvertir, de seleccionar y de valorar soluciones diversas, queda confiada a una hermenéutica comparativa consciente de la complejidad de los marcos de referencia y del rigor con el que debe adoptarse la propia elección, se mide sobre todo el grado de consenso que está en condiciones de obtener los diversos oyentes implicados, y no solamente sobre el respeto de exigencias sistemáticas, que restan respeto mutuo a los concretos equilibrios de intereses con el que se enfrentan los jueces ¹²⁸.

¹²⁶ Sobre este punto véase la interesante reconstrucción de G. HAGER, *Rechtsmethoden in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

¹²⁷ Al contrario de lo que piensa C.S. CERCEL, *op. cit.*, que da muestra de una cierta unilateralidad en la reconstrucción de la matriz histórica del derecho común, identificada solamente con la tradición del iusnaturalismo racionalista de matriz católica.

¹²⁸ Insisten sobre el aspect técnico del «jus commune» entendido también como sustituto de una una unificación sustancial inalcanzable, A. GIULIANI, «Presentazione», en P. STEIN-J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Giuffré, Milano, 1983, p. V («los valores comunes, que también entran en conflicto y controversia, se reencuentran en la observación histórica de las técnicas y de los procedimientos efectivamente usados por el jurista») y R. C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and in the Future*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 134 ss.

Resumen:

Partiendo de la presunción de que el argumento comparado permea el razonamiento judicial de los tribunales supranacionales de forma más intensa que los tribunales constitucionales nacionales, este ensayo investiga el papel desempeñado por la argumentación comparada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia. De un modo distinto pero convergente, estos dos tribunales inicialmente realizaron referencias al derecho comparado para remediar su falta de legitimidad, vinculada al aislamiento institucional del TEDH y por la ausencia de un reconocimiento textual en los Tratados fundacionales. En la medida en que la legitimidad de ambos tribunales creció en los años siguientes, el argumento comparado acabó por provocar diversos efectos: en Estrasburgo, sirve como instrumento en la identificación de un consenso en el margen de apreciación con la intención de alcanzar un pluralismo razonable, mientras que en Luxemburgo la referencia a las tradiciones constitucionales y el TEDH abrieron el camino para una lectura de los Tratados centrada en los derechos, si bien bajo el riesgo de un «embedded comparativism». Tras aprobar la Carta de derechos fundamentales de la Unión y dada la carga de trabajo del TEDH, el razonamiento comparado opera actualmente —aunque mayormente de forma oculta— como un factor de selección de casos y, al mismo tiempo, como la gramática adecuada para el diálogo judicial.

Palabras Clave: Derecho comparado, argumentación, derechos fundamentales, derecho constitucional comparado, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión.

Abstract:

Moving from the assumption that comparative reasoning permeates judicial reasoning of supranational courts deeper than national constitutional courts, the essay investigates the role played by comparative arguments in the case law of the European Court of Human Rights and of the Court of Justice of the European Union. In a different but converging direction, these two Courts have initially referred to comparative law in order to remedy a sort of lacking legitimacy, which is linked to the institutional insulation of the ECHR and to the absence of a general part of EC law. Along with the increasing legitimacy of the two Courts in the following years, comparative reasoning ended up to display several effects: in Strasbourg, it works as «consensus inquiry» in the field of margin of appreciation in order to enhance a reasonable pluralism, whereas in Luxembourg the referral to common constitutional traditions and to the ECHR paved the way to a rights-based reading of EC/EU law, albeit with the risks of an «embedded comparativism». After the enactment of the Charter of fundamental rights of the EU and during the increasing work overload of the ECtHR, comparative reasoning operates actually as a —mostly hidden— factor of selection of cases and, at the same time, as the proper grammar of judicial dialogue.

Keywords: Comparative law, argumentation, fundamental rights, European constitutional law, European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union.

Perfiles/Noticias

ELOGIO DE DON FRANCISCO RUBIO LLORENTE

PALOMA BIGLINO CAMPOS *

Por primera vez en su dilatada historia, la Universidad de Valladolid va a investir como doctor honoris causa a un constitucionalista. Se dirá que en esto no hay nada de extraño, dada la juventud de nuestra disciplina frente a la venerabilidad del Derecho Civil o la Medicina. Pero antes del Derecho Constitucional estuvo el Derecho Político y nuestro actual Derecho Constitucional tiene ya más de tres décadas.

Si hemos llegado a este acto, excepcional, es por el esfuerzo de muchas personas a la que quiero dedicar mi agradecimiento.

Antes que nada, gracias a D. Francisco Rubio Llorente, por aceptar nuestro homenaje. Gracias a nuestro Rector, Marcos Sacristán, quien hizo suya y dio cauce a la voluntad del grupo de constitucionalistas de esta Universidad. Gracias, también, a nuestro Departamento, a la Facultad de Derecho y a su Decano, Andrés Domínguez, por brindar apoyo unánime a nuestra propuesta.

No es tarea fácil amadrinar a alguien que nos supera con creces en mérito y distinciones. Más difícil todavía es hacer la «laudatio», porque cuanto mayores son las cualidades, más complejo es resaltarlas sin caer en la mera acumulación. La responsabilidad de intervenir en esta investidura me ha

* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid.

correspondido más por la edad que por mis cualidades. Tres décadas en esta universidad y veinte años en la Cátedra no me hacen mejor que mis colegas, pero sí me cargan con responsabilidades de las que espero estar a la altura.

Para laudarlo a Francisco Rubio me permitirán que parta de sus propias palabras, expresadas en una entrevista que concedió, hace poco, a un diario nacional. En ella, recomienda tres virtudes para hacer frente a algunos de los problemas más acuciantes que afectan a nuestro país. En su opinión, lo que hoy se necesita es, y cito textualmente, «lucidez, patriotismo, mesura y otras virtudes igualmente escasas».

En la fotografía, donde mira directamente a la cámara, sostiene lo que parece ser uno de los tomos del informe sobre la reforma de la Constitución elaborado por el Consejo de Estado en el primer mandato de su presidencia.

Es evidente que estos datos, es decir, una frase y una imagen, no resumen todo un carácter. Pero sirven como indicios para comprender mejor la obra y la trayectoria académica de quien pronuncia dichas palabras y resulta retratado.

De la lucidez de su pensamiento hay tantos ejemplos que resulta difícil escoger una muestra. Hace poco, el profesor Rubio ha dicho que se considera parte de una generación intermedia entre los que llegaron a la cátedra universitaria inmediatamente antes o pocos años después de la guerra civil y quienes accedieron a ella, ya a finales del franquismo o después de 1978.

Desde luego es una generación a la que el Derecho español debe mucho, o todo. Mucho, creo, en el ámbito del Derecho Privado, donde sobresalen personas como D. Jose Girón Tena, maestro de los mercantilistas de esta casa. Todo en el ámbito del Derecho Público, que se afianza a partir de ese grupo de juristas que se forman entorno a la Revista de Administración Pública, entre los que sobresale D. Eduardo García de Enterría. He querido destacar expresamente estos dos nombres porque ambos fueron investidos doctor honoris de esta Universidad, en este mismo paraninfo, hace ya algunos años.

No puedo, ni debo analizar en este acto las contribuciones del profesor Rubio a nuestro Derecho Constitucional. Ésta sería, además, una labor vastísima, porque como ocurre con los intelectuales de raigambre, el pro-

fesor Rubio trasciende el ámbito de la especialización. Desde luego, domina los principales aspectos de nuestro Derecho Constitucional positivo, porque ha tratado desde los derechos fundamentales hasta la organización territorial del poder, pasando por el impacto de la Unión Europea en nuestro ordenamiento. Pero además, ha sabido contemplar nuestro Derecho con la apertura de miras de quien sabe historia constitucional, teoría política o historia del pensamiento

Sólo a título de ejemplo, quiero subrayar su aportación a una noción que no sólo es capital en nuestra asignatura, sino que también constituye el eje central de su pensamiento. Me refiero al concepto de Constitución. En su opinión, y a diferencia de lo que suele mantenerse, la función de esta norma no consiste únicamente en limitar al poder, porque el poder existe, al menos para el mundo del Derecho, sólo a partir de la Constitución. En un Estado democrático, la Constitución es la que crea, la que da forma al poder político. Al formalizarlo, lo legitima pero también, al mismo tiempo, lo somete a Derecho: ésta es la doble consecuencia de la formalización.

La forma del poder es, precisamente, el nombre de sus escritos, reeditados recientemente por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Es cierto que, como el propio autor nos advierte, no se trata de unas obras completas. Aun así, recogen una parte cuantiosa de sus estudios y, desde luego, una contribución fundamental a nuestro Derecho público. Del libro, no sólo sorprende el brillante contenido, sino también la manera en que el Prof. Rubio enfoca las cuestiones más importantes de nuestro ordenamiento. Demuestra, sobre todo, que su profundo saber no es meramente especulativo, sino conocimiento aplicado, es decir, enfocado a iluminar problemas concretos.

Algo quiero decir, también, sobre la medida. Según la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, medida es gravedad y compostura en el semblante. Como una imagen vale más que mil palabras, me remito a la foto a la que antes hacía referencia.

El profesor Rubio Llorente nunca ha tenido medida si partimos de otro de los significados que recoge el Diccionario, es decir, reverencia o demostración exterior de sumisión. La medida del Profesor Rubio siempre ha sido, frente a sumisión, independencia. Desde los cargos y funciones públicas que ha desempeñado, y a los que luego haré referencia, demostró que la inde-

pendencia no es carecer de ideología, sino ejercer la libertad no siguiendo otro dictado que el de la propia razón. Esta particular forma de mesura le permite ser acerbamente crítico con aquello que se considera desacertado y profundamente innovador (hasta llegar a ser intelectualmente provocador) cuando piensa que algo sí es acertado.

Al hablar de patriotismo, el profesor Rubio prefiere decirnos lo que no es y, sobre todo, quienes fueron patriotas. Quizá porque, en su opinión, del patriotismo no hay que hablar, ya que se da por supuesto y, desde luego, no se justifica por la apelación a la España eterna. Así, ni la patria común de todos los españoles es Madrid, ni lo es el mero territorio, ni el torvo nacionalismo. Patriota fue, en su opinión, Manuel García Pelayo, al que considera su maestro y de quien destaca, también, la honradez intelectual, la libertad de espíritu y un orgulloso sentido de la dignidad personal. También fue patriota Francisco Tomas y Valiente, con quien mantuvo una amistad que el profesor Rubio define como propia «de hombres serios».

Lo que D. Francisco entiende por patriotismo no sólo se desprende de su obra, sino también de su trayectoria personal. Se pone en acto cuando, como ha hecho el Prof. Rubio, se dedica gran parte de la vida al servicio de lo público. Al servicio de las Cortes Generales, primero, para colaborar como letrado y Secretario General del Congreso de los Diputados en los trabajos de la ponencia que redactó la Constitución. Como magistrado y vicepresidente del Tribunal Constitucional, después, formando parte de esa institución en los años en que ésta interpretó, de manera más efectiva y convincente, nuestra Constitución y nuestro ordenamiento conforme a la Constitución. Y presidiendo, hasta hace pocos meses, el Consejo de Estado, donde ha dejado una profunda huella.

Pero, aun cuando ejerciera de magistrado constitucional, letrado de las Cortes o presidente de un alto órgano de Estado, D. Francisco Rubio ha sido siempre y, ante todo, profesor de Universidad. Y su visión de lo público se ha proyectado en la investigación y en la docencia del Estado social y democrático de Derecho al que «da forma» la Constitución.

Es esta faceta de Francisco Rubio la que más ha influido en el Área de Derecho Constitucional de la que formo parte. Fue uno de sus discípulos más directos, Manuel Aragón, por aquel entonces Catedrático de esta casa, quien nos puso en contacto por primera vez. Algún tiempo después empe-

zamos a reunirnos mensualmente en la Universidad Autónoma de Madrid, bajo la dirección de los profesores Rubio y Aragón, con otros profesores de muy distinta procedencia. Entre los de esa casa estaba Juan José Solozábal, tan ligado a la Universidad de Valladolid, de la que fue estudiante. El seminario era, y sigue siendo, la mejor manera de comprobar la solidez, o la debilidad, de una argumentación en términos de Derecho Constitucional. Pasar por el Seminario es, en definitiva, someterse a la prueba de la refutación.

En esas reuniones hemos aprendido tres tandas de profesores de Derecho Constitucional de esta Universidad. Primero, quien les habla y quienes son «algo» más jóvenes que yo, pero se encuentran en una situación parecida a la mía dentro del escalafón, como son Juan María Bilbao o Fernando Rey. La segunda oleada es la de Javier Matía, Ana Redondo y Juan Durán, con los de Burgos, esto es, Luis Delgado y Camino Vidal. Por último, los más jóvenes, que van de Carlos Ortega y Oscar Sánchez, a Ana Ruiz Legazpi y Arancha Moretón. Hay muchos otros como Edmundo Matía o Jose Miguel Vidal, sólo por mencionar algunos casos, que nos han tenido que dejar, a pesar de su altura intelectual, por razones presupuestarias que todo el mundo conoce pero que no vienen al caso.

A mí me ha tocado hablar en nombre de todos los que he citado y como miembro de la siguiente generación de constitucionalistas, los de después de la Constitución, muchos de los cuales están hoy entre el público. Puede ser que el Profesor Rubio nos conociera cuando ya éramos doctores. También es verdad que la relación maestro-discípulo es bilateral, porque necesita el consentimiento de las dos partes, sobre todo del que instruye.

A pesar de ello, maestro es, además, quien domina una materia y es de mérito relevante entre los de su clase. Maestro es, sobre todo, quien enseña. Y de D. Francisco todos hemos aprendido. Gracias, pues, Maestro.

Y por todo lo expuesto solicito se proceda a investir al Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente con el grado de Doctor Honoris Causa por esta Universidad.

Resumen:

Este texto recoge las palabras pronunciadas por la Profesora Biglino Campos en la solicitud del título de doctor honoris causa para el Profesor Rubio Llorente.

Palabras Clave: *Rubio Llorente, derecho constitucional, honoris causa, Universidad de Valladolid.*

Abstract:

This paper collects the words said by Professor Biglino Campos in the presentation of Professor Rubio Llorente as honoris causa in the University of Valladolid.

Keywords: *Rubio Llorente, constitutional law, honoris causa, University of Valladolid.*

Textos Clásicos

**DISCURSO DE ACEPTACIÓN DEL NOMBRAMIENTO
COMO DOCTOR HONORIS CAUSA POR LA UNIVERSIDAD
DE VALLADOLID**

FRANCISCO RUBIO LLORENTE *

Señor Rector, estimadas autoridades e invitados,

Soy bien consciente de que el honor que hoy se me hace, tan por encima de mis méritos, no se debe a éstos, sino al afecto de mis colegas y a la generosidad con la que la Facultad de Derecho y la Junta de Gobierno de la Universidad aceptaron su iniciativa.

Gracias de todo corazón a todos mis colegas del Área de Derecho Constitucional; desde los que ocupan los puestos más altos del escalafón, Paloma Biglino, Juan Mari Bilbao, Fernando Rey, me parece, hasta quienes, con una decisión casi heroica en estos difíciles tiempos, inician ahora su carrera académica. Y gracias muy especiales al Rector de la Universidad, que hizo suya la iniciativa de mis colegas.

Mi vida universitaria se inició en esta Universidad, hace ya la friolera de 65 años, pues fue en esta Universidad, en este mismo edificio, e incluso tal vez en esta misma sala donde hice el examen de reválida que la Ley de 1938 exigía para obtener el título de Bachiller y con él la posibilidad de acceder a los estudios superiores.

* Catedrático de Derecho Constitucional. Vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional. Presidente emérito del Consejo de Estado.

Fue así porque yo había hecho en Valladolid todo el bachillerato, como alumno interno en un colegio que aún existe, aunque no en la misma ubicación. Del edificio que el colegio ocupaba en mi tiempo sólo queda un hermoso arco de piedra que los autores del edificio que hoy se alza en ese lugar han tenido el buen gusto de conservar. Un arco que probablemente había sido antes portalón de una casa de labranza.

Si según afirma Max Aub, uno es de donde ha hecho el bachillerato, yo sería vallisoletano, pero creo que Aub exagera y aunque me siento muy unido a esta ciudad, no me tengo por tal, ni podría renunciar sin desgarramiento a mis orígenes extremeños. En todo caso, mi relación con la Universidad de Valladolid no se agotó en aquel lejano acto inicial. La he visitado con frecuencia, especialmente en los últimos veinte años, para participar en actos académicos en la Facultad de Derecho, a invitación de los muchos y buenos amigos que aquí tengo. Una relación de amistad que sin duda debe mucho al hecho de que fuera en esta misma Universidad de Valladolid donde accedió a la cátedra el más antiguo de mis discípulos.

He sido catedrático durante treinta años, y profesor universitario bastantes más. Mi objeto de estudio ha sido siempre el poder político, aunque por razones diversas lo he abordado desde perspectivas diferentes. Sociología Política, Historia de las Ideas, Teoría del Estado, Derecho Público y especialmente Derecho Constitucional. Algunas de estas distintas perspectivas definían el contenido de disciplinas específicas que ocasionalmente he intentado enseñar. Pero todas cabían dentro del cuerpo abigarrado del Derecho Político, que es la denominación que desde la Ley de 1857 hasta la LRU recibía en el pensum de nuestras Facultades de Derecho la asignatura equivalente a la que casi en todos los demás países europeos se llamaba ya Derecho Constitucional.

El lugar que dentro de esta asignatura enciclopédica ha ocupado cada uno de los enfoques que permitía su definición, ha sido muy variable, en función de las circunstancias históricas y políticas e incluso de las preferencias personales del profesor. En mi época, al menos en las Facultades en donde hice mis estudios de Licenciatura y Doctorado y en donde me inicié como profesor, el enfoque jurídico se adoptaba sólo para el estudio del Derecho Constitucional Comparado, nunca jamás para el del ordenamiento interno político propio. No faltaban buenas razones para esta exclusión,

pues manifiestamente no podía inscribirse en el ámbito del Derecho Constitucional el estudio de unas Leyes Fundamentales, cuya propia denominación había sido deliberadamente acuñada para que no se las pudiera identificar con una «Constitución». Su estudio se hacía por eso, no en las cátedras de Derecho Político, sino como contenido propio de una asignatura de Formación del Espíritu Nacional, que como las de Formación Física y Religión, nadie se tomaba en serio. Al menos así era en las Facultades de Sevilla y de Madrid, en las que yo hice la carrera; tal vez en otras Universidades las cosas fueran de otro modo. Si era general, el fenómeno bien merecería un estudio que hasta donde sé nadie ha hecho.

Cabe decir, por tanto, que mi aprendizaje del Derecho Constitucional se ha hecho en buena medida al margen de la licenciatura, y adolece por eso, entre otros muchos, del defecto propio del autodidactismo, de haberse llevado a cabo sin contar con un plan sistemático de lecturas guiadas. Las primeras lecturas que recuerdo haber hecho, llevado más por informaciones recogidas al azar que por consejos, son las de la Teoría de la Constitución de Carl Schmitt y el Derecho Constitucional Comparado de García Pelayo. De este último me tengo por discípulo, pues es seguramente el maestro de quien más he aprendido, pero, cuando muchos años después de haberlo leído, lo conocí en Caracas, no hablamos mucho de Derecho Constitucional. Sus intereses intelectuales estaban entonces muy alejados de los temas jurídicos y ni sus obligaciones docentes ni las mías incluían el Derecho Constitucional, cuya enseñanza estaba allí reservada a quienes tenían nacionalidad venezolana.

Pero si mi aprendizaje de la doctrina del Derecho Constitucional no ha sido tan sistemático y completo como debiera, he tenido sin embargo la ventaja ciertamente singular de haber aprendido Derecho Constitucional directamente de la práctica; de haber participado, de una u otra forma, en la elaboración de una Constitución y sobre todo en su interpretación, durante mis años en el Tribunal Constitucional.

Una Constitución que con razón se ve como símbolo y epítome de la democracia y de las libertades, que con ella recuperamos. Pero que con menos razón ha sido tenida durante mucho tiempo como un tótem intocable, un texto casi perfecto. Muchos venimos insistiendo desde hace tiempo en la necesidad de reformarla. Pero siempre hasta ahora en vano; inclu-

so después de la reforma del art. 135, que desde luego no figuraba en ninguna de nuestras propuestas y en la que el tótem constitucional fue tratado como un chirimbolo de poca monta.

Las carencias del texto que creemos necesario remediar quienes reconocimos la necesidad de reformarlo, se deben en algunos casos a defectos del texto original que el paso del tiempo ha puesto de relieve, pero en la mayor parte de ellos a la necesidad de dar respuesta constitucional a los cambios que en España y en el mundo se han producido en el curso de estos últimos treinta años. Cambios que en buena parte son consecuencia de la aplicación de la Constitución a lo largo de más de tres décadas.

Aunque siguen siendo necesarias, estas reformas parecen hoy menos apremiantes, dado que, salvo en un caso, nuestros mayores problemas políticos no son productos de las carencias que con esas reformas se quiere remediar, ni es mucho lo que éstas pueden contribuir a aliviarlos; al menos directamente. La desafortunada reforma del art. 135 está directamente conectada con uno de estos problemas, pero es más bien una manifestación del problema que un intento de remediarlo.

Pero aunque parezcan menos apremiantes, las reformas siguen siendo necesarias e incluso hay ahora más razones para hacerlas, pues con ellas se reforzará la escasa capacidad que hoy tenemos para afrontar con éxito esos graves problemas a los que acabo de referirme, y que nos vienen del mundo exterior o de lo profundo de nuestra cultura política, y no del marco jurídico en el que la política se lleva a cabo. Después volveré sobre alguna de estas reformas constitucionales necesarias, pero antes de ello, permítanme un breve excursus sobre estos graves problemas políticos cuyo origen no está en la Constitución.

El más notorio y angustioso de estos problemas no es específicamente español, sino general, mundial. Es un fenómeno universal que viene de la incidencia que la globalización económica tiene sobre los Estados nacionales. Sobre todos ellos, aunque no sobre todos con la misma intensidad, ni sea igual la disposición de los distintos Estados para afrontarlos, ni la capacidad que tienen para hacerlo con esperanza de éxito.

Expresión sintética de esta incidencia es lo que Dani Rodrick llama el «trilema político fundamental de la economía mundial». En su bien conocido libro, *La paradoja de la globalización*, el economista de Harvard sos-

tiene que globalización económica, autodeterminación nacional y democracia son objetivos en cierta medida incompatibles entre sí, de manera que no puede avanzarse hacia ninguno de ellos sin sacrificar uno de los otros dos. Si se quiere avanzar en la globalización hay que sacrificar, o la capacidad del Estado para decidir autónomamente su propia política, o la democracia; si se quiere preservar y profundizar la democracia, hay que sacrificar el Estado nación o la globalización y si, por último, lo que se quiere asegurar es la capacidad de autodeterminación del Estado nación, hay que optar entre democracia y globalización económica.

No se trata, claro está, de sacrificios totales, sino parciales, de mutilaciones; de las limitaciones que han de imponerse a uno de estos tres objetivos o valores a fin de avanzar en la realización de otro. Lo que no está claro es que cada uno de los actores, es decir, cada uno de los Estados del planeta, tenga plena libertad para decidir cuál es el grado de sacrificio que está dispuesto a aceptar y cuál el grado en que pretende realizar el objetivo preferido.

La visión de Rodrik es en cierto modo optimista, pues a juicio de un buen número de distinguidos autores, la libertad de opción simplemente no existe: antes o después, la hiperglobalización impone a todos los Estados una «dorada camisa de fuerza» que les obliga a aceptar sus reglas, con las que los países se hacen más ricos, y el espacio de la política se reduce. Rodrick sostiene, por el contrario, que ni la hiperglobalización es un destino ineluctable y que además, como la experiencia enseña, si el conflicto se agudiza, al final prevalece siempre la política. En su opinión, como la existencia de una cosmópolis, de un Estado universal, no es posible ni deseable, y los esfuerzos por establecer a escala global mecanismos democráticos de control de la economía arrojan resultados muy modestos, la única solución posible, tanto desde el punto de vista político como económico, es la de reducir la intensidad de la integración económica, volviendo a un sistema que, como el de Bretton Woods, sin tolerar la recaída en el proteccionismo, sí permita a los Estados un cierto grado de control en el movimiento de mercancías, capitales y personas; este último, no para restringirlo, sino por el contrario, para acentuarlo.

Este trilema en el que se encuentran todos los Estados del mundo tiene rasgos especiales en el caso de los Estados miembros de la Unión Europea en general y de los que formamos parte de la Eurozona más en particular.

En el mencionado libro, Dani Rodrick afirma que tal vez la Unión Europea sea una excepción a la regla de que no es posible el establecimiento de un control democrático eficaz de la economía que opere a escala del conjunto y no de cada uno de los Estados implicados, aunque como es obvio, más que de globalización, hay que hablar en este caso de regionalización económica.

Me temo sin embargo que este juicio, que él mismo parece haber revisado después, peca de un exceso de optimismo. Hay un acuerdo bastante generalizado sobre la imposibilidad de mantener la unión monetaria en sus términos actuales; las propuestas más audaces, cuya realización se pospone una vez tras otra, no van sin embargo más allá de la unión bancaria y si acaso y muy limitadamente, la unión fiscal, logradas tanto la una como la otra mediante la introducción de nuevos mecanismos tecnocráticos que degradan aun más las democracias nacionales, sin contrarrestar esta degradación con la introducción de un control democrático común a toda la Unión. Para lograr un avance real en este sentido sería necesario establecer una auténtica unión política que limitara aun más la autonomía de los Estados pero dotando al mismo tiempo a las instituciones políticas de la Unión de una legitimidad democrática propia, cosa que hoy por hoy no parece posible.

En rigor no lo ha sido nunca. Ya al menos desde su sentencia sobre el Tratado de Maastricht, viene repitiendo el Tribunal Constitucional alemán que no cabe democracia sin demos y que no existe aún un demos europeo que permita legitimar las instituciones de la Unión, cuya legitimidad sigue dependiendo por eso de la que le prestan las democracias nacionales, que por su parte parecen incapaces de trascender los intereses políticos particulares, de país y de partido. En definitiva «Europa está atrapada», para decirlo con la expresión que Claus Offe utiliza como título de un espléndido trabajo que la revista *Española de Derecho Constitucional* espera ofrecer pronto a sus lectores. Esta es sin duda la cuestión más importante y apasionante con la que los ciudadanos europeos tenemos que enfrentarnos, pero sobre ella yo sólo puedo hablar como ciudadano y en consecuencia aquí la dejo.

Antes de pasar al terreno que me es más familiar, el del Derecho Constitucional, quiero recordar sin embargo que, como antes he señalado, a este problema político que afecta a todos los Estados del mundo, y de modo muy

especial a los miembros de la Unión Europea se une a mi juicio, otro específicamente español y que por desgracia no es nuevo, sino muy viejo y que en contra de los que muchos creímos, la transición solucionó sólo de manera transitoria. El enfrentamiento entre partidos es elemento esencial de la política democrática, no un defecto a eliminar. La intensidad y radicalidad de este enfrentamiento no es igual en todas partes ni en todos los momentos, pero en pocos países tiene, me temo, la intensidad y la permanencia que en el nuestro y sobre todo ese carácter en cierto sentido ontológico que entre nosotros reviste. No se intenta vencer al adversario político por lo que hace o se propone hacer, sino por lo que es; porque, siendo quien es, carece de legitimidad para gobernar.

Se ha dicho que la creencia de que en la política española existe una pulsión cainita inexistente, al menos como rasgo permanente, en la de otros Estados desarrollados, es producto de la ignorancia sobre lo que realmente ocurre en éstos, o proyección del irremediable pesimismo que forma parte de nuestro carácter nacional. Tal vez sea así, y ojalá tengan razón quienes así piensan, pero somos muchos los que tenemos la impresión de que desde finales de los años noventa para acá, el enfrentamiento político se ha hecho entre nosotros cada vez más agrio y el debate público se centra más en la descalificación del adversario que en la argumentación crítica. No tanto como en vísperas de la guerra civil, pero no muy lejos del enfrentamiento entre el «Maura No» y la «Implacable hostilidad» con el que comenzó a derrumbarse el sistema de la Restauración.

Dicho esto, paso por fin a hacer una breve revisión de las reformas constitucionales pendientes.

He dicho antes que salvo en un caso, los problemas más graves que hoy nos agobian, no son producto de las carencias de nuestra Constitución, ni pueden ser resueltos con su reforma, que por eso parece hoy menos apremiante. Pero esto no significa que haya dejado de ser necesaria, e incluso indispensable para dotar al Estado español de la fuerza que requiere el enfrentamiento con la crisis económica mundial. No me referiré a todas las reformas pendientes; sólo a aquellas que creo más importantes y cuya necesidad viene además no del fracaso de la Constitución para alcanzar los objetivos que con ella se querían lograr, sino, por el contrario, en cierto sentido del éxito conseguido en ese empeño.

Uno de estos objetivos era sin duda el de ofrecer cauce constitucional para la incorporación de España al proceso europeo de integración y para eso bastaba la amplia fórmula del art. 93, pero una vez culminada esa empresa, el precepto resulta ya absolutamente insuficiente. Desde hace años, muchos venimos insistiendo en la necesidad de llevar a la Constitución, como otros muchos Estados han hecho ya, normas que canalicen adecuadamente la participación de España en el proceso de integración y tomen nota de su transformación en Estado miembro de una Unión que limita su libertad de decidir, es decir, en definitiva, su soberanía. Una limitación cuya manifestación más expresiva en el ámbito jurídico es el famoso principio de primacía, que hace prevalecer el Derecho Europeo, tanto originario como derivado, sobre el Derecho puramente interno, sea cual sea el rango de las normas afectadas; es decir, también sobre la Constitución. No es éste, sin embargo el único efecto que la integración ha tenido sobre nuestro sistema constitucional, pues ella ha alterado también algunos de los equilibrios básicos previstos en la Constitución: ha reforzado el poder del Gobierno en detrimento de las Cortes Generales, y el del Estado en relación con las Comunidades Autónomas.

Desde hace ya años, tanto en el mundo académico como, con menos fuerza, en el judicial y más levemente aun en el político, se han hecho propuestas de reforma constitucional en relación con estas tres facetas del problema. Para hacer compatible con la Constitución el principio de primacía, de manera que la obligación que ese principio impone a los jueces de inaplicar normas legales válidas sin cuestionarlas previamente ante el Tribunal Constitucional, no conduzca a la aplicación de normas claramente inconstitucionales, o que la obligación de las Cortes Generales o de las Comunidades Autónomas de aceptar la validez de normas europeas, las prive de la facultad de decidir o de participar en la decisión sobre materias que de acuerdo con la Constitución entran dentro de su competencia.

Sólo me ocuparé aquí de la primera de estas facetas, no porque crea que la restauración del equilibrio entre el Estado y las Comunidades o entre el Gobierno y las Cortes se puede lograr, como hasta ahora se ha intentado repetidamente, pero siempre sin demasiado éxito, sin reformar la Constitución, sino por razones de tiempo.

En su Declaración de 2004 sobre el fracasado Tratado por el que se instituiría una Constitución para Europa, el Tribunal Constitucional sostuvo que

cabe resolver sin reforma constitucional el problema o cúmulo de problemas que plantea el principio de primacía, pero el argumento que utiliza a favor de esta tesis es a mi juicio por lo menos oscuro. Sin duda supremacía y primacía son en abstracto categorías distintas, pero ¿Cómo considerar suprema una norma que siempre ha de ceder frente a otra que la desplaza? Consciente sin duda de esa dificultad, el Tribunal parece sugerir que la primacía es predicable sólo de las normas del Título Preliminar. Pero si es esto lo que se quiere decir, la reforma constitucional es inexcusable. Pese a la autoridad del Tribunal, sigo creyendo que, como sostuvo también el Consejo de Estado en su dictamen sobre el mismo Tratado, y creen otros muchos estudiosos, es necesaria la reforma constitucional en este punto.

La mayor parte de las propuestas de reforma que entre nosotros se han hecho en relación con este asunto, siguen, como las que se han hecho en otros Estados miembros, el modelo alemán. Llevar a nuestra Constitución, como los alemanes hicieron al reformar su Ley Fundamental en vísperas del Tratado de Maastricht, una habilitación (la fórmula del art. 23.1 es realmente más que eso, casi un mandato) para contribuir al desarrollo de una Unión Europea comprometida con los principios propios del Estado democrático, de derecho, social y federativo, que actúe conforme al principio de subsidiariedad y que preste a los Derechos Fundamentales una protección tan amplia como la que les otorga la propia Ley Fundamental. A contrario, este precepto permite al Estado alemán considerarse no vinculado por los actos y normas de la Unión no concordados con esa caracterización. La «vocación europea» de Alemania es tan decidida, que en el párrafo final de este mismo apartado se admite que las normas europeas, tanto originarias como derivadas, pueden reformar tácitamente la Constitución, siempre que esa reforma no afecte al contenido que el art. 79.3 declara irreformable, que viene a coincidir con los principios antes enumerados.

Una vía análoga, aunque un punto más directa, es la recomendada por el Consejo de Estado, tanto en el antes mencionado Dictamen de 2004, como sobre todo en su Informe sobre la Reforma Constitucional elaborado a petición del Gobierno en el año 2006. Propone el Consejo una reforma constitucional que además de habilitar al Estado para transferir a la Unión competencias derivadas de la Constitución, establezca límites claros a esa habilitación, de manera que carezcan de validez y fuerza en España

los actos o normas de la Unión que los transgredan. Esos límites infranqueables están definidos, a juicio del Consejo, por los principios y valores enunciados en el Título Preliminar

Esta solución era inobjetable en el momento en que se formuló, aunque, como a diferencia de lo que en Alemania sucede, la Constitución española no tiene cláusulas de irreformabilidad, los límites que resultan del Título Preliminar son sólo provisionales, y pueden ser removidos con su reforma. Son además de dudosa eficacia práctica, pues salvo en el muy improbable supuesto de que los actos o normas de la Unión violen frontalmente Derechos Fundamentales, o los principios del Estado social y democrático de Derecho, no cabe recurrir a esos límites para salvaguardar el núcleo último de la soberanía nacional o de la política democrática. La inclusión en el Tratado de Lisboa del principio de respeto a la identidad nacional de los Estados y a su igualdad, ofrece hoy un instrumento más eficaz para proteger esos límites últimos de la estatalidad. Conviene por eso, a mi juicio, cuando la reforma se lleve a cabo, sustituir la referencia del Título Preliminar por una remisión directa e los principios enunciados en el artículo Cuatro, Apartado Segundo, del Tratado de Lisboa. Por lo demás, también al hacer esto estaríamos siguiendo el ejemplo alemán, pues algo así es lo que realmente ha hecho el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia sobre el Tratado de Lisboa, al hacer del «control de identidad» el principal instrumento para el control de las normas y actos de la Unión.

No es que yo me haga ilusiones y piense que esta reforma bastaría para dotar a nuestras Cortes Generales y a nuestro Tribunal Constitucional de la misma fuerza que hoy tienen el Bundestag o el Tribunal de Karlsruhe para influir sobre las medidas con las que Europa intenta responder a la crisis económica. Pero tal vez contribuyera a reforzar la postura negociadora de nuestro Gobierno, incrementando así en algo la muy escasa que hoy tenemos.

También la necesidad de reformar la Constitución en lo que toca a la estructura democrática de nuestro sistema de gobierno es consecuencia del acierto que los constituyentes de 1978 tuvieron al introducir en el texto los preceptos que juzgaron convenientes para enfrentarse con los problemas que en aquellos momentos iniciales se planteaban en esto punto, bien distintos, de los que hoy tenemos. Cierto es que la degradación de la imagen que los españoles tienen hoy de su democracia no es producto sólo ni de factores

internos ni de defectos de la regulación institucional. Es difícil tener un alto aprecio por una democracia incapaz de llevar a cabo una política económica y no son, sino marginalmente, los defectos del marco jurídico en el que actúan los responsables del descrédito de los partidos políticos. También es innegable, no obstante, que esos defectos existen y que algo debe hacerse para remediarlos, tanto en el plano legislativo como en el constitucional. El problema de esta especie que más lugar ocupa en el debate público es el relativo a los partidos políticos, pero a mi juicio hay otros de entidad, aunque menos patentes, en la estructura de las instituciones centrales, Cortes y Gobierno.

En el momento de su restauración, la democracia española no contaba con el sistema de partidos indispensable para hacerla real; la Constitución dio libertad para crearlos, reconoció explícitamente su función e incluso estableció algunos principios en cuanto a su organización y funcionamiento. Pero estas previsiones no bastarían para instaurar una democracia robusta si el número de partidos se multiplicaba más allá de lo razonable, o si los partidos, cualquiera que fuese su número, carecían de la unidad de propósito y de la fuerza indispensable para gobernar el país.

Aunque no es la única razón, la voluntad de conseguir un sistema de partidos fuertes y no en exceso numerosos, es una de las que explican la fijación constitucional de la provincia como circunscripción electoral, tan escasamente compatible con el mandato de que el sistema electoral se adecúe a los principios de la representación proporcional.

Con la colaboración poderosísima de una ley electoral que reproduce sustancialmente el Decreto Ley utilizado en 1977, el objetivo de los constituyentes ha sido alcanzado tan plenamente, que los partidos de nueva creación encuentran obstáculos casi insalvables para crecer, y los existentes son huestes disciplinadas conducidas por una reducidísima cúpula.

El cambio en profundidad de esta situación, inexcusable para que los partidos se abran a la sociedad y recuperen su crédito, requiere una reforma de la legislación electoral, pero esta reforma tendrá efectos muy limitados si no se suprime el pie forzado de la circunscripción provincial. Eliminado ese corsé, el legislador podrá optar por un sistema proporcional puro (una opción que no creo recomendable) u otro que, como el alemán, lo combine con el mayoritario en distritos uninominales. Para la instauración de

un sistema puramente mayoritario, a una o dos vueltas, sería necesario suprimir también el mandato constitucional de adecuación a los principios de la proporcionalidad. Sin la reforma de la Constitución, la del sistema electoral no puede ir más allá de lo que ofrecen las propuestas del Consejo de Estado en su Informe sobre la cuestión, algunas de las cuales, dicho sea de paso, apuran quizás con algún exceso la interpretación del texto.

En la configuración constitucional de la relación entre Gobierno y Cortes, la finalidad predominante que guió la labor de los constituyentes fue la de conseguir Gobiernos tan fuertes y estables como sea posible dentro del parlamentarismo en un país de escasa cultura democrática. Una finalidad sobradamente justificada por razones de puro pragmatismo, pero que podía invocar también en su apoyo las enseñanzas de nuestra propia historia.

En aras de esta finalidad, la Constitución acogió soluciones típicas de «parlamentarismo racionalizado», como la atribución al Gobierno de un poder decisivo para la fijación de ingresos y gastos, o la moción de censura «constructiva». Aunque en otro tiempo defendí esta modalidad de censura contra quienes la atacaban, no estoy seguro de que hoy siga siendo necesaria y conveniente, pues tal vez el daño que a la democracia irroga un excesivo blindaje de los Gobiernos sea mayor que el que podría ocasionar una menor estabilidad.

Pero además del recurso a estas fórmulas del parlamentarismo racionalizado, nuestra Constitución ha reforzado el Gobierno otorgándole un poder legislativo que va mucho más allá de lo que es común en los países de nuestro entorno. La capacidad para eludir o minimizar la participación de las Cortes (es decir, de la representación popular) en el establecimiento de las leyes mediante el uso de este poder legislativo propio, puede utilizarse de manera tan inmoderada que, como ha sucedido en la actual legislatura, el Congreso de los Diputados quede reducido, en la mayor parte de los asuntos importantes, a poco más que cámara de segunda lectura.

Como es lógico, la reducción del poder del Gobierno se traduciría en un incremento equivalente del poder de las Cortes, especialmente del Congreso de los Diputados. Los defectos perceptibles hoy en éste no se remediarían con ese incremento, pues vienen de nuestra cultura política y en no escasa medida de su propio Reglamento, pero no en mi opinión, de su regulación constitucional. Sí están bien arraigados en la Constitución los del

Senado, que no podrán ser remediados sin su reforma. Y una reforma en profundidad. Reformar la Constitución para darle más poder en relación con determinadas materias sin modificar su composición, no sólo no corregirá los defectos actuales, sino que más bien los agravará.

El problema del Senado es indisociable del gran problema de la organización territorial del poder, que la Constitución esbozó, dejando abiertas distintas opciones, de modo que más que obra de la Constitución, el Estado de las Autonomías que hoy tenemos es producto del uso que de esta libertad de opción se ha hecho después mediante una serie de decisiones sucesivas.

Tres hitos cardinales de esta serie son, en primer lugar, el referéndum de Andalucía que, con alguna ayuda de las Cortes Generales permitió a ésta alcanzar el máximo nivel. Después los Acuerdos de 1981 en los que sobre la base de un Informe elaborado por un grupo de distinguidos administrativistas, los dos grandes partidos de la época decidieron que serían los mismos la estructura institucional y el ámbito competencial de todas las Comunidades de régimen común. La invalidación por razones formales de buena parte de la ley que incorporaba el contenido de este acuerdo, la célebre LOAPA, no le privó de efecto, pues como repetidamente han reconocido sus autores intelectuales, el mismo Tribunal Constitucional que invalidó parcialmente la LOAPA, lo puso en práctica a través de su jurisprudencia. Y por último, el Acuerdo de 1992 entre el PSOE y el PP, precedido también de un informe de distinguidos profesores; casi los mismos, me parece, que hicieron el anterior. Sobre las normas creadas en ejecución de estos Acuerdos, el Tribunal Constitucional ha ido resolviendo, en general con prudencia, los incontables litigios entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Éstas han criticado de manera sistemática, la interpretación, excesivamente amplia y siempre a favor del Estado, que a su juicio ha hecho el Tribunal de los párrafos del art. 149 que enumeran las competencias exclusivas del Estado; en sentido contrario, se han censurado de manera ocasional lecturas que restringían en exceso esas competencias o privaban al Estado de la posibilidad de dictar normas de eficacia supletoria excesivamente restrictiva de esas competencias, como yo mismo he hecho a propósito de la STC 61/1997. Pero nunca hasta ahora las críticas por parte de las Comunidades habían llegado al extremo de las que se han vertido so-

bre la STC 31/2010 (Estatut de Catalunya), ni quienes reprochan al TC una excesiva complacencia con las Comunidades lo habían hecho con la virulencia que muestra un libro reciente.

Es absolutamente injusto considerar que el Estado de las Autonomías ha sido un «desastre sin paliativos», pero sería absurdo verlo como un éxito sin sombras. No cabe negar que, pese a sus defectos, el Estado de las Autonomías ha logrado alcanzar en gran medida las finalidades que impulsaron su creación: ha permitido la «conllevancia» con los nacionalismos, ha aumentado o hecho nacer el interés de los ciudadanos en los asuntos de su propia región y ha puesto fin a algunos excesos de centralización. Pero también es innegable que ese éxito no ha sido pleno y que el nuevo modelo de organización territorial no ha logrado poner fin a la vieja tensión entre el nacionalismo españolista y los nacionalismos periféricos, que en los últimos tiempos parece haberse agudizado, ha introducido una complejidad innecesaria en nuestra Administración, ha incrementado considerablemente el gasto público y ha hecho mucho más extenso y opaco un ordenamiento jurídico que ya lo era mucho.

El funcionamiento del Estado de las Autonomías se ha convertido así en uno de los grandes problemas con los que España ha de enfrentarse. Aunque algún representante del nacionalismo catalán, cuya capacidad política corre pareja con su altura moral, parece empeñado en convertirlo en problema internacional, el del Estado de las Autonomías es un problema por así decir absolutamente autóctono. Lo que no quiere decir, claro está, que carezca de repercusiones sobre nuestras relaciones con el resto de Europa y del mundo. Mientras no se le dé solución es poco probable que puedan llevarse a cabo algunas de las reformas constitucionales cuya necesidad he tratado de justificar antes, ni ninguna otra que no sea muy menor, o lo que es peor, nos venga impuesta.

Es en definitiva, el gran problema, el que más profundamente nos divide. Para ponerle término se ofrecen dos vías distintas de reforma constitucional: la transformación del Estado de las Autonomías en un Estado Federal, o su mantenimiento depurándolo de sus defectos. La primera de estas fórmulas tiene la inmensa ventaja de aportar claridad y estabilidad; la desventaja también considerable, dada la complejidad de nuestra «nación de naciones», de ser difícilmente compatible con las «asimetrías»; tanto con

las deseadas como con las ya existentes en relación con los territorios forales. El Estado de las Autonomías permite mantener e incluso incrementar la asimetría, pero presenta la desventaja, ya experimentada de su extrema complejidad y su permanente «apertura».

Sería indecoroso aprovechar un acto como éste para terciar en el debate político, rompiendo lanzas a favor de uno u otro modelo, Otra cosa es advertir desde la Universidad de la necesidad de acomodar las propuestas de reformas a la lógica propia del modelo que se propugna. No tiene sentido alguno mantener el Estado Autonómico para asentar un sistema de absoluta simetría, ni cabe llevar muy lejos la asimetría en un Estado Federal.

Y con esto concluyo mi reflexión de constitucionalista sobre la situación actual. En el mundo del Derecho una reflexión que se alarga más allá de cierto límite en el plano de la generalidad y la abstracción, sin dar un paso hacia lo concreto, se convierte en puro humo y yo no puedo dar ese paso aquí y ahora, ni quizás en ningún otro lugar y momento. Puedo y debo, por el contrario, invitar a que lo den quienes están en condiciones de hacerlo. Desde hace tiempo vengo insistiendo en la obligación que los constitucionalistas tenemos de prestar a los problemas institucionales mayor atención, aunque sea a costa de reducir la mucha que hasta ahora se ha puesto en el estudio de los Derechos Fundamentales. No podemos dejar esos problemas institucionales exclusivamente en manos de la Ciencia Política, cuyo enfoque propio es esencialmente descriptivo, ni delegar su estudio jurídico en otras ramas del Derecho, menos sensibles a las exigencias de la política. En cierto sentido, mi exposición no es sino un intento de ofrecer razones a favor de este giro necesario.

Gracias de nuevo a todos aquellos a quienes debo la muy honrosa distinción que hoy se me ha otorgado. Gracias a todos los presentes por la atención prestada a mi disertación, de cuya pesadez, especialmente para los no juristas, tengo clara y apesadumbrada conciencia. Gracias a Valladolid.

Resumen:

Este texto recoge las palabras dichas por el Profesor Rubio Llorente en la aceptación de su nombramiento como doctor honoris causa por la Universidad de Valladolid. En ellas esboza primero la ecuación de difícil solución que plantea el equilibrio entre globalización, democracia y Estado nación. A continuación analiza los

puntos en los que considera indispensable la reforma constitucional, concretamente, la primacía del Derecho de la Unión y sus límites, el régimen electoral y sistema de gobierno y la definición de la organización territorial.

Palabras Clave: *Doctor honoris causa, Universidad de Valladolid, globalización, democracia, Estado nación, reforma constitucional.*

Abstract:

This paper transcripts the words said by Professor Rubio Llorente in his nomination as doctor honoris causa by the University of Valladolid. Firstly, he describes the hard equilibrium between globalization, democracy and Nation State. Secondly, analyzes the necessity of a constitutional reform in the following points: primacy of European Law, electoral system and system of government and territorial organization.

Keywords: *Doctor honoris causa, University of Valladolid, globalization, democracy, Nation State, constitutional reform.*

Jurisprudencia

¿CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA LEY O «GOUVERNEMENT DES JUGES»? LA DECISIÓN DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS DE 29 DE DICIEMBRE DE 2012 SOBRE EL TIPO IMPOSITIVO DE 75 % APLICABLE A LAS GRANDES FORTUNAS

JACOBO RÍOS RODRÍGUEZ *

SUMARIO:

1. COMPETENCIA PARLAMENTARIA EN MATERIA FISCAL: UN PODER EXCLUSIVO PERO NO ILIMITADO
2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PODER DE APRECIACIÓN DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL: UNA AMPLIACIÓN INDIRECTA PERO NO ACCIDENTAL
3. CONCLUSIÓN

Decía Maximilien de Robespierre que el tercer poder era «le plus terrible de tous les pouvoirs»¹. El Título VIII de la Constitución francesa de 1958 se refiere a él como «autoridad» judicial y no como «poder», reservando este apelativo al legislativo y al ejecutivo. En efecto, durante mucho tiempo hubo resistencia en Francia a la creación de un órgano de control constitucional de las leyes, concibiéndose la ley como expresión de la voluntad general y, por tanto, como una norma especialmente valorada, y

* Maître de Conférences HDR en droit public. Université de Perpignan Via Domitia.

¹ «El más terrible de todos los poderes» (traducido por nosotros, como las traducciones siguientes). M. ROBESPIERRE, Principes de réorganisation des jurés et réfutation du système proposé par M, Duport au nom des Comités de judicature et de constitution, par Maximilien Robespierre, député du Pas-de-Calais à l'Assemblée nationale, 5 février 1791.

factualmente superior. Este temor a los jueces desde la época de la Revolución francesa en 1789 tuvo dos consecuencias esenciales: la creación tardía del Consejo Constitucional, para la que hubo que esperar a la Vª República en 1958, y su creación precisamente como «Consejo», no integrando la jerarquía judicial, lejos del modelo del Tribunal Supremo de Estados Unidos, y no ejerciendo un control real de constitucionalidad de la ley hasta 1971².

El sistema francés es parlamentario pero puede ser calificado de semi-presidencial, ya que el jefe del Estado es elegido por sufragio universal directo por los ciudadanos. En el caso del actual Presidente de la República, François Hollande, fue elegido tras una campaña electoral cuyo faro fue, entre otros, la promesa de aplicar un tipo impositivo del 75% a las grandes fortunas del Estado, definiendo éstas como aquellas que ganen más de un millón de euros al año. Su mayoría parlamentaria socialista votó la ley de finanzas de 2013 el 20 de diciembre de 2012, determinando así los ingresos y gastos del Estado francés. El art. 12 de esta ley daba cumplimiento a su promesa electoral. El Consejo Constitucional, con una Decisión núm. 2012-662 DC de 29 de diciembre de 2012, Loi de finances pour 2013³, declara inconstitucional varios artículos y entre otros este último. Se trata de una Decisión densa, de veinticuatro páginas, en la que se pronuncia, tras la iniciativa de una serie de diputados y senadores de la oposición que solicitan su intervención, declarando inconstitucionales varios artículos de esta ley.

Será cuestión de centrarse en el apartado referido al art. 12, y, aunque sólo de manera complementaria, en el del art. 3 de la ley, por lo que de emblemático y simbólico tenía en cuanto expresión de la voluntad ciudadana que dio mayoría parlamentaria a una opción política que lo llevaba por bandera en las elecciones generales. El Consejo constitucional se pronuncia sobre la base del art. 61 par. 2 de la Constitución francesa, según el cual: «les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président

² Con la Décision núm. 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association

³ V. por ej. S. AUSTRY, «Chronique de droit économique et fiscal», *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/3 núm. 40, pp. 213 y ss.

de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs»⁴. Se trata aquí del último de estos supuestos. Sus Decisiones «s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles»⁵.

Dicho de otra manera, censurando el art. 12 de esta ley, dedicado a aumentar el tipo impositivo aplicable a las grandes fortunas, el Consejo Constitucional francés impide su entrada en vigor, lo que sorprende a la vista de la motivación de este artículo, ya que constituía un eje fundamental de la elección del Presidente por los ciudadanos. En efecto, los miembros del Consejo constitucional no son electos, pero tienen la posibilidad de impedir la realización de la «voluntad general», la voluntad del Parlamento, para salvaguardar la Constitución. En reacción a esta censura constitucional, el Primer Ministro ha dicho que encontrarán otra fórmula para cumplir su objetivo electoral, respetando la Constitución francesa, aunque finalmente François Hollande anunció en marzo de 2013 que este tipo impositivo se aplicaría a las empresas y no a las personas físicas.

Ante esta situación, cabe hacerse una serie de preguntas. Por un lado, ¿qué razones y mecanismos justifican la intervención del Consejo constitucional en este punto? Por otro, constatando las reacciones muy vivas en Francia⁶, que fueron más allá de la división política izquierda/derecha, ¿hasta qué punto puede un órgano no jurisdiccional y no representativo hacer prevalecer su opinión sobre la del Parlamento en asuntos tan sensibles como éste, que motivaron previamente la expresión de la soberanía por el pueblo francés en las elecciones pasadas?⁷.

⁴ «Las leyes pueden ser transmitidas al Consejo Constitucional antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, o sesenta diputados o sesenta senadores». V. la Constitución francesa de 1958 de 4 de octubre de 1958.

⁵ «Se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales». V. el art. 62 de la Constitución francesa, *ibid*.

⁶ N. CHAPUIS, «Le gouvernement abonné aux censures du Conseil constitutionnel», *Le Monde*, 11 avril 2013.

⁷ Algunas opiniones menos alarmistas consideran sin embargo que el Consejo Constitucional no se ha extralimitado de manera alguna, cumpliendo simplemente con

Si la competencia parlamentaria en materia fiscal es un poder exclusivo pero no ilimitado (I), estamos ante desarrollo jurisprudencial del poder de apreciación del Consejo Constitucional indirecto, pero no accidental (II).

1. COMPETENCIA PARLAMENTARIA EN MATERIA FISCAL: UN PODER EXCLUSIVO PERO NO ILIMITADO

Los límites provienen de imprecisiones o lagunas en los textos, que han sido completados progresivamente por el Consejo Constitucional (A). De alguna manera, el Consejo participa así en la fijación de estos límites de la acción parlamentaria en la materia (B).

1.1. Imprecisión de la noción de «facultés contributives»⁸

El art. 12 par. 1 de la ley aplicaba en su texto original una «Contribution exceptionnelle de solidarité sur les très hauts revenus d'activités»⁹. Pone así a la carga de las personas físicas una contribución excepcional del 18 % sobre la fracción de sus ingresos profesionales que excedan de un millón de euros, contribución declarada y controlada con las mismas reglas que el impuesto sobre la renta, y que sumada a otras contribuciones, especialmente la del art. 3, lleva a un 75 % como tipo impositivo aplicable. Se trata así de un «abandon (à tout le moins, du cantonnement) du principe selon

su rol habitual. V. por ej., M.-A., FRISON-ROCHE, «La décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2012 a censuré la Loi de finances pour 2013 sur de nombreux points, dont des effets de la taxation à 75% pour la tranche des revenus à plus de 1 million d'Euros. Doit-on considérer cela comme la marque d'un "Gouvernement des juges"», [En línea] <http://www.mafr.fr/spip.php?article3119>.

⁸ «Facultades contributivas».

⁹ «Contribución excepcional de solidaridad sobre las más altas rentas de actividad».

lequel pour apprécier la conformité à la Constitution d'un impôt, il faut raisonner impôt par impôt»¹⁰.

Esta intervención legislativa es posible ya que el art. 34 de la Constitución francesa da competencia legislativa al Parlamento en una lista de materias, enumeradas de manera limitativa, entre las cuales se encuentra «l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures»¹¹. Al fijar una cantidad determinada en un millón de euros, y determinar su origen, la renta profesional, el legislador determina lo que entiende por gran fortuna. El Consejo Constitucional procede a un control de esta determinación con respecto a la Constitución: ésta no contiene ninguna disposición precisa en la materia, por ello es necesario examinar igualmente otras normas con valor constitucional, externas a la Constitución propiamente dicha, pero formando parte del bloque de constitucionalidad. Así, se encuentran dos artículos pertinentes en la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789: este texto supone una enumeración de derechos por lo esencial de contenido liberal, externa a la Constitución, pero con el mismo valor que aquella por una técnica de reenvío contenida en el texto constitucional, lo que la diferencia de otras Constituciones europeas que incluyen los derechos individuales o sociales en su propio interior.

Se trata de los arts. 6 y 13 de la Déclaration, que disponen respectivamente que: «La loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse»¹² y «pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés»¹³. En

¹⁰ «Abandono (o al menos aislamiento) del principio según el que para apreciar la conformidad a la Constitución de un impuesto, hay que razonar impuesto por impuesto». P.-F. RACINE, «Jurisprudence du Conseil constitutionnel», *Revue française de droit constitutionnel* 2013 núm. 94, p. 437.

¹¹ «La base imponible, el tipo y las modalidades de la recaudación de impuestos de toda naturaleza». V. la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958, *op. cit.*

¹² «La ley debe ser la misma para todos, proteja o castigue».

¹³ «Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, una contribución común es indispensable: debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos, según sus facultades».

otros términos, el principio de igualdad ante la ley y su declinación impositiva, el principio de igualdad ante las cargas públicas. Este principio no tiene una definición constitucional precisa más allá de la ya citada, pero se controla principalmente con arreglo a un criterio de proporcionalidad, habitual en la jurisprudencia del Consejo Constitucional ¹⁴.

El Consejo verifica que el legislador determina las facultades contributivas de los ciudadanos respetando la Constitución ¹⁵, y que el impuesto sobre la renta no haga recaer en una categoría de ciudadanos una carga excesiva con respecto a estas facultades contributivas, lo que sería confiscatorio. En este tipo de decisiones, el Consejo Constitucional verifica así si el legislador toma en cuenta o no las facultades contributivas de los ciudadanos en las leyes en materia fiscal. Sin embargo, ni la Constitución, ni la Declaración de 1789, explican cómo valorar estas facultades. Esta imprecisión y esta intervención del Consejo Constitucional le otorgan cierto control del legislador en materia fiscal, como puede verse en la Decisión de 16 de agosto de 2007, en la que afirma explícitamente que «l'exigence résultant de l'article 13 de la Déclaration de 1789 ne serait pas respectée si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives» ¹⁶, ya que no se explica en los textos constitucionales cómo evaluar esta carga excesiva.

Por ello, el art. 34 da una competencia exclusiva al Parlamento en la materia, pero bajo el control del Consejo. En este caso, el 75 % al que se llega toma en cuenta las facultades contributivas de los ciudadanos al de-

¹⁴ V. por ej. las Decisiones núm. 99-419 DC de 9 de noviembre de 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, y núm. 99-424 DC, Loi de finances pour 2000.

¹⁵ P. LEBRIQUIR, «Quelques mots sur la censure de la taxe à 75 % par le Conseil constitutionnel», [En línea] www.legavox.fr/blog/plebriquir/quelques-mots-censure-taxe-10480.htm#.UiXShTZ7JxI

¹⁶ «La exigencia resultante del art. 13 de la Declaración de 1789 no sería respetada si el impuesto revistiera un carácter confiscatorio o hiciera pesar sobre una categoría de contribuyentes una carga excesiva con respecto a sus facultades contributivas». Décision núm. 2007-555 DC du 16 août 2007, Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, par. 24.

terminar una cantidad precisa de ingresos profesionales. El Consejo Constitucional hubiera podido valorar si se trata de una carga excesiva confiscatoria, pero no utiliza esta vía de control a pesar de que es una de las alegadas por los parlamentarios requirentes; todo ello muestra sin embargo que el legislador no tiene una competencia ilimitada en materia fiscal.

1.2. Límites de la acción parlamentaria

El principio de igualdad ante los impuestos y especialmente ante las cargas públicas se define por su indefinición. La necesaria proporcionalidad implica una violación si el Estado pidiera a algunos que pagaran por todos, ya que la contribución debe ser objeto de un reparto entre los ciudadanos según sus facultades ¹⁷.

Ello no impide, como lo recuerda el Consejo en la Decisión objeto de este comentario, «que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit; qu'il n'en résulte pas pour autant que le principe d'égalité oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes» ¹⁸. El Consejo lo recuerda en su control del art. 3 de la ley ¹⁹, declarado conforme a la Constitución.

¹⁷ Décision núm. 83-164 DC du 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984.

¹⁸ «Que el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador rijan de manera diferente situaciones diferentes ni a que derogue a la igualdad por razones de interés general, siempre que, en uno y en otro caso la diferencia de tratamiento que resulte esté en relación directa con el objeto de la ley que lo establece; que no resulte, sin embargo, por ello que el principio de igualdad obligue a tratar de manera diferente a personas que se encuentren en situaciones diferentes». Párrafo 14 de la Decisión núm. 2012-662 DC de 29 de diciembre de 2012, Loi de finances pour 2013.

¹⁹ Que «modifie le 1 du paragraphe I de l'article 197 du code général des impôts afin d'instituer une nouvelle tranche marginale d'imposition à un taux de 45 % pour la fraction des revenus soumis au barème de l'impôt sur le revenu supérieure à 150

Para proceder a una de estas dos derogaciones posibles, el legislador debe respetar un doble límite: criterios objetivos y racionales en materia fiscal²⁰. Está aquí en cuestión algo ya evocado en jurisprudencia anterior: «pour poser les règles d'établissement de l'assiette de l'impôt sur les grandes fortunes, le législateur a fondé son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en cette matière; que, dès lors, cet impôt est établi d'une façon régulière au regard des règles et principes de valeur constitutionnelle, et notamment de la prise en compte nécessaire des facultés contributives des citoyens»²¹.

Retomando el análisis efectuado en cuanto al art. 3 y aplicándolo al art. 12, estos criterios objetivos y racionales no son incompatibles ni cuestionan su objetivo, llegar al 75 % como tipo impositivo para las grandes fortunas, sino los métodos empleados en la apreciación, es decir, el método de cálculo empleado: este tendría que ser igualmente objetivo y racional. De esta manera, el Consejo Constitucional puede controlar la expresión de la voluntad general no en cuanto a los objetivos que esta persigue, sino en cuanto a los medios que utiliza. Según Marie-Anne Frison-Roche, «le Conseil constitutionnel non seulement dit qu'il n'a aucun rôle, aucune légitimité, pour examiner les buts que le Législateur pose comme but à l'instrument législateur qu'il manie en tant que titulaire de la Volonté générale, mais plus encore, il ne contrôle pas l'efficacité des voies que la loi met en place pour atteindre ces buts. Ainsi, si les dispositions légales sont

000 euros par part» («modifica el 1 del párrafo I del art. 197 del código general de impuestos para instituir un nuevo tramo impositivo marginal de imposición a un tipo de 45 % para el tramo de renta sometido al baremo de impuesto sobre la renta superior a 150 000 euros por parte»), párrafo 12 de la Decisión.

²⁰ Párrafo 15, Decisión núm. 2012-662, *op. cit.*

²¹ «Para fijar las reglas de establecimiento de la base imponible del impuesto sobre las grandes fortunas, el legislador ha fundado su apreciación en criterios objetivos y racionales en esta materia; desde entonces, este impuesto se establece de manera regular con respecto a las reglas y principios de valor constitucional, y especialmente con la toma en consideración necesaria de las facultades contributivas de los ciudadanos». Décision núm. 83-164 DC, *op. cit.*

peu performantes, voire inefficaces, tant pis, le législateur est encore maître des instruments»²².

Para conseguir su objetivo, el art. 12 de la ley tendría que respetar la necesidad de criterios objetivos y racionales en la determinación de la capacidad del contribuyente. Pero como ya se ha observado, en ningún momento en el tratamiento del art. 12 el Consejo Constitucional se pronuncia sobre el carácter confiscatorio evocado por los requirentes, contrariamente a lo que se ha aducido en un cierto número de comentarios de esta Decisión, principalmente en la prensa. Dice al contrario, explícitamente, que en su decisión sobre la (in)conformidad a la Constitución de este artículo, se pronuncia «sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, notamment ceux tirés de ce que les «effets de seuil» et le caractère confiscatoire de cette imposition méconnaîtraient le principe d'égalité devant les charges publiques»²³.

Algunos autores señalan que «le raisonnement déployé par la juridiction pour aboutir à un tel résultat a peu retenu l'attention. C'est pourtant sur ce terrain technique que la décision apparaît la plus novatrice et, surtout, la plus préoccupante: jamais auparavant le Conseil ne s'était aventuré si loin dans la mise en cause du pouvoir d'appréciation politique du Parlement»²⁴. En

²² «El Consejo Constitucional no sólo dice que no tiene ninguna función, ninguna legitimidad, para examinar los objetivos que el Legislador determina como tales al instrumento legislativo que maneja como titular de la Voluntad general, sino que además, no controla la eficacia de las vías que la ley dispone para conseguir estos objetivos. Así, si las disposiciones legales son poco efectivas, o ineficaces, no hay nada que hacer, el legislador es amo y señor de estos instrumentos». M.-A., FRISON-ROCHE, *op. cit.*

²³ «Sin que sea necesario examinar los otros aspectos, especialmente los relativos a que los «efectos de umbral» y el carácter confiscatorio de esta imposición desconocerían el principio de igualdad ante las cargas públicas». Párrafo 74, *Decisión* núm. 2012-662, *op. cit.*

²⁴ «El razonamiento desarrollado por la jurisdicción para llegar a este resultado ha suscitado poca atención. Es en cambio sobre el terreno técnico que la decisión es más innovadora y, sobre todo, más preocupante: nunca antes el Consejo se había aventurado tan lejos en el cuestionamiento del poder de apreciación política del Parlamento». M. COLLET, «Les Sages en font-ils trop?», *Le Monde*, 3 janvier 2013.

efecto, el examen de su carácter confiscatorio no es necesario a partir del momento en que el Consejo llega a la conclusión de su inconstitucionalidad por otros medios, concretamente en cuanto al método de cálculo para aplicar el tipo de 75 %: desarrolla así su propio poder de apreciación en materia fiscal, de manera más que controvertida, y en detrimento del propio poder del Parlamento: el órgano representativo retrocede así ante una instancia no judicial.

2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PODER DE APRECIACIÓN DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL: UNA AMPLIACIÓN INDIRECTA PERO NO ACCIDENTAL

En la Decisión de 29 de diciembre de 2012 se lleva a cabo un control extensivo del principio de igualdad ante las cargas públicas (A) que da un paso más en la jurisdiccionalización del Consejo Constitucional francés (B)

2.1. Control extensivo del principio de igualdad ante las cargas públicas

En el art. 12 de la ley sometida al control constitucional, se parte del principio de la aplicación de reglas relativas al impuesto sobre la renta de las personas físicas, sin tener en cuenta el «foyer fiscal»²⁵. Este se constituye por el conjunto de personas que se inscriben en la misma declaración de la renta y que declaran conjuntamente sus impuestos, lo que es el caso del marido, mujer e hijos de una misma familia.

Al tomar como referente la persona física, y no el hogar fiscal, se producen una serie de consecuencias. Por ejemplo, dos hogares fiscales cuya renta, sumando lo ganado por todos sus miembros, es la misma, pueden ver cómo se les aplica o no el tipo de 75 %. Por ejemplo, si en uno, dos perso-

²⁵ «Hogar fiscal».

nas ganan 900 000 euros cada uno, sin llegar a un millón, no se les aplicaría, mientras que si en otro una persona física gana profesionalmente un millón y la otra 100 000 euros, sí se le aplicaría a la primera el tipo de 75 %. Ello quiere decir que la disposición legislativa no tomaba en cuenta el conjunto de la renta del hogar fiscal, al referirse únicamente a los ingresos profesionales de cada persona física.

El Consejo afirma en cuanto a este aspecto «qu'ainsi, en soumettant à cette contribution exceptionnelle les revenus des personnes physiques, sans tenir compte, comme pour l'imposition de l'ensemble du revenu à l'impôt sur le revenu et la contribution exceptionnelle prévue par l'article 223 sexies du code général des impôts, de l'existence du foyer fiscal, le législateur a méconnu l'exigence de prise en compte des facultés contributives; qu'ainsi, il a méconnu le principe d'égalité devant les charges publiques»²⁶. Es, por tanto, contrario a la Constitución, independientemente de su carácter confiscatorio o no, pese al hecho de que ni la Constitución ni la Declaration des droits de l'homme et du citoyen contienen tipos máximos de imposición. Basándose en la posibilidad de determinar la constitucionalidad no del objetivo adoptado por el instrumento parlamentario, sino de los métodos de cálculo para conseguir este objetivo: «il [le législateur] doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques»²⁷.

Indirectamente, el Consejo Constitucional fija así tipos máximos de imposición que no deben aplicarse a las personas físicas individualmente,

²⁶ «Así, sometiéndose a esta contribución excepcional, las rentas de las personas físicas, sin tener en cuenta, como para la imposición del conjunto de la renta al impuesto de la renta y la contribución excepcional prevista por el art. 223 sexies del Código general de los impuestos, la existencia del hogar fiscal, el legislador ha violado la exigencia de toma en consideración de las facultades contributivas; así, ha violado el principio de igualdad ante las cargas públicas». Párrafo 73, Decisión núm. 2012-662, *op. cit.*

²⁷ «El legislador debe fundar su apreciación sobre criterios objetivos y racionales en función de los objetivos que persigue; que esta apreciación no debe implicar una ruptura caracterizada de la igualdad ante las cargas públicas». Párrafo 70, *ibid.*

cuando ningún dispositivo jurídico impone que debiera preferirse el hogar fiscal a la persona física como método de cálculo del tipo impositivo. Todo ello se hace además en cuanto a un tipo marginal de imposición, es decir, el tipo máximo aplicable a la parte más alta de una renta, y no en cuanto a un tipo medio²⁸, con las incertidumbres que dicha pronunciación puede acarrear en las reformas fiscales. ¿Qué tipos son constitucionales y cuáles no?

Así, no se rechaza de ninguna manera el principio, el objetivo, de tasar con un tipo impositivo del 75 % a las grandes fortunas, sino sus métodos de cálculo, todo ello a pesar de que en el párrafo 50 de la Decisión el Consejo repetía algo que es jurisprudencia habitual²⁹: «Considérant que le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement; qu'il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé»³⁰.

No se pronuncia sobre si el 75 % es una carga excesiva con respecto a las facultades contributivas de los ciudadanos: afirma simplemente que éstas no se tienen en cuenta en el método de cálculo de este tipo. No es el fin, sino el medio, el que es censurado con arreglo a la Constitución. Su no conformidad constituye, por tanto, una violación del principio de igualdad ante las cargas públicas: «il résulte de ce qui précède [...] que l'article 12 doit être déclaré contraire à la Constitution»³¹.

²⁸ P.-F. RACINE, *op. cit.*, p. 439.

²⁹ Por ej., v. *Décision* núm. 2011-638 DC du 28 juillet 2011, Loi de finances rectificative pour 2011.

³⁰ «Considerando que el Consejo Constitucional no tiene un poder general de apreciación y de decisión de la misma naturaleza que el del Parlamento; que no debe pronunciarse sobre si los objetivos que se fijó el legislador hubieran podido ser alcanzados por otras vías, a partir del momento en que las modalidades retenidas por la ley no sean manifiestamente inapropiadas al objetivo perseguido». Párrafo 50, Decisión núm. 2012-662, *op. cit.*

³¹ «De ello resulta que el art. 12 debe ser declarado contrario a la Constitución». Párrafo 74, *ibid.*

Como se interroga en este sentido Martin Collet, «[s]ans doute cette décision constitutionnelle permettra-t-elle de prévenir, à l'avenir, certaines dérives démagogiques. Mais la conception de la démocratie qu'elle suggère mérite tout de même d'être interrogée. Gouvernement des juges, dites-vous ?»³². Se va más allá de un control de coherencia y de proporcionalidad: el efecto indirecto de esta Decisión es la sustitución de la visión del interés general del Parlamento por otra externa. En todo caso, este desarrollo jurisprudencial del poder de apreciación del Consejo Constitucional parece deliberado y voluntario. La Decisión revela el importante lugar que este órgano ocupa actualmente en la vida política francesa, signo de su jurisdiccionalización y transformación progresiva.

2.2. ¿Etapa suplementaria en la jurisdiccionalización de motu proprio del Consejo constitucional francés?

Es posible interrogarse sobre esta etapa suplementaria ya que varias fechas y momentos son clave en la transformación de este órgano de control constitucional, inicialmente concebido como Consejo en 1958 y por tanto alejado de lo que es una Corte, a la que sin embargo progresivamente se va asimilando sin, por tanto, identificarse totalmente a ella³³. Hay que esperar a la Decisión de 1971 Liberté d'association³⁴ para que empiece a controlar la constitucionalidad de las leyes, con una interpretación extensiva de sus propias competencias, a la reforma constitucional de 1974 para que este control sea efectivo al permitirse a 60 diputados o senadores y, por tanto, a la oposición solicitar su intervención, y especialmente a la reforma

³² «Sin duda esta decisión constitucional permitirá prevenir, en el futuro, ciertas derivas demagógicas. Pero la concepción de la democracia que sugiere merece ser cuestionada. ¿Gobierno de jueces, decían?». M. COLLET, *op. cit.*

³³ C. TUKOV, «La 5e mue du Conseil constitutionnel ? Point sur l'État de droit et le gouvernement des juges», *La semaine juridique*, éd. générale, núm. 8, 18 février 2013, pp. 379 y ss.

³⁴ Décision núm. 71-44 DC du 16 juillet 1971, *op. cit.*

constitucional de 23 de julio de 2008. Previamente a esta, el Consejo sólo podía pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes a priori, es decir, antes de su promulgación, la reforma de 2008 añade el control de constitucionalidad a posteriori, sobre leyes en vigor y ya promulgadas, con la «question prioritaire de constitutionnalité»³⁵ del art. 61 par. 1 de la Constitución, posibilidad abierta además a los particulares.

De Consejo, se pasa así respectivamente a órgano de control, a órgano de control efectivo, y a órgano de control que puede ser solicitado por los ciudadanos sobre leyes en vigor. La jurisdiccionalización es evidente. Se trata de una transformación progresiva en una Corte Constitucional que todavía no se ha terminado. En efecto, si fuera una auténtica jurisdicción, se entendería mejor una intervención progresiva en los asuntos públicos, como sucede en Estados Unidos, lo que algunos califican de «gouvernement de juges», simbolizada por la concepción del Tribunal Supremo americano expresada en la sentencia *Marbury c. Madison* de 1803³⁶.

La Decisión de 29 de diciembre de 2012 se entendería mejor si efectivamente ésta hubiera sido adoptada por una Corte Constitucional. Cabe preguntarse cuál es el problema que ésta suscita en el estado actual de las cosas. No habría problema si la transformación del Consejo en Corte se acompañara de las garantías necesarias; no habría problema si ésta tuviera la legitimidad propia a una Corte constitucional que anulara disposiciones legislativas con un carácter político marcado y avalado por los ciudadanos. Pero varias de estas características de legitimidad y de garantías están ausentes del Consejo Constitucional francés, lo que no supone una tara en el ejercicio de sus funciones habituales, pero sí destaca en momentos especialmente relevantes del control de la vida política y pública por un órgano no electo. Así, como lo subraya Christophe Tukov, «il en a déjà les atours (Cour constitutionnelle), reste à lui conférer la légitimité qui, dans une démocratie, ne se donne pas aisément»³⁷.

³⁵ «Cuestión prioritaria de constitucionalidad».

³⁶ *Marbury c. Madison*, sentencia 5 U.S. 137, 24 de febrero de 1803.

³⁷ «Tiene ya la apariencia (Corte Constitucional), basta con conferirle la legitimidad, que, en una democracia, no se da con facilidad». C. TUKOV, *op. cit.*, p. 386.

Por ejemplo, el nombramiento politizado es utilizado por sus detractores como un elemento de crítica que debe sin embargo matizarse. El componente político es habitual en Constituciones vecinas³⁸, como la española, cuyo art. 159 de la Constitución española, sostiene que «[e]l Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial»³⁹, y forma parte también de lo previsto en cuanto al Consejo Constitucional por el art. 56 de la Constitución francesa, que dispone que «[t]rois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République»⁴⁰. Lo mismo sucede también en Alemania.

Sin embargo, la diferencia radica en la combinación del componente político con un elemento de competencia técnica de sus miembros, exigido por ejemplo por el mismo artículo de la Constitución española : «Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional»⁴¹, pero ausente del texto francés. Esta ausencia no implica que la práctica sea contraria, sino que las garantías no son totalmente explícitas en el texto constitucional, lo que es difícilmente compatible con una Corte Constitucional que reúna los requisitos necesarios para ser caracterizada como tal.

³⁸ Ibid., pp. 385-386.

³⁹ Constitución española, BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

⁴⁰ «Tres de los miembros son nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional, tres por el Presidente del Senado. Además de los nueve miembros previstos en esta disposición, forman parte de por vida del Consejo Constitucional los antiguos Presidentes de la República».

⁴¹ Idem.

Si el carácter no representativo suscita problemas difíciles de resolver para todo órgano de control constitucional, esto se agrava en asuntos de alta sensibilidad política y ciudadana. Si a ello añadimos reflexiones relacionadas con la responsabilidad, la herida se profundiza: responsabilidad y poder van juntos, ya que este último rinde cuentas de una manera o de otra, incluido en caso de instituciones jurisdiccionales. Basta con recordar de todos modos en este sentido las palabras del Presidente del Consejo Constitucional, Jean-Louis Debré, en una declaración televisiva del 7 de enero de 2013, tras la Decisión que nos ocupa, para ver que, en este caso, esto no es así: «Le Conseil Constitutionnel est une institution indépendante qui n'a de leçons à recevoir de personne»⁴². Parece por tanto necesario un avance en legitimidad jurisdiccional, y quizá más reformas, para poder aceptar mejor el desarrollo jurisprudencial del poder de apreciación del Consejo en cuestiones políticas delicadas y que han sido objeto de un aval ciudadano mayoritario.

3. CONCLUSIÓN

La competencia parlamentaria en materia fiscal es así un poder propio pero sus límites, que existen, son susceptibles de ser interpretados por el Consejo Constitucional de manera extensiva y excesivamente globalizante. Como lo subraya Pierre-François Racine, «pour le respect des pouvoirs du Parlement comme pour la sécurité juridique, le Conseil devrait expliciter les critères qu'il retient pour censurer l'un ou l'autre des impôts du "bouquet" qu'il constitue»⁴³. Había sin duda en esta Decisión a la vez, una voluntad de rechazar la individualización del impuesto en detrimento de la familia y más exactamente del «foyer fiscal»⁴⁴, pero también las indicaciones nece-

⁴² «El Consejo Constitucional es una institución independiente que no tiene ninguna lección que recibir de nadie». Citado por C. TUKOV, *op. cit.*, p. 378.

⁴³ «En el marco del respeto de los poderes del Parlamento, y de la seguridad jurídica, el Consejo debería hacer explícitos los criterios que retiene para censurar uno u otro de los impuestos que constituye». P.-F. RACINE, *op. cit.*, p. 439.

⁴⁴ «Hogar fiscal».

sarias para corregir los medios inconstitucionales que se han querido utilizar en la consecución del objetivo de tasar a las grandes fortunas del país con un tipo impositivo especialmente alto: parece como si el Consejo hubiera indicado la línea a seguir al ejecutivo para que, con su mayoría parlamentaria, pueda subsanar estas críticas y cumplir su promesa electoral, aunque finalmente la regla adoptada ha sido otra. En efecto, un año después, con la Décision núm. 2013-685 DC de 29 de diciembre de 2013, Loi de finances pour 2014, el Consejo Constitucional acaba de aceptar la fórmula empleada ahora por la ley de finanzas de 2014, con un nuevo tipo de 75 % impuesto directamente a las empresas con empleados que perciben una remuneración anual superior a un millón de euros. Algunos dirán que todo era por tanto subsanable; otros que, con esta percepción de sus propias competencias por parte del Consejo Constitucional, el daño ya está hecho.

Resumen:

Este trabajo delinea los elementos esenciales de la Decisión del Consejo Constitucional francés de 29 de diciembre de 2012 sobre el tipo impositivo de 75 % aplicable a las grandes fortunas. En primer lugar, el comentario muestra cómo el Consejo se concentra no tanto en el hipotético carácter confiscatorio de la medida, sino en el método de cálculo empleado para determinar qué es una gran fortuna. En segundo lugar, el autor reflexiona sobre la paulatina evolución del Consejo Constitucional en el control de leyes.

Palabras Clave: *Potestad tributaria, grandes fortunas, confiscación, método de cálculo, Consejo Constitucional francés.*

Abstract:

This paper analyzes the essential points of the French Conseil Constitutionnel Decision of the 29th december, 2012 on the 75% charge on big fortunes. In the first place, the commentary shows how the Conseil does not undergoes the confiscation difficulty but evaluates the method to determine what is it a big fortune. In the second place, the author reflects over the evolution of the Conseil in its task controlling the parliamentary acts.

Keywords: *Taxation, big fortunes, confiscation, method of calculation. Conseil Constitutionnel.*

LOS GOBIERNOS LOCALES A LA LUZ DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CARLOS BULLEJOS CALVO *

SUMARIO:

1. ESTUDIO PRELIMINAR: LOS GOBIERNOS LOCALES COMO CORPORACIONES DEMOCRÁTICAS REPRESENTATIVAS
2. ANÁLISIS DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL REFORZAMIENTO DEL CARÁCTER DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO DE LOS GOBIERNOS LOCALES
3. A MODO DE EPÍLOGO

1. ESTUDIO PRELIMINAR: LOS GOBIERNOS LOCALES COMO CORPORACIONES DEMOCRÁTICAS REPRESENTATIVAS

El origen de las instituciones locales es sumamente antiguo y difícilmente puede discernirse asociado a un momento o período histórico determinado. En lo que respecta al origen de los Ayuntamientos, con anterioridad al constitucionalismo histórico español, encontramos vestigios diferenciados que en gran parte se asocian a la historia de la reconquista realizada por los reinos cristianos en su implantación a través el territorio en la Península Ibérica. A lo largo de los siglos que duró el proceso de asentamiento y toma de los territorios, se iban estableciendo concejos o comunidades de

* Secretario de Ayuntamiento.

villa y tierra, a los que se otorgaban fueros y cartas pueblas que estimularon el asentamiento de la población y una inicial forma de organización de la vida en comunidad, diferenciada de los «municipia» de época romana¹. Se trataba de una forma organizativa que pretendía dotar de seguridad y protección común, lo que hoy denominaríamos convivencia ciudadana, en una época convulsa, tanto entre los propios órdenes internos y aspiraciones de poder entre reinos, como ante la constante situación de inestabilidad derivada de la militarización inherente a la toma de nuevos territorios y los consiguientes conflictos fronterizos. En dicho tiempo, y debido a la inexistencia de separación de poderes, se concentraban en las autoridades e instituciones locales de la época funciones administrativas, jurisdiccionales y de índole militar.

No obstante, de manera paralela a lo largo de los siglos X a XVI viene aferrándose una nueva idea que confluye bajo la centralización regia, que se secuencia en muchos lugares de Europa, y que en España tiene un punto de inflexión con el reinado de los Reyes Católicos y el descubrimiento del Nuevo Mundo así como la administración de los nuevos territorios conquistados, que requieren mayor unidad, centralización y fortaleza en el gobierno. Conforme la monarquía atesoraba mayor poder, se reducían las atribuciones gubernativas de las autoridades locales de entonces, así como de la propia virtualidad de los fueros municipales². En los tiempos posteriores de la época borbónica se sigue con esta centralización, generalizándose la intervención administrativa estatal en más campos y sectores de actuación, a través fundamentalmente de reglamentaciones que dan una impronta de uniformidad a la totalidad del territorio, en detrimento de los

¹ En las célebres Cortes de León de 1020 se habla por primera vez de Ayuntamientos o Concejos (*consilium*), con referencias directas a los mismos.

² Así se explica en «Introducción, Reseña histórica del Municipio», en *Régimen Local*, Abella, 2.ª edición 1951, comentado por la Redacción de El Consultor de los Ayuntamientos: «cuando los Reyes extendieron su poder y tuvieron autoridad bastante para dominar a la nobleza, el Poder real centralizó su acción y, por medio de sus representantes, fue mermando las atribuciones de las Municipalidades, reduciéndolas a los límites de la administración y siempre con intervención extraña».

fueros municipales y las propias normas locales, esto es, las ordenanzas de cada municipio o concejo³.

De estas notas iniciales podemos conferir el carácter esencial de nuestros municipios y sus formas propias de gobierno y administración, tal y como vienen entendiéndose desde el siglo XIX hasta la fecha: Municipio como entidad local, gobernado por ayuntamientos en su forma común de gobierno, de lo que se desprenden los elementos clásicos derivados de su naturaleza territorial:

1. Son entidades locales, conjuntamente con las provincias, consagradas como Administraciones Públicas, tal y cual quedan definidas en la legislación básica administrativa española.

2. Gozan de autonomía para la gestión de sus propios intereses⁴, al amparo de la etapa histórica que confluye tras la nueva democratización del régimen político español tras la Constitución de 1978, lo cual debe verse reforzado por los postulados que encarna la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985⁵, que entiende por autonomía local «el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes»⁶.

3. Municipios y provincias participan la noción de Administraciones territoriales, con generalidad de fines, al objeto de dotar a sus órganos de gobierno de configuración política, bajo personalidad jurídica propia. De esta forma, son elementos del municipio, como recoge el art. 11.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, el terri-

³ Como expresa J.C. REDONDO LEBRERO, «El proceso de centralización política y administrativa en la época borbónica tuvo su traslado a la Administración local mediante un afán reglamentista que uniformizara el régimen local tomando como ejemplo el municipalismo castellano», en «*La construcción histórica de las Administraciones Públicas Españolas*», *Administraciones Públicas Españolas* (CRESPO GONZÁLEZ y PASTOR ALBALADEJO, Coordinadores), McGraw-Hill, 2002, p. 23.

⁴ Artículo 137 de la Constitución Española de 1978.

⁵ Instrumento de Ratificación por el Estado español de 20 de enero de 1988 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1989).

⁶ Artículo 3.1 de la Primera Parte de la Carta Europea de la Autonomía Local.

torio, la población y la organización. En la doctrina pública administrativa se diferencia entre los entes o administraciones públicas territoriales y los que no gozan de tal categorización, por su carácter instrumental o funcional⁷. En este sentido, los Gobiernos locales conforman el estatuto de entes públicos territoriales, conjuntamente con la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

4. Con carácter muy singularizado y a lo que interesa profundizar en el presente estudio, los entes locales vienen configurándose tradicionalmente como corporaciones locales, a modo diferenciado de los otros dos componentes políticos de las Administraciones territoriales. Frente a la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades locales son corporaciones locales, dado el carácter democrático-representativo de sus instituciones de autogobierno. Como expresa Ortega Martín⁸, «sus órganos políticos se nutren directamente de los representantes de los ciudadanos, de los miembros de la corporación». No existen en España elecciones a Presidente del Gobierno a nivel estatal, al igual que no se predica en las Comunidades Autónomas, elecciones al gobierno autonómico. Antes bien, ante la ausencia de un sistema presidencialista, en España son las Cortes Generales las representantes del pueblo

⁷ Sobre clasificación de las personas jurídico públicas en entidades territoriales y no territoriales, puede verse: F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Tecnos, 13.ª edición, 2002, pp. 386-392; L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 9.ª edición, 1998, Civitas, pp. 40 y 41; J. CRESPO GONZÁLEZ y G. PASTOR ALBALADEJO (Coordinadores), *Administraciones Públicas Españolas*, op. cit., pp. 75-78; E. LINDE PANIAGUA, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, UNED, Madrid, 2009, pp. 157-161. El carácter bifronte sobre la territorialidad de los entes públicos también se encuentra presente en otros ordenamientos jurídicos administrativos en el derecho comparado. A título de ejemplo, en el derecho administrativo argentino, vid. M. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Título III, *La personalidad en el Derecho Administrativo*, pp. 158 y ss.

⁸ ORTEGA MARTÍN, EDUARDO, «Administración local», *Enciclopedia Jurídica* (Coord. General E. ARNALDO ALCUBILLA), *La Ley*, 2008-2009, Volumen 2, pp. 618-626.

español (art. 66.1 de la Constitución), mimetizado ello en los parlamentos y asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Elegidos los representantes del pueblo a nivel estatal y autonómico, son las Cámaras legislativas las que invisten a la Presidencia del Poder Ejecutivo, la cual, a su vez, designa al resto de componentes del Gobierno. Sin embargo, esto no se aplica en los Gobiernos locales, en los cuales, al no existir Poder Legislativo en el nivel territorial local, los ciudadanos eligen entre ellos a sus representantes políticos. De ahí su carácter marcadamente corporativo, al tiempo que democrático y representativo. Así lo define Rivero Ysern, en cuanto a la concepción del Municipio como «colectividad local, como una Corporación, como un conjunto de personas cuya convivencia se institucionaliza jurídicamente»⁹. Las Corporaciones locales, por tanto, aluden a la organización peculiar y propia de los municipios y provincias, base por lo demás de su carácter democrático y representativo¹⁰.

En similar forma, Berberoff Ayuda¹¹, señala que «los entes locales son genuinamente entes territoriales corporativos, de ahí que se les conozca también como Corporaciones locales. El fundamento es que en el Estado y las Comunidades Autónomas los ciudadanos no integran con sus representantes los órganos de esta Administración, ya que la representación política de los mismos se realiza en el poder legislativo que está al margen de la Administración. En las Entidades locales, el órgano deliberante superior se compone atendiendo a técnicas representativas más o menos formalizadas. De ahí que por su legislación específica y por los propios arts. 141 y 142 de la Constitución española sean designados como Corporaciones Locales».

⁹ RIVERO YSERN, JOSÉ LUIS, *Manual de Derecho Local*, 3.ª edición, 1997, Civitas, p. 80.

¹⁰ Comenzaba así el art. 5 de la Ley de Régimen Local en su Texto Articulado de 16 de diciembre de 1950: «Los ayuntamientos y las diputaciones provinciales son corporaciones a las que corresponde el gobierno y la administración de los intereses públicos peculiares de su territorio». Dimana de la base 1.ª de la Ley de Bases de 17 de julio de 1945.

¹¹ BERBEROFF AYUDA, DIMITRY y REQUERO IBÁÑEZ, JOSÉ LUIS, «Corporaciones locales», *Enciclopedia Jurídica*, *op. cit.*, Volumen 6, pp. 3384-3389.

Herrero y Rodríguez De Miñón nos recuerda que la democracia es un concepto abundantemente empleado por el constituyente de 1978: «Así, es claro que el gobierno de los municipios, por Ayuntamientos elegidos periódica y libremente mediante sufragio universal de todos los vecinos (art. 19.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local) y la garantía del pluralismo político en las corporaciones locales municipales (art. 20.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril) y en las Diputaciones Provinciales (art. 32.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril), responden adecuadamente a los imperativos estructurales del principio democrático. La doctrina legal del Consejo de Estado ha destacado este extremo (v. gr., dictámenes núms. 2.237 y 2.238, ambos de 1998)»¹². Es evidente que el carácter representativo¹³ es un componente esencial en los entes locales de ámbito común, pero no exclusivo, por cuanto persisten e incluso encontraron acomodo en el texto constitucional de 1978, otras formas de gobierno democráticas directas, como es el caso de los Concejos abiertos, como régimen municipal especial¹⁴, a la par que existen determinados ámbitos de participación ciudadana¹⁵.

Lo cierto es que el carácter representativo se ha enfatizado en los últimos años, y ha encontrado nuevas perspectivas y enfoques, de especial envergadura en el entramado político institucional de los Gobiernos locales, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, ocupando un lugar singularizado los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

¹² M. HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «Autonomía y democracia», *El Derecho local en la doctrina del Consejo de Estado, Consejo de Estado, Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2002, p. 26.

¹³ Sobre las nociones de democracia directa y representativa en el ámbito local, véase J.F. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «El juego de la democracia», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 8, Sección colaboraciones, Quincena del 30 abril al 14 mayo 2011, Ref. 1007/2011.

¹⁴ «La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto» (art. 140 de la Constitución de 1978 in fine).

¹⁵ *Vid.* Capítulo IV del Título V de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, arts. 69 a 72.

En un plano legislativo, a título de ejemplo, y aunque sea de «*lege ferenda*», en el art. 85 del Proyecto de Ley de Gobiernos Locales de Cataluña, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña el 9 de septiembre de 2013, «se consideran representantes locales, a los efectos de lo previsto en este título, los miembros electos de las entidades locales regulados en esta Ley».

Y en un plano jurisprudencial, a la luz de los pronunciamientos de nuestros tribunales de justicia recaídos sobre el carácter electo de los cargos públicos locales, desprendido de un sistema democrático-representativo, así como distintas sentencias del Tribunal Constitucional sobre el particular, de las cuales dejaremos constancia en el presente trabajo.

De esta suerte, se comienza a discernir, sobre todo a raíz de la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional, un carácter diferenciado entre el carácter electo o no electo de los miembros de la Corporaciones locales, toda vez que pueden ostentar cargo concejal no solo miembros electos, sino también no electos, derivado de la legislación de régimen electoral, ante el agotamiento en la sustitución de representantes en las correspondientes listas electorales. No siempre «Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto», como dice nuestra Constitución, al menos en su sentido literal, por cuanto pueden existir casos en que se sienten en los plenos municipales concejales no electos, en aquellos supuestos en que no quedasen posibles candidatos o suplentes a nombrar, debiendo ser las vacantes cubiertas por cualquier ciudadano mayor de edad que no esté incurso en causa de inelegibilidad, siendo estos suplentes designados por el partido, coalición, federación o agrupación de electores cuyos concejales hubiesen de ser sustituidos con comunicación a la Junta Electoral correspondiente, a efectos de la expedición de la oportuna credencial (art. 182.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General).

Sobre dicha base diferenciada entre miembros electos y no electos de los concejales, el Legislador estatal se animó incluso a introducir en los Gobiernos municipales, miembros de la Junta de Gobierno Local, desprovistos del carácter representativo derivado de las elecciones locales. Ello ocurrió con ocasión de la reforma en el Régimen Local emprendida por la Ley 57/2003, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, la cual

incorporó la posibilidad, concernida a los municipios de gran población, de nombramiento por el Alcalde de miembros de la Junta de Gobierno Local a personas que no ostenten la condición de concejales, frente a los miembros electivos. Así, de una lectura sistemática de los arts. 122 y 126 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, correspondientes a su Título X introducido por la Ley 57/2003, encontramos, por un lado, al Pleno, formado por el Alcalde y los Concejales, el cual es el órgano de máxima representación política de los ciudadanos en el Gobierno municipal (apartado 1 del art. 122 referenciado), en un forzado símil parlamentario, frente a la Junta de Gobierno Local, expresiva del Ejecutivo local, comprendida no solo por concejales, sino en el que pueden tener cabida no concejales, nombrados por el Alcalde, hasta el cupo recogido en el art. 126 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, introducido por la Ley 57/2003. Más tarde tendremos ocasión de volver sobre el tema.

Respecto a estas cuestiones se han dictado en los últimos meses diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en unos casos bajo recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y en otros en demanda de amparo por lesión de derechos fundamentales, que confluyen todos ellos en una avanzada doctrina que viene a reforzar y enfatizar el carácter democrático y representativo de las instituciones gubernativas locales, ahondando, por tanto, en las tradicionales raíces históricas de los Gobiernos municipales y provinciales como Corporaciones locales, lo cual pasamos a continuación a exponer. Como ha afirmado M. Cruz Martínez, «hay temas que son actuales pero que hunden sus raíces en el árbol de la historia»¹⁶. Un principio entendido como clásico, como es el democrático, profusamente ventilado en la Constitución española de 1978, adquiere nuevos matices en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, en su aplicación a los Gobiernos locales.

¹⁶ M. CRUZ MARTÍNEZ, «La voz íntima de la democracia: El Municipio en México», *Comunicación en Federalismo y Regionalismo*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Serna de la Garza, Coordinador), México, 1.ª edición 2002.

2. ANÁLISIS DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL REFORZAMIENTO DEL CARÁCTER DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO DE LOS GOBIERNOS LOCALES

2.1. STC 81/2012, de 18 de abril, de inconstitucionalidad del precepto de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1987, municipal y de régimen local, respecto a la restricción de presentación de moción de censura publicada la convocatoria de elecciones

En primer lugar vamos a hacer referencia a la STC 81/2012, de 18 de abril (núm. de recurso 4569/2000), que trae causa de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, respecto al art. 110.1.g) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, por su posible contradicción con el art. 81.1 de la Constitución Española, en relación con los arts. 23, 140 y 149.1.1, en cuanto el régimen jurídico de la moción de censura en el ámbito de las entidades locales municipales.

El precepto que origina la referida cuestión de inconstitucionalidad es del siguiente tenor:

«g) En ningún caso podrá presentarse una moción de censura si hubiera sido publicada en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya» una convocatoria electoral política y hasta que hayan tenido lugar las elecciones correspondientes».

Como se expresa en el fundamento jurídico primero, la Generalitat y el Parlamento de Cataluña interesan su desestimación, al considerar que la regulación de la moción de censura, en cuanto mecanismo de exigencia de responsabilidad política, se incardina en la materia «régimen local» para cuya regulación la Comunidad Autónoma de Cataluña ostenta competencias en virtud de su Estatuto de Autonomía (art. 9.8 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). Por las representaciones legales de las instituciones autonómicas se rechaza que la institución de la moción de censura sea encuadrable en el «régimen electoral general», sin perjuicio de que la regulación conte-

nida en la ley autonómica de régimen local no desdice o resulta contraria a la regulación contenida en la Ley estatal del régimen electoral general, sino que la complementa o determina particularidades propias de régimen local, para lo cual ostenta competencias el Parlamento autonómico.

No es este el parecer del Tribunal Constitucional en la sentencia aludida, por cuanto sí consideran la institución de la moción de censura como una figura sobre cuya normación es competente el Estado, a lo que también se suma el Voto Particular de los Magistrados Ortega Álvarez y Delgado Barrio producido en dicha sentencia, aun cuando discrepa en la fundamentación jurídica que utiliza el Tribunal.

Antes de abordar la constitucionalidad de la restricción contenida en la Ley del Parlamento catalán respecto a la virtualidad de la moción de censura, en primer lugar, analiza el Tribunal Constitucional si el régimen electoral local es encuadrable en las competencias del Estado respecto a «régimen electoral general». Sobre esta cuestión determina el art. 81.1 de la Constitución de 1978, en su apartado 1, que «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución». Por consiguiente, el Estado es competente para regular por ley orgánica el régimen electoral general. Como cita el Tribunal Constitucional, ya tuvo ocasión de manifestarse sobre la materia en Sentencia 38/1983, de 16 de mayo, en la que afirmó que no cabe equiparar las expresiones «régimen electoral general» y «elecciones generales». Por consiguiente, ahondando en el razonamiento del Tribunal Constitucional, cuando la Constitución en su art. 81.1 reserva a ley orgánica el régimen electoral general, no hace mención en exclusiva a las elecciones generales. De esta razón, en la configuración y estructura normativa de la Ley Orgánica del régimen electoral general se incluyeron tres Títulos específicos para las elecciones locales¹⁷. Por consiguiente, la Ley orgánica estatal del régimen electoral general está edificada bajo unos pi-

¹⁷ Título III, Disposiciones especiales para las elecciones municipales; Título IV, Disposiciones especiales para la elección de Cabildos Insulares Canarios y Título V, Disposiciones especiales para la elección de Diputados Provinciales.

lares comunes a todas las elecciones por sufragio universal directo, secuenciado por disposiciones específicas para procesos electorales, al ser todos ellos procesos electorales concernientes al régimen electoral general, dado que no admite el binomio simplificador de «elecciones generales»-«régimen electoral general».

Por consiguiente, razona el Tribunal Constitucional que la regulación contenida en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General no es derecho disponible por los Parlamentos autonómicos, haciendo uso de su competencia en materia de régimen local. La disposición adicional primera de la Ley Orgánica 5/1985 admite el ejercicio de competencias autonómicas regidas en los respectivos Estatutos de Autonomía, en relación a las asambleas legislativas autonómicas, no, por tanto, en lo que respecta al régimen electoral local.

Despejadas las cuestiones de no equiparación entre régimen electoral general con elecciones generales, así como que el Estado ostenta competencia a través de ley orgánica para regular las disposiciones concernientes al régimen electoral local, entra a dilucidar si la moción de censura debe tener cabida en el régimen electoral general, o por el contrario, es materia autonómica en el ejercicio de las competencias que ostentan las Comunidades Autónomas sobre régimen local. Como expresa el Tribunal, «la moción de censura aparece como una pieza clave de la forma de gobierno local, esto es, del régimen institucional local (...) todos estos aspectos de la regulación de la moción de censura constituyen elementos nucleares de la forma de gobierno local que entran dentro del concepto de bases del régimen local y su establecimiento es competencia del Estado ex art. 149.1.8 CE puesto que el «régimen local» se incardina, como ha afirmado reiteradamente este Tribunal, en el «régimen jurídico de las Administraciones públicas» (por todas, SSTC 25/1983, de 7 de abril, FJ 4, y 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 1)». Precisamente en este punto es donde se apartan del sentir general los dos Magistrados que suscriben Voto Particular, al entender que el marco competencial estatal descansa en el art. 149.1.1, no tanto en la regla 18 del art. 149.1, operante en el esquema «bases más desarrollo». No obstante, coinciden con la sentencia en el sentido de declarar la inconstitucionalidad del precepto legal autonómico enjuiciado. Además de ello, dado el carácter constructivo de la moción de censura, es indudable que además, recae sobre régimen electoral, lo que viene a afianzar la titularidad

estatal sobre la competencia. En definitiva, se declara la inconstitucionalidad del art. 110.1.g) de la Ley de régimen local del Parlamento de Cataluña.

Antes de cerrar el breve comentario a esta sentencia, llama la atención la cita que hace en el fundamento jurídico 3.º a la letra f) del art. 197.1 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, que, sin embargo, en sentido estricto había desaparecido tras la nueva redacción dada a dicho precepto en virtud de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General («B.O.E.» 29 enero). La referida Ley Orgánica 2/2011 operó una reforma del apartado 1, sin embargo, seguramente por un descuido, no se transpuso, en la misma redacción, la letra f), que atendía a la cuestión crucial referente a la mayoría requerida en la votación de la moción de censura. Decía así dicho precepto: «El candidato incluido en la moción de censura quedará proclamado Alcalde si ésta prosperase con el voto favorable de la mayoría absoluta del número de concejales que legalmente componen la Corporación». Ante situación tan pintoresca¹⁸, son muy diversas las interpretaciones que pueden darse sobre el particular, si bien parece la más acertada acogernos, en aplicación analógica, a la exigencia de mayoría absoluta exigida en el Congreso para la aprobación de moción de censura al Gobierno, según se recoge en el art. 113.1 de la Constitución de 1978 y desarrollado en el art. 177.5 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, el cual dispone: «La aprobación de una moción de censura requerirá, en todo caso, el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados», aun no sin antes dejar constancia, de otras interpretaciones, motivadas todas ellas por la deficiente técnica legislativa adoptada, como sería el caso de la aplicación de la mayoría simple prevista con carácter general en el apartado 1 del art. 47 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, si bien consideramos que dicha norma no es aplicable en el presente caso, por la propia especificidad o singularidad de la materia. Además de ello, entendemos como no aplicable la propia Ley de Bases de Régimen Local, dado su carácter ordinario y no orgánico, toda vez que la figura de

¹⁸ La propia versión consolidada del B.O.E. recoge como vigente dicha letra f).

la moción de censura, en tanto vinculada al régimen electoral, viene desarrollada en legislación orgánica, como hemos tenido ocasión de ver. Con arreglo al Código Civil, procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón (art. 4.1 CC). Y es evidente que en el caso que nos ocupa existe una singularidad de la materia y se aprecia identidad de razón, respecto a lo contemplado en el Congreso por la Constitución Española y el Reglamento del Congreso. De una lectura comparada de los arts. 197 de la LOREG, en la redacción dada por la LO 2/2011, y los arts. 176 y 177 del Reglamento del Congreso, se infieren numerosas referencias comunes, al punto que se refleja que la última modificación operada en el art. 197 de la LOREG pasa por una adaptación de lo previsto en el Congreso para la moción de censura al Gobierno estatal. Aún cabe una interpretación más, derivada de la analogía en interpretación sistemática del propio precepto, mediante la aplicación de la mayoría absoluta reforzada establecida en la letra a) del mismo. No obstante, la laguna legal generada por el vacío ocasionado por no contemplar la nueva redacción del art. 197.1 de la LOREG, la tradicional letra f), pasará por una más que necesaria nueva modificación de dicho precepto, en orden a aclarar un extremo de vital importancia sobre la moción de censura ¹⁹.

2.2. STC 103/2013, de 25 de abril, por la que se declara la inconstitucionalidad de la previsión en la legislación de régimen local de miembros no electos en la junta de gobierno local

La STC 103/2013 configura directamente la dimensión del principio democrático de los municipios. Dicha sentencia ha sido dictada con moti-

¹⁹ Es coincidente con este parecer la ponencia en elaboración encargada por COSITAL NETWORK, dentro del Proyecto Esperanto, al Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local de Granada, bajo el título «La moción de censura en los gobiernos locales, con especial incidencia en las funciones y responsabilidades del Secretario en los municipios de régimen común», en la que participa este autor.

vo de la interposición de recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Cataluña, contra la disposición final primera de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en la medida en que declara básicos los arts. 4.3, párrafo segundo y por conexión 4.2 último inciso; 13.3; 20.1 d); 36.1 c), 73.3 y por conexión 20.1 c) y 122.3; 85 bis 1 y 2; 123.1 c); 126.4; 128; 129.2 inciso primero; 130.1 B); 131 y 132; contra el art. 126.2, párrafo segundo, inciso primero, y 126.5 primer inciso, todos ellos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en la redacción dada a la misma por el artículo primero de la Ley 57/2003. Como en el caso analizado anteriormente, también suscita un Voto Particular (Magistrados Ollero Tassara y Pérez de los Cobos Orihuel).

Como expresa el fundamento jurídico 6.º de la STC 103/2013, la representación letrada del Parlamento de Cataluña impugna el art. 126.2, párrafo segundo, inciso primero LBRL en la redacción que le da la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, el cual expresa: «[e]l Alcalde podrá nombrar como miembros de la Junta de Gobierno Local a personas que no ostenten la condición de concejales, siempre que su número no supere un tercio de sus miembros, excluido el Alcalde». A juicio de la recurrente, el precepto citado debe ser declarado inconstitucional en tanto que «la incorporación de no electos a la Junta de Gobierno vulnera el art. 140 CE, que encomienda el gobierno y administración municipal al alcalde y concejales, como manifestación de la opción constitucional por una administración democrática». Por el contrario, la representación legal del Estado, haciendo uso de la finalidad de la modificación en este parámetro, y como recogía el propio Legislador en la Exposición de Motivos, «la Junta de Gobierno ha quedado constituida como un órgano de manifiesto perfil ejecutivo y profesional, que viene exigido por la complejidad de las funciones técnicas que debe afrontar, quedando el principio representativo residenciado en el Pleno. Por otra parte señala que esta configuración responde al modelo europeo de gobierno local reflejado en la Carta europea de la autonomía local, cuyo art. 3.2 prevé que los órganos electivos colegiados puedan disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos».

Planteados así los argumentos de las partes, expone a continuación su doctrina el TC, que queda recogida en el fundamento jurídico 6.º, entendiend-

do éste que debe ser declarado dicho precepto nulo, y por tanto, inconstitucional, por lesión del principio democrático que preside el gobierno y administración de los municipios a través de su forma de gobierno ordinaria, esto es, los Ayuntamientos.

Retomando argumentos y doctrina que fue vertida cuando fue dictada la Ley 57/2003, de Medidas de modernización del Gobierno local, uno de sus componentes esenciales radicaba en la ruptura del uniformismo que representaba la legislación de régimen local en las estructuras de gobierno locales. No puede valer el mismo diseño organizativo para un municipio de doscientos habitantes, que para una capital de provincia. De ahí la introducción de un Título de nueva planta en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

Otro argumento o línea base de actuación que perseguía el Legislador de 2003, respecto a la normativa básica estatal de régimen local, recaía en afianzar la posición de gobierno del ejecutivo municipal, al tiempo que se reforzaban las funciones de control del Pleno. Ello llevó, entre otras consecuencias, a una forzada separación entre el órgano representativo municipal —el Pleno—, y los órganos ejecutivos, tanto a nivel individual —el Alcalde— como colegiado —la Junta de Gobierno Local²⁰—. Se hablaba, entonces, de «parlamentarizar» la vida local, mimetizándose la división orgánica y funcional de poderes en los órganos políticos municipales. Pero era evidente que esta línea argumental era algo más que una ficción y que no era entonces ni ahora perfectamente extrapolable, por cuanto no atiende a la misma realidad el funcionamiento democrático de las instituciones políticas locales, en comparativa con la división de poderes que obra a nivel estatal e incluso en las Comunidades Autónomas, por más que sea legítimo introducir determinados cánones enraizados en el parlamentarismo en el funcionamiento democrático de los gobiernos locales.

²⁰ La cual recibe un nuevo nombre, «Junta» de Gobierno Local, frente al anterior —«Comisión» de Gobierno—, precisamente para enfatizar su carácter ejecutivo de gobierno, frente a las conocidas como Comisiones municipales, desgajadas históricamente de un carácter resolutorio, con funciones únicamente de deliberativas e informadoras, a las que se unen funciones de seguimiento.

Los Gobiernos locales son, precisamente, gobierno y administración, al no ostentar funciones legislativas dicha estructura política territorial, por lo que una parlamentarización excesiva de la vida local, podía originar cierto resquebrajamiento en su implementación. En el símil que pretendía el legislador de 2003, se implantó un mayor dominio de la Junta de Gobierno Local, como órgano ejecutivo, a modo de Consejo de Ministros, presidido por un Presidente del Ejecutivo local, separado del órgano representativo, configurado por el Pleno. Por consiguiente, el Legislador sí respetaba el carácter democrático representativo en el Pleno Municipal; mantenía, igualmente, la estructura representativa y proporcional en las tradicionalmente denominadas Comisiones Informativas²¹; pero no así respecto al «ejecutivo» local, dado que en el ámbito nacional (y autonómico), no tienen por qué ser representantes electos los integrantes de los órganos ejecutivos colegiados, lo que ha merecido la censura del Tribunal Constitucional.

Y esto ha tenido una respuesta del Tribunal Constitucional, expresada en un pronunciamiento de inconstitucionalidad y precisamente por el quebrantamiento del principio democrático, muy presente, como hemos apuntado ya, en el texto constitucional. Dicho principio se predica, en su vertiente representativa, de las provincias e islas, pero muy especialmente con respecto a los municipios, por cuanto expresa la Constitución que «su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto (...)» (art. 140 CE). Por consiguiente, queda fuera de la Constitución, un órgano ejecutivo de gobierno y administración municipal entre cuyos componentes se encuentren miembros no electos. Expresa el TC que «el principio representativo constituye el fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas, este principio ha sido consagrado para los municipios con una intensidad especial, mediante una regulación bastante más minu-

²¹ Sobre el principio representativo y proporcionalidad en las Comisiones Informativas, véase J. GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, 1999, pp. 45 y 46.

cosa, que contrasta con la menor densidad normativa con que la norma fundamental lo ha recogido para islas y provincias». Y añade: «En definitiva, el art. 140 CE otorga una especial legitimación democrática al gobierno municipal, tanto en su función de dirección política, como de administración, que contrasta, sin duda, con el diseño que la propia Constitución establece para el Gobierno del Estado (art. 97 y 98 CE). Un plus de legitimidad democrática, frente a la profesionalización, que, en todo caso, debe ser respetada por el legislador básico al configurar ese modelo común de autonomía municipal».

No obstante, y como ya habíamos apuntado, en este punto, frente al parecer mayoritario del Pleno del Tribunal Constitucional, la sentencia comentada ha sido objeto de un Voto Particular, suscrito por dos Magistrados, en el que expresan la disconformidad con una interpretación literalista del art. 140 de la Constitución. Como expresa dicho Voto Particular: «Deducir de este precepto que solo estos puedan asumir toda imaginable función de «gobierno y administración» no solo desafía el sentido común, ante la obvia existencia de funcionarios locales, sino que implica atribuirse el monopolio de qué se entiende por gobierno y administración, despojando al legislador de toda capacidad de desarrollo al respecto, en todo aquello que —como ocurre, a mi modo de ver, en este caso— no ha sido diáfananamente explicitado por el constituyente, que no ha recurrido a esos mismos términos de modo unívoco dentro del propio texto constitucional». Además de ello, señalan los Magistrados firmantes del Voto Particular que «el art. 3.2 de la citada Carta prevé que los órganos electivos colegiados locales «pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos», como en esta ocasión era el caso».

No obstante ello, ha primado en el sentir mayoritario del TC el pleno respeto al principio democrático representativo en la composición del órgano ejecutivo de gobierno municipal, esto es, la Junta de Gobierno Local (anteriormente Comisión de Gobierno). Es evidente que el gobierno y administración no queda agotado con la actuación y responsabilidades que competen a los cargos políticos representativos, por el carácter tecnocrático que también impera en la administración local, como es el caso de funciones públicas necesarias y reservadas a funcionarios, entre las que se encuentran las asignadas a los funcionarios con habilitación de carácter estatal. Pero

ello no perjudica que se siga manteniendo en el régimen local la prevalencia resolutoria en la producción de actos administrativos a cargo de los cargos políticos representativos, y en exclusiva respecto a la producción normativa dictada en ejercicio de la potestad reglamentaria, en detrimento del papel asignado en la producción de actos administrativos a cargo de los empleados públicos locales²².

En definitiva, ha quedado anulada la previsión de la legislación de régimen local de incorporación de miembros no concejales en la Junta de Gobierno Local, por lesión al principio democrático representativo de los gobiernos locales. Sobre la reforma planteada por la Ley 57/2003, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, poco tiempo después tuvo ocasión nuevamente el Tribunal Constitucional de pronunciarse, en este caso, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en Sentencia 143/2013, de 11 de julio, con desestimación del mismo, retomando en aquellos aspectos coincidentes los fundamentos jurídicos ya aducidos por la STC 103/2013, comentada.

2.3. STC 161/2013, de 26 de septiembre: carácter público de las sesiones de la Junta de gobierno local en que se aborden cuestiones relacionadas con acuerdos delegados del Pleno

Nuevamente el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de determinados preceptos, obedientes a la reforma efectuada en la Ley de Bases de Régimen Local por la Ley 57/2003, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, en este caso en el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Gobierno de Aragón, dando lugar a la Sentencia núm. 161/2013, de 26 de septiembre. Y como ocurriera en los dos últimos supuestos analizados, la reforma mencionada de 2003 soporta en su mayor parte el juicio de constitucionalidad.

²² Cfr. Artículo 52.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en la redacción dada por la Ley 57/2003, de Medidas de Modernización del Gobierno Local.

En todo aquello ya enjuiciado en las sentencias núm. 103 y 143 de 2013, se remite a lo ya dispuesto en ellas. En lo que aquí interesa, se impugna la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básico el art. 70.1, párrafo segundo, LBRL, el cual dispone «no son públicas las sesiones de la Junta de Gobierno Local», y, subsidiariamente, de este artículo por infracción de los principios democrático (art. 1.1 CE) y a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y del derecho a participar directamente en los asuntos públicos (art. 23.1 CE). Tras desestimar el Tribunal la inconstitucionalidad de la norma por razón competencial, en el fundamento jurídico 9.º somete la norma a un juicio material, entendiendo que supone dicho precepto un quebranto del principio democrático, no en todos los supuestos, sino en aquellos que la Junta de Gobierno Local, como órgano ejecutivo colegiado, adopte acuerdos por delegación del Pleno Municipal. Toda vez que el Pleno Municipal precisa de publicidad en sus sesiones, dicha publicidad debe ser respetada en las sesiones de Junta de Gobierno Local en que se aborden asuntos delegados del máximo órgano representativo local.

Debe realizarse la observación inicial concerniente a que en realidad el Legislador en 2003 no opera un cambio material en la norma, sino que el apartado 1, párrafo segundo no se altera sino para el cambio de denominación del órgano ejecutivo colegiado municipal: la Comisión de Gobierno recibe la nueva denominación de Junta de Gobierno Local, como ya hemos tenido ocasión de analizar en el presente trabajo. Pero ello no impide que la norma sea susceptible de control jurisdiccional, aun cuando no exista cambio de normación material. Formalmente, el precepto ha sido modificado, y sobre él puede recaer un control de jurisdicción constitucional.

Tal vez, lo que sorprenda del fallo, y así ha sido criticado por el voto particular, suscrito en este caso finalmente por cuatro Magistrados (Ollero Tassara, Martínez-Vares García, González-Trevijano Sánchez y López y López), es que el Tribunal Constitucional, «declare» la constitucionalidad de la norma, en la interpretación que da a la misma. Dice así el pronunciamiento primero del fallo:

«1.º Declarar constitucional el art. 70.1, párrafo segundo, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en la redacción dada por el artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de

medidas para la modernización del gobierno local, siempre que se interprete en el sentido de que no se refiere a las decisiones relativas a las atribuciones delegadas por el pleno, conforme se ha expuesto en el fundamento jurídico noveno».

La norma es constitucional, sin necesidad de que el Tribunal realice un pronunciamiento de tal naturaleza. En consecuencia, como expresa el Voto Particular, «lo que debería haber declarado la Sentencia de la que discrepo en el apartado 1 del fallo es que el art. 70.1, párrafo segundo, de la ley recurrida no es inconstitucional siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico 9 de la Sentencia»²³.

Nuevamente se observa en la fundamentación jurídico-material vertida por el Tribunal Constitucional un alegato expreso al principio democrático representativo en la organización y funcionamiento de los municipios y su forma de gobierno ordinaria, esto es, los Ayuntamientos:

«... Algunas de las atribuciones que el pleno puede delegar en la junta de gobierno local no son meras decisiones administrativas de carácter estrictamente reglado en que esté ausente la necesidad de valorar y ponderar criterios discrecionales. Hay atribuciones que afectan a las más importantes decisiones sobre operaciones crediticias, contrataciones y concesiones de toda clase, aprobaciones de proyectos de obras y servicios y adquisiciones de bienes y derechos y su enajenación. El legislador otorga estas atribuciones al pleno para que sean adoptadas en sesiones dotadas de una completa publicidad que garantice el control ciudadano en la toma de posición y en el proceso de deliberación de sus representantes municipales, como una manifestación de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, tomando en consideración la importancia y relevancia política de esas decisiones en lo que afecta a los intereses municipales y la necesidad de que

²³ Evidentemente, la norma ostenta una «presunción» de constitucionalidad, haciendo innecesaria una ratificación positiva en tal sentido por el TC. Por citar un ejemplo de sentencia interpretativa conocido, nos podemos remitir al apartado 3.º de pronunciamientos del fallo de la STC 31/2010, de 28 de junio, interpuesto contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

sean adoptadas con la máxima transparencia. La circunstancia de que, aprovechando el carácter preceptivo de la no publicidad de las sesiones de la junta de gobierno local y mediante la mera delegación de atribución del pleno en la junta, quedara imposibilitado el control de la ciudadanía sobre el proceso de la toma de decisiones, que, por su importancia, legalmente están sometidas al régimen de publicidad, supondría un menoscabo del principio democrático (art. 1.1 CE) y una vulneración de las posibilidades de participación directa del ciudadano en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), en su concreta dimensión de control del ejercicio del cargo de sus representantes electos, sometidos a mandato representativo».

Ello viene a suponer, en definitiva, una profundización más en el principio democrático a nivel municipal; una ampliación de la ciudadanía como sujeto de derechos políticos. Como expresa G. Jáuregui, «lo característico de la democracia no es que se dé una identidad perfecta entre la voluntad gobernante y la voluntad del pueblo, cosa del todo imposible, sino que se acerque lo más posible a los deseos y las capacidades de los ciudadanos. Para que un sistema democrático resulte viable es imprescindible que cuente con un asentimiento y apoyo generalizados»²⁴.

Ahora bien, la introducción de publicidad en las deliberaciones de las sesiones de Junta de Gobierno Local en las que se adopten asuntos delegados del Pleno Municipal, pueden dar lugar a una rica problemática en la práctica, algunos de cuyos componentes dejamos apuntados:

- 1.º La publicidad debe arrancar no solo durante la celebración de la sesión en sí, sino que debe comprender la publicidad de la convocatoria, cuando menos en lo que afecta al asunto delegado que vaya a ser objeto de inclusión en un orden del día de una sesión del órgano ejecutivo colegiado municipal. Por consiguiente, al igual que acontece con la publicidad de la convocatoria de las sesiones plenarias²⁵, se

²⁴ G. JÁUREGUI, *La democracia en la encrucijada*, Anagrama, Barcelona, 2.ª edición, 1995, p. 22.

²⁵ Artículo 81.1.d) y 229.1 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

debe dotar de publicidad a la convocatoria de celebración de sesiones de Junta de Gobierno Local para asuntos de competencia del Pleno, delegados en el ejecutivo colegiado municipal. Igualmente, la convocatoria debe respetar no solo la publicidad, sino debe resultar aplicada la previa convocatoria de dos días hábiles, como ocurre en el Pleno Municipal²⁶, y no 24 horas, como acontece con las convocatorias de Junta de Gobierno Local²⁷.

- 2.º A nadie debe escapar que la ganancia operada en la virtualidad del principio democrático en estos puntos es escasa, por cuanto escasa puede ser la deliberación de un asunto en el cual, en principio, no resulta exigible el pluralismo político representado en el Pleno municipal, al carecer de representatividad ni proporcionalidad los diferentes Grupos Políticos Municipales, como sí ocurre, por ejemplo, con las anteriormente denominadas Comisiones Informativas, en las que sí se exige dicho plus de representatividad y proporcionalidad. No queremos decir que, en la práctica, no existan puntos de contraste en una deliberación de un asunto de Junta de Gobierno Local, escenificada, coloquialmente, en el seno del «equipo de gobierno», sobre todo en aquellos casos en que existan disidencias dentro de dicho equipo colegiado, pero lo cierto es que el pluralismo político no es representativo de la totalidad de las formaciones políticas existentes en el Pleno municipal.
- 3.º Y en un plano práctico, no podemos dejar de hacer mención que también en este caso afecta al trabajo del fedatario público que debe levantar acta de la sesión, en tanto que en caso de producirse debate, debe levantar acta sucinta de las intervenciones que se produz-

²⁶ El art. 80.4 del RD 2568/1986, respecto al Pleno, dispone que «Entre la convocatoria y la celebración de la sesión no podrán transcurrir menos de dos días hábiles, salvo en el caso de las sesiones extraordinarias urgentes». En igual sentido, art. 46.2.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

²⁷ Con lo cual, afecta en este caso al plazo de 24 horas determinado en el art. 113.1.a) del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

can en el tratamiento del asunto incluido en el orden del día en delegación del Pleno Municipal, ya que, como regla general, por el carácter secreto de las sesiones de Junta de Gobierno Local, el Secretario de la Corporación no debe expresar tales debates, sino únicamente los componentes característicos que requiera formalmente en su expresión la producción del acto administrativo en cuestión (parte expositiva, expresiva, en los supuestos de exigencia de motivación, de hechos y consideraciones legales de aplicación²⁸, y pronunciamientos de parte dispositiva)²⁹.

- 4.º Otra cuestión satélite que circunda la nueva interpretación constitucional del precepto, alude al refuerzo en el carácter preceptivo del previo dictamen de Comisión Informativa, que como es conocido, resultaba ya exigible en asuntos de competencia plenaria delegados en Junta de Gobierno Local (art. 113.1.e del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales). Por consiguiente, la ausencia de previo tratamiento del asunto en Comisión Informativa, supone una irregularidad en el procedimiento de adopción del acuerdo. Ello lleva a pensar que la normativa preexistente de régimen local era concedora en este punto de la problemática que encierra la delegación de asuntos de Pleno en el órgano ejecutivo colegiado municipal, dado que estaba previsto un dictamen previo de Comisión Informativa (letra e del art. 113.1 RD 2568/1986), así como votación formal (sic) (apartado 4 del art. 113 del RD 2568/1986), pero aun así, se mantenía expresamente el carácter secreto de las deliberaciones, en respeto al funcionamiento político propio de los órganos de gobierno colegiados. No obstante, el

²⁸ «Sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho», como postula el apartado 1 del art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

²⁹ Cfr. Artículo 50 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local y disposiciones concordantes.

Tribunal Constitucional ha visto lesivo tal proceder por infracción del principio democrático (art. 1.1 de la CE).

2.4. Derechos de participación política de los concejales no adscritos: SSTC 9/2012, de 18 de enero, 30/2012, de 1 de marzo, 20/2011, de 14 de marzo y 246/2012, de 20 de diciembre

En 2003 fue introducida una modificación en el régimen local en orden a prever expresamente la figura del Concejal no adscrito³⁰ en la legislación

³⁰ Sobre el Concejal no adscrito, ante la acuciante problemática reflejada en la práctica, ha originado una abundante doctrina, entre la que podemos citar: O.M. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, «El concejal no adscrito: evolución normativa y jurisprudencial», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4, Sección Colaboraciones, Quincena 28 feb-14 mar. 2013, Ref. 370/2013; A. REINOSO CARRIEDO, «La moción de censura y la realidad del transfuguismo. Los miembros de las Corporaciones locales no adscritos», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2, Sección Colaboraciones, 30 ene.-14 feb. 2007, Ref. 231/2007; E.M. GARCÍA GARCÍA, «Grupos Políticos Municipales: constitución y modificaciones. Concejales no adscritos», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 10, Sección Comentarios de Jurisprudencia, 30 may.-14 jun. 2011, Ref. 1265/2011; A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, «El status de los Concejales no adscritos», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 15, Sección Actualidad, agosto 2004, Ref. 2653/2004; A. RODRÍGUEZ MARTÍN, «Las mociones de censura, los tránsfugas y sus competencias en los ayuntamientos», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 23, Sección Colaboraciones, 15 al 29 dic. 2009, Ref. 3479/2009; D. BALLINA DÍAZ, «Los miembros no adscritos de las corporaciones locales. Novedades jurisprudenciales y legislativas», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, Sección Colaboraciones, 15 a 29 mar. 2012, Ref. 577/2012; J. Q. MARAÑA SÁNCHEZ, «En clave constitucional. Derechos de los concejales que afectan al núcleo de su función representativa. Doctrina constitucional», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 15-16, Sección Comentarios de Jurisprudencia, agosto 2012, Ref. 1812/2012; F. J. GRACIA HERRERO, «¿Y si un Concejil abandona su grupo de procedencia?», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 24, Sección Práctica Local, 30 dic. 2010-14 ene. 2011, Ref. 3517/2010; J. CUERDA MÁS, «Régimen jurídico de los concejales no adscritos», *Revista CEMCI*,

básica estatal, ante la acuciante y rica polémica y discusiones que la figura conocida como tránsfugas estaba generando en los gobiernos locales. Hoy día, por tanto, el marco jurídico del status representativo de los concejales no adscritos viene determinado, a modo de mínimo legal, por el art. 73.3 de la Ley 7/1985, de abril RBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, precepto cuyo origen se remonta al acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo de las corporaciones locales, que se firmó por la práctica totalidad de los partidos políticos el 7 de julio de 1998³¹. La finalidad de estos acuerdos era la de respetar la voluntad de los ciudadanos manifestada en las elecciones, en cuanto constituye la expresión esencial de un régimen democrático. Con este objetivo fueron dispuestas una serie de medidas «para frenar y reducir el condenable fenómeno de deslealtad política conocido como transfuguismo» entre las que se encuentra la creación legal de la figura de los «miembros no adscritos».

Como consecuencia de dichos acuerdos, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, modificó el art. 73.3 LBRL con la introducción de la figura de los miembros de las corporaciones locales no adscritos a ningún grupo político, esto es, los concejales o diputados provinciales que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, siendo así que con anterioridad a la introducción de esta figura por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, los miembros de las entidades locales en esta situación pasaban a integrarse generalmente en el grupo mixto.

Como se ha apuntado anteriormente, el art. 73.3 LBRL no determina un régimen jurídico acabado en torno al estatuto jurídico de los miembros no adscritos, sino que deja un amplio margen que debe ser completado por

núm. 9, oct-dic. 2010; C. BULLEJOS CALVO, «Régimen jurídico de los concejales expulsados de su formación política», *Administración Local Práctica, La Ley-El Consultor*, 2008, pp. 19-44.

³¹ Renovado por nuevos acuerdos de 26 de septiembre de 2000 y 23 de mayo de 2006.

las leyes de régimen local de cada Comunidad Autónoma y el reglamento orgánico de cada Ayuntamiento o Diputación, introduciendo en su párrafo tercero un precepto nada clarificador, al decir que los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos «no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación». Se buscaba introducir una limitación de manera velada, y ante la disyuntiva de minorar su status jurídico, se determinó que sus derechos no podrán superar a los que les deberían haber correspondido en la permanencia en el Grupo en el que deberían quedar adscritos. Dicha peculiar limitación ha tenido conformidad por parte del TC en su contraste con el art. 23 CE. La STC 9/2012, de 18 de enero, señala que, «en principio, las restricciones o limitaciones impuestas a los concejales no adscritos responden a un fin legítimo ... La actitud del tráfuga, que, aun ejerciendo su derecho individual, altera el equilibrio de fuerzas derivado del grupo político con el que había concurrido a las elecciones, otorgando con su conducta la mayoría a otro grupo hasta ese momento minoritario, altera, aun en un segundo nivel, la representación democrática, pues la votación a un determinado partido político se efectúa no sólo por la calidad de las personas que lo integran en las listas electorales, sino por la perspectiva política e ideológica que representan» (STC 9/2012, FJ 4, cuya doctrina reitera la STC 30/2012, de 1 de marzo).

De conformidad con la doctrina más reciente del TC, los Concejales no adscritos tienen derecho a asistir como componente de las Comisiones Informativas y a votar, cuestión que había suscitado controversia. Así se expresa la STC, Sala Primera, 20/2011 de 14 mar. 2011, dictada en el Recurso 10045/2006:

«(...) ha de concluirse, en sintonía con lo declarado en STC 169/2009, FJ 4, que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos de participación política ex art. 23 CE alegada por los recurrentes.

Para concluir debemos precisar, como igualmente hicimos en la STC 169/2009, FJ 5, que la decisión de privar a los recurrentes de su derecho a votar en las comisiones informativas no se deriva necesariamente de la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 73.3 LBRL que, por lo que aquí interesa, se limita a establecer que los miembros de las Corporaciones locales que «no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia», en lugar de constituirse en grupo político, «tendrán la consideración de miembros no adscritos». Quiere ello decir que el precepto no habilita a la corporación municipal para privar a los concejales a los que se considere como no adscritos de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos, tal y como ocurre con derecho a votar en el Pleno y en las divisiones de éste que en su caso se constituyan».

Evidentemente, los escasos perfiles contenidos en la legislación de régimen local sobre el Concejal no adscrito han seguido deparando nuevas controversias en torno a su figura, en muchos de los casos limitativas de su estatuto, unas veces de la mano de su aplicación orgánica en las Corporaciones locales, y en otros ámbitos, han alcanzado incluso a los Poderes legislativos, como ha sido el caso de la STC núm. 246/2012 de 20 dic. 2012, recaída en el Recurso 1992/2010, mediante la cual se declara inconstitucional y nulo el art. 33.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid, en materia de concejales no adscritos. La exclusión de los mismos de las comisiones informativas municipales afecta al núcleo de funciones de representación propias del cargo de concejal individualmente considerado, lo que supondría vulnerar los derechos del cargo electo de participación política amparados por el art. 23.2 CE.

La STC 14/2012, de 6 de febrero, determina que, «como también se advirtió en la STC 169/2009, FJ 4, de lo anterior no se deriva que los concejales no adscritos tengan derecho a que su voto compute en los mismos términos que el de los miembros de la comisión informativa adscritos a grupo. Si así fuera, teniendo en cuenta que la comisión informativa es una división interna del Pleno de la corporación, sus miembros no adscritos disfrutarían en su seno de una posición de sobre representación». «...Para evitar la materialización del riesgo de sobrerrepresentación de la minoría que

se deriva del derecho de participación directa en las comisiones informativas que corresponde a los miembros no adscritos de la corporación» resulta necesario que, «ya sea a través de las normas que regulen la organización y funcionamiento de la corporación, o del propio acuerdo a través del cual se materialice lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL», se adopten «las disposiciones organizativas que procedan para garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas no altere la citada exigencia de proporcionalidad» (STC 20/2011, FJ 6).

2.5. El carácter representativo y electo de las Alcaldías en los municipios: SSTC 125/2013 y 147/2013

El principio democrático en su vertiente representativa se encuentra muy presente en el siguiente supuesto que dio origen a una sentencia del Tribunal Constitucional en demanda de amparo, al tiempo que sobre los hechos en que se ha dictado la sentencia se ha originado un caso inédito en la doctrina del Tribunal Constitucional. Como sintetiza el voto particular disidente de la sentencia formulado por el Magistrado Ollero Tassara, la cuestión enjuiciada radica en «si puede ser nombrado Alcalde un Concejales que no ha concurrido a las elecciones». Se enfrentan con ello a «una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no hay doctrina del Tribunal Constitucional».

El destino parece haberse cebado sobre la población de Cudillero, en la que durante los últimos meses las distintas y reiteradas proclamaciones de Alcalde, han tenido su respuesta en los Tribunales de justicia y en demanda de amparo electoral ante el Tribunal Constitucional, partiendo los hechos de un caso de laboratorio: renuncia del Alcalde titular³², que da ori-

³² Sobre la renuncia a la Alcaldía, *vid.* P. SALCEDO BENAVENTE, «Un supuesto poco común: la renuncia a la Alcaldía», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 14, Sección Colaboraciones, quincena del 30 julio al 14 de agosto de 2005, Ref. 2343/2005, p. 2343.

gen a encadenadas renunciaciones a ser nombrados para el cargo de Alcalde por los siguientes miembros de lista electoral con credencial de Concejales, al tiempo que los siguientes en la lista electoral del Partido en cuestión renunciaron a ser designados concejales. Por consiguiente, de este juego de renunciaciones, resulta elegido Alcalde en sesión plenaria celebrada el 27 de marzo de 2013, un concejal no electo, bajo la fórmula establecida en el art. 182.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen electoral general.

Ello nos da como resultado, señalado gráficamente por el voto particular, la novedosa figura del «concejal no alcaldable»³³.

Como expresa el TC en su fundamento jurídico 5.º:

«La configuración legal de los requisitos de sufragio pasivo para ser elegido Alcalde en aquellos municipios de población superior a 250 habitantes se encuentra recogida en el art. 196.a) de la LOREG cuando establece que “pueden ser candidatos todos los Concejales que encabecen sus correspondientes listas”.

Este requisito legal permite identificar la exigencia de un plus de representatividad en la persona que presenta su candidatura a Alcalde, lo cual conecta con el marco constitucional de la autonomía local, profundamente enraizada en el principio democrático, que se plasma, de forma expresa, en el art. 140 CE con la regulación de la elección de concejales y alcalde, y en este sentido hemos afirmado que el carácter representativo de los órganos a los que corresponde la dirección política de los entes locales constituye un concepto inherente a la autonomía local (por todas, STC 132/2012, de 19 de junio, FJ 3)».

Recalca nuevamente el Tribunal el plus de representatividad que se infiere del art. 140 CE para el gobierno municipal, que se traduce en una conexión recíproca, electores y elegible cabeza de lista, en relación a los requisitos para ser candidato a Alcalde, conforme al art. 196 de la LOREG (F.J. 7.º). «... En otro caso, se estaría alterando gravemente la voluntad del cuerpo electoral y, en consecuencia, viciando la relación representativa entre

³³ Vid. E. SANZ RUBIO, «De los concejales no alcaldables. Análisis de la STC 125/2013», *Boletín de Derecho Local*, 1 de junio de 2013.

el conjunto de los ciudadanos y los órganos representativos; relación ésta, cuyo correcto establecimiento es capital para la existencia y funcionamiento del Estado democrático que consagra el art. 1.1 CE (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, 225/1998, de 25 de noviembre y Sentencia del T.E.D.H. caso Matthews, de 18 de febrero de 1999)».

En definitiva, el TC estima el recurso de amparo interpuesto, teniendo como efecto la anulación de la proclamación de Alcalde de un concejal no electo. Pero las vicisitudes gestadas en el municipio de Cudillero no acaban aquí, porque poco tiempo después tuvo que volver a postularse el TC sobre una demanda de amparo, ante una nueva proclamación de Alcalde, por el Concejal siguiente cabeza de lista del Partido y Grupo Político que previamente había renunciado a la Alcaldía, anulando nuevamente dicha elección, dado que la referida renuncia había sido efectiva, al tomar razón el Pleno Municipal de la misma (STC 147/2013, de 6 de agosto)³⁴. Y a la vista de los acontecimientos que han venido siguiéndose, no se descartan más acciones legales de diversa índole, al haberse incluso anunciado la constitución de una comisión gestora, provocado ello por la dimisión posterior de concejales del Grupo político municipal que viene desempeñando la acción de gobierno, al objeto de invocar los supuestos de hecho habilitantes para ello previstos en el art. 182.3 de la LOREG: «En el caso

³⁴ Es de destacar la rapidez del TC en la sustanciación de ambos recursos de amparo, lo que a su vez vino propiciado por la reforma de 2007. Como expresa A. SÁNCHEZ NAVARRO, *Jurisdicción Constitucional. Modelos en Iberoamérica* (18.09.13), *Jurisdicción constitucional y Gobierno eficiente*: «Evidentemente, la conclusión está por escribir: si el futuro registra el fortalecimiento de la tendencia que acaba de señalarse, el Tribunal podría reforzar significativamente no sólo su legitimidad de ejercicio, sino también —y eso es su «razón de ser»- la seguridad jurídica, la sujeción del legislador al constituyente y, en última instancia, la afirmación de la normatividad constitucional. En caso contrario, las dilaciones registradas a la hora de enjuiciar la adecuación constitucional de reglas generales del sistema político parecen incompatibles con las exigencias de las sociedades contemporáneas más avanzadas, lo que fácilmente acabará por socavar no sólo el prestigio y la legitimidad del órgano encargado de velar por la Constitución, sino el del modelo institucional consagrado por ésta».

de que el número de hecho de miembros elegidos en la correspondiente convocatoria electoral llegase a ser inferior a la mitad del número legal de miembros de la corporación, se constituirá una comisión gestora integrada por todos los miembros de la corporación que continúen y los ciudadanos que hubiesen sido designados para cubrir las vacantes, conforme a lo previsto en el párrafo anterior(...))»³⁵.

No obstante, queremos enfatizar que el conflicto en su dimensión constitucional parte de la aplicación del art. 182.2 de la LOREG. Dicho artículo recibió una nueva redacción de la mano del art. 5 de la LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales. En la redacción anterior a la reforma, en los casos de vacantes en concejales, y no quedaran suplentes en la correspondiente lista, la ley electoral general no preveía la sustitución por el partido o formación política, sino que los quórum de asistencia y votación previstos en la legislación vigente se entenderán automáticamente referidos al número de hecho de miembros de la Corporación subsistente. No obstante, el legislador de 2003 introdujo una nueva redacción al precepto³⁶, ofreciendo una solución cuya constitucionalidad no ha sido discutida, pero sí es discutible, bajo el prisma precisamente democrático representativo, al dar cabida a concejales no electos en las corporaciones locales municipales³⁷.

³⁵ Sobre la constitución y funcionamiento de la Comisión Gestora amparada en dicho precepto, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en su sentencia de 18 de octubre de 2002, Sala Tercera, Sección 7.ª, dictada en el recurso 10706/1998.

³⁶ La breve Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2003, justificaba las reformas de la siguiente manera: «Hacer efectiva la voluntad política expresada por quienes tienen plena confianza en que el sistema democrático garantiza la adecuada convivencia de nuestra sociedad, y con ello el derecho que la Constitución otorga a todos los ciudadanos, obliga a modificar determinadas normas de nuestro ordenamiento jurídico de manera que se permita hacer realidad la decisión de aislar a los terroristas, garantizando una mayor eficacia en el uso de los recursos de los que puede disponer nuestro sistema político».

³⁷ Evidentemente ello no ha pasado desapercibido por el TC, si bien entiende que no debe pronunciarse sobre el particular: «Ello no supone cuestionar la vía de acceso al cargo de Concejales prevenida en el art. 182.2 de la LOREG, puesto que tal cuestión

3. A MODO DE EPÍLOGO

Ha sido objeto de estudio y comentario la última doctrina vertida por el Tribunal Constitucional, que ha podido tener incidencia en un reforzamiento del principio democrático representativo en los Gobiernos Locales, con un especial énfasis en los Entes municipales. Así, el Tribunal Constitucional ha anulado restricciones o limitaciones a la presentación de mociones de censura fuera del marco jurídico determinado en la legislación orgánica estatal (STC 81/2012), ha destronado la especial figura que se había introducido en 2003 de miembros no electos en los órganos ejecutivos colegiados (Juntas de Gobierno Local) en los Municipios de gran población (STC 103/2013); ha reforzado el carácter público de las sesiones de los ejecutivos municipales de régimen común (STC 161/2013); ha esclarecido aspectos referentes al estatuto jurídico del concejal no adscrito, indeterminado por la legislación básica de régimen local (SSTC 9/2012, de 18 de enero, 30/2012, de 1 de marzo, 20/2011, de 14 de marzo y 246/2012, de 20 de diciembre); y ha puesto en jaque al desempeño de cargo de Alcalde a concejales no electos que hayan accedido al cargo por la discutible vía del art. 182.2 de la LOREG (SSTC 125 y 147/2013).

Tal vez este último escenario en que ha tenido que desplegar su doctrina el Tribunal Constitucional, deja constancia de que todavía existen ciertos elementos que tal vez deberían ser depurados para un pleno afianzamiento del principio democrático en los Gobiernos locales. En tanto persista el doble dimensionamiento de cargos públicos municipales, entre electos y no electos, existirá una discordia entre el plus de representatividad para el desempeño de determinados cargos públicos —Alcaldía— (usando la propia terminología empleada por el Tribunal Constitucional) y la igualdad en el ejercicio del cargo entre ambos. Y es que con la nueva doctrina innovadora

excede del ámbito de este amparo y ha sido decidida por Sentencia firme, si bien hay que matizar que tal solución fue introducida por la reforma operada por Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, que reformó el art. 182.2 de la LOREG con una finalidad determinada cual es la de garantizar la continuidad del gobierno municipal hasta el siguiente proceso electoral» (F.J. 7.º STC 125/2013).

establecida, el Tribunal Constitucional cierra la puerta a miembros que no ostenten la condición de Concejales en las Juntas de Gobierno Local, y deja en la Sala de los Pasos Perdidos a los Concejales no electos, que no pueden ser alcaldables.

Del análisis jurídico realizado no solo se han acotado reflexiones válidas en el ejercicio y toma de decisiones de nuestros ejecutivos locales, sino que también existen determinadas tareas que deberán ser acometidas, en seguridad jurídica, por el Legislador. Evidentemente, se ha hecho mención en este estudio a la deficiente técnica legislativa de la Ley Orgánica 3/2011, que da una nueva redacción a la institución de la moción de censura en el art. 197 de la LOREG, mediante la omisión en ley orgánica de la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos al respecto³⁸, sino también, incluso, y como hemos apuntado, a una posible reflexión en torno a la permanencia de la redacción actual del art. 182.2 de la LOREG, en tanto suponga el mantenimiento de la dicotomía mencionada y que provoca altas dosis de artificiosidad, entre cargos públicos municipales electos y no electos, y nos atrevemos a rotular no representativos, porque precisamente supone una quiebra a dicho principio. Téngase presente que el texto constitucional determina que «los concejales serán elegidos por los vecinos mediante sufragio» (art. 140), en la forma que determine la ley, pero la ley no puede determinar lo contrario de la norma constitucional. En palabras de García Roca, «representación política, elección y acceso a órganos del Estado ordenamiento, tanto Administración central como Administraciones territoriales son, en suma, los tres pilares en los que la noción jurisprudencial de cargos públicos representativos se apoya³⁹. En este sentido, difícilmente

³⁸ A la par de la discutible introducción de una mayoría reforzada en la proposición de escrito de moción de censura, que de facto, viene a hacer inoperante la firma de los conocidos como concejales tránsfugas.

³⁹ J. GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos...*, *op. cit.*, p. 42. Por consiguiente, y como expresa dicho autor, para hablar en propiedad de cargos públicos representativos, debe estar presente el carácter político de tal representación, e íntimamente unido a ello, la participación de los ciudadanos por medio de representantes ha de ser a través de su elección.

puede hablarse de cargos públicos representativos, ante la falta del criterio electivo por los vecinos⁴⁰. Son elementos de reflexión, por tanto, que consideramos deben ser tenidos en cuenta.

Sin perjuicio de lo dicho, se da la bienvenida, por tanto, a la nueva luz que arroja el Tribunal Constitucional en la organización y funcionamiento de los Gobiernos Locales, bajo el ropaje del principio democrático, a los que devuelve, en gran parte, su carácter histórico de Corporaciones locales. Como ha dicho Cruz Martínez, «El municipio es uno de los pilares fundamentales del sistema democrático. Por ello, consideramos que por el municipio transitan las voces más particulares de la democracia»⁴¹.

Resumen:

Se analiza en el presente trabajo el reforzamiento del principio democrático en los Gobiernos locales españoles, con especial incidencia en los municipios, a través de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre régimen local de los años 2012 y 2013, en la que se abordan cuestiones novedosas y cruciales en relación al carácter representativo de los Ayuntamientos, como forma de gobierno común de los mismos, tales como los límites a la presentación de mociones de censura establecidos por legislación autonómica, la dicotomía entre concejales electos y no electos, el principio de publicidad de las sesiones de Junta de Gobierno Local para asuntos plenarios, la posibilidad de concejales no alcaldables, y la controvertida figura del concejal no adscrito.

Palabras Clave: Gobiernos locales, Ayuntamiento, Principio democrático, Democracia representativa, Corporaciones locales, Concejal no adscrito, Concejal no electo, Concejal no alcaldable.

Abstract:

This paper analyzes the growing strength of the democratic principle in the local governments in Spain, for all in the so called «municipios», through the Constitutional Court jurisdiction along the year 2012-2013, where the Court decide new and

⁴⁰ Evidentemente, es una muestra más de la invasión de la partidocracia en nuestro sistema democrático, que como acertadamente denominara Torres del Moral, como Estado de Derecho y Democracia de Partidos, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1991.

⁴¹ M. CRUZ MARTÍNEZ, «La voz íntima de la democracia...», *op. cit.*

crucial questions in relation to the representative nature of the «Ayuntamientos». The paper goes through several topics: The political impeachment in the autonomic law, the distinction between elected and non elected representatives, the publicity of the «Junta de Gobierno Local», the existence of representatives than cannot be majors and the so called «representative without a party».

Keywords: *Local governments, «Ayuntamiento», democratic principle, representation, local corporations, non elected representatives, the existence of representatives than cannot be majors and the so called «representative without a party».*

Legislación

CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN *

SUMARIO:

1. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA
2. DIRECTIVA 2013/48/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 22 DE OCTUBRE DE 2013, SOBRE DERECHO A LA ASISTENCIA DE LETRADO EN LOS PROCESOS PENALES Y EN LOS PROCEDIMIENTOS RELATIVOS A LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA, Y SOBRE EL DERECHO A QUE SE INFORME A UN TERCERO EN EL MOMENTO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y A COMUNICARSE CON TERCEROS Y CON LAS AUTORIDADES CONSULARES DURANTE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD
3. REGLAMENTO (UE) NÚM. 1021/2013, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO Y DIRECTIVAS 2001/111/CE, 2001/113/CE Y 2001/114/CE DEL CONSEJO EN LO QUE RESPECTA A LAS COMPETENCIAS QUE SE ATRIBUYEN A LA COMISIÓN
4. REGLAMENTO (UE EURATOM) NÚM. 1023/2013, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 22 DE OCTUBRE DE 2013 POR EL QUE SE MODIFICA EL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL RÉGIMEN APLICABLE A LOS OTROS AGENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

La actividad de la Unión Europea en materia legislativa está orientada este semestre a la materia social y de personal, sobre la que se han producido importantes resoluciones. Además, se ha intentado sin éxito un pronunciamiento del Parlamento Europeo acerca de los derechos sexuales y reproductivos, que pretendía unificar la posición de Europa en un tema que divide profundamente a la sociedad y también a los Estados, el derecho al aborto.

* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

1. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

Con fecha 26 de septiembre, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, remite una Propuesta de Resolución al Parlamento Europeo por la que insta la aprobación del documento sobre la salud sexual y reproductiva y derechos afines, analizando los antecedentes acerca de estos derechos.

Parte de la consideración de que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, y tal caracterización, justificaría a juicio de la Comisión que la Unión Europea fuera competente para imponerse a los Estados en esta materia.

Entiende que los derechos sexuales y reproductivos afectan sobre todo a las mujeres, que sostienen una desigualdad real en los diferentes países como consecuencia de su pertenencia al género.

La desigualdad de género opera en estos derechos en relación con los embarazos no deseados sobre todo en adolescentes, lo que justificaría la exigencia a los Estados de una legislación adecuada en materia de prevención, que evitara la necesidad de recurrir a posteriores abortos.

En relación con el derecho al aborto, considera que además de la ilegalidad en tres países de la Unión, Irlanda, Malta y Polonia, la regulación en los demás adolece de obstáculos acerca de la espera de algunos periodos de espera obligatorios, una consideración abusiva de la objeción de conciencia médica, e incluso la reformulación reciente de algunos países para restringir aún más la legislación.

En relación con la violación, y algunas prácticas aberrantes acerca de la genitalidad de las mujeres, se hace necesaria la formación y educación para la evitación de estas conductas, que solo será posible con una educación sexual integral.

Hace un llamamiento a los Estados para que colaboren con el Instituto Europeo para la Igualdad de Género, para diseñar una política europea de promoción de la salud sexual y reproductiva, dado que las políticas de austeridad están llevando a los estados a la pérdida de la calidad, asequibilidad y accesibilidad a los servicios sanitarios en materia por ejemplo de revisión ginecológica o prevención de enfermedades, como el diagnóstico precoz de mama.

En relación con los embarazos no deseados, algunos estados mantienen todavía posiciones ideológicas en franca contradicción con los derechos sexuales y reproductivos, como por ejemplo la planificación familiar, con acceso a anticonceptivos y servicios seguros de aborto, fomentando aún prácticas abortivas clandestinas o turismo abortivo a países que mantengan una legislación más acorde con la realidad social.

Pide a los Estados que garanticen que no habrá penalidad para las mujeres que aborten, ni para los profesionales sanitarios que las practiquen. Hace un llamamiento a los Gobiernos de los Estados miembros para que se abstengan de procesar a las mujeres a quienes se les haya practicado un aborto ilegal.

Acercas de la educación sexual considera que se tiene que garantizar el acceso universal a una información, educación y servicios derivados de los derechos sexuales y reproductivos, mediante una información que cubra diversos métodos de planificación, asesoramiento familiar, atención cualificada durante el parto, derecho de acceso a la asistencia ginecológica, operaciones de cambio de sexo y orientación sexual libre de prejuicios ideológicos.

Denuncia la posición de desigualdad que se da entre dos clases de mujeres, las que tienen capacidad económica para viajar a países en los que esté permitida la interrupción voluntaria del embarazo, y las que tienen que recurrir a abortos clandestinos poniendo en riesgo su salud y a veces su vida.

En relación con las enfermedades de transmisión sexual, es necesario que los Estados tomen conciencia de la urgencia de tratar estas enfermedades desde una asistencia sanitaria segura y sin prejuicios. El asesoramiento y los análisis voluntarios, deben orientarse desde los poderes públicos, para evitar las enfermedades.

En relación con las personas enfermas debe vigilarse la población de riesgo para evitar el contagio. Personas que ejercen la prostitución, reclusos, emigrantes, usuarios de droga inyectable, deben mantener controles sanitarios y los Estados han de hacer un esfuerzo en ese sentido.

En relación con la violencia relacionada con los derechos sexuales y reproductivos, se debe condenar toda violencia sexual, no solamente el acto de la violación, sino cualquier interdicción de la autodeterminación sexual

y reproductiva, especialmente las mutilaciones genitales, abusos sexuales y cualquier tipo de coacción sexual.

La situación legal respecto del aborto en Europa es la siguiente: hay Estados miembros que permiten legalmente el aborto. De los restantes, hay Estados que permiten una interpretación amplia de los motivos de limitación, y otros que hacen una interpretación restrictiva de los motivos de limitación, y una falta de voluntad general sobre esta asistencia ha derivado en el desconocimiento de la situación real acerca de los abortos legales que se realizan. Y finalmente también hay quien prohíbe el aborto por completo.

La votación que se produce en el Parlamento Europeo en relación con este Informe, lo rechaza al aprobar una propuesta contraria por 334 votos a favor, 327 en contra y 35 abstenciones. La propuesta que prospera es la Resolución que entiende que el aborto y otras políticas de salud, así como los derechos afines a la educación sexual en las escuelas, son competencia de los Estados miembros y no de la Unión Europea.

Del resultado de esta votación, se pueden extraer algunas conclusiones.

La primera sería el alto grado de polarización que sigue teniendo el tema del aborto, cualquiera que sea el nivel de análisis en que se desenvuelva. El aborto sigue siendo un problema, que desde el Derecho se continúa regulando sin atender todavía a factores exclusivamente jurídicos, y se entremezcla con concepciones morales, que lejos de conseguir una regulación definitiva, quedan al albur de situaciones extrajurídicas. La defensa de argumentos éticos en torno a las obligaciones de los estados para legislar en esta materia, dejando al margen a la Unión Europea, es un claro ejemplo de lo que decimos. En realidad lo que se quiere con ese reconocimiento competencial es que no se legisle sobre el aborto. Por otra parte no hay precedente de que se evite una votación en la Unión por causa competencial, en el sentido en que aquí se presentó la Resolución, dado que era un documento genérico, orientador para los Estados miembros, y con recomendaciones como en la generalidad de los casos, por lo que no se puede entender como la Unión Europea no tendría competencias para recomendar por ejemplo la política de prevención del VIH o la educación en materia sexual.

Pero con independencia de esta consecuencia, la que posiblemente tenga mayores consecuencias en este sentido es la de qué Unión Europea se está gestando en la mayoría parlamentaria europea. Y parece claro que hay una orientación conservadora preocupante. No tanto por la posición netamente ideológica, que habría de ser respetada en los términos propios del juego político, cuanto por el liderazgo vanguardista que la Unión ha mantenido en relación con los Estados, y consiguientemente por la influencia que este conservadurismo tenga en el desarrollo de las políticas europeas. Hay que tener en cuenta que durante muchos años, el ordenamiento jurídico español se ha beneficiado de manera importante de las políticas progresistas europeas en materia de género. Conceptos como la discriminación indirecta, la inversión de la carga de la prueba en materia de derechos fundamentales, el principio de «a igual trabajo, igual salario», o las consecuencias perversas de los contratos a tiempo parcial en orden a las cotizaciones a la Seguridad Social, han constituido en nuestro ordenamiento hitos importantes para el desarrollo de muchos derechos laborales y sociales.

Si la situación que plantea este rechazo a la generación de los derechos a la salud sexual y reproductiva, sigue este camino de absurda reivindicación estatal, estaremos en una posición de franco retroceso en la consolidación de una Europa cohesionada, pues son justamente la educación y la sanidad, los elementos configuradores de la cohesión social, y habremos de contemplar una pluralidad de situaciones, como la que ahora se presenta, en las que en cada uno de los países de la Unión se mantengan unos principios, que por contradicción con otros, seguirán causando turismo abortivo y provocando un desequilibrio en el seno de la Unión, completamente contradictorios con las políticas de unificación de los sistemas judiciales, o de las propias materias de enseñanza, evidenciadas en los Erasmus.

En suma, la Unión Europea debería reflexionar sobre su papel de vanguardia de los derechos y sobre la necesidad de orientar a los Estados, como hasta ahora ha venido haciendo, para hacerlos progresar en la propia igualdad de los Estados miembros. De no ser así, si Europa se constituye en una instancia retardataria o sencillamente ignorante de los principales problemas en los que se desenvuelva la realidad social, se habrá desaprovechado una vez más la oportunidad de construcción de la Unión.

2. DIRECTIVA 2013/48/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 22 DE OCTUBRE DE 2013, SOBRE DERECHO A LA ASISTENCIA DE LETRADO EN LOS PROCESOS PENALES Y EN LOS PROCEDIMIENTOS RELATIVOS A LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA, Y SOBRE EL DERECHO A QUE SE INFORME A UN TERCERO EN EL MOMENTO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y A COMUNICARSE CON TERCEROS Y CON LAS AUTORIDADES CONSULARES DURANTE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

El derecho de asistencia letrada al detenido en la Unión Europea trae causa en el art. 47 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, que garantiza el derecho de defensa.

La Unión Europea viene trabajando en el objetivo de unificación de sistemas judiciales y criterios para el reconocimiento de resoluciones judiciales entre los diferentes Estados de la Unión, con la finalidad de racionalizar los efectos que estas resoluciones tengan frente a terceros, en aras del principio de seguridad jurídica.

El art. 82,1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basara en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales. Este reconocimiento tiene muchas ventajas para los Estados en orden a su propia seguridad y la de la ciudadanía, pero exige una progresiva unificación de los mecanismos de defensa de las personas imputadas y de las garantías procesales de estos derechos.

En este sentido, cobra importancia la normativa referente a la asistencia jurídica letrada, porque de la pureza del proceso puede depender la facilidad de ese reconocimiento a otros estados, de las sentencias y demás resoluciones penales. Solo si existen las suficientes garantías, puede llegar a producirse esa progresiva unificación del Derecho penal europeo.

Ya en 2009, el Consejo aprobó una serie de exigencias procesales que eran las siguientes:

Derecho a la traducción e interpretación de las acusaciones.

Derecho a ser informados de los derechos y de las acusaciones concretas.

Derecho a ser informado de las posibilidades de asistencia letrada y defensa gratuita.

Derecho a la comunicación con los familiares.

Derechos de especial protección en personas vulnerables.

Ahora esta Directiva trata de desarrollar la exigencia a los Estados de seguir unos procedimientos en las órdenes de detención europeas, así como la necesidad de que la garantía de la imparcialidad del proceso quede cumplimentada con una exigencia de asistencia letrada y comunicación de la persona detenida.

Se define la persona letrada como aquella que con arreglo al derecho nacional esté cualificada y facultada, mediante su acreditación por órgano autorizado, para prestar asesoramiento y asistencia jurídica a personas sospechosas o acusadas.

El derecho a la asistencia letrada es renunciable, por lo que si la persona, una vez informada de este derecho, decide no ejercerlo, se tiene por cumplimentada la exigencia al Estado de proporcionar esa defensa.

En cuanto al ámbito material del derecho, éste comprende los siguientes aspectos:

A reunirse en privado con el letrado para configurar con él libremente su derecho de defensa.

A que el letrado esté presente y participe activamente en los interrogatorios, tanto de la policía u otras fuerzas y cuerpos de seguridad como de los jueces.

Derecho de asistencia en orden a la práctica u obtención de las pruebas del proceso, incluidas las ruedas de reconocimiento, reconstrucciones de hechos, careos.

A la garantía de confidencialidad entre letrado y persona acusada o sospechosa.

Se justifican algunos casos excepcionales en los que no se exija la presencia letrada como son los de la fase de instrucción en los que exista una necesidad urgente, vital, o de consecuencias adversas para la integridad física de las personas.

Igualmente, en lo que se refiere al derecho de comunicación de persona detenida, se le reconoce el derecho a la comunicación de al menos con una persona de su familia u otra persona de su elección.

La transposición de esta Directiva por los Estados miembros tiene como límite hasta el 27 de noviembre de 2016.

3. REGLAMENTO (UE) NÚM. 1021/2013, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO Y DIRECTIVAS 2001/111/CE, 2001/113/CE Y 2001/114/CE DEL CONSEJO EN LO QUE RESPECTA A LAS COMPETENCIAS QUE SE ATRIBUYEN A LA COMISIÓN

Se trata en este caso de una normativa interna de modificación de competencias, cuyo interés estriba en el aumento de competencias de la Comisión respecto de la normativa anterior en orden a poder ejecutar decisiones que afecten a la legislación alimentaria.

El Parlamento delega poderes a la Comisión, sin bien podrán ser revocados en un periodo de cinco años que tendrá una prórroga tácita, salvo que el Parlamento los revoque en un plazo de tres meses anteriores a ese vencimiento.

En otros casos, como los previstos en el art. 4 de la Directiva 2001/111/CE, la revocación la podrá efectuar el Parlamento en cualquier momento.

4. REGLAMENTO (UE EURATOM) NÚM. 1023/2013, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 22 DE OCTUBRE DE 2013 POR EL QUE SE MODIFICA EL ESTAUTO DE LOS FUNCIONARIOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL REGIMEN APLICABLE A LOS OTROS AGENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

Se trata de una reforma que afecta a las más de 50 instituciones y agencias con las que cuenta la Unión Europea que procura adaptarse a la nueva situación económica de Europa, sin que sufra merma la exigencia de calidad en la prestación de los servicios.

En sus conclusiones de 8 de febrero de 2013, sobre el marco financiero plurianual, el Consejo europeo señaló que la necesidad de sanear la hacienda pública a corto, medio y largo plazo exige que todas las Administraciones colaboren en ese saneamiento.

A tal fin en 2011 se propuso la modificación del Estatuto de los Funcionarios de la Administración Europea para garantizar una relación coste-eficacia, y adaptarse al nuevo contexto económico.

Los criterios en los que se debe basar la prestación de los servicios serían para este Reglamento: la excelencia, la lealtad, la competencia, la independencia, la imparcialidad y la estabilidad.

Se establece un periodo de prueba para el acceso a esta función pública de 9 meses, pasados los cuales se debe elaborar un informe por parte de la autoridad de la que dependa el trabajo de esa persona aspirante, con detalle de la conducta y el cumplimiento de sus obligaciones. En caso de ineptitud manifiesta se debe hacer constar periódicamente en varios informes esta situación.

En concordancia con los sistemas de pensiones europeos, se propone igualmente un aumento de la edad de jubilación a los 67 años, e incluso permitiendo en ciertas circunstancias la jubilación a los setenta.

En cuanto a las medidas de promoción profesional de puestos, se limitan exigiendo una permanencia de al menos dos años antes de cambiar de categoría.

Los horarios de trabajo, se deben adecuar igualmente a los de los funcionarios de los Estados para que se optimice la prestación de los servicios, haciéndolos coincidir, e igualmente deben adecuarse a las exigencias de la conciliación de la vida familiar y personal, por lo que debe facilitarse la flexibilidad horaria.

Se pretende igualmente modular el efecto de ciertas medidas de carácter social como las licencias o gastos por mudanzas, o el tratamiento de las personas discapacitadas.

En relación con el deber de sigilo profesional se exige un periodo de carencia de dos años a partir de la fecha de cese en sus funciones. Si sus nuevas funciones guardaran relación con el trabajo realizado por el interesado en los últimos tres años al servicio de la Unión Europea, y tal circunstancia pudiera colisionar con los intereses de la Unión, la autoridad facultada para proceder a los nombramientos podrá, atendiendo al interés del servicio, bien prohibirle su ejercicio, o bien supeditarlo a las exigencias que considere compatibles con estos intereses.

En algunas situaciones concretas que se detallan en el art. 19 del Reglamento, estará prohibido para estos funcionarios revelar los secretos pro-

fesionales incluso ante un juzgado o tribunal, sin la autorización de la autoridad facultada para proceder a sus nombramientos.

Otra parte importante de las modificaciones normativas del Reglamento hace referencia a las reformas que la propia Unión Europea ha mantenido en materia laboral acerca de las excedencias y licencias por adopción o nacimiento. En estos casos se homologan los derechos respecto de las Directivas que se han aprobado en relación con las legislaciones estatales. Sí se prevé una jornada laboral de entre 40 y 42 horas semanales, con autorizaciones automáticas a padres que tengan que ocuparse de un hijo menor de nueve años, entre nueve años y doce, con una reducción laboral de un 20 por ciento, situaciones especiales en casos de familias monoparentales, y en casos de cargas familiares de personas dependientes, como padres, cónyuges, descendientes o hermanos gravemente discapacitados.

Se trae aquí un concepto nuevo al objeto de modular las reducciones salariales que es el de «exacción de solidaridad», y que consiste en la reducción de un porcentaje del salario de un 6 a un 7 por ciento, dependiendo del grado y escala del funcionario.

No obstante, se prevé en el art. 65 una actualización anual de los salarios en función de la política económica y social de la Unión.

En cuanto al régimen de descansos y demás derechos sociales, se prevé un cuadro muy parecido a las legislaciones estatales. Licencias por matrimonio, mudanzas, enfermedad grave de un cónyuge o fallecimiento, asignaciones por hijos en edad escolar, dietas, gastos de viaje, y otros.

Resumen:

Este trabajo presenta la legislación más importante del segundo semestre de 2013. Se ocupa de medidas que han afectado a la salud sexual, derechos fundamentales en materia de justicia penal y el estatuto de los funcionarios públicos de la Unión.

Palabras Clave: *Legislación, directivas, salud sexual, derechos fundamentales en justicia penal, funcionarios públicos.*

Abstract:

This paper shows the most important legislation of the second semester of 2013. It covers the measures related to sexual health, penal justice rights and the statute of public servants in the Union.

Keywords: *Legislation, directives, sexual health, penal justice rights, public servants.*

Foro

LA CRISIS ECONÓMICA Y LA DIRECCIÓN POLÍTICA: REFLEXIONES SOBRE LOS CONCEPTOS DE NECESIDAD Y DE ELECCIÓN EN LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ *

SUMARIO:

1. EL PENSAMIENTO BINARIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL
2. ELECCIÓN Y NECESIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL
3. ELECCIÓN Y NECESIDAD EN EL GOBIERNO DE LA CRISIS ECONÓMICA
4. CONCLUSIONES

La UE está hoy sumida en un estado de gran incertidumbre. La crisis económica que ha golpeado duramente las economías más desarrolladas ha demostrado tener mayor capacidad de demolición allí donde las estructuras políticas son más débiles o menos identificables. La crisis, en definitiva, ha atacado más a los más vulnerables. Más a la UE que a los EEUU y dentro de la UE, más a los Estados del Sur e Irlanda que a los del norte.

Los estados de crisis generan confusión y ésta es la realidad hoy de la UE. Una estructura jurídica sin identidad política que aspira a gobernar gigantes que creemos que son molinos.

La clarificación conceptual es algo fundamental porque el discurso no está al margen del poder. Esto es, la repetición de fórmulas retóricas, de expresiones que tras ser reiteradas toman el adjetivo de «dadas o acabadas»,

* Profesor Titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada.

consiguen muy a menudo que los intérpretes de esa realidad tengan que aceptarlas como parte del discurso so pena de ser considerados outsiders, utópicos o antisistema.

El ejercicio que se va a intentar aquí es de este género. Supone trabajar sobre el lugar que ocupan en la teoría constitucional los conceptos de necesidad y elección. En segundo término, procederé a analizar cómo, desde que la crisis comenzó, el discurso mayoritario, tanto el de las instituciones como el de sus amplificadores, se ha decantado evidentemente por el de necesidad, soslayando hasta límites difícilmente soportables las exigencias de la democracia. Seguidamente, pondré una serie de ejemplos que permiten comprobar lo anteriormente resaltado para terminar con unas observaciones conclusivas.

1. EL PENSAMIENTO BINARIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

El origen más inmediato de este trabajo se encuentra en la convicción, siempre asumida pero desde que comenzó la crisis aun con mayor intensidad, de que el Derecho constitucional, de que el constitucionalismo democrático en general, tiene en su base el conflicto político; es más: que se sitúa frente a los conflictos definitorios y que, por ello, sus categorías explicativas se ha expresado básicamente en términos dicotómicos o binarios.

Podríamos hablar así de la esencialidad del pensamiento dicotómico en el Derecho constitucional desde su origen, desde que comienza a erigirse en el Derecho de la libertad y del control del poder. Efectivamente, tanto en su versión anglosajona como en la continental hay dualidades que van marcando su desarrollo. Así y sin pretender agotarlas: «Pasión-Interés»; «Poder-Control»; «Soberanía-Límite»; «Rey-Parlamento»; «Voluntad-Razón»; «Normalidad-Excepción»; «Democracia-Dictadura»; «Mayoría-Minoría»; «Ciudadano-Súbdito»; «Constitución formal-Constitución material»; «Unidad-Pluralismo»; «Estado liberal-Estado social»; «Elección-Necesidad» constituyen, entre otras, el prisma fundamental de comprensión del Derecho constitucional cualquiera que sea su objeto específico de estudio (el Estado-Nación, los entes subestatales o la UE).

Pero no es sólo que estas dualidades constituyan parte, al menos, de su esencia. Es que el concepto de Derecho constitucional no puede desentenderse de este pensamiento dicotómico porque lo que está detrás del mismo es la definición del amigo-enemigo. No existe una neutralidad o equidistancia ideológica absoluta en el constitucionalismo, como a veces se quiere hacer creer. Los intentos de «complejizar» el pensamiento, de matizarlo, privando a las dicotomías elementales de su capacidad explicativa son en buena parte intentos teóricos de que el término del que el constitucionalismo abomina (ya sea el poder sin control, el de la preferencia de la lógica económica sobre la de los derechos, o de la decisión sobre la razón, entre otros) vuelva por la puerta de atrás a tener un papel. El constitucionalismo, lo que reconocemos como constitucionalismo desde el final de la Segunda Guerra Mundial en Europa, es el constitucionalismo de la libertad, del Estado social, el que remueve los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran real reales y efectivas, el de la dignidad humana y los derechos. Nada impide que se cuestione (y que se planteen otros desarrollos del mismo) pero si se hace, la democracia obliga que sean los ciudadanos los que decidan en un marco deliberativo no sesgado.

2. ELECCIÓN Y NECESIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

No hay más Derecho constitucional que el Derecho constitucional democrático. Aquel derecho que se ocupe del origen y de la conformación de un poder no democrático podrá ser abordado dogmáticamente por un Derecho político pero no por un Derecho constitucional. El objeto del Derecho constitucional es la Constitución (cualquiera que sea) y no hay más Constitución que la Constitución democrática. El constitucionalismo, por tanto, no puede reducirse a la idea de control, de límite, de Estado de Derecho, de responsabilidad.

La democracia supone que el Pueblo, titular de la soberanía, determina libremente (la ilimitación jurídica del poder constituyente), con el sólo límite del respeto a los derechos fundamentales, las reglas mínimas de convivencia social al dotarse de una Constitución (escrita o no, se llame como

tal o no). En esta Constitución se establecen los órganos que emanan del Pueblo (directa o indirectamente) y se les reconocen potestades de actuación para que el futuro se corresponda con la voluntad mayoritaria expresada en las elecciones. Las elecciones son el inicio y el fin de la relación representativa que se traba entre las instituciones políticas y los titulares de la soberanía. La democracia es así voluntad popular expresada directamente (a través del referéndum) o a través de sus representantes (elecciones). La democracia consiste en que la decisión puede ser ésta o aquella en función de lo que resulte de la aplicación de la regla de las mayorías.

Así pues, los términos esenciales en las democracias son voluntad popular y elección. En definitiva, el rechazo a que haya una única forma de articular la convivencia social, el rechazo tajante a que no haya alternativa política o económica. El concepto de necesidad es claramente vicario y queda supeditado al sometimiento a las decisiones que previamente han sido asumidas (es así un autosometimiento) o a los estados excepcionales. Una democracia sólo puede presentarse como tal cuando la elección constituye el concepto básico desde el que articular el sistema jurídico-político. La elección es, para comenzar el presupuesto de la autonomía de la política y del derecho respecto de la economía; la elección es el fundamento de la teoría del poder constituyente; la elección es, desde luego, la clave de la forma de gobierno (y del funcionamiento de sus órganos, especialmente el Parlamento y sus reglas consustanciales: debate y publicidad; de la posibilidad de exigencia de responsabilidad política); y la elección está detrás del sistema de fuentes del derecho (la regla de la mayoría, el concepto restrictivo del Decreto-ley en España e Italia; la ley de presupuestos no aprobada formalmente por técnicos, sino por los parlamentarios que representan a los ciudadanos). Por el contrario, cuando no cabe alternativa sin que la elección previa la haya cerrado, cuando se sujeta al Pueblo a una constitución que no ha podido elegir y que no ha podido hacer suya; cuando los ciudadanos quedan sometidos a un presupuesto sobre el que sus representantes no han deliberado en libertad, o a un gobierno al que no cabe exigir responsabilidad política porque el presupuesto de la misma es la capacidad de actuar, estamos atentando gravemente contra el concepto de democracia.

Es importante señalar que estas observaciones no son construcciones teóricas sin refrendo normativo. Por el contrario, todos los textos constitu-

cionales de los Estados de la UE parten de estos presupuestos de modo que cuando no se observan, quiebra el primero de los elementos de un sistema constitucional: la existencia de una Constitución normativa y por tanto quiebran las características estructurales de los sistemas normativos: la unidad, la coherencia y la plenitud.

La democracia es, pues, la posibilidad, la sociedad abierta. Y si la sociedad es abierta, el modelo económico también. Esto es, no hay razón alguna para sustraer los mecanismos de producción y distribución de bienes de la voluntad popular. Ciertamente la relación entre Derecho y Economía no puede ser simplificada. Pero en cualquier caso, hay que recordar que una de las ideas claves del pensamiento constitucional europeo tras la 2.^a Guerra Mundial era que las Constituciones suponían la victoria del pensamiento de la posibilidad, lo que implicaba que en las Constituciones no se consagraba un modelo económico concreto. Los ciudadanos decidían como se actualizaba el Estado social en cada legislatura.

3. ELECCIÓN Y NECESIDAD EN EL GOBIERNO DE LA CRISIS ECONÓMICA

Teniendo en cuenta las consideraciones actuales, procede ahora examinar a su luz el gobierno de la crisis económica que desde la caída de Lehman Brothers ha asolado a la UE y, ciertamente, no es muy aventurado mantener que el principio jurídico-político básico que se ha erigido como claramente imperante ha sido el de necesidad.

Desde luego, hay un conjunto de factores propicios para que esto haya sido así, para que examinado retrospectivamente todo responda a una lógica interna y sea perfectamente explicable. Estos factores tienen que ver con la forma histórica de construcción de la Unión y con la posición de extrema debilidad en la que se encuentra en la actualidad. Por lo que se refiere a la primera cuestión, es importante considerar al menos los siguientes aspectos. En primer término, hay que reparar en la forma en la que la UE, prácticamente desde sus inicios ha intentado escapar del conflicto político autoerigiéndose como una organización cuyas decisiones estaban basadas en criterios exclusivamente racionales (el predominio del TJUE). Esto es

explicable porque sólo así, desustanciándola de política, podía llevar a cabo las transformaciones tan radicales que ha conseguido. Sólo huyendo de la política es posible arrebatar soberanía a los Estados. Sólo sin política se podía conseguir que Alemania y Francia admitieran la primacía de las normas de un ordenamiento ajeno. Ésta ha sido una de sus estrategias fundamentales. Por eso se huyó de establecer una nomenclatura que pudiera recordar al juego de poderes interno. Toda una estrategia para disolver el conflicto interterritorial sin que aflorara el pluralismo ideológico. La política al servicio de la técnica. La necesidad sobre la elección. No más responsabilidad que la jurídica. En segundo lugar, y en un sentido relacionado con lo anterior, también es relevante la forma en la que la UE y la mayoría de los juristas que se le han acercado dogmáticamente han abandonado ciertas categorías, como Pueblo o soberanía, que en el fondo descansaban en las consecuencias radicales del concepto de legitimidad. Y en último término, pero no menos importante, la prioridad temporal y conceptual atribuida a las libertades económicas (las cuatro libertades) sobre el espacio político. La convicción de que el funcionamiento correcto del mercado interior y una moneda única obrarán el milagro de una integración política europea «en su justo término».

Y aquí entramos en el segundo de los aspectos a considerar. La UE ha hecho evidente que carece de mecanismos para poder responder a las crisis del capitalismo financiero. La UE se ha visto sometida a una crisis económica sin espacio público europeo, sin Pueblo europeo, sin política europea, sin responsabilidad política europea, sin real democracia europea. Todos estos conceptos, qué duda cabe, estaban en formación, en el camino, pero el camino se ha visto seriamente truncado por la enormidad de la crisis. Si todas las crisis económicas tienen repercusiones, sin duda, en las estructuras constitucionales subyacentes (en ocasiones generando consecuencias sumamente productivas. Piénsese en el crack del 29 y el New Deal) las repercusiones son potencialmente devastadoras cuando el modelo constitucional subyacente es tan inmaduro y endeble como el de la UE. Así concurren en el nuevo juego el resurgimiento de los intereses nacionales en el marco de una crisis económica severísima que solo se afronta desde la economía, con la doble y en ocasiones contradictoria pretensión de garantizar los intereses de los acreedores financieros y hacer lo necesario para subsistir

como modelo económico viable. Nada que no se supedita a esos objetivos tiene cabida. Los Estados son partes de un entramado económico y solo los criterios de racionalidad económica (de una racionalidad económica determinada) pueden seguirse. Los términos son prácticamente apocalípticos: se trata de salvar a la UE, al euro. De esta manera, la lucha por la salvación del euro puede acabar en una victoria pírrica.

De esta forma, cabe ver que la economía se convierte en el paradigma explicativo dominante siendo el derecho, el que en principio determina la relación entre economía y sociedad, un subproducto. El derecho se reduce a su aspecto meramente instrumental, un instrumento además fungible (en el sentido de que muchos de los objetivos se consiguen al margen del mismo o a través de otros instrumentos, sean cartas o meras expresiones en ruedas de prensa) y difícilmente previsible. Las reglas son las de la economía, las de la ortodoxia económica preconizada por el FMI y el BCE, desconociendo que, en puridad, la única política económica necesaria es aquella que persiga librar a la persona de la precariedad, de la necesidad. Que no es posible admitir una política económica que no tenga como fin inmediato el pleno empleo. En cambio, el discurso que desde el principio guía la acción de los poderes de la UE en el «no gobierno» de la crisis es el que se condensa en el acrónimo, TINA, «there is no alternative», la embestida con la que la combinación de ortodoxia económica y necesidad busca que la democracia no se convierta en un obstáculo; el retorno de la vieja idea antidemocrática de que el pluralismo es negativo. Y así la elección sigue batiéndose en retirada, arrinconada por quienes consideran que la voluntad de los ciudadanos no tiene nada que decir frente a la inexorabilidad de las medidas que hay que tomar. Son los expertos los llamados, los expertos que se reúnen a puerta cerrada y hasta altas horas de la madrugada en los despachos. Esto es ciencia (y en la ciencia cabe la causalidad y eventualmente la casualidad pero nunca la voluntad). Todas las iniciativas destacan este aspecto y a sumarse a él llaman a los Estados miembros.

Así pues, hay que hacer lo necesario para salvar al Euro (la frase de Draghi) Pero, ¿qué es lo necesario? La respuesta que dan las instituciones cierra el círculo. La austeridad. Por ello, cuando a partir de este momento se hable de las medidas necesarias será siempre para aludir eufemísticamente a la austeridad. Cualquier otra alternativa, incluso, cuando es apo-

yada por la solvencia de economistas como Krugman y Stiglitz queda inmediatamente desacreditada.

No es éste el momento de seguir íntegramente la secuencia, por lo demás bien conocida. Baste destacar sólo algunos aspectos para certificar la conclusión (que creo que nadie puede dejar de compartir) de que la gestión de la crisis se ha llevado a cabo a través de instrumentos completamente atípicos que han desfigurado tanto la estructura normativa como la orgánica de la propia Unión y de los Estados Miembros. En particular, por lo que se refiere a la UE creo que los siguientes aspectos suponen ejemplos adecuados: la propia estructura normativa del Tratado de Lisboa ha resultado ser inservible. Los mismos mecanismos para adecuarla a las nuevas necesidades surgidas, sobre todo durante la crisis de la deuda de 2010, son el reconocimiento perfecto de que se renuncia a que el ejercicio de potestades públicas por parte de instituciones representativas tenga capacidad para salvar al Euro. Creo que nada mejor que el MEDE representa lo que estamos relatando. Todo el debate jurídico se centra finalmente en el dinero. Sobre el dinero hablan las comunidades políticas nacionales y sus Tribunales, y cuando se consigue que los Estados que más aportan para los fondos de rescate (como Alemania) apoyen las medidas, el argumento que más se convoca no es, desde luego, la solidaridad en el seno de una comunidad (un argumento político), sino la fuerza de la necesidad y el egoísmo. En lo que se refiere al entramado orgánico la crisis ha llevado al predominio de la Comisión y sobre todo a la definición del BCE como pieza clave cuyas manifestaciones son esperadas por los actores políticos y los mercados como si fuera el Oráculo. Ni que decir tiene estos órganos carecen de la legitimidad que una democracia exige. En particular, el último es completamente ajeno a la institución de la responsabilidad política.

Por otro lado, y en particular, la irrupción de la necesidad en el ámbito de los Estados miembros ha sido todavía más disruptiva, si bien hay que distinguir claramente entre aquellos Estados Miembros golpeados de aquellos que han resultado incluso beneficiados. Decimos que ha sido más disruptiva porque siempre hemos tenido presente la particular filiación económica de la UE y sus particulares carencias en el ámbito político (el famoso déficit democrático). Pero los Estados seguían siendo considerados el ámbito político por excelencia, el último bastión del pluralismo, de la di-

sensión y de las posibilidades de hacerla valer. Y cuando elementos constitucionales de su identidad constitucional saltan por los aires porque no cabe otra alternativa, la crisis además de económica pasa a ser política, constitucional, y hasta moral.

Veamos: la primera de las circunstancias que hacen evidente que no hay una pluralidad de alternativas es la forma en la que se decide que se ha de incluir el principio de estabilidad presupuestaria en los ordenamientos de los Estados Miembros. Una carta de recomendación del Presidente del Banco Central Europeo dirigida a los Gobiernos (carta que en España conocemos porque se hizo pública en Italia —y recientemente la he hecho pública el Presidente de entonces Rodríguez Zapatero) en el verano de 2011 consigue que en España se produzca la reforma del art. 135, la segunda reforma de la Constitución de su historia (indiscutiblemente la más importante). Dos semanas de agosto, con el Gobierno (socialista) atenazado, con el Parlamento atenazado, con el Tribunal Constitucional atenazado (¿es posible imaginar que fuera posible ni siquiera admitir a trámite el recurso de amparo planteado por algunos diputados?), sin intervención de los ciudadanos, han bastado para modificar nuestro marco jurídico esencial de convivencia, nuestro Contrato Social, nuestro proyecto de autodefinition colectiva. Ese es el sacrificio que ofrecemos para calmar a los mercados (fortalecer la confianza se dice en la Exposición de Motivos de la Reforma), porque es la única salida. Porque es necesario (aunque la propia Constitución destaque que en situaciones de necesidad declarada no es posible proceder a su reforma). Probablemente éste sea el mejor ejemplo de cuanto se viene manteniendo en este texto. Cuando se asume que las Constituciones se pueden modificar a través de un procedimiento que rivaliza en celeridad con el que la Norma fundamental establece para los decretos-leyes estamos ante la vuelta de la doctrina de la Razón de Estado. En otras palabras, asistimos a la huida de las grandes decisiones del mundo del derecho y a la crisis de la propia idea que la Constitución ha venido representando durante decenios. ¿Qué queda del poder constituyente? ¿Qué de la legitimación de la Constitución? ¿Qué se les dice a los ciudadanos?

Pero no menos importante ha sido el modo en que la combinación entre necesidad, economía y rechazo de la política se ha manifestado en el ámbito de la forma de gobierno y en el proceso de elección de los titulares

de las instituciones representativas. Podemos señalar en este sentido en primer lugar cómo los procesos electorales desde la crisis de la deuda soberana en los países rescatados o en riesgo de serlo se han visto inequívocamente marcados por este hecho, hasta el punto de que se ha hecho evidente a los ciudadanos que su intervención, si bien sigue admitiéndose como necesaria, no es definitiva de una dirección política que no admite margen. Hay que recordar en este sentido las manifestaciones reveladoras del Presidente del Eurogrupo Jean Claude Juncker antes de las elecciones legislativas portuguesas de junio de 2011: «Gobierne quien gobierne, Portugal tendrá que hacer los recortes previstos». Difícilmente se puede despreciar más a la democracia en tan pocas palabras. En segundo término, tenemos que reparar en cómo la crisis y su gestión ha llevado en diversos países europeos a cambios de gobierno y, en especial, al resurgimiento de la tecnocracia como modelo. La democracia implica elección y la tecnocracia supone que hay unos técnicos que dominan las claves de funcionamiento de un mecanismo y por tanto que no hay más opción para corregir sus desviaciones que las que la ciencia con su asepsia proclama. Durante años esta polémica había dejado de ser tal porque la mera reclamación de un gobierno tecnocrático arrojaba sobre el que la expedía el descrédito merecido de quien se atreve a cuestionar la capacidad de los ciudadanos para señalar su futuro (reclamar un gobierno tecnocrático fue, en un momento, como reclamar el sufragio censitario). Sin embargo, la crisis en la que actualmente vivimos ha provocado sin arbo la reclamación de gobiernos tecnocráticos. Asumido que los Estados son empresas, que sus cuentas tienen que estar saneadas y que la ciencia contable es la que se ocupa de esta labor se ha visto natural cerrando el círculo proponiendo contables como regidores. Y una vez creado el caldo de cultivo intelectual, los contables se han hecho necesarios, han sido reclamados por Europa. El estudio del caso italiano resulta aquí paradigmático y ejemplifica una perversa dinámica: Europa nos dice lo que tenemos que hacer y coloca a un operario y como, pese a todo, las elecciones se siguen celebrando (y la opinión pública que les sirve de base sigue siendo nacional) los ciudadanos rechazan al tecnócrata y vuelven por sus fueros. Las circunstancias en las que se han verificado las últimas elecciones italianas han puesto, qué duda cabe, sobre aviso a las instituciones europeas sobre los pretendidos milagros de la tecnocracia. El tecnócrata per-

dió estrepitosamente, irrumpió una fuerza política difícilmente clasificable (y por ello difícilmente previsible) y Berlusconi mantuvo un importantísimo apoyo electoral, convirtiéndose de nuevo en clave para la gobernabilidad del país. Afortunadamente el «político» Letta ha conseguido, aparentemente, lo que el «técnico» Monti no pudo: acabar políticamente con Berlusconi.

También son, desde luego, muy relevantes para comprobar que cualquier concesión a la elección es considerada como un riesgo a evitar a toda costa, las reticencias a la participación ciudadana. Ya he señalado como los procesos electorales se han visto afectados. Pero todavía se ve con más claridad el miedo a la voluntad de los ciudadanos cuando se observan las reacciones que provocan el anuncio de la convocatoria de un referéndum en los países rescatados. Ante el mero anuncio de celebrarlo en Grecia, el principal diario progresista español llamó incendiario al Primer ministro Papandreu. Cuándo llamar a la participación directa de los ciudadanos es incendiar es que se ha asumido que la democracia no es apta como principio de gobierno.

También afectan claramente a las señas de identidad de la forma de gobierno de los Estados miembros (hasta el punto de quedar claramente deformadas) ciertas actuaciones como la comparecencia del Presidente del BCE, Mario Draghi, ante el Parlamento español el 12 de febrero de 2013, que sólo fue aceptada una vez que desde el BCE se obtuvieron garantías de que iba a ser en secreto. El principio de publicidad parlamentaria, consustancial a la democracia, pasa a ser una nueva víctima del Estado de necesidad no declarado y de la Razón de Estado como principio operativo.

Todo esto hace evidente una vez más que quienes nos gobiernan nominalmente no son quienes de verdad toman las decisiones y que por tanto quiebra uno de los elementos fundamentales del constitucionalismo, que es el del control del poder y la exigencia de responsabilidad jurídica y política. Este es un aspecto hasta ahora inexplorado en este trabajo: la decisión necesaria priva de todo su contenido a la responsabilidad porque quien no gobierna o quien sólo tiene una opción no puede ser sometido a juicio ni jurídica ni políticamente por las consecuencias que ésta desencadene. El poder bajo la necesidad se presenta como un «no poder» y desde este punto de vista es incontrolable.

Así las cosas, cuando la democracia aparece claramente desfigurada y sin horizonte, ni en lo que se refiere a la designación de los titulares de las

instituciones representativas ni en lo relativo a lo que estos pueden llevar a cabo, cuando se reduce lo posible a lo necesario, no debe extrañar que surjan movimientos ciudadanos de diverso signo que contesten radicalmente este estado de cosas. De esta forma, hemos asistido al surgimiento de partidos populistas y antisistema que son así una de las consecuencias de la reducción de la política a la necesidad. Representan la vuelta a la nuda decisión.

Una vez comprobados algunos de los efectos de la hipóstasis del concepto de necesidad en la forma de gobierno de los Estados miembros, los efectos que han provocado que, sin duda, pueda hablarse de una crisis constitucional interna, al menos en los Estados sometidos a la crisis de la deuda soberana (un aspecto destacable puede ser ver como, por el contrario, Estados como Alemania han aprovechado la oportunidad para fortalecer sus señas de identidad constitucionales más arraigadas y en particular, el control del Parlamento Alemán sobre el presupuesto y la capacidad del TCA para interpretar el entero marco constitucional), puede ser interesante reparar también en un efecto reflejo: el que tiene sobre los sistemas de fuentes internos, centrándonos ahora en el caso español. Desde luego ya hemos advertido como ha resultado afectada la norma suprema del ordenamiento jurídico español, la CE, a consecuencia de una voluntad informalmente expresada. Pero no terminan, desde luego, aquí las manifestaciones de la necesidad. Puede verse así cómo la fuente que ha servido para que el Estado satisfaga las exigencias de la UE y la troika ha sido fundamentalmente aquella fuente que el ordenamiento jurídico español reserva para las situaciones de «extraordinaria y urgente necesidad»: el Decreto-ley, caracterizado por la menor legitimidad desde el punto de vista democrático (por comparación con la ley). Si nos atenemos al año 2012 podemos comprobar cómo se dictaron 29 Decretos-leyes. De igual manera se han visto sustancialmente modificadas en su posición y régimen jurídico las leyes de presupuestos, además de las propias exigencias a las que la CE sometía las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en los Tratados Internacionales (por el hecho de que el MoU, y las reformas estructurales en él asumidas, no hayan requerido siquiera intervención parlamentaria).

Seguidamente, con una importancia definitoria, a las correcciones sufridas por las formas de gobierno y los sistemas normativos de los Estados miembros a resultas de la aplicación estricta de la doctrina de la necesidad,

hay que sumar las consecuencias negativas en lo que se refiere a los derechos sociales constitucionalmente garantizados. La limitación constitucional del déficit y la garantía absoluta del pago de la deuda ha hecho retroceder la garantía de los derechos que necesitan una aportación económica. Para salir de la crisis se necesita austeridad en las arcas públicas (arcas públicas que han sido desvalijadas para poder rescatar a los bancos) y sólo el dinero público garantiza la sanidad y la educación públicas y la asistencia a los más desfavorecidos. La crisis es en este punto la del Estado social, la del modelo social europeo.

Y en último lugar, también se ha proyectado el mantra de la necesidad sobre la estructura territorial interna. En Estados profundamente descentralizados como España la dimensión teológica adquirida por el principio de austeridad está llevando a una reducción evidente de la autonomía financiera (y política) de las Comunidades Autónomas y a que se hayan reabierto querrelas territoriales para conseguir los sistemas de financiación más favorables. La necesaria austeridad es la coartada perfecta para unos intentos de recentralización que a su vez dan alas a la ruptura del consenso territorial alcanzado en la CE y a las reclamaciones de independencia política de, por el momento, la Comunidad Autónoma de Cataluña.

4. CONCLUSIONES

La deliberación y la elección son la esencia de la democracia. Suponen la determinación libre del futuro llevada a cabo por sujetos responsables tomados de uno en uno (el voto igual) y expresada fundamentalmente en elecciones periódicas. Lo posible remite a la omnipotencia de la ley, a la voluntad general que se remonta a la Ilustración, al pensamiento de la posibilidad. Lo imposible en el derecho sólo puede determinarse por el derecho superior y por las leyes de la ciencia. La necesidad es un concepto en el que no hay elección o en el que la elección es sólo instrumental y encaminada a la consecución de lo que se estima como necesario. Es un término propio de la ciencia, de las relaciones causales, y también de las relaciones políticas (bajo la forma de la doctrina de la Razón de Estado) pero que tiene un difícil encaje con la democracia.

Afrontar la crisis económica que afecta a la UE hipertrofiando el concepto de necesidad y desvalorizando el de elección conduce a que la crisis alcance una dimensión política en el proyecto europeo desconocida hasta ahora. En este sentido, si no se recuperan los conceptos de política, legitimidad, soberanía popular, en definitiva, de democracia y elección, de modo que surja un auténtico gobierno europeo sometido a la responsabilidad política de los titulares de la soberanía, difícilmente superaremos la crisis político-constitucional y moral (porque la democracia es un proyecto individual y colectivo de emancipación) que asola a la UE y a los Estados-Miembros.

Sin embargo, no es esperable que esta recuperación tenga lugar espontáneamente o porque las instituciones asuman como contundente intelectualmente este conjunto de argumentos. La verdad también estaba al lado de Martin Luther King y se necesitó que la calle reclamara el ejercicio del poder que las normas le habían atribuido. Aquí también la calle, la opinión pública, los movimientos ciudadanos, los Tribunales, quedan cómo última esperanza de la democracia como elección.

Resumen:

Este trabajo comienza presentando la estructura conceptual binaria que a menudo presenta la teoría constitucional. A partir de aquí se centra en reflexionar sobre dos conceptos, el de elección y el de necesidad. El primero lo sitúa como uno de los elementos necesarios para el funcionamiento democrático del Estado. El segundo destaca actualmente en las soluciones arbitradas frente a la crisis económica y amenaza con socavar la efectividad del principio democrático.

Palabras Clave: *Derecho constitucional, democracia, elección, necesidad, crisis económica.*

Abstract:

This paper begins with a general exposition of the binary structure in constitutional theory. From this point of view, the author goes through two main concepts, election and necessity. The first one is at the core of the democratic functioning of the State. The second builds the theoretical answers to the economic crisis and it has the risk of undermining the democratic principle.

Keywords: *Constitutional law, democracy, election, necessity, economic crisis.*

Noticias de libros

**NOTICIA DEL LIBRO: SCRITTI IN ONORE DI ALESSANDRO PACE,
EDITORIALE SCIENTIFICA, 2012***

PALOMA BIGLINO CAMPOS**

No sé si soy una de las personas más indicadas para presentar «gli Scritti in onore di Alessandro Pace». Cuando surgió la iniciativa de redactarlos, el comité promotor me honró solicitándome una colaboración, por lo que formo parte de quienes colaboramos en los mismos. Pero hablar de las cualidades del libro no significa, obligatoriamente, hablar bien de uno mismo.

Como todo libro homenaje, la publicación es un libro colectivo. Es, además, un libro vastísimo, no sólo por su extensión, de tres volúmenes y casi tres mil páginas, sino también por su contenido. Así, cubre prácticamente todos los aspectos del Derecho Constitucional italiano. Pero hay, además, muchas colaboraciones de Derecho constitucional general, comparado y comunitario. En su elaboración han intervenido, sin duda, los autores más destacados del Derecho Público italiano y significados autores de otros países europeos, de los que me excluyo porque no puedo colocarme al mismo nivel que Peter Häberle. Entre tanto mucho y bueno, mi voz pasa casi desapercibida.

* Este texto recoge la presentación realizada por la autora en la Universidad de Granada el 15 de marzo de 2013.

** Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid.

Mi presencia en este acto se debe a la generosidad de Francisco Balaguer. Pero quizá también al hecho de que, en este caso gracias a la generosidad del profesor Pace, estuviera presente en la «consegna» que, el verano pasado, se hizo en la Universidad de la Sapienza de los Scritti. El acto fue brillantísimo, no solo por la calidad de los que intervinieron sino también porque reunió, entre el público, a los más destacados juristas italianos. En el mismo se puso de manifiesto una característica envidiable de la academia italiana: la elegancia con la que sabe compaginar el rigor y la seriedad intelectual con mucho sentido del humor y una buena dosis de espontaneidad.

Otros en esta mesa han hablado, o hablarán, del contenido de los Scritti. Por eso, sobre todo quiero resaltar la influencia que el profesor Pace ha tenido en España.

Es una relación que viene de antiguo, porque la primera referencia que tengo de un artículo suyo publicado en España es en la Revista de Estudios Políticos del primer trimestre de 1989, cuando ésta era presidida todavía por Carlos Ollero. Se trata de un artículo sobre «Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei», traducido por Emilio Calderón Martín y Pablo Lucas Murillo. En ella se expone la lúcida comprensión de los problemas que una proclamación constitucional de los derechos sociales entraña para el principio de legalidad, tal y como mantuvo el maestro procesalista durante los debates de la Constitución Italiana.

Su obra posterior publicada en España sigue las coordenadas señaladas por Michela Manetti en su presentación a los Scritti. Para esta autora, Alessandro Pace pone en el centro de la atención a los derechos inviolables. Por consiguiente, las estructuras de los poderes adquieren relevancia como garantías, no jurisdiccionales, de esos derechos. En esta línea, publica en nuestro país numerosos artículos sobre temas tales como la heterogénea estructura de los derechos constitucionales, igualdad y libertad, de los derechos del ciudadano a los derechos fundamentales del hombre, para qué sirve la carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

Sin embargo, hay que reconocer que su mayor preocupación es por los derechos de libertad y, entre ellos, los derechos relacionados con la libertad de expresión en los medios de comunicación.

Hay que reconocer, además, que la difusión de estos artículos siempre ha sido muy amplia, porque se ha hecho en revistas de tanto prestigio como

son Teoría y Realidad Constitucional, Revista de Derecho Constitucional Europeo, la REP o la Revista Española de Derecho Constitucional.

Mi contacto personal con el profesor Pace enlaza con otra de las líneas que han marcado su trayectoria intelectual: su preocupación por la acepción de constitucionalismo. En otro de sus artículos publicados en España, precisamente en la Revista de Derecho Constitucional Europeo, sobre «Los retos del constitucionalismo del S. XXI», entiende como tal, en su sentido más restringido, la «teoría jurídica de los límites del poder» y subraya la importancia de este enfoque para analizar problemas tales como los conflictos armados, la pobreza o el calentamiento atmosférico. Después de las jornadas que acabamos de realizar, sobre la incidencia de la crisis económica en la integración europea, la importancia de esa manera de entender el constitucionalismo se subraya todavía más. Asuntos tales como la reciente crisis de Chipre sólo se explican por la inexistencia de controles eficientes a un poder político (el del eurogrupo) poco identificable, y por ello, no transparente y no sujeto a responsabilidad.

Para algunos, la neta división entre derechos de libertad y derechos sociales o esta concepción de constitucionalismo puede ser conservadora. Es cierto que enlaza con nuestra mejor tradición constitucional, la que es heredera de las revoluciones liberales. Pero además, conserva el espíritu revolucionario y crítico que la caracterizó en sus orígenes. De ello es buena muestra la capacidad crítica e innovadora de la obra del profesor Pace.

Tuve ocasión de entrar en contacto con su obra, por primera vez, cuando, en 1995, publicó en nuestro país *La rigidez de las Constituciones Escritas*, con un prólogo de Joaquín Varela. Recuerdo muy bien este libro porque el Centro de Estudios Constitucionales tuvo a bien encomendarme su traducción.

Al profesor Pace le gustó, o al menos, eso dijo de la misma. Yo, sin embargo, no estoy tan satisfecha de mi labor. En esa ocasión tuve que experimentar lo cierto de la afirmación italiana que todo traductor es, a la poste, un «traditore». Sobre todo porque la clara diferencia de sintaxis que existe entre un italiano, escrito y culto, como el del Prof. Pace, y nuestro castellano, que desde Cervantes hasta la actualidad, pasando por Torrente Ballester y García Márquez, se construye a base de sujeto, verbo y predicado, con contadas subordinadas.

Recuerdo tener la sensación de guillotinar frases enteras a base de dividir las introduciendo innumerables puntos.

La veces que Alessandro Pace ha visitado nuestro país son incontables, y sólo puedo dejar constancia de las que yo he vivido. En Valladolid fue miembro del Tribunal de la tesis doctoral de Javier Matía. Sentí mucho que no pudiera venir cuando celebramos, en el CEPC, el XXX aniversario de la Constitución Española y el 60 aniversario de la Constitución italiana. Y estuve presente cuando, en la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, presentó una ponencia sobre la inmunidad del poder en Italia. De su exposición todavía recuerdo su elegancia a la hora de tratar un tema tan polémico y, sobre todo, su patriotismo, entendido no como nacionalismo sino como amor, lealtad y respeto al propio país.

Yo creo que Alessandro Pace tiene aquí muchos amigos, que hemos aprendido extraordinariamente con su trabajo. Casi todos estábamos ya formados cuando le conocimos. Aun así, creo que algunos de nosotros, y no somos pocos, nos atreveríamos a definirle como nuestro maestro italiano.

Nada más y muchas gracias.

**NOTICIA DEL LIBRO: SCRITTI IN ONORE DI ALESSANDRO PACE,
EDITORIALE SCIENTIFICA, 2012 ***

DIAN SCHEFOLD **

Es una hermosa idea presentar los «Scritti in onore di Alessandro Pace» aquí en Granada, que es un centro de Derecho comparado donde confluye, más allá de la rica ciencia constitucional española, el vínculo con el mundo latino, de Portugal a América Latina, pasando por Francia e Italia, a la par de los ordenamientos anglosajones y alemán, al que hoy tengo el honor de representar, hecho por el que me siento agradecido. Estas influencias reflejan el horizonte de los estudios del Maestro que hoy honramos, el cual, manteniendo siempre una argumentación jurídica sobresaliente, la ha enriquecido a través de las relaciones con métodos jurídicos diversos.

Al celebrar hoy esta presentación (justo el día de la muerte de Goethe en 1832), el recuerdo me lleva al 15 de junio del año pasado cuando en una dignísima ceremonia, se presentaron los Scritti con saludos e intervenciones de los miembros del Comité promotor, de los discípulos, y de algunos autores, incluidos aquellos provenientes del extranjero. Es imposible olvidar las palabras de agradecimiento y los comentarios del profesor Pace. Ter-

* Este texto recoge la presentación realizada por el autor en la Universidad de Granada el 15 de marzo de 2013.

** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Bremen.

minamos con una bellísima fiesta en Aniene, y creo que ese día ha pasado a ser una fecha histórica en el Derecho constitucional italiano.

Dicho esto, es cierto que se incurrió en un pequeño defecto, porque a causa de un desafortunado malentendido, los tres volúmenes, aunque listos, no estaban disponibles. Todavía recuerdo los elegantes gestos del relator que, al mencionarlos, delineó los Scritti solo presentes espiritualmente.

Hoy, los volúmenes están aquí, y al presentarlos admirativamente, hemos de estar orgullosos de una bella creación. E incluso pudiéndose pensar que han pasado ya más de nueve meses de la presentación y concepción ideal del 15 de junio de 2012, el día de hoy tiene un significado concreto, en cuanto que ya sí están presentes físicamente.

Los tres volúmenes recogen, a través de 111 contribuciones, los diversos campos de trabajo de Alessandro Pace, en las seis partes que cubren la teoría y la historia constitucional, los límites del poder, los derechos constitucionales, la garantía de los derechos, las fuentes del derecho y el derecho de la economía.

Es obvio que en el centro de estos asuntos está el tema de la libertad; sea como límite del poder, o en la formulación, interpretación y aplicación del derecho, o en su protección. Pero tal acercamiento, cercano a la problemática general de los derechos fundamentales en Alemania y de gran relieve para el intercambio italiano-alemán, y por ello con interés concreto para los estudiosos italianos, no se agota en una técnica de protección de los derechos fundamentales.

El concepto de derechos es en la tradición italiana más amplio que el concepto alemán de derechos fundamentales. Sobre todo, evita la contraposición entre derechos de libertad y derechos sociales, incluyendo así las relaciones políticas. A continuación, el contenido de los derechos, más allá de la defensa del espacio individual, se inserta en el sistema constitucional –un campo cultivado especialmente por Alessandro Pace, tal y como dio a conocer por primera vez en Pavía en el año 1987, al analizar la regulación de los medios de comunicación y la libertad de expresión e información, que dio lugar a una amplia discusión. Lo mismo se puede decir respecto a las intervenciones telefónicas, sin duda, un derecho que debe soportar limitaciones, pero no limitaciones en forma de privilegios. Por el contrario, corresponde defender la libertad y el secreto del ciudadano; lo verdaderamente

necesario es controlar las limitaciones. Finalmente, la protección de los derechos, que sin duda es una tarea jurisdiccional, si bien no exclusiva: se deben vincular y sistematizar las garantías jurisdiccionales, procedimentales y políticas.

La obra del Maestro sobre los valores y principios constitucionales, incluida su rigidez, conserva también su importancia. Y luego están los límites del poder central en contraposición de los entes federales y autonómicos de un lado, y del poder europeo de otro. En todos estos temas, y otros que ahora no puedo mencionar, Alessandro Pace ha influido y enriquecido el Derecho constitucional, incluyendo el diálogo con el ordenamiento alemán. Hoy tengo la alegría de hacer presente este ligamen, alegría que se inserta en una gratitud y amistad consciente.

PROCESO DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE MANUSCRITOS

CONTENIDO TEMÁTICO DE LOS MANUSCRITOS

La ReDCE publicará trabajos de investigación relacionados con el Derecho constitucional europeo en sentido amplio, de manera que abarca la teoría general del Derecho constitucional europeo, problemas concretos del Derecho constitucional de la Unión Europea y cuestiones referentes al Derecho constitucional de los distintos países, siempre que aborden temas de dimensión europea.

REQUISITOS FORMALES DE LOS MANUSCRITOS

1. Salvo casos excepcionales, el manuscrito no podrá superar las cincuenta páginas DIN A-4, con formato Times New Roman 14, espacio 1.5, dos retornos entre cada párrafo.
2. Contendrá un título y un sumario con los epígrafes más relevantes. También deberá incorporar un resumen de medio folio y una relación de palabras clave, en castellano y en inglés.
3. Las notas a pie de página estarán redactadas con formato Times New Roman 12, espacio simple y separación automática entre notas.
 - a) Para libros la cita se realizará del siguiente modo: R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional*, trad. J. M. Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985, p. 58 y ss.
 - b) Para los artículos la cita se realizará del siguiente modo: P. HÄBERLE, «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», *ReDCE*, núm. 1, 2004, p. 7 y ss.
 - c) Para obras citadas se realizará del siguiente modo R. SMEND, *op. cit.*, p. 22 y ss.

CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE LOS MANUSCRITOS

1. Los manuscritos deben versar sobre un tema relacionado con el Derecho constitucional europeo (véase contenido temático). Se rechazarán los manuscritos que no versen sobre esta temática.
2. Dentro del ámbito temático señalado se puede tratar de un trabajo general, de un comentario jurisprudencial o de un comentario legislativo.
3. Serán criterios generales de evaluación:
 - a) La oportunidad del tema de acuerdo con el momento político-constitucional en que se envíe.

- b) La novedad o intensidad con la que el tema haya sido tratado en ésta u otras revistas.
- 4. Los criterios particulares de evaluación se determinarán de manera motivada por los revisores anónimos.

PROCESO Y PLAN DE SELECCIÓN Y REVISIÓN DE MANUSCRITOS

1. El manuscrito se enviará en versión electrónica a los siguientes correos: **balaguer@ugr.es** o **montilla@ugr.es**, indicando el autor y modo de contacto. Los editores darán acuse de recibo y, preservando el anonimato del autor, lo enviarán al grupo de revisores anónimos.
2. Los revisores anónimos leerán el trabajo y emitirán en el plazo de dos meses un informe conjunto que irá encabezado con alguna de estas tres posibilidades: muy recomendable, recomendable, no recomendable. El resto del informe detallará los motivos de la calificación. En los casos en los que la publicación merezca el calificativo de «muy recomendable» o «recomendable», el revisor podrá indicar algunas cuestiones que han de ser mejoradas. La publicación estará supeditada a tales mejoras.
3. Los informes que reciban la calificación de muy recomendable sólo dejarán de ser publicados bajo informe motivado de algún miembro del Consejo de Dirección, previa votación mayoritaria del mismo. Los informes que reciban la calificación de no recomendable sólo serán publicables bajo informe motivado de algún miembro del Consejo de Dirección, previa votación unánime del mismo.