REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Número 12. Julio-diciembre de 2009

JUNTA DE ANDALUCIA
Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE JUSTICIA 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

12

Año 6, número 12, julio-diciembre de 2009

Homenaje a Peter Häberle (II)

Universidad de Granada
Instituto Andaluz de Administración Pública

CONSEJO DE DIRECCIÓN

José Antonio Soriano Cabrera, Julia Serrano Checa, 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
Ricardo Martín Morales
Juan F. Sánchez Barrilao
Adoración Galera Victoria

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

Ángel Rodríguez
José Manuel Martínez Sierra
Enrique Guillén López
María Dolores Martínez Cuevas
Augusto Aguilar Calahorro
José María Porras Ramírez
José A. Marín Gámez
Concepción Pérez Villalobos
Antonio de Cabo de la Vega
Baldomero Oliver León
Ramón Orza Linares
Francisco Javier Durán Ruiz

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle **PRESIDENTE:** Carlos de Cabo Martín

VOCALES

Ricardo Alonso García
José Asensi Sabater
Paola Bilancia
A. Antonio Cervati
José Francisco Chofre Sirvent
Francisco del Río Muñoz
Manuel Gerpe Landín
Christian Hillgruber
Diego J.Liñán Nogueras
Francisco López Menudo
Stelio Mangiameli
Lothar Michael
Miguel Pasquau Liaño
José Carlos Remotti Carbonell
Roberto Romboli
Sixto Sánchez Lorenzo
Jaume Vernet i Llobet
Miguel Ángel Aparicio Pérez
Mercé Barceló Serramalera
Roberto Blanco Valdés
Manuel Contreras Casado
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
Lucía Millán Moro
Ingolf Pernice
Paolo Ridola
Francisco Rubio Llórente
Helmuth Schulze-Fielitz
Eduardo Vírgala Foruria
Xavier Arbós Marín
Javier Barnés Vázquez
Carmen Calvo Poyato
Javier Corcuera Atienza
Antonio D'Atena
Teresa Freixes Sanjuán
Yolanda Gómez Sánchez
Markus Kotzur
Alberto López Basaguren
Jörg Luther
Didier Maus
Martin Morlok
Alessandro Pizzorusso
Gil C. Rodríguez Iglesias
Modesto Saavedra López
Antonio Torres del Moral
Gustavo Zagrebelsky
Rainer Arnold
Rafael Barranco Vela
Antonio Cántaro
Pedro Cruz Villalón
Francesc de Carreras Serra
Miguel Ángel García Herrera
Tania Groppi
Fulco Lanchester
Antonio López Castillo
Gonzalo Maestro Buelga
Roberto Miccù
Alessandro Pace
José Antonio Portero Molina
Giancarlo Rolla
Remedio Sánchez Férriz
Alejandro del Valle Gálvez

EDITA

Instituto Andaluz de Administración Pública

AENOR Empresa Registrada ER-1420/2002 — 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 6, número 12, julio-diciembre de 2009

Homenaje a Peter Häberle (II)

SUMARIO

PRESENTACIÓN 9
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

ESTUDIOS

La identidad europea 17
GUSTAVO ZAGREBELSKY

Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX 23
DIEGO VALADÉS

El constitucionalista europeo como observador participante de la democracia europea 59
JÖRG LUTHER

Los derechos fundamentales en Europa 73
MARKUS KOTZUR

La Unión Europea y la globalización 101
RAFAEL DE AGAPITO SERRANO

Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo 115
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

Metodología del Derecho Constitucional Europeo. Un Derecho Constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico 151
ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ

La función de la Constitución en el contexto contemporáneo 171
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

ARTÍCULOS

El lado oscuro de la Ley Fundamental 193
HELMUTH SCHULZE-FIELITZ

La Unión Europea y la soberanía de España 239
JAVIER ROLDÁN BARBERO

Sobre el derecho a la vida 283
TOMÁS REQUENA LÓPEZ

PERFILES

La construcción del Derecho constitucional europeo 345
MARKUS KOTZUR y LOTHAR MICHAEL

TEXTOS CLÁSICOS

¿Tienen España y Europa una Constitución? 353
PETER HÄBERLE

JURISPRUDENCIA

La regresiva «Sentencia Lisboa» como «Maastricht-II» anquilosada 397
PETER HÄBERLE

LEGISLACIÓN

Crónica de legislación europea 433
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Presentación

El número 12 de la Revista de Derecho Constitucional Europeo viene precedido de la entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa. Tras el resultado positivo del segundo referéndum irlandés, celebrado el 2 de octubre de 2009, los sectores «euroescépticos» iniciaron algunos movimientos extraños para boicotear la ratificación por la República Checa, en una estrategia que no se pudo mantener por mucho tiempo. Finalmente, el Presidente de la República Checa ratificó el Tratado no sin antes obtener como compensación una futura adhesión al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido.

En el debate constitucional europeo también los euroescépticos son necesarios. Sería absurdo pretender expulsar de ese debate a cualquiera de las sensibilidades que confluyen en la construcción de Europa. Sin embargo, resultaría deseable que el juego limpio propio de una cultura democrática presidiera siempre las actuaciones de los distintos sectores que pugnan por orientar el proceso de integración. Con todo lo importante que es reforzar la unidad política de Europa y avanzar hacia un modelo constitucional, social y democrático, más lo es todavía que se dejen de utilizar tácticas dilatorias para poner en cuestión, de manera permanente, todo lo que se ha negociado previamente y sobre lo que se han formalizado y firmado acuerdos.

Superada la última fase de incertidumbre, el Tratado de Lisboa ha comenzado a desplegar su vigencia el 1 de diciembre de 2009, reformulando y ampliando el Derecho Constitucional Europeo, especialmente a través de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El desarrollo inicial del Tratado va a producirse en el período de

Presidencia española de la UE, que se ha marcado, entre sus objetivos, la promoción del espíritu europeísta así como la aproximación de la UE a la ciudadanía. Se trata de actuaciones tan necesarias como difíciles de conseguir si tenemos en cuenta el desapego que el proceso de reformas de los últimos diez años ha provocado en la ciudadanía y el debilitamiento del europeísmo que ha generado. La fase final, con todas las incidencias derivadas de la aprobación y ratificación del Tratado de Lisboa ha sido especialmente dañina para la imagen de Europa.

Con todo, España puede aportar mucho en este ámbito porque es un país esencialmente europeísta, lo que se evidencia no sólo en la actitud de la ciudadanía sino también en la evolución de nuestro ordenamiento en los últimos años. Un ejemplo claro lo tenemos en las recientes reformas estatutarias: los primeros Estatutos no contenían —por motivos históricos comprensibles— ninguna referencia a Europa. Sin embargo, tras las últimas reformas estatutarias que se han producido en seis Comunidades Autónomas (que representan la mayoría de la población y del territorio del Estado) tenemos nuevos Estatutos que son profundamente europeístas. Algunos de ellos, como es el caso del Estatuto de Cataluña o el de Andalucía contienen más de cincuenta menciones a Europa o a la Unión Europea, lo que da cuenta de la importancia que le han dado a esta cuestión. En ellos se recogen todas las temáticas esenciales de la relación con la UE, desde declaraciones de principios relativas a la inserción de la Comunidad Autónoma en la UE, hasta la participación de los parlamentos autonómicos en el mecanismo de alerta temprana para el control de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, pasando por la participación de la Comunidad Autónoma en las fases ascendentes y descendente, entre otras cuestiones. Si tenemos en cuenta el carácter funcionalmente constitucional de los Estatutos de Autonomía, podemos observar como en ellos se encuentran actualmente los textos más avanzados de lo que el Profesor Häberle denominara el «Derecho constitucional europeo nacional» orientado a la «europeización interior» del Derecho constitucional interno de los Estados miembros.

Teniendo en cuenta la especial sensibilidad que nuestro país ha demostrado respecto de la integración europea, la Presidencia Española de la EU puede ser una afortunada ocasión —por el momento histórico en que tendrá lugar— para promover un rápido desarrollo de las reformas, que contribuyan a potenciar, en lo posible, el proyecto europeo. Todo ello, sin olvidar que —desgraciadamente— el Tratado de Lisboa se ajustaba a las necesidades de la Europa del año 2000 no a las del 2010. Diez años de retraso

que equivalen a muchos más en la dinámica que ha adquirido el proceso de globalización en este siglo XXI.

Este número es, por así decirlo, la segunda parte de una trilogía dedicada al Profesor Peter Häberle. Lo es en su parte monográfica, que sigue recogiendo las aportaciones que en su honor se presentaron al Congreso celebrado en mayo de 2009 y lo es también en el diseño general del número. Así, en los textos clásicos se incorpora un trabajo traducido por Miguel Azpitarte Sánchez, que fuera publicado inicialmente en España por la Fundación El Monte (a la que agradecemos su autorización para incorporarlo a este número homenaje) con un Prólogo del entonces Presidente de la Fundación, uno de nuestros «juristas europeos», el profesor Ángel López y López. Su título expresa de modo paradigmático la profundidad de los planteamientos häberlianos sobre el Derecho Constitucional Europeo de nuestro tiempo: ¿Tienen España y Europa una Constitución?

Igualmente, en el apartado de Perfiles, una vez que ya se publicó la inmejorable Laudatio que realizara Paolo Ridola en el número anterior, nos ha parecido oportuno incluir una reseña del Congreso en honor de Peter Häberle realizada por dos de sus discípulos, los profesores Markus Kotzur y Lothar Michael. Es, desde luego, un perfil realizado de otra manera, a través del ambiente intelectual que rodea al Profesor Häberle y que sirve también para caracterizarlo. Hace algunos años, en la entrevista que le hice por encargo del Profesor Ángel Garrorena (publicada posteriormente en Alemania, México y Brasil) el propio Häberle me indicó el título: «un Jurista europeo nacido en Alemania». Hoy tendríamos que decir, para hacer justicia a su auténtica dimensión: «un Jurista universal nacido en Europa».

Hasta la sección de Jurisprudencia viene marcada en este número por la impronta de Häberle con la publicación de su comentario a la Sentencia Lisboa del TCFA. Para un constitucionalista que aspira a superar las estrechas categorías estatalistas que hoy siguen confundiendo a la comunidad científica, la Sentencia Lisboa resulta tremendamente insatisfactoria. De esa insatisfacción surge un análisis profundamente crítico de la sentencia que la sitúa en un tiempo histórico muy diferente del que vive actualmente una parte de la «Alemania europea».

La parte monográfica de este número 11 se abre con la brillante reflexión de Gustavo Zagrebelsky sobre «La identidad europea» y que (leída por Angelo Schillaci) tuvo una extraordinaria acogida. Construida siguiendo una secuencia musical, marcó un momento muy especial en el curso del Congreso en honor de Häberle. Si el Zagrebelsky intérprete hubiera realzado las sonatas de Mozart, el Zagrebelsky compositor nos aportó estas

hermosas —no necesariamente tristes— palabras sobre la identidad europea: «La verità è che l'identità, come la legittimità, è qualcosa che si esperisce silenziosamente e che, quando in proposito ci si interroga espressamente, ciò significa che non c'è più e che deve essere costruita, come un compito, e non può semplicemente essere appresa come un dato».

Le sigue en el apartado de estudios el trabajo de Diego Valadés, que aporta una visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX y en el que apela acertadamente a «un derecho común intercontinental cuya causa germinal reside en la universalización de diversos valores culturales que inciden en los derechos fundamentales y en la estructura democrática del Estado».

Igualmente hay que destacar en esta parte monográfica el trabajo de Rafael de Agapito sobre «La Unión Europea y la Globalización» de una gran densidad conceptual, como lo es también el de Jörg Luther acerca del constitucionalista europeo como observador participante de la democracia europea. Sigue el estudio de Markus Kotzur sobre «Los Derechos Fundamentales en Europa» que tuvo un gran eco en el Congreso y que refleja la proyección de futuro de los planteamientos häberlianos a través de sus discípulos.

La presencia de Granada en esta parte de estudios está representada por los trabajos de la generación más joven: «Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo», por Juan Francisco Sánchez Barrilao, «Metodología del Derecho Constitucional Europeo. Un Derecho Constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico» de Enrique Guillén López y «La función de la Constitución en el contexto contemporáneo» de Miguel Azpitarte Sánchez. Estos trabajos son la manifestación más clara de lo que los «mayores» de Granada todavía tenemos que aprender para estar a la altura.

La sección de artículos está encabezada por un trabajo sobre «El lado oscuro de la Ley Fundamental» de Helmuth Schulze-Fielitz, discípulo de Peter Häberle y Presidente (2008-2009) de la prestigiosa *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Como muy bien dice el Profesor Schulze-Fielitz en ese artículo: «es tarea específica y crítica de la ciencia mencionar y anticipar los problemas. En eso se diferencia de la política, que persigue sobre todo proporcionar legitimidad». Esa lúcida frase debería situarse en el frontispicio de las disciplinas jurídicas dedicadas al proceso de integración, tan proclives al conformismo y a la exaltación de los logros comunitarios.

En la sección de artículos podemos encontrar también el espléndido trabajo de Javier Roldán Barbero sobre «La Unión Europea y la soberanía de España» que evidencia el altísimo nivel que la disciplina del Derecho Internacional Público ha alcanzado en la Universidad de Granada y su posición de referencia en el marco de las investigaciones sobre el Derecho europeo.

El último artículo que se publica en este número versa sobre un tema tan complejo como difícil de elaboración desde el punto de vista jurídico. Tomás Requena lo aborda con su valentía y rigor habitual, aportando fructíferos elementos de reflexión que trascienden a las concordancias o discrepancias puntuales que el lector pueda tener con el texto.

Por su parte, la crónica de legislación europea cierra el número 11 de la ReDCE, con una diversidad de temáticas que son analizadas por María Luisa Balaguer y que abarcan desde el *status* jurídico de los parlamentarios europeos a la igualdad de género, pasando por la política económica y las políticas de empleo.

En el apartado del agradecimiento a las instituciones e instancias que patrocinan la revista debemos hacer una referencia especial a la recién creada *Fundación Peter Häberle*. A través de esta Fundación, instituida en Granada por el Profesor Häberle en el otoño de 2009, asumimos el reto que nos ha marcado nuestro maestro alemán de establecer puentes entre las comunidades jurídicas para contribuir al desarrollo de un Derecho constitucional orientado a los problemas de la integración supranacional y de la globalización.

Finalmente, en cuanto patrocinador principal de esta revista, quede constancia de nuestra gratitud al Instituto Andaluz de Administración Pública, que ha demostrado siempre una especial sensibilidad en la promoción y difusión de la investigación jurídica desde Andalucía. Igualmente, al Grupo de Investigación «Andalucía, la Unión Europea y el Estado Social» y al Proyecto de Investigación SEJ2007-66427/JURI «La interacción constitucional entre Unión Europea y Estados miembros como factor de desarrollo del Derecho Constitucional Europeo», así como a la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo adscrita a la Universidad de Granada.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Estudios

LA IDENTIDAD EUROPEA

GUSTAVO ZAGREBELSKY *
Traducido del italiano por JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

Estimados colegas y amigos, desearía excusarme por mi ausencia en estos días de reflexión sobre la Europa de nuestro futuro, organizadas para el querido Peter Häberle. Posiblemente se os habrá comunicado ya el motivo de mi ausencia. Mis compromisos académicos me impiden ausentarme en esa fechas de la Facultad de Turín, pues no podría impartir las últimas lecciones de mi curso. Estoy seguro de que nuestra común ética académica me justifica a vuestros ojos, por no estar con vosotros. No os escondo así mi amargura, no tanto porque no pueda someter a vuestra consideración mis reflexiones sobre el tema que me fuera asignado por Francisco Balaguer, «la identidad europea» (de lo que podéis prescindir), sino porque no podré llevar al colega al que agasajamos el homenaje que preparé para la ocasión; un homenaje que, efectivamente, tiene mucho que ver con lo mejor de nuestra identidad de europeos, si queremos usar este concepto a pesar de lo que escribo aquí a continuación. El homenaje habría consistido en dos sonatas mozartianas (el «divino Mozart»): la Sonata en *fa* KV 280 y la Sonata en *re* KV 576; la primera, una sonata juvenil, y la segunda, una sonata de la edad madura (es más, su última sonata). Las menciono específicamente, porque quizás Peter pueda escucharlas de manos de Walter Gieseking o de Mitsuko Uchida, y así consolarse, o incluso alegrarse (!) por mi ausencia.

***

* Catedrático de Derecho constitucional. Universidad de Turín.

ReDCE. Año 6. Núm. 12. Julio-diciembre/2009. Págs. 17-22.

1. Aprovecho este mensaje para someter a vuestra consideración, de todos modos, algunas reflexiones sobre el tema que me fue asignado, partiendo de una declaración de humildad que, como juristas, debemos hacer: la humildad de reconocer que nuestro punto de vista es particular, no omnicomprensivo. Permítaseme una cita aparentemente docta: Jenófanes de Colofone (siglo VI A.C.) dice: «Si los bueyes, los caballos y los leones tuvieran manos y con ellas pudieran dibujar y hacer lo que los hombres hacen, los caballos dibujarían figuras de Dioses similares a los caballos, los bueyes parecidos a los bueyes, los leones a los leones, y harían así modelos tal como cada uno de ellos está forjado. Los etíopes dicen que sus Dioses son chatos y negros; los tracios que tienen los ojos azules y el pelo rojo». Si nosotros preguntáramos a un fontanero qué idea tiene de la identidad europea, quizás diga que es un inmenso enredo de conductos de agua; un dentista, una inmensa dentadura postiza. ¿Y un jurista?: un ordenamiento jurídico. Es evidente que cada uno tiene un punto de vista particular y, aunque nosotros podemos pensar que el punto de vista de los juristas es más amplio que el de un fontanero o el de un dentista, tampoco es lo bastante amplio como para poder abrazar la entera cuestión.

La «identidad» de una colectividad humana es algo demasiado complicado y difícil de entender y describir por cualquiera ciencia social, aunque sea la más comprensible posible. Así sucede también con la Ciencia del Derecho. Nosotros podemos tratar de definir cuál es la concepción del Derecho que se ha afirmado en Europa en el curso de los siglos, establecer la gran distinción entre el Derecho civil y el Derecho común, identificar los principios vitales de uno y otro, asignarles a los jueces y a los legisladores su correspondiente puesto en la identificación, producción, aplicación del Derecho, distinguir los derechos del Derecho, etcétera. Podemos poner de manifiesto los pasos en la aproximación entre sistemas, a partir, entre otros, de la afirmación de una dimensión de la vida constitucional en la que el positivismo aplicado a las Constituciones contemporáneas muestra sus límites manifiestos. Podemos hacer todo ello, pero aun cuando lo hagamos con amplitud de miras, esto sólo será un punto de vista jurídico que no coincide en absoluto con la concepción de los principios, los valores, las necesidades, los intereses, las esperanzas y también los miedos de una población de varios centenares de millones de personas. El fracaso (pro-

visional, espero) del proceso de «constitucionalización» de Europa quizás no deriva sino de un pecado de orgullo del Derecho y los juristas, cometido cuando se ha pretendido demasiado de su Ciencia, cuando se les ha puesto alrededor de una mesa y se les ha dicho: ¿escribís una carta de derechos y creáis instituciones que correspondan a la «identidad» de este pueblo?

2. Estas sencillas alusiones a una cuestión compleja no significan en absoluto la invitación a una renuncia. La construcción de Europa moviliza energías diferentes, entre las que, ciertamente, están también las jurídicas. El peligro está en la gran responsabilidad y en las grandes ambiciones que los juristas asumen en momentos como éste, y en la insignificancia de los medios de análisis y acción de los que disponen: de este arranque, deriva el peligro de los fracasos. Para tratar de evitarlos, la Ciencia jurídica tiene que abrirse a la comprensión de todas las dimensiones de su objeto, el Derecho: un objeto, aunque siempre parcial en la definición de las estructuras normativas de una sociedad, no es sin embargo definible sólo unilateralmente, con respeto a su dimensión formal. En otra sede he intentado argumentar la existencia de una «doble vertiente» del Derecho: una formal y otra material; una duplicidad constitutiva de la experiencia jurídica que el positivismo jurídico ha tratado de esconder, a favor de la primera, y que siempre, de diversas maneras, vuelve a emerger y debe ser puesta en evidencia, so pena de fracasar. Esta tentativa está en un volumen titulado «La legge e la sua giustizia» (Turín, Einaudi, 2008), que puedo aquí sólo recordar con una alusión y no ciertamente disgregar. En su contenido, las dificultades que el proceso de constitucionalización de Europa encuentra pueden ser consideradas como un ejemplo de negligencia de esta estructura compleja del Derecho y una infravaloración de su vertiente material, que tiene sus exigencias y no se deja sencillamente dominar y manipular por la formal; la vertiente del Derecho puesto en textos que provienen de voluntades normativas independientes, leyes, tratados, constituciones.

La identificación de esta «vertiente material» significa sacar a la luz lo que tiene que ver con los presupuestos de legitimidad del Derecho positivo: en el caso de Europa, lo primero de todo, la de un «tratado constitucional» (no entro en la añosa cuestión de si se trata de un oxímoron), y luego la de todos los actos jurídicos, normativos, ejecutivos y jurisdiccionales

que pueden derivar de aquél. Este «sacar a la luz» es una necesidad. Si la descuidamos, la legitimidad tomará ventaja sobre la legalidad, demostrando la vacuidad y, en definitiva, una falta de aliento efectivamente constitucional.

3. Quizás, se podría decir que la «vertiente material» del Derecho de la Unión Europa coincide con lo que, de la palabra identidad, interesa a los juristas. Y aquí se plantean cuestiones contradictorias con respecto al fin. El fin es localizar un terreno común de valores que nos unan; pero plantear la cuestión significa inevitablemente alejarse. La verdad es que tanto la identidad como la legitimidad son algo que se realiza silenciosamente; y cuando nos interrogamos expresamente acerca de ello, significa que no hay más, que tiene que ser construida, como una tarea, y que no puede ser sencillamente aprendida como un dato. Cuando me pregunto quién soy, significa que no lo sé.

Gran parte de las discusiones sobre la identidad europea carecen de contenido. En particular está completamente falto de sentido interrogarse si es un concepto objetivo o subjetivo; si es un dato natural que proviene de la historia de la que somos hijos, o es una tarea artificial que tenemos que asumir; si pertenece a la «naturaleza», o a la «cultura» de una sociedad. En realidad, una vez que se plantea la cuestión, el terreno de la identidad, que parece el de la unidad y la concordia, se convierte en un terreno de desencuentro: evidentemente, cuando se piensa qué se haya de hacer con un concepto, cuya concepción tiene que ser construida como proyecto político, según elecciones, preferencias, exclusiones; y menos evidente, pero igualmente real, cuando se piensa en cambio que sus contenidos hayan de ser extraídos del pasado. En un continente que ha experimentado de todo, del nacionalismo más oclusivo y el colonialismo más agresivo al internacionalismo más abierto y cooperativo entre los pueblos, de la tolerancia a la intolerancia, de la concepción individualista y liberal de la vida social a la totalitaria y orgánica, del dogma cristiano a la libertad de conciencia, de la libertad de la ciencia y la técnica a su subordinación a verdades metafísicas, de la connivencia entre política y religión en el gobierno de los pueblos a la laicidad de sus relaciones, de la integración de etnias y culturas a la persecución racial, etcétera, la identidad no puede ser la suma de todo ello, pues no pueden convivir pacíficamente; más bien, ha de ser el producto de una selección: preguntarse cuál es la identidad no significa pre-

guntarse qué somos, pero sí qué queremos ser. Nada, pues, más cultural y menos objetivo. La discusión de los anteriores años acerca de las «raíces cristianas» de Europa es un ejemplo elocuente. La cuestión de la inserción de esta expresión en el Tratado constitucional no se soluciona con una investigación historiográfica, sino con una decisión sobre el futuro, de la que emerge una imagen de Europa que no fotografíe el pasado, mas prefigure el futuro.

Tampoco una idea comprensiva de la identidad como la que reclama al pluralismo, a la inclusión de lo diferente, a la integración de culturas y etnias (una idea particularmente actual, dado el momento de acentuación del carácter cada vez más compuesto de nuestras sociedades), soluciona la cuestión mediante una suerte de apelación a una tolerancia abierta. En la historia europea hay de esto, pero no sólo; y sobre todo, porque esta (por así decir) identidad sin identidad, o identidad, débil, prefigura un futuro, y a esta prefiguración se opone otra identidad, fuerte ahora, que encuentra sus raíces en la misma historia y que, de ser valorizada, lo es a la vista de resultados políticos precisamente opuestos para un futuro inmediato.

En suma, todo está por construir a la vista de lo que queramos ser, y no como consecuencia de lo que hayamos sido. La historia no nos provee un «imprinting» común, una base de legitimidad del Derecho europeo sobre la que se pueda descansar tranquilamente. Somos nosotros, la presente generación y pensando en las futuras (una vez más, como siempre), los que tenemos que interrogarnos y asumir nuestras responsabilidades. La apelación a una identidad a la que debemos ser fieles, en la pluralidad de las experiencias de un pasado (que más conflictivo de lo que ha sido, no podría haber sido), no es sino un recurso para reforzar estratégicamente las diversas posiciones que se encuentran en el campo de batalla, por considerarlas incompatibles.

4. Queridos Colegas, querido doctor Häberle: lamento, repito, no poder estar con vosotros para discutir sobre estas ideas y sobre las que, de modo ciertamente fecundo, emergerán de vuestros trabajos. Lamento sobre todo no poder ir más lejos, y no poder plantear la cuestión de si no sea oportuno promover el abandono de ésta, como de otras nociones sustancialmente holísticas, del actual debate sobre Europa. Pienso en la ya clásica, pero sin salida, discusión acerca de la existencia o la inexistencia

de un «pueblo europeo», con el riesgo de dar lugar a un *impasse* no muy distinto del que nos lleva el razonar sobre la identidad. Europa avanzará si, de manera laica, se saben aclarar las necesidades, materiales y espirituales, a las que ella puede dar respuestas; y si, sobre estas necesidades, como base de la legitimidad de una unión política de los pueblos europeos, se consigue atraer la aprobación de sus habitantes. Ello no quiere decir limitarse a una política sin tregua, sino abandonar categorías grandilocuentes que crean dificultades, en lugar de allanarlas; que crean temores, en vez de alimentar esperanzas.

Resumen:

El texto es una carta que el autor remite a los asistentes al Congreso celebrado en Granada en mayo en honor de Peter Häberle, y en la que, además de disculparse y lamentar no poder asistir a éste, afronta, aun someramente, el tema inicialmente planteado para su intervención en el mismo: la identidad europea. Al respecto el autor, lejos de afrontar la cuestión desde una perspectiva jurídica e historiográfica, asume una perspectiva crítica por cuanto que, de un lado, el Derecho es incapaz de abarcar íntegramente el tema, y por otro la historia de Europa resulta llena de contradicciones superadas, desde las que difícilmente cabe construir un futuro común. La cuestión así no es tanto de dónde se venga, sino a dónde se quiera ir, lo que a su vez supone un elemento volitivo de decisión.

Palabras Clave: *Identidad europea, ciencia jurídica, Derecho formal y material, Constitución europea.*

Abstract:

The paper is a letter the author sends to the participants at the Congress, celebrated in Granada in May in honor of Peter Häberle, and in which, not only he apologizes and regrets not being able to attend this event, but he also briefly develops the issue initially proposed for his intervention at the Congress: the European identity. Concerning this, the author doesn't analyze the issue in a juridical and historiography perspective, but he adopts a critical perspective: in his opinion, on the one hand, Law is not able to explain the subject completely, and, on the other, in the history of Europe there are many contradictions, from which it is complicated to build a common future. So the question is not so much from where we came, but where we would like to go; which, at the same time, implies a volitional element of decision.

Keywords*: European identity, juridical science, formal and material Law, European Constitution.*

VISIÓN PANORÁMICA DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XX

DIEGO VALADÉS *

SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES
2. EL ESTADO
3. LA SOCIEDAD
4. EL PODER
5. LA CONSTITUCIÓN
6. CONSIDERACIONES FINALES

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A lo largo del siglo XX el constitucionalismo estuvo sujeto a presiones sin precedente y experimentó cambios muy profundos; cambios comprensibles si se tienen en cuenta las grandes transformaciones políticas, económicas, sociales, culturales y científicas que vivió el mundo.

La violencia política cobró en un siglo más víctimas que en las diecinueve centurias precedentes; durante largas décadas los regímenes totalitarios y castrenses redujeron la presencia de los sistemas democráticos a espacios muy limitados; la acción humana puso en riesgo, por primera vez en la historia, la integridad del planeta. Subsistieron cuestiones lacerantes como la concentración de la riqueza, la pobreza extrema, la emigración por razones económicas, el desplazamiento colectivo por causas violentas, y

* Investigador Titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

ReDCE. Año 6. Núm. 12. Julio-diciembre/2009. Págs. 23-58.

los focos de conflicto armado, por ejemplo. Asimismo aparecieron o se acrecentaron numerosas dificultades para el Estado: la delincuencia organizada; el terrorismo en sus vertientes nacional e internacional; la corrupción; las crisis financieras internacionales; las asimetrías en las relaciones internacionales.

Por otra parte, las revoluciones sociales y políticas situaron en el escenario nuevos problemas, nuevas soluciones y nuevos actores; las revoluciones científicas, en particular en los ámbitos nuclear, biológico, electrónico e informático, implicaron transformaciones cruciales para la convivencia de los Estados y para la vida de las personas; las revoluciones políticas de descolonización en el siglo XIX con relación a España y Portugal, y continuadas en el siglo XX con relación a Alemania, Bélgica, Francia, Italia y Reino Unido, significaron ajustes institucionales de gran envergadura en los Estados nacientes y en las antiguas metrópolis coloniales. Los cambios culturales fueron también de gran calado. Se discutió sobre eugenesia y eutanasia; declinó la tradición intolerante y discriminatoria que afectaba a las minorías; se transformaron los estándares éticos relacionados con las prácticas sexuales y surgieron temas y problemas como la ecología y la mundialización.

Las respuestas normativas fueron muy amplias. Surgió la organización internacional de numerosos esfuerzos y en general las instituciones nacionales se volvieron más dinámicas. El constitucionalismo ensanchó su magnitud en tanto que se superó el criterio formal que lo confinaba en un texto, para dar lugar a dos nuevas dimensiones: la jurisprudencia constitucional y el bloque de constitucionalidad. El texto constitucional siguió siendo vertebral para definir la estructura del Estado, pero el amplio proceso del poder y las relaciones entre los gobernados y los gobernantes rebasaron los límites de los enunciados formales, por lo que cuando se habla de «constituciones» en un sentido contemporáneo, en realidad se alude a «sistemas constitucionales». Las resoluciones de los tribunales constitucionales, cuya presencia se fue extendiendo, y la actividad legiferante de los congresos y parlamentos ordinarios, cuya importancia fue creciendo, integran un conjunto de soluciones que interpretan y reglamentan las normas básicas del Estado, a las que imprimen un dinamismo adecuado para atender, de manera flexible y oportuna, las expectativas y las exigencias colectivas.

La transformación del constitucionalismo fue muy pronunciada con relación a los elementos que lo habían caracterizado a partir del siglo XVIII. Los conflictos bélicos internacionales, los procesos revolucionarios, los movimientos nacionales de independencia y de descolonización, las acciones genocidas y la represión por razones políticas, étnicas y religiosas, se tradujeron en exigencias crecientes para garantizar los derechos fundamentales, para adoptar políticas de justicia y de equidad y para consolidar la gobernabilidad democrática de los Estados.

El constitucionalismo «veintecentista», por ende, no se contrajo a los enunciados de máxima jerarquía normativa e incluyó un amplio haz de soluciones jurídicas para los grandes problemas de la organización y para la convivencia en sociedades de complejidad creciente. En este breve estudio se presenta una visión panorámica de lo que implicó el constitucionalismo en el siglo XX. En ocasiones se hará referencia expresa a las normas constitucionales, pero en otras se aludirá sólo al rubro general, porque su desarrollo ha incumbido tanto a las constituciones, «estricto sensu», cuanto a la jurisprudencia y a la legislación secundaria. No es menos estimable, por otra parte, la influencia que, como en los tiempos clásicos, ha ejercido la doctrina.

Hay tres cuestiones básicas concernidas con el poder en el seno de una sociedad política compleja: «cómo se acepta ser gobernado», «cómo se ejerce el gobierno» y «cómo se autogobierna la comunidad». Estos problemas tuvieron múltiples respuestas a través de las normas constitucionales de la centuria anterior. Sin el propósito de hacer una enunciación enciclopédica, es posible identificar las tendencias dominantes del constitucionalismo durante el siglo XX a través de los diferentes rubros que de manera sucinta se presentan a continuación.

2. **EL ESTADO**

2.1. **Soberanía**

El problema de la soberanía sigue siendo una cuestión central en el debate del Estado. Sin la idea de soberanía nacional se dejaría sin soporte la cons-

trucción teórica del Estado moderno, y sin la idea de soberanía popular se prescindiría del sustento conceptual de la democracia electoral contemporánea.

Sin embargo, los planteamientos de limitar la soberanía contaron con numerosos adeptos hacia las décadas finales del siglo. Las tesis a favor de matizar el alcance de la soberanía contradicen su significado literal y conceptual. Por definición no puede haber algo que sea «parcialmente supremo», y por consiguiente no puede existir un límite exógeno impuesto al Estado soberano en contra de su voluntad. La creación de organismos mundiales y regionales, de los que emanan políticas y normas vinculantes para los Estados miembros, son compatibles con la soberanía en tanto que cada Estado los acepta, pero sin abdicar de su derecho de denuncia.

La convivencia de los Estados ha llevado, de tiempo atrás, a que el derecho internacional se traduzca en espacios donde el acuerdo supone formas de transacción siempre revocables; el problema surge en el ámbito interior de los Estados, donde aceptar una «soberanía limitada» supondría afectar la base dogmática de todo sistema democrático y prepararía las condiciones conceptuales para justificar nuevas formas de autocracia.

Los sistemas constitucionales se configuran a partir de la facultad soberana de decidir acerca de la estructura y el funcionamiento de las instituciones. El reconocimiento de los organismos internacionales y de su jurisdicción es una decisión libre de los Estados nacionales. La capacidad de contraer y de cumplir compromisos internacionales se basa en la existencia de esas facultades soberanas.

Las constituciones adoptadas a lo largo del siglo se apoyaron en el ejercicio de la soberanía, incluso en los casos numerosos y crecientes en que las normas internacionales fueron objeto de recepción automática, conforme a las previsiones de las propias constituciones.

2.2. **Secularidad**

Si bien la secularidad es un elemento esencial del Estado moderno, en el orden constitucional las disposiciones relativas al laicismo presentaron un panorama muy variado en el siglo XX. Los niveles de «confesionalidad» tuvieron dos tendencias dominantes: una radical, conforme a la cual el sis-

tema opta por una religión y excluye cualquiera otra. En la actualidad son pocos los Estados que aplican estas severas restricciones; uno de ellos es Irán. Hay una segunda orientación, tolerante, en la que se asume una religión pero son toleradas las demás. En este caso están Argentina, Dinamarca, Finlandia, Irak y Suecia. Una posición aún más flexible corresponde al reconocimiento de una iglesia, sin perjuicio de las libertades religiosas y sin que el Estado establezca un credo oficial, como sucede en Guatemala, El Salvador, Paraguay y Uruguay, por ejemplo.

En otros sistemas se ha avanzado de una manera más enfática, y al lado de la libertad de culto o creencias, que surgió en el siglo XIX, se instituyó la libertad de conciencia, que incluye así la libertad para el agnosticismo, el ateísmo e incluso el antiteísmo. En América Latina, Brasil declaró inviolable la «libertad de conciencia y de creencia»; Colombia, pese a que el preámbulo de la Constitución invoca la protección divina, «se garantiza la "libertad de conciencia". Nadie podrá ser molestado por razón de sus convicciones o creencias, ni compelido a revelarlas, ni obligado a actuar contra su conciencia», y Ecuador se erige como Estado laico. En Europa, la Constitución de España «garantiza la libertad "ideológica", religiosa y de culto»; en Irlanda: «… se garantizan a todos los ciudadanos la libertad de "conciencia y la libre profesión y práctica de la religión"»; en Portugal es «inviolable la libertad de conciencia, religión y culto», y en Suiza se garantizan las libertades de religión y de filosofía, en tanto que «todas las personas tienen el derecho de escoger con libertad su religión o sus convicciones filosóficas».

En el constitucionalismo africano sobresale el caso de África del Sur, donde se estableció que todas las personas tienen «derecho a la libertad de conciencia, religión, pensamiento, creencia y opinión». A su vez en Asia, Japón declaró «inviolables las libertades de pensamiento y de conciencia», y en India el preámbulo de la Constitución de 1950 fue modificado en 1976. En su texto original decía: «Nosotros, el pueblo de la India, habiendo resuelto solemnemente constituir India como una república democrática soberana…» La adición de 1976 consistió en introducir dos nuevos elementos para caracterizar al Estado indio como una «república «socialista secular» democrática soberana». La parte preceptiva dispone, a su vez, la libertad de conciencia y de profesión, práctica y propagación de la religión.

Los sistemas socialistas presentaron un panorama extremo. La constitución de la Unión Soviética de 1977 prescribía: «Se garantiza a los ciudadanos de la URSS la libertad de conciencia, es decir, el derecho a profesar cualquier religión o a no profesar ninguna, a practicar un culto religioso o a realizar propaganda ateísta. Se prohíbe excitar la hostilidad y el odio en relación con las creencias religiosas. En la URSS la Iglesia está separada del Estado, y la escuela de la Iglesia». Ese mismo concepto era acogido por la Constitución de la República Popular de China de 1978; en cambio, la de 1982, en vigor, eliminó la propaganda ateísta y adoptó el criterio general de la libertad de conciencia y de religión, al tiempo que proscribió «la dominación extranjera de las iglesias y de los asuntos religiosos».

En todo caso la constante hacia la que se orientaron los sistemas constitucionales «veintecentistas» correspondió el de neutralidad religiosa absoluta y de la libertad irrestricta en materia de conciencia.

2.3. **Derecho constitucional de fuentes internacionales**

En tanto que el derecho constitucional se orientó a la consolidación de las libertades individuales y colectivas, el derecho internacional se encaminó a la definición de las identidades nacionales. Ambas expresiones normativas han mantenido, empero, un punto fundamental de contacto: la organización y el funcionamiento del poder y se fundamentan en los conceptos de soberanía popular y de soberanía nacional, en buena medida complementarios. Por lo general el derecho constitucional y el derecho internacional han sido estudiados de manera separada, en tanto que progresivamente se fueron diferenciando por sus contenidos y objetivos. Esto no obstante, la temprana incorporación de los derechos humanos en el constitucionalismo británico, norteamericano y francés, fue el resultado de la influencia directa del derecho de gentes en el ámbito constitucional.

La idea «veintecentista» de la mundialización se basó en la hipótesis de la prevalencia del derecho internacional sobre el nacional, pactada libremente por los Estados. Esta tesis no es ajena a la tradición clásica del derecho internacional, aunque la variante adoptada en el último cuarto del siglo XX le imprimió un fuerte ingrediente comercial y financiero.

El fenómeno que se perfilaba, hacia las décadas finales del siglo, y que Peter Häberle identificó y sistematizó de manera visionaria, era en el sentido de un derecho constitucional común europeo y de un derecho constitucional común latinoamericano. En cierta forma es posible advertir que en las postrimerías de la vigésima centuria se establecieron también las bases de un derecho común intercontinental cuya causa germinal reside en la universalización de diversos valores culturales que inciden en los derechos fundamentales y en la estructura democrática del Estado.

2.4. **Integración supranacional**

La iniciativa de Robert Schuman de constituir la comunidad europea del carbón y el acero culminó con la formación de la Unión Europea. La libertad de comercio evolucionó hasta la integración de un parlamento continental; de organismos europeos que ejercen funciones jurisdiccionales y de regulación económica, monetaria y técnica; y de una administración que está sirviendo como punto de partida para una autoridad regional. También se consolidó el concepto de ciudadanía europea que implicó adecuaciones en el ámbito interno de los Estados, en especial en los sectores educativo, laboral y electoral. Se fortaleció asimismo la idea de contar con una política exterior comunitaria.

En su mayoría los sistemas constitucionales de los países integrantes de la Unión Europea fueron objeto de reformas, en atención a los acuerdos adoptados por los organismos comunitarios. Esta tendencia tuvo repercusiones en otros espacios geográficos. Aunque en las postrimerías del siglo no se produjeron fenómenos equiparables en otros continentes, todo indica que el proceso tendrá efectos expansivos en la primera mitad del siglo XXI.

2.5. **Dimensión del Estado**

Durante el siglo XX se produjeron dos experiencias opuestas: la dilatación y la contracción del tamaño del Estado. Por lo general se atribuye el crecimiento a los programas de carácter social. Esto fue cierto en muchos

casos, pero en otros hubo un factor de no poca monta: el incremento de las fuerzas armadas y de la industria militar. En todo caso, las obligaciones de prestación a cargo del Estado, para atender los objetivos propios del Estado de bienestar, tuvieron como contrapartida negativa el abultamiento de las burocracias y, por ende, la concentración del poder político. La planificación y la conducción de los procesos económicos propiciaron asimismo la intervención de los dirigentes políticos en la gestión de los intereses privados, generando distorsiones técnicas e incluso éticas. Esta tendencia se acentuó en los Estados socialistas, pero no fue privativa de ellos. El fenómeno inverso, de intrusión de los intereses privados en la gestión de las funciones públicas, se desencadenó con especial intensidad en el último tercio del siglo, es especial a raíz de la caída de Muro de Berlín, en 1989.

En las últimas décadas, desde que diversas corrientes filosóficas, políticas y económicas preconizaron que el Estado más grande tolerable era el Estado más pequeño posible, se inició un proceso que trascendió del espacio doctrinario al práctico, y el Estado comenzó a ser objeto de acciones que redujeron su participación en el ámbito de la producción y de la prestación de bienes y servicios, y su capacidad reguladora.

La llamada «desregulación» se convirtió en un programa del Estado para desmontarse a sí mismo; la abstención de intervenir como agente económico le llevó a transferir buena parte de sus activos al ámbito de los particulares, y el empequeñecimiento de su aparato administrativo le hizo caminar en el sentido inverso al registrado a partir de las revoluciones sociales y acentuado con motivo de las políticas de recuperación económica de entre guerras y de la segunda posguerra.

La idea del Estado como empresa racional, que alcanza su enunciación más precisa con Max Weber y que supone la presencia de una burocracia organizada, profesional y eficaz, se fue desdibujando y retrayendo ante el acoso al que se le sujetó. Este problema constitucional afectó al Estado de bienestar.

2.6. **Estado de Derecho**

El concepto de Estado de Derecho es una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades y por la concentración del

poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder. Este concepto, que comenzó a utilizarse por la doctrina alemana a principios del siglo XIX, tuvo importantes cambios a lo largo del siglo XX. Si bien en su origen sirvió para marcar un contrapunto con el Estado absolutista, en el siglo XX el Estado de Derecho tuvo como su antítesis al totalitarismo.

Fueron pocas las constituciones que adoptaron expresamente el principio de Estado de Derecho. Ocurrió así en el caso de la Federación Rusa, de Honduras, de la República de Sudáfrica, de Rumania y de Suiza, por ejemplo. En la Constitución de Chile se estableció que «los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella», con lo cual sin hacerse referencia directa al Estado de Derecho, se enuncia su significado.

Como correlato de las tendencias del constitucionalismo del siglo XX, se acuñaron conceptos complementarios del «Estado de Derecho». Aparecieron los de «Estado social de Derecho» y de «Estado social y democrático de Derecho». El constitucionalismo social, representado en el siglo XIX por la Constitución francesa de 1848, y en el siglo XX reiniciado con las constituciones de México (1917) y de Alemania (1919), generó un nuevo enfoque del Estado de Derecho. Aunque la Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia (1918) incluyó una amplia «declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado» y diversos preceptos acerca del derecho al trabajo, con lo que podría considerarse a esta Constitución entre las precursoras del Estado social de Derecho, también es necesario advertir que el sistema dictatorial que establecía la norma rusa no permiten encuadrarla como parte del constitucionalismo moderno y contemporáneo.

El Estado de Derecho, al estatuir una igualdad formal ante la ley, produjo desigualdades económicas. El aparente paraíso del Estado de Derecho ocultaba profundas contradicciones que fueron corregidas en los albores del siglo XX. La visión weimariana (o europea) del Estado social de Derecho, lo identificó con la clase obrera y con sus formas organizadas de lucha: el sindicato y el partido. A su vez, la visión latinoamericana de la misma realidad tendió a involucrar a los sectores marginados de las ciudades y a los trabajadores agrícolas. De esta suerte el capítulo económico del Estado social de Derecho en Europa y en Latinoamérica se integró por

rubros diferentes: industrial y comercial en el primer caso; urbano y agrícola en el segundo.

El Estado de Derecho tiene por eje un sistema de libertades y el Estado social tiene por objeto un sistema de prestaciones. En las constituciones de Colombia, Ecuador y Paraguay, por ejemplo, se incluyó el concepto de Estado social de Derecho; en las de África del Sur, Alemania, España, Turquía y Venezuela, el principio social aparece acompañado por el democrático. En Suiza la Constitución (1999) aportó nuevos elementos conceptuales al determinar que la actividad del Estado debe responder al interés público y ser proporcional a los objetivos procurados, que sus órganos deben actuar conforme a las reglas de la buena fe y que el derecho internacional forma parte del ordenamiento interno.

La naturaleza social de numerosas constituciones quedó implícita en su contenido, de la misma forma que ocurrió con el concepto mismo de Estado de Derecho. La primera vez que se utilizó la expresión «Estado democrático y social» fue durante la revolución de París de 1848. En el proceso de acuerdos previos a la elaboración de un nuevo texto constitucional, los socialistas y los conservadores acordaron impulsar un modelo transaccional de «Estado democrático y social», como resultado del cual fue aprobada la Constitución presidencialista de ese año. Esta norma incorporó algunas reivindicaciones sociales, pero no el derecho al trabajo. Un siglo más tarde la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, fue la primera disposición constitucional que incluyó el concepto de Estado de Derecho democrático y social.

En el Estado social y democrático de Derecho se incluyen la tutela del individuo y de sus derechos de participación política, y las relaciones de clase, instituyendo mecanismos de distribución de riqueza a través del salario, del ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones que atienden al bienestar. Lo característico de esta forma de Estado es la vinculación entre los contenidos sociales y los principios del pluralismo.

Las características del Estado de Derecho han permitido definir a los sistemas constitucionales. En este sentido se advierten cuatro grandes tendencias: la «liberal», la «social», la «democrática» y la «cultural». Cuando empezó el siglo XX dominaba el constitucionalismo liberal fraguado a todo lo largo de la centuria precedente. Las constituciones se estructuraban a

partir de los derechos de libertad, propiedad, seguridad jurídica e igualdad. Algunos de sus corolarios eran los derechos de asociación, petición, sufragio y libertad de conciencia.

El constitucionalismo social se identifica por el reconocimiento de los derechos a la organización profesional, a la huelga, a la contratación colectiva, al acceso a la riqueza, y de principios de equidad en las relaciones jurídicas y económicas. Así se explica el surgimiento de la seguridad social, de los tribunales laborales, y la defensa de derechos como la jornada máxima, el salario mínimo y el descanso obligatorio. También aparecieron los derechos de prestación con cargo al Estado, como los concernientes a educación, salud, vivienda y abasto.

Uno de los efectos más señalados del constitucionalismo social fue servir como base a la intervención del Estado en los procesos de producción y distribución de bienes y de servicios. Por eso durante el proceso iniciado en la década de los ochenta, el progresivo desmantelamiento del Estado intervencionista implicó la reducción progresiva del Estado de bienestar.

El constitucionalismo democrático, por su parte, fue objeto de importantes previsiones en seguida de la segunda posguerra. Los sistemas parlamentarios, a partir del concepto adoptado por la Ley Fundamental de Bonn, se estabilizaron mediante su parcial presidencialización, y los sistemas presidenciales propendieron a su progresiva flexibilidad para hacerse más receptivos de instrumentos y procedimientos de control político, de origen parlamentario.

Los elementos distintivos del constitucionalismo democrático consisten en el reconocimiento de los partidos políticos; en la garantía de procesos electorales libres e imparciales; en la descentralización del poder, incluyendo las formas del Estado federal y regional; en el fortalecimiento de la organización, facultades y funcionamiento de los cuerpos representativos; en la adopción de formas de democracia semidirecta, a veces incluso en perjuicio de los sistemas representativos, como el referéndum legislativo, el plebiscito, la iniciativa popular y, aunque mucho más raro, en la revocación de los representantes.

El constitucionalismo de la última década del siglo XX se significó por el énfasis en los derechos culturales. Los derechos culturales no son, como los sociales, derechos de clase, ni como los democráticos, derechos políti-

cos. «Los derechos culturales tienen un carácter transversal porque tutelan intereses relevantes compartidos por una colectividad, con independencia de cualquier afinidad ideológica, profesional o de grupo». Entre esos intereses están los derechos humanos, pero la gama es aun más amplia: comprende el derecho a la protección del ambiente, al desarrollo, al ocio y el deporte, a la intimidad, a la no discriminación, a la migración, a la información, a la objeción de conciencia, a la seguridad en el consumo, a las preferencias sexuales y a la diversidad lingüística, cultural y étnica, entre otros aspectos.

2.7. **Límites del Derecho**

Los límites de la función mediadora del Derecho, como los contempla Habermas, se hicieron ostensibles en el siglo veinte. Las tesis de la resistencia a la opresión fueron enunciadas de diversas formas en la antigüedad, en la Edad Media, en el Renacimiento y en las edades Moderna y Contemporánea. En el orden público se ha postulado que el destinatario del poder tiene un margen de flexibilidad ante el acatamiento de la norma. Con perspectivas y argumentos propios, lo mismo Théodore de Bèze, Juan de Mariana o Henry David Thoreau, se ocuparon del tema. En contrapartida, la dictadura comisoria romana, devenida en razón de Estado a partir de Justus Lipsius y Nicolás Maquiavelo, y transformada en dictadura constitucional desde el siglo XIX, ofrece el espacio para que el titular del poder adopte las excepciones en la aplicación de la ley que convengan a la preservación del propio poder.

Todas las constituciones prevén casos extremos, denominados Estados de excepción, que permiten suspender algunas de las libertades para hacer frente a amenazas para la vida constitucional. En el constitucionalismo contemporáneo estas disposiciones están redactadas con el mayor cuidado posible, para evitar distorsiones en su aplicación que hagan nugatorio al sistema constitucional mismo.

Además, algunos textos constitucionales contienen disposiciones en cuanto a la salvaguarda de los principios constitucionales. La Carta de Bonn faculta a todo alemán para ejercer el derecho de resistencia, cuando no exista

otro medio, «contra quienquiera que intente eliminar el orden constitucional». La Constitución italiana dispone que los ciudadanos sean fieles a la República y observen la Constitución. En el caso de Alemania se tuvo en cuenta el fracaso de la norma de Weimar, y en ambos países fue objeto de preocupación el resurgimiento de organizaciones políticas adversas al orden democrático. Así lo corroboran la prohibición expresa de reorganizar el partido fascista en Italia y la proscripción en Alemania de los partidos que propongan menoscabar o eliminar el orden constitucional liberal y democrático.

Hay otro fenómeno: la no aplicación de la norma por parte de los titulares del poder, cuando con esa omisión se contribuye a la preservación de las libertades públicas. Esa situación límite está presente siempre que se producen actos susceptibles de ser sancionados con relación a los cuales el Estado no hace valer su potestad coactiva, en aras de evitar un mal mayor.

Ese tema es uno más del amplio catálogo de las cuestiones de nuestro tiempo. En el siglo XX los sistemas constitucionales pudieron resolver muchos de los problemas que resultan de las tensiones normales en la vida de cualquier sociedad compleja, mediante los instrumentos de control político. La posibilidad de que los órganos de representación popular trasladen a los órganos de gobierno las expresiones de inconformidad colectiva, o de que en los casos de excepción conozcan, discutan y valoren las razones del poder, permite la canalización institucional de situaciones que en otras condiciones pondrían en riesgo la estabilidad del orden jurídico.

2.8. **Estado de bienestar**

En 1920 apareció la influyente obra «The Economics of Welfare», de Alfred Pigou, que contribuyó a definir las políticas intervencionistas del Estado, y en 1944 Friedrich Hayek publicó «The road to serfdom». Esta obra alcanzó notoriedad treinta años después, a partir de que su autor recibió el premio Nobel de economía. Hayek argumentó contra el Estado de bienestar, al que identificaba como una expresión del colectivismo y, por consiguiente, una amenaza para la libertad. Buena parte de las concepcio-

nes contemporáneas sobre la democracia, que en las últimas décadas del siglo la asociaron con la economía de mercado, tuvieron como precedente los enunciados del economista austríaco.

Con independencia del debate sostenido desde las perspectivas económica y política, la expansión y la contracción del Estado de bienestar tuvo efectos en la configuración de las constituciones. En las dos posguerras, por razones diferentes, el Estado de bienestar recibió un impulso significativo, lo mismo en países de alto desarrollo económico que en los de economía rural o de incipiente industrialización. En la década de los años ochenta la orientación giró en un sentido inverso, que se acentuó en la fase final del siglo.

Los problemas de justicia y equidad que están en el centro de la cuestión de las funciones del Estado no favorecieron una retracción completa y generalizada de algunos compromisos relacionados con el bienestar. En muchos sistemas constitucionales subsistieron las llamadas «cláusulas programáticas», aunque no siempre fueron operantes.

2.9. **Flujos financieros internacionales**

La vulnerabilidad de las instituciones financieras nacionales ante los embates especulativos internacionales, que afectan los niveles de ingreso y empleo, sobre todo de los Estados con economías más dependientes, obligó a buscar instrumentos que, sin desalentar la inversión, generadora de empleo, protegiera la estructura económica de los Estados nacionales. Honduras, Nicaragua y Brasil, por ejemplo, adoptaron normas constitucionales en este sentido, aunque sus resultados quedaron por debajo de lo previsto; la experiencia chilena tuvo más éxito; Portugal hizo otro tanto, con resultados discretos. Es esta una cuestión en la que se entrecruzan cuestiones de compleja naturaleza financiera internacional y de difícil enunciación normativa.

Los planteamientos más enfáticos fueron hechos por Lionel Jospin, en Francia, y por Oscar Lafontaine, en Alemania. Tuvieron presentes los argumentos acerca del impuesto a las transacciones financieras internacionales sugerido por James Tobin, premiado con el Nobel de economía en

1981. Si bien la estructura de este impuesto implica acuerdos internacionales, algunos Estados comenzaron a adoptar medidas de regulación sobre esas transacciones. El problema quedó apuntado como uno de los más relevantes para prevenir las crisis económicas y financieras globales, en el siglo XXI.

3. LA SOCIEDAD

3.1. Nuevos derechos fundamentales

La mayor parte de las constituciones promulgadas en Europa y América Latina, así como algunas africanas y asiáticas, incorporaron normas tutelares de la niñez, de la juventud, de la tercera edad, del consumidor, del ambiente, del acceso a los servicios de salud, de protección del ocio y de fomento del deporte. También regularon el derecho a la información y el derecho a la intimidad, en este caso incluyendo el «habeas data», entre otros instrumentos de garantía. Este tipo de disposiciones cobró un progresivo interés, a manera de sucedáneos de las grandes instituciones de bienestar colectivo que entraron en receso parcial hacia fines del siglo.

La protección constitucional e internacional de los derechos humanos fue asimismo un capítulo expansivo del constitucionalismo. Los instrumentos nacionales, incluyendo la figura del «ombudsman» con sus múltiples modalidades, y los internacionales, a través de tratados y convenciones, acompañados del establecimiento y reconocimiento de la jurisdicción de órganos competentes regionales (sobre todo en América y Europa, y con alguna timidez en África), fueron venciendo las resistencias y reticencias de muchos Estados nacionales. Con todo, no puede ignorarse que de los 185 integrantes de la Organización de las Naciones Unidas hacia fines del siglo, 42 no habían ratificado la convención que proscribe el genocidio, 29 la que extingue la esclavitud y 19 la que prohíbe la discriminación; en el caso de la Organización de Estados Americanos, 13 de sus 35 miembros no ratificaron la convención para prevenir y castigar la tortura.

Las minorías étnicas y lingüísticas también fueron objeto de atención y protección, incluso en países donde no representaban un problema rele-

vante, como Argentina. En las sociedades pluriétnicas, como la sudafricana o la guatemalteca, por ejemplo, la construcción constitucional fue más detallada. El tema adquirió un amplio desarrollo, en tanto que atendía un problema en marcha o en latencia en diversos países.

3.2. **Dignidad**

El Estado constitucional contemporáneo es muy complejo, sobre todo si se considera la asociación entre los procesos culturales y los postulados normativos. Por esta razón se fueron incorporando normas que tutelan los derechos de las minorías, en particular los relacionados con las lenguas, las religiones, las etnias, las prácticas sexuales, las condiciones de salud, las aptitudes físicas y las posiciones políticas. La proscripción de la discriminación en los más amplios términos correspondió a una tendencia generalizada en los sistemas constitucionales democráticos contemporáneos.

Los avances normativos no siempre se tradujeron en innovaciones institucionales reales, si bien representaron una decisión germinal que podrá fructificar con el tiempo. Es el caso del concepto jurídico de dignidad. Se trata de un precepto de nuevo cuño, que se ha abierto paso en la preceptiva constitucional pero cuyo alcance jurídico todavía no ha sido definido.

El primer instrumento que incorporó una referencia a la dignidad fue la Carta de las Naciones Unidas, en 1945; más tarde, en 1948, se reiteró y amplió en la Declaración Universal de los Derechos del Humanos. Luego, las constituciones comenzaron a acoger el concepto de dignidad. La primera en hacerlo fue la Ley Fundamental alemana, en 1949. En términos generales se diferencia la dignidad de los derechos, con lo cual se le imprime una cierta elasticidad, pero también una gran indeterminación. Puede decirse que, de los recientes términos incorporados en el ordenamiento jurídico, «dignidad» es de los menos elaborados. Peter Häberle, por ejemplo, reconoce que pese a la enorme tradición jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán, todavía «no se advierte ninguna fórmula que pueda considerarse suficiente» [1]. Hasta ahora las aportaciones jurisprudenciales

[1] *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 289.

son muy tímidas y poco esclarecedoras. Lo mismo sucede en España, donde a lo más que ha llegado el Tribunal Constitucional es a reconocer que la «dignidad» «constituye [el] fundamento del orden político español» [2], y en Portugal, donde el Tribunal Constitucional la identifica como un elemento del Estado de Derecho [3].

3.3. **Derechos de las minorías**

La tolerancia es el resultado de dos convicciones: garantizar la libertad y racionalizar la vida colectiva. En esa medida, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 es axiomático: toda sociedad en la que no estén garantizados esos derechos, carece de Constitución. Mientras que la razón democrática se orienta en el sentido de hacer valer la decisión mayoritaria, la razón constitucional se caracteriza por hacer respetar el derecho de todos. Este fue uno de los signos distintivos del constitucionalismo «veintecentista».

La construcción de los derechos de las minorías fue una empresa difícil pero ineludible. Respetar y garantizar el derecho a la identidad no podía hacerse equivalente a admitir que hubiera grupos a los que se dejara a la vera del desarrollo con el pretexto de que así lo habían decidido ellos mismos. Si se reconocía el derecho a la diferencia, no se le podía negar a los diferentes el derecho a optar. Si la preservación de las tradiciones de un grupo incluía a los curanderos, no por ello se le privaba de los cirujanos; si se reconocía su derecho a la lengua original, no se seguía que se les confinara en el monolingüismo.

Ahora bien, si la tolerancia es un elemento constitucional que garantiza la libertad y la racionalidad en el ejercicio del poder, no es sinónimo de indiferencia. Desde Voltaire se ha dicho que el límite de la tolerancia está ahí donde comienza la intolerancia para con la tolerancia. Las constituciones, como instrumentos de garantía de la tolerancia, no podían quedar ex-

[2] Sentencia 107/1984.
[3] Acórdão (sentencia) núm. 318/99.

puestas a sucumbir ante la intolerancia. Esto tiene que ver con los derechos de libertad que las constituciones garantizan, pero también con la organización y el funcionamiento de los órganos del poder que ellas mismas establezcan.

En Estonia, el texto supremo contiene un señalamiento del mayor interés: son compatibles con la Constitución incluso las libertades a que ella no alude directamente, siempre que estén conformes con su contenido democrático. Por su parte, la Constitución sudafricana, que hace de la tolerancia una de sus mayores preocupaciones, establece como contraria a ella toda conducta incongruente con la dignidad humana, con el no racismo y con el no sexismo.

Un caso especial de subsistencia de intolerancia es la Constitución de Turquía, cuyo preámbulo señala que no son objeto de protección constitucional las ideas y opiniones contrarias al interés del país. Aquí no se trata de la salvaguarda de los principios del constitucionalismo democrático, sino de un interés nacional muy abstracto. El origen de esta decisión está en los procesos de fragmentación representados por diversos grupos étnicos y por las tensiones políticas con países vecinos, especialmente con Grecia.

Los ejes del constitucionalismo y de la consolidación constitucional convergieron en un punto llamado tolerancia. La tolerancia es a la vez requisito del sistema de libertades, del sentimiento constitucional y del cumplimiento del orden constitucional, por lo que recorre todo el camino que va desde la concepción de la norma hasta su aplicación, pasando por la convicción generalizada de su validez.

3.4. **Derechos de los indios**

Este es un tema muy sensible en el ámbito latinoamericano.

Argentina es, con Uruguay, el país con menor densidad de población indígena de nuestro hemisferio. La Constitución uruguaya no hace alusión a los indígenas, y es comprensible, pero la argentina sí. Además de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los indígenas garantiza el derecho a la educación bilingüe e intercultural y asegura a los indígenas su participación en la gestión de sus recursos naturales.

En Brasil la Constitución dedica un capítulo completo a los indios. De manera aun más precisa que la argentina, la norma brasileña establece que los recursos hidráulicos y minerales pertenecen a la nación, pero los localizados en las tierras de los indígenas sólo pueden ser aprovechados con autorización del Congreso nacional y dando a los indios una participación en el producto que se obtenga.

Colombia es una república unitaria cuya organización territorial está basada en «entidades»: departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas. Todas las entidades gozan de autonomía, pueden gobernarse por autoridades propias y participan en las rentas nacionales. La ley precisa los requisitos para que una comunidad indígena adquiera el carácter de entidad. El gobierno de esas entidades corresponde a concejos formados conforme a los usos y costumbres de las comunidades.

En Ecuador se reconoce el quechua, el shuar «y los demás idiomas ancestrales», como de uso oficial de los pueblos indígenas. Por lo demás, la Constitución reconoce los derechos de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos; entre esos derechos incluye la protección de los lugares rituales y sagrados.

En Guatemala la Constitución pone un especial énfasis en los temas sociales. Asegura que los indígenas reciban asistencia crediticia y técnica preferencial para estimular su desarrollo, y disfruten de protección especial en materia laboral, cuando tengan que trasladarse fuera de sus comunidades. Las reformas constitucionales adoptadas por el Congreso en diciembre de 1998, pero rechazadas en un referéndum este año, pretendían ir todavía más allá y garantizar el respeto a las formas de espiritualidad de los indios, el derecho a transmitir a sus descendientes sus idiomas y dialectos, y el reconocimiento a las autoridades tradicionales. También se planteaba que las medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas serían objeto de consulta a los propios pueblos.

Honduras y Venezuela son de los países donde las constituciones apenas aluden, sin aportaciones de trascendencia, a los indígenas. En Perú la Constitución también es muy lacónica, aunque reconoce la autonomía de las comunidades nativas. En Nicaragua, en cambio, se prevé que las comunidades de la Costa Atlántica disfruten de un régimen de autonomía conforme al cual cuenten con su propia organización social, administren sus

asuntos locales y elijan sus autoridades y diputados. Para otorgar concesiones de explotación de los recursos naturales es necesario contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo Indígena.

En México la norma constitucional reconoce la composición multicultural del país y la autonomía de las comunidades indígenas. En Panamá la Constitución orienta sus preceptos a la protección de la propiedad indígena (rasgo común con las demás constituciones mencionadas aquí), y subraya los aspectos culturales, en particular el estudio, conservación y difusión de las lenguas nativas. Por su parte la más relevante aportación de la norma suprema de Paraguay consiste en el compromiso del Estado para defender a la población indígena «contra la regresión demográfica».

3.5. **Derecho a la información y transparencia**

El constitucionalismo francés, desde la «Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano», influyó en el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión; un nuevo impulso que amplía el concepto original ha llevado a complementar esa institución con lo que ahora se conoce como «derecho de acceso a la información». El derecho a la información involucra a una tríada de agentes: el emisor, el receptor y el generador de la información. La vulneración del derecho a la información puede darse con relación a cualquiera de ellos, sea porque se impida o altere la emisión; sea porque no llegue, o llegue deformada, al receptor; sea porque el generador (o sujeto de la información) la obstaculice o su expresión resulte distorsionada.

El derecho a la información encontró amplio acomodo en numerosos textos fundamentales y en ocasiones apareció vinculado al derecho a la intimidad (o «privacidad», como también suele decirse). Se partió del reconocimiento implícito de una realidad: que los órganos del poder y los particulares disponen de instrumentos técnicos muy intrusivos. Por eso se explica la exigencia de respuestas legales para la protección de la intimidad. El problema es que hay aspectos que conciernen al ámbito interior de cada individuo y que no obstante tienen efectos externos y, por ende, en la vida de otros sujetos. Un caso muy claro se presentó al discutir si existía o no un derecho a la pornografía, por ejemplo.

En cuanto al derecho a la intimidad de los individuos, comprendiendo a los integrantes de la familia, ha proliferado la garantía procesal de ese derecho fundamental, muchas veces denominado «habeas data», que permite a la persona disponer de sus datos personales y controlar a quien los conoce y utiliza. Los nuevos instrumentos de comunicación también dieron lugar a que se hablara de una especie de «carta de los derechos fundamentales electrónicos», y las tesis de la autorregulación de los medios, en especial de los electrónicos, dieron lugar a que también surgiera el concepto del «autogobierno de la «internet».

Las constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, en América Latina, consagraron el derecho a la intimidad y su respectiva garantía procesal, como lo hicieron en Europa las de Bélgica, España, Finlandia, Grecia, Países Bajos, Portugal, Suecia y Suiza. Además, en numerosos sistemas estas garantías constaron en la legislación ordinaria o se configuraron a partir de resoluciones jurisprudenciales.

En cuanto al derecho a la información, la censura quedó expresamente proscrita en Alemania, España, Portugal y Suiza; además, en España y en Suiza se adoptó la cláusula de conciencia; en Finlandia se incluyó, en cuanto a la información, la protección de la infancia; en Holanda se asimilaron el derecho a la intimidad y a la información; en Portugal se otorgó el derecho de réplica y rectificación, y el de indemnización por daños y perjuicios, y en Suecia se admitió la posibilidad de limitar la expresión en materia económica, y se otorga nivel de ley constitucional a la ley de libertad de prensa y a la ley fundamental de libertad de expresión. En América Latina la Constitución de Brasil aseguró a todos el acceso a la información y el secreto de las fuentes; en Colombia, México, Paraguay, Perú y Venezuela se garantizó el derecho a la rectificación en condiciones de equidad; en Ecuador se estableció la cláusula de conciencia; en Guatemala se permitió a los funcionarios recurrir ante un tribunal de honor para la rectificación de cargos que estimen inexactos, y se declaró que la actividad de los medios es de interés público; en Nicaragua se reconoce el derecho a la información; en Perú se limitaron el secreto bancario y la reserva tributaria a pedido de los jueces, del Fiscal de la Nación y de las comisiones del Congreso, y en Venezuela se reconoció el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial.

3.6. **Regulación de procesos científicos y clínicos**

La investigación científica, sobre todo en los temas nuclear, biomédico, electrónico e informático, plantearon dilemas éticos y jurídicos. Establecer el límite de la investigación, en especial cuando atañe a temas como la clonación de seres humanos, resultó una tarea delicada. Muchos enunciados normativos sobre los asuntos de mayor dificultad técnica fueron objeto de regulación internacional, pero numerosas constituciones incorporaron esta materia para enunciar los derechos en materia de investigación y las obligaciones del Estado para apoyarlas; algunas también optaron por imponer límites a la investigación, no siempre claros ni compatibles con el Estado secular. El interés de la sociedad no reside sólo en la preservación de la vida del hombre; atañe también a su libertad. El debate doctrinario se centró en la ponderación del interés por ampliar el conocimiento científico, sin afectar la seguridad de las especies vivas. Como sea, no es posible pensar en repetir las frustraciones que afectaron a Galileo, figura emblemática de los muchos científicos que aún después de él sufrieron la represión o la exclusión por razones de intolerancia. El tema de la libre disposición de la vida en el caso del aborto y de las diversas modalidades de eutanasia encontró apoyo en algunos sistemas constitucionales.

3.7. **Protección de los derechos fundamentales ante particulares**

La tendencia fue en el sentido de ampliar la competencia de los tribunales para conocer de todo tipo de actos u omisiones que afecten los derechos fundamentales. Esto es una consecuencia del carácter normativo de la Constitución y de su supremacía. También guarda relación directa con el concepto de justicia que se sustente [4].

[4] En este punto es relevante la idea de integridad que sustenta R. DWORKIN. Para este autor los dos principios de integridad política corresponden, en cuanto a la legislación, a la obligación del legislador de elaborar leyes coherentes, y en cuanto a la adjudicación, en interpretar la ley en el sentido de esa coherencia. *Law´s Empire*, Londres, Fontana, 1991, pp. 176 y ss.

La protección de los derechos fundamentales ante particulares es una creación doctrinaria y jurisprudencial que sólo de manera posterior fue objeto de desarrollo legislativo. En Japón los jueces han acogido las normas internacionales y las aplican cuando unos particulares afectan los derechos de otros. En Alemania la Constitución dispone que quien se vea lesionado en sus derechos «por obra del poder público», puede acudir a la vía judicial. Al adoptar el criterio de la «Drittwirkung», el Tribunal Constitucional no pudo sujetarse al texto literal de la norma suprema y se vio obligado a fallar sobre la base del «sistema de valores» incluido en la Constitución.

En España puede apreciarse que el Tribunal Constitucional, desde 1981, comenzó a orientarse hacia una argumentación parecida a la adoptada por su homólogo alemán, en el sentido de que se pronunciaba sobre el acto de una autoridad, en este caso del tribunal «a quo». Son ya numerosas las resoluciones en las que este tema ha sido abordado, con una tendencia inclinada a favor de la defensa de los derechos fundamentales, oponibles también a particulares. Así se haya adoptado una línea oblicua, pronunciándose con relación a un acto de la autoridad jurisdiccional, se fue construyendo una garantía para los derechos fundamentales cuando se ven amenazados por particulares.

Con relación a América Latina, catorce constituciones admitieron de manera explícita o implícita la procedencia de acciones en contra de particulares con motivo de la violación de derechos fundamentales, por lo que representa ya una corriente dominante en el ámbito latinoamericano. Las instancias jurisdiccionales del sistema interamericano de derechos humanos también acogieron el principio de que los particulares pueden ser responsables de la violación de esos derechos; posición que compartieron con los órganos equivalentes de la Unión Europea.

La naturaleza jurídica de la Constitución hace que sus normas sean aplicables. En el caso de los derechos fundamentales debe entenderse que su positividad implica que se puedan ejercer en todo tiempo, en todo lugar y ante todas las personas, con las salvedades que el propio ordenamiento adopte para los casos de excepción.

Hay un aspecto que no debe pasar inadvertido: la ampliación de la jurisdicción de los tribunales para ocuparse de las violaciones de los derechos fundamentales por particulares supone una revisión de la doctrina de

la separación de poderes, que se basa en la relación de pesos y contrapesos entre los órganos del poder. La separación de poderes ha sido un constructo básico para el desarrollo del constitucionalismo moderno y contemporáneo, pero en la medida en que van apareciendo agentes dotados de poder económico y político, que no podían ser previstos por la doctrina del siglo XVIII, es comprensible que se produzcan ajustes conceptuales.

La separación de poderes fue una respuesta inteligente al absolutismo. Si bien la separación de poderes fue concebida como un mecanismo para atenuar e incluso evitar los excesos en el ejercicio del poder, y para garantizar así un espacio de seguridad para las libertades, fue desvirtuada por los sistemas autoritarios que la invocaron para eludir la expansión de las funciones de control de los congresos y de los tribunales. Las supuestas injerencias de estos órganos en la actividad del gobierno podían ser consideradas como una desviación del principio de separación de poderes. Por eso se registran numerosos casos de sistemas autoritarios amparados en una rígida interpretación de la separación de poderes.

Los tribunales constitucionales han obligado a innovar la base conceptual del Estado constitucional. La progresiva ampliación de los efectos horizontales de los derechos fundamentales, con el implícito reconocimiento de que los particulares disponen de un poder real suficiente para afectar los derechos de otros particulares, contribuyó a dilatar la esfera de competencias de los órganos de justicia constitucional.

Los jueces son sensibles a los cambios que se producen en la sociedad. Las solicitaciones de justicia que se les dirigen corresponden a la fluidez de las relaciones sociales. La vida colectiva es a tal punto proteica que requiere de unas respuestas flexibles y oportunas, por lo general más viables a través de la acción de los jueces. En un Estado constitucional las funciones legiferante y jurisdiccional se imbrican, no en el sentido de invadirse sino en el de complementarse: al legislador le toca dotar de atribuciones amplias al juez y estar atento a lo que éste resuelve, para ir innovando las instituciones de justicia; al juez le concierne procesar las expresiones del cambio social, que le llegan como casos a resolver y que se producen de manera lenta pero por lo general clara. Cuando los titulares de las instituciones saben desempeñar este papel constructivo, la separación de poderes adquiere una nueva dimensión.

4. EL PODER

4.1. Sistemas de gobierno

En las constituciones de Portugal de 1911, y de Alemania y de Finlandia, de 1919, aparecieron los trasuntos de sistemas situados entre el parlamentario de Westminster y el presidencial de Filadelfia. Esta tendencia cobró fuerza con las construcciones constitucionales de la segunda posguerra: Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958) y Portugal (1976), a las que se sumaron la mayoría de las constituciones de los países francófonos; las de la posguerra fría en Rusia, Ucrania, Estonia, Lituania, Polonia y República Checa, por ejemplo, y numerosas latinoamericanas: Argentina, Brasil, Colombia, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay. La interacción de los sistemas presidencial y parlamentario hizo que los problemas de gobierno fueran vistos más allá de los conceptos clásicos y propició la adopción de controles políticos que permiten asegurar la eficacia de las instituciones democráticas por medio de la libertad de los gobernados y de la responsabilidad de los gobernantes.

4.2. Sistema representativo

Los viejos procedimientos aleatorios de sorteo practicados en la democracia ática y en las protodemocracias medieval y renacentista (en especial en las repúblicas italianas como Venecia, donde se aplicó hasta 1797, y en Florencia) cedieron ante la necesidad de crear dirigencias políticas a través de los sistemas electorales. Así apareció el sistema representativo, como alternativa de la democracia directa; sistema que se fortaleció con la consolidación de los partidos políticos en el siglo XX.

A raíz de la primera posguerra fueron adoptados mecanismos de representación corporativa, el más conspicuo de los cuales sirvió de apoyo al fascismo italiano. En contrapartida, la vertiente democrática de la representación profesional estuvo significada por los consejos económicos y sociales, inspirados en el modelo francés de 1925, que encontró espacio en la Constitución de 1946.

La consolidación del sistema representativo implicó el desarrollo de instrumentos electorales complejos. Muchos de los sistemas que conservaron el principio de elección mayoritaria, aplicaron también el «ballotage», creado por la Constitución francesa de 1793. En cambio, los mecanismos de representación proporcional se aplicaron de manera incipiente en Bélgica, en el último lustro del siglo XIX, pero proliferaron en seguida de la primera posguerra. Alemania, Bélgica, Checoslovaquia, Francia y Holanda, por ejemplo, adoptaron la representación proporcional en las postrimerías de la segunda década del siglo. A lo largo de la centuria el sistema de representación proporcional se extendió en el mundo, y en varios casos se aplicaron de manera coincidente variantes del mayoritario y del proporcional.

4.3. **Control político**

Numerosas instituciones, como el voto de confianza o la moción de censura; el veto general y parcial; las facultades de investigación de las comisiones parlamentarias; el veto legislativo; las interpelaciones; la capacidad de los ministros para intervenir en las deliberaciones de las asambleas; el control congresual de los nombramientos y de las remociones del gobierno; la forma de ejercer el derecho de iniciativa legislativa; la legislación delegada; la duración de los periodos de los órganos colegiados de representación; las funciones de dirección política de los congresos; las facultades residuales o incidentales de los gobiernos; la organización, competencia y funcionamiento de los gabinetes, fueron cuestiones que incidieron en los controles políticos y formaron parte del debate y de la construcción institucional del último tercio del siglo.

El problema del control político está relacionado con la legitimidad de los sistemas, con la necesidad de equilibrios entre los órganos del poder, con el riesgo de los excesos y de los consiguientes bloqueo y autobloqueo de las instituciones, con los procedimientos de descentralización, con la distinción entre controles constitucionales y paraconstitucionales, entre otros aspectos susceptibles de influir en el funcionamiento de los órganos del poder y en las creencias constitucionales de la sociedad política. El control

político es el correlato de la responsabilidad, también política, que incumbe a quienes desempeñan funciones de alta jerarquía en el gobierno.

4.4. **Control financiero**

El problema de la elaboración, aprobación, ejercicio y evaluación de los presupuestos tuvo que ver con los procedimientos de control, de dirección política y de gobierno. En numerosos sistemas se adoptaron diversas modalidades de reconducción del presupuesto. En cuanto a la evaluación del gasto, la tendencia dominante en la pasada centuria apuntó en el sentido de una creciente participación de los parlamentos y congresos y de la integración de órganos de análisis dotados de autonomía técnica.

4.5. **Derechos de la oposición**

La teoría de los partidos políticos en el siglo XX tuvo un fecundo desarrollo, sobre todo a partir de las aportaciones de Maurice Duverger. Numerosos estudios demostraron los problemas planteados por los partidos políticos, a la vez que acreditaron su relevancia para la consolidación de las instituciones de representación política y para la gobernabilidad de los sistemas constitucionales. No obstante que la relación entre partidos y sistema representativo está fuera de duda, fue necesario corregir algunas desviaciones propias del concepto de democracia mayoritaria.

En ese sentido las disposiciones constitucionales que garantizaron los derechos propios de la oposición representaron una forma de consolidar la democracia consensual y de evitar el «monopolio» de la información política por parte de un solo partido o de una coalición. Las condiciones de competencia política entre los partidos son muy desiguales si a la desproporción de recursos financieros y de acceso a los medios de comunicación, que resulta de su posición electoral, se suma la circunstancia de carecer de información política.

El primer sistema constitucional que introdujo correctivos en esa materia fue el portugués. La Constitución de 1977 dispuso que las minorías

tienen derecho «de oposición democrática conforme a la Constitución», y en especial que los partidos representados en la Asamblea de la República que no formen parte del gobierno, gozan del derecho a ser informados de manera regular por el gobierno acerca de «la marcha de los principales asuntos de interés público». Esta disposición, que estableció derechos específicos para la oposición, encontró acogida también en las constituciones de Colombia y Ecuador, por ejemplo.

Ese incipiente proceso de reconocer derechos específicos de la oposición también fue objeto de desarrollo por la vía jurisdiccional y legislativa en otros sistemas. Algunos más incluyeron los derechos de la oposición como parte de sus mejores prácticas políticas.

4.6. **Democracia semidirecta**

Por diversas razones las instituciones de la democracia semidirecta encontraron frecuente acogida en los sistemas constitucionales. Las causas de esta tendencia estuvieron relacionadas con el fortalecimiento de los sistemas presidenciales plebiscitarios, que podían así eludir el debate parlamentario; con el desprestigio, natural o inducido, de los parlamentos y de los partidos, e incluso con proyectos democráticos.

Las instituciones utilizadas con mayor frecuencia fueron el referéndum, en sus modalidades constitucional y legislativa; el plebiscito; la iniciativa popular y la revocación del mandato. El plebiscito constitucional mostró su utilidad para involucrar a la ciudadanía en las definiciones axiales del Estado, pero el referéndum legislativo por lo general tuvo efectos negativos para los órganos representativos al permitir a los gobiernos eludir el debate parlamentario. En cuanto al plebiscito, en muchas ocasiones fue un instrumento de la autocracia y hasta del totalitarismo. En los sistemas donde la percepción pública de la política y de los partidos era muy negativa, hubo una persistente corriente de opinión en el sentido de adoptar el plebiscito para superar las distorsiones, reales o supuestas, derivadas de la manipulación de los partidos, de la ineficiencia de los congresos y de la corrupción de los dirigentes.

La iniciativa popular fue una institución más o menos inocua, porque por lo general quedó sujeta a requisitos difíciles de satisfacer, en tanto que la revocación del mandato se caracterizó por propiciar excesos por parte de sus promotores, para entorpecer el trabajo de los gobernantes, o de éstos como medio para legitimar sus acciones autoritarias. La manipulación de la revocación fue una constante en los pocos casos en los que se utilizó.

4.7. **Control jurisdiccional**

Si bien la jurisdicción constitucional fue una aportación del constitucionalismo estadounidense con motivo del caso «Marbury vs. Madison», de 1803, los tribunales constitucionales fueron concebidos por Hans Kelsen en la Constitución de Austria de 1920. Esta fue una de las instituciones de mayor impacto en el constitucionalismo «veintecentista», por los efectos favorables que tuvo para consolidar la naturaleza jurídica de la Constitución y, en esa medida, para vigorizar al Estado constitucional.

En algunos sistemas constitucionales los mayores desafíos para la justicia constitucional procedieron de los partidos políticos y de los congresos. Los primeros advirtieron la influencia progresiva de los tribunales constitucionales y procuraron adoptar formas de designación que facilitaran sistemas de cuotas en la distribución de las magistraturas. Los congresos, por su parte, fueron reacios a admitir a los jueces como competidores de su actividad legiferante.

En términos generales la función jurisdiccional del Estado se hizo más completa y más compleja. Con este motivo fueron adoptadas nuevas formas de gobierno y control interno a partir del Consejo Superior de la Magistratura creado en Italia en 1907, que recibieron un vigoroso impulso gracias a la participación de Piero Calamandrei en la Constitución italiana. Los consejos de la judicatura se incorporaron en un buen número de sistemas constitucionales democráticos; pero siguen siendo fuente de controversias porque son instituciones que afectan las hegemonías internas de los aparatos judiciales y coadyuvan a la independencia judicial ante los órganos del poder político.

4.8. **Federalismo y regionalismo**

La tendencia a la descentralización cobró fuerza en el último tercio del siglo. Incluso Estados de tradición unitaria, como el británico, emprendieron acciones de lo que denominaron «devolución», porque consisten en regresar facultades perdidas o delegadas por las regiones en los sucesivos procesos de integración territorial o de fusión monárquica. Gales, Escocia e Irlanda recuperaron varios aspectos de su autonomía normativa y de gobierno. Otros Estados europeos participaron de esa tendencia, para reducir tensiones de las regiones entre sí, o con las autoridades nacionales. Por motivos lingüísticos, religiosos, políticos e incluso étnicos, varios Estados siguieron la senda de la descentralización. Este fue el caso de Bélgica y de España, y en forma incipiente de Italia. Francia analizó también algunas formas de descentralización. La extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas dejó su lugar a una diversidad de nuevas repúblicas, algunas de las cuales, como la Federación Rusa, adoptaron la forma federativa de organización.

Una experiencia traumática, donde no fue posible procesar las tensiones producidas por las desemejanzas internas, fue el de Yugoslavia, que se acabó fragmentando. Empero, dominó la tendencia constructiva. El federalismo cooperativo alemán, las nuevas modalidades adoptadas mediante la profunda reforma constitucional de Argentina en 1994, los procesos de descentralización fiscal y de gestión de servicios en España, son algunos de los varios ejemplos de la construcción de un enfoque que fue objeto de renovada atención. El federalismo y su correlato, el regionalismo, junto con otras formas de administración y gobierno local, como el municipio, cubrieron una parte relevante de la agenda constitucional del siglo.

4.9. **Organización municipal**

La naturaleza de los órganos de gobierno municipal, investidos de facultades administrativas, normativas y en ocasiones jurisdiccionales, los hizo objeto de interés para la doctrina. Los municipios son sugerentes campos de experimentación política, donde la separación de funciones se diluye sin que por ello los ayuntamientos pierdan su identidad democrática.

En materia municipal las mayores innovaciones se produjeron en la Unión Europea, donde se confirió el derecho de voto a los residentes, con independencia de su nacionalidad. Con este trascendente paso el municipio adquirió un carácter integrador que le imprimió una nueva proyección.

4.10. **Órganos de relevancia constitucional**

Al margen del nomenclador que se utilice, el constitucionalismo «veintecentista» asistió al surgimiento y expansión de una serie de órganos constitucionales que ya no son susceptibles de encuadramiento por la convencional tripartición de las funciones del poder.

El desarrollo de nuevas funciones técnicas del Estado, como las de naturaleza financiera, a través de los bancos centrales; la exigencia de instrumentos eficaces, objetivos y autónomos para la protección de los derechos humanos; la garantía de imparcialidad en los procesos electorales; la alta especialidad de algunas funciones y servicios públicos, como el aprovisionamiento de agua o la gestión de empresas públicas, por ejemplo, llevaron a la incorporación de diversos organismos en el ámbito de las constituciones. En otros casos las agencias especializadas, como ocurre en Estados Unidos, no fueron incorporadas al ámbito constitucional, pero tampoco se les sujetó a la dependencia jerárquica y financiera del gobierno. Es un fenómeno más o menos reciente, acerca del cual la elaboración doctrinaria está en marcha. Uno de los efectos más generalizados de la multiplicación de este tipo de organismos consistió en una nueva fase de expansión de las facultades de control parlamentario.

4.11. **Organismos no gubernamentales**

Su crecimiento se produjo por igual en los ámbitos nacionales e internacional, y de manera dominante se orientaron a la defensa de los derechos fundamentales, a la promoción de la salud, de la educación, a la defensa del ambiente y a la supervisión en los procesos electorales. De alguna manera el surgimiento y la proliferación de esos organismos correspon-

de a una etapa en que los titulares de los órganos el Estado presentaron un doble déficit: de legitimidad y de efectividad. Según se les quiera ver, estos organismos resultan complementarios, duplicativos o excluyentes de los órganos del Estado que ejercen funciones análogas.

El aspecto más llamativo de estas instituciones consiste en que los ciudadanos se involucran en tareas de desarrollo y bienestar colectivos en condiciones de autonomía con relación al Estado, sin pretensiones de poder político ni de estatus económico, y como una vertiente novedosa de filantropía, sea por la contribución económica que realizan, sea por la aportación de su trabajo, en ocasiones a título honorífico y en otras muy por debajo de los estándares salariales dominantes. Los diferentes sistemas constitucionales han incorporado, o tienden a hacerlo, formas de integración y regulación de esos organismos.

5. LA CONSTITUCIÓN

5.1. Función reglamentaria de la Constitución

En 1966 Kenneth C. Wheare publicó su conocida obra «Modern Constitutions», en la que advirtió y controvirtió la tendencia dominante en algunos sistemas constitucionales, en el sentido de hacer de la norma suprema una norma reglamentaria, dominada por el casuismo. La exuberancia de los textos constitucionales estuvo relacionada con las exigencias de los interlocutores que participaron en la formulación de los consensos políticos; con la conveniencia circunstancial de introducir fragmentos del discurso político en la norma suprema; con la aparente satisfacción de necesidades o demandas de sectores de la población; con la intención de reducir los márgenes de discrecionalidad de los titulares de los órganos del poder, incluidos los legisladores ordinarios y los jueces constitucionales, o con el propósito de restablecer la confianza colectiva en las instituciones.

En cuanto a los efectos negativos de los acuerdos, al no preverse los efectos de las interacciones negativas entre institutos normativos mutuamente excluyentes, se adoptaron decisiones de utilidad efímera. Otro problema consistió en que los actores políticos sobrecargaron las constitucio-

nes con detalles prescindibles. Este fenómeno afectó las tareas del legislador ordinario, porque le vedó la flexibilidad necesaria de acoplar la norma y la normalidad. En cuanto a los jueces constitucionales, se limitó su capacidad de adaptar la Constitución a las necesidades cambiantes de las sociedades, por la vía de la interpretación: a mayor detalle en la redacción de la norma, menor libertad interpretativa.

Las constituciones redactadas con ese criterio se vieron sometidas a reformas muy frecuentes, que a su vez redujeron la estabilidad de su contenido y, por consiguiente se convirtieron en textos para expertos y no para el ciudadano común.

5.2. **Reforma constitucional**

Una singular disposición de la Constitución francesa de 1793 decía: «Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras» (artículo 28). Esta norma contiene un auténtico derecho a la reforma constitucional.

El problema de la reforma constitucional, en cuanto a sus procedimientos y límites, ocupó buena parte de la atención de la doctrina durante el siglo XX. Numerosos sistemas constitucionales optaron por fijar límites temporales o temáticos en cuanto a su posible reforma, y como consecuencia provocaron tensiones que precipitaron la radicalización de los reformadores. No hay argumentos convincentes para sustentar que algunos aspectos constitucionales sean inamovibles.

La cuestión linda con el problema de la soberanía y es, en esa medida, un tema mayor del constitucionalismo. En el orden operativo el mecanismo por excelencia para estabilizar la norma constitucional y restituirle su naturaleza de supremacía y a la vez dificultar su reforma, ha consistido en involucrar a la ciudadanía a través del referéndum constitucional. La reforma constitucional es uno de los grandes temas que de tiempo atrás se viene discutiendo. El debate no está agotado porque incluso los sistemas que se precian de mayor estabilidad, han dado lugar a una actividad reformadora muy intensa.

6. CONSIDERACIONES FINALES

En este estudio me he concretado a ofrecer un panorama general del constitucionalismo durante el siglo XX. Al enunciar los grandes rubros que abarcó, sólo abordé de manera tangencial otra cuestión central en la vida de las constituciones: su positividad. Los enunciados normativos en vigor no siempre se han traducido en actos de aplicación; esta es una cuestión que requiere un estudio centrado en la realidad de cada sistema constitucional. Lo relevante, empero, consiste en identificar que al menos en cuanto a los contenidos, hubo corrientes dominantes que imprimieron un perfil más o menos homogéneo al constitucionalismo «veintecentista».

La gran síntesis apunta en el sentido de los objetivos institucionales: libertades públicas, equidad, dignidad, democracia y garantías jurisdiccionales para los derechos fundamentales. Cada uno de esos objetivos se tradujo en distintas expresiones normativas y en una variada gama de combinaciones. El éxito o el fracaso de cada modalidad tuvo mucho que ver con el entorno cultural en el que se aplicó, y con el mayor o menor acierto de su formulación técnica. Muchas veces una solución funcional en un ámbito determinado no prosperó trasplantada a un medio adverso; en otras ocasiones incluso la compatibilidad entre el concepto adoptado y el medio, tampoco produjo los frutos esperados, porque su enunciación técnica fue deficiente. Estas «externalidades constitucionales» forman parte del complejo universo de los sistemas constitucionales contemporáneos. Para ayudarnos a descifrarlos han sido fundamentales los inspiradores estudios realizados por el profesor Peter Häberle.

Las normas, al igual que las conductas reguladas, cambian de continuo, y los márgenes de elasticidad de una y de otra son variables. Este proceso exige adecuaciones dinámicas para las que resulta esencial disponer de un referente más o menos constante, al que llamo óptimo constitucional. «El óptimo constitucional consiste en la mayor coincidencia posible entre la norma y la normalidad para garantizar los derechos fundamentales, la equidad social y el ejercicio responsable del poder». La norma constitucional representa una intervención sobre la realidad cultural; la vida del Estado es un taraceado de reglas y de realidades. Según que ambos elementos se complementen o se aíslen, el Estado se acerca o se aleja del óp-

timo constitucional. El aumento de los niveles de coerción relacionada con actividades de relevancia política, por ejemplo, denota que la autoridad incrementa su rigidez (autoritarismo) o que los agentes sociales acentúan su resistencia a obedecer (entropía). Cualquiera de estas tendencias por sí sola puede alterar el curso del Estado constitucional. Además, las dos tendencias pueden actuar como catalizadores recíprocos, con lo cual los riesgos de fisuras institucionales también aumentan. Visto en retrospectiva, el constitucionalismo «veintecentista» fue un perenne ajuste para atenuar las tentaciones fáusticas que resultan de la «lucha por el poder», de la «lucha contra el poder» y de la «lucha en el poder». En esta medida, el siglo XX fue un gran laboratorio para observar cómo se construye y se deconstruye un Estado constitucional.

Resumen:

Este estudio presenta una visión panorámica de las presiones y los profundos cambios que experimentó el constitucionalismo durante el siglo XX, cambios comprensibles a la vista de las grandes transformaciones políticas, económicas, sociales, culturales y científicas que vivió el mundo en este siglo. Sin el propósito de hacer una enunciación detallada, es posible identificar las tendencias dominantes del constitucionalismo durante el siglo XX a través de una visión de cuestiones centrales en los debates sobre cuatro conceptos esenciales del constitucionalismo: 1) el Estado y, en él, elementos atinentes al concepto de soberanía, secularización, relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, la integración supranacional, la dimensión del Estado, el Estado de Derecho, los límites del Derecho, el Estado de bienestar y los flujos financieros internacionales, 2) la sociedad y, con ello, cuestiones referidas a derechos fundamentales, dignidad, derechos de las minorías, derechos de los indios, derecho a la información, regulación de procesos científicos y clínicos y protección de derechos, 3) el poder cuyo debate plantea cuestiones referidas a los sistemas de gobierno y el sistema representativo, el control político y el control financiero, los derechos de la oposición, la democracia semidirecta, el control jurisdiccional, el federalismo y el regionalismo, el municipalismo, los órganos de relevancia constitucional y los órganos de gobierno, y por último 4) la constitución y, con ella, los problemas derivados de su función reguladora y la reforma constitucional.

Palabras Clave: *Constitucionalismo, Constitución, Estado, Sociedad, Poder.*

Abstract:

This paper presents an overview of the pressures and the profound changes which have interested constitutionalism during the twentieth century. We can understand these changes only taking into account the great political, economic, social, cultural and scientific transformations the world has lived during this century. Without the purpose of elaborating a detailed statement, we can identify the dominant trends of twentieth century Constitutionalism, through an overview of central issues, objects of the debates regarding four essential concepts of the Constitutionalism: 1) the State and, in it, the relevant elements regarding sovereignty, secularism, the relationship between the international and national Law, the supranational integration, the dimension of the State of Law, the limits of the Law and the international financial flows; 2) the society and with it, the issues concerning the fundamental rights, dignity, minorities´ rights, the rights of indigenous peoples, the right to information, the regulation of scientific and clinical processes and the protection of rights; 3) the power, which debate raises questions about the government systems and the representation systems, the political and the financial control, the right of the opposition, the semi-direct democracy, the judicial review, the federalism and the regionalism, the local government, the relevant constitutional bodies and the governing bodies, and, finally, 4) the Constitution and, with it, the problems derived from its role as regulator and the constitutional reform.

Keywords*: Constitutionalism, Constitution, State, Society, Power.*

EL CONSTITUCIONALISTA EUROPEO COMO OBSERVADOR PARTICIPANTE DE LA DEMOCRACIA EUROPEA [1]

JÖRG LUTHER [*]

Traducido del italiano por ADORACIÓN GALERA VICTORIA

SUMARIO:

1. LA CALMA PRECEDE A LA TORMENTA
2. RESPETAR LA DIGNIDAD DEL CIUDADANO EUROPEO SOBERANO
3. DEFENDER LAS BUENAS COSTUMBRES DEMOCRÁTICAS EUROPEAS
4. APRENDER LA DEMOCRACIA PROMETIDA Y LA PRETENDIDA POR LOS EUROPEOS
5. REFORMAR EL SISTEMA ELECTORAL EUROPEO
6. PROMOVER FORMAS DE DEMOCRACIA DIRECTA EUROPEA
7. APOYAR EL CARÁCTER INTEGRADOR DE LA DEMOCRACIA EUROPEA

1. LA CALMA PRECEDE A LA TORMENTA

¿Cuál es el estado de la democracia en Europa? Si es un estado no sólo objetivo, institucional, sino también subjetivo de ánimo e identidad son cuestiones que deben ser planteadas en primer lugar a los europeos. Intentemos imaginar preguntas y respuestas. Quizás la mayoría estaría de acuerdo en que estamos orgullosos de ser europeos, pero no de tener una Unión Europea. Algunos manifestarían malestar, otros en cambio desinterés. Tal

[1] Versión revisada de la ponencia al Congreso «La Construcción del Derecho Constitucional Europeo. Congreso Internacional en Honor de Peter Häberle, con motivo de su 75 aniversario», Granada 14 y 15 mayo 2009, el día siguiente de las elecciones europeas y de la sentencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe sobre el Tratado de Lisboa.

[*] Catedrático de Derecho constitucional. Universidad del Piamonte oriental

vez la mayoría diría que nos sentimos menos soberanos en la Unión que en el «propio» Estado constitucional. Quizás los menos, tal vez algún político o juez constitucional se sientan «señores» de Europa y de su Unión, pero es posible también, al menos se debería decir, que el Estado nacional y la democracia «somos nosotros». Tal vez no pocos se sientan más observados que observadores.

En efecto, si atendemos al eurobarómetro [2], la condición meteorológica de Europa indica «calma». Ya en otoño de 2008, sólo 1 de cada 3 ciudadanos europeos tenían intención de ir a votar. En la primavera de 2009, el porcentaje de los que confian en la Unión sube del 30 al 38% [3]. El porcentaje aumenta en los paises más ricos y desciende entre los menos ricos. El 40 % elige como símbolo de los valores europeos el euro, sólo el 37 % a la democracia [4]. El Parlamento europeo goza siempre de una confianza mayor (48%) respecto del Banco Central Europeo y es similar en el conjunto de la Unión (47 %). La mayoría absoluta piensa, sin embargo, que Europa ha crecido demasiado rápido. Políticamente, la (¿misma?) mayoría se situaría más a la izquierda (1-5) que a la derecha (6-10) (media europea: 5,2). Entretanto, el 15 % de los ciudadanos optaría por una paralización de los países de la Unión, el 81 % desea una mayor contribución de la Unión a la promoción de la democracia en el mundo. Luego, en tiempos de crisis financiera, la Unión hace confiar en la industria del automóvil, aunque no tanto en un desarrollo de la democracia a nivel europeo.

El jurista europeo no podrá, ciertamente, crear el viento, ni prever en qué dirección del cielo y de la tierra volverá. Si acaso podrá aprovechar el momento para contribuir al desarrollo de una cultura constitucional europea capaz de resistir tempestades futuras. Desde esta perspectiva, las observaciones que siguen se centran primero en tres contribuciones jurídicas

[2] Standard eurobarométrico núm. 70 y 71, otoño 2008 y primavera 2009.

[3] En algunos países como Lituania, Rumanía e Italia, el porcentaje de quienes confían políticamnte a nivel nacional es aún inferior.

[4] En primavera de 2009, a la pregunta sobre qué significa Europa para usted, el 42% responde libertad de circulación, el 33% el Euro, el 25% paz, el 22 % democracia, el 19 % diversidad cultural, el 19% burocracia y el 13% desempleo.

a la teoría de la democracia, para afrontar después tres cuestiones prácticas de la democracia en el Derecho público de la Unión Europea.

2. RESPETAR LA DIGNIDAD DEL CIUDADANO EUROPEO SOBERANO

Según una afortunada percepción de Peter Häberle [5], la democracia es una consecuencia organizativa y, se podría añadir, una garantía «política» de la dignidad humana. La dignidad humana es reconocida en la vida privada y en la pública, es personal y social, civil y política. Esta relación entre dignidad y democracia no crea derechos nuevos, porque la tutela jurídica de la dignidad humana no está separada de la de los derechos humanos que la concretan, pero también significa reconocer el carácter fundamental de los derechos políticos. Esto no supone, por tanto, deducir necesariamente del derecho a la dignidad humana un derecho a la democracia, pero sí al menos el deber de garantizar unos derechos políticos «dignos». Quienes no tienen elección política, a los que se deniega el derecho de voto, el derecho de petición política y el derecho de emigrar, tienen una dignidad no reconocida. Igualmente, la «dignidad política» es resultado posible de los derechos humanos que, desde esta perspectiva, preceden lógicamente a los derechos de «soberanía popular».

La dignidad humana no es una tarea del Estado, sino que puede ser sólo un deber del ciudadano. La dignidad política se sitúa, por tanto, en la búqueda de identidad de cada ciudadano. Las Cartas constitucionales europeas abren, promueven y orientan esta búsqueda, ofreciendo también con las garantías de los derechos políticos un mínimo de esperanza y de seguridad, es decir, indicadores de injusticia («sensori di ingiustizia») y mecanismos de garantía («dispositivi di assicurazione»). En el espacio y el tiempo de la Unión Europea, los indicadores y mecanismos de garantía de las cartas nacionales no se límitan, sin embargo, al Estado nacional. En la medida en que legitiman también la integración y una política internacional, es-

[5] *Europäische Verfassungslehre* 4.ª ed., Baden-Baden, 2006, pp. 295 y ss.

tos derechos políticos se expanden y pretenden tener valor también a nivel supra- e internacional. Si el ciudadano tiene poca esperanza y mucha inseguridad en las políticas y las instituciones de la Unión Europea, los jueces constitucionales europeos no pueden ignorar este estado de ánimo cuando juzgan cuestiones relacionadas con los indicadores y los mecanismos de la política. Pero no les corresponde a ellos el cuidado de los ánimos, ni una jurisdicción voluntaria en la politica europea, si acaso el mantenimiento de los indicadores y mecanismos constitucionales de los ciudadanos.

3. DEFENDER LAS BUENAS COSTRUMBRES DEMOCRÁTICAS EUROPEAS

Gustavo Zagrebelsky [6] sostiene que la democracia es un conflicto permanente por la inclusión, una lucha «contra las oligarquías siempre resurgentes en su interior». La democracia europea, como muestran las expreriencias del totalitarismo, debe defenderse del «nihilismo del puro poder» no menos que del «absolutismo de la verdad dogmática». Incluso frente a aquellos que con palabras engañosas quisieran que la democracia fuese sólo «of the people», una propiedad sin garantía de renta, o sólo «by the people», una acción populista teledirigida, o sólo «for the people», una tutela paternalista.

Se podría añadir que la advertencia transatlántica de Lincoln de Gettysburg («that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth»), lejos de invocar un presidencialismo mundial, advierte a los europeos que no olviden nunca la debilidad de sus culturas democráticas. La democracia no puede vivir sin un «ethos» de civilización republicana que para Zagrebelsky consiste en la salvaguardia de la personalidad individual, en el sentido de la igualdad, en la apertura a la diversidad, en la actitud experimental, en la desconfianza hacia las decisiones irremediables, en el sentido de responsabilidad de mayoría y mino-

[6] Por último: *www.biennaledemocrazia.it/pdf/lezione_zagrebelsky.pdf (23.* 4. 2009).

ría y en una actitud de confianza mutua sobre la que debemos fundar la confianza en «nosotros» [7]. Dado que los usos de la democracia no transforman automáticamente a los súbditos en ciudadanos, este «ethos» democrático exige si no una religión civil, sí al menos una educación cívica y una cultura (o patriotismo) constitucional amplia.

No obstante, frente a esta pretensión algunos temen excesos de moralismo, de censura y de hegemonía cultural jacobina. A nivel europeo, estos temores – no sólo italianos – pueden aumentar si se pone en duda la existencia de una esfera pública europea. No se ha dicho que todos coincidan en asumir de forma indubitada un deber «cívico» universal de sensatez y moderación de cada ciudadano europeo, siendo la sensatez más una virtud de los gobernantes que un deber de los ciudadanos. No obstante, es posible identificar un mínimo común denominador de buenas costumbres democraticas europeas según el cual en los asuntos públicos debe prohibirse toda forma de «cinismo» destructivo [8]. Los recientes casos europeos de sátira religiosa muestran como los contextos culturales donde se definen los supuestos de aplicación de las «buenas costumbres democráticas» son, por lo demás, cada vez menos nacionales y más europeos o globales. El constitucionalista, como observador participante, no debe ceder al pesimismo cínico, sino confiar en la capacidad de los ciudadanos de «hacerse» democráticos por sí mismos, al menos en Europa.

4. APRENDER LA DEMOCRACIA PROMETIDA Y LA PRETENDIDA POR LOS EUROPEOS

Christoph Möllers [9] pretende aportar a la cultura democrática la idea de que en democracia el lugar de la razón esta ocupado por la voluntad. En democracia nos prometemos («Versprechen») sólo igual libertad, no ya

[7] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Roma, 2005, pp. 27 y ss.

[8] Cfr. P. SLOTERDIJK, *Kritik der zynischen Vernunft*, 1983, trad. it. *Critica della ragion cinica*, Milano, 1993.

[9] C. MÖLLERS, *Demokratie - Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008.

una buena vida o una vida sin poder. La democracia debe basarse siempre en una voluntad producida por procedimientos jurídicos que exigen valor («Zumutung») y responsabilidad, confianza en la fuerza del buen argumento y humildad entre los igualmente débiles. El ideal de la democracia no sería el consenso implícito, porque la identidad democrática se construiría mediante el conflicto explícito.

A esta tesis cabría objetar que la necesaria voluntariedad de la democracia no debe, sin embargo, excluir procedimientos «deliberativos» distintos de las decisiones por mayoría simple [10]. Ni conviene concebir una democracia hecha por ciudadanos solos igualmente libres, sin formas de pluralismo social y político. De lo contrario se correría el riesgo de creer que la Unión Europea no puede transformarse en democracia por vía pacticia y que los referenda nacionales sobre el Tratado constitucional han sido «la única censura democrática del proceso costituyente».

En efecto, el propio Möllers reconoce que el federalismo democrático puede prometer y producir «iguales libertades» no sólo entre Estados, sino también entre ciudadanos, por ejemplo, los esclavos en Estados Unidos o las mujeres en la Unión Europea [11]. Por tanto, a nivel europeo considera posible procesos que hagan el gobierno de la Unión más democrático, incluso sin convertirla en una democracia sustitutiva de la nacional. No sólo los parlamentos, también los ciudadanos deben comprender su responsabilidad democrática respecto de la internacionalización. Precisamente en este punto hay que añadir que ésta es exactamente la voluntad no sólo de la clase política, sino también de los ciudadanos de los Estados amparada, por lo demás, en numerosas reformas constitucionales. La voluntad de aprender la democracia, prometiéndose libertad igual no sólo en el Estado nacional sino también en Europa, es una voluntad manifestada no únicamente en la constitución del pueblo que constituye numéricamente la mayoría relativa. Si con esta promesa hubiéramos pretendido demasiado para

[10] J. ELSTER, Torino *talk on deliberative democracy*, http://www. biennaledemocrazia.it/pdf/lezione_elster.pdf

[11] C. MÖLLERS, *op. cit.*, pp. 88 y ss. Cfr. Igualmente su crítica a la sentencia de Karlsruhe sobre el Tratado de Lisboa en: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 16.07.2009.

nosotros mismos, deberíamos sentirnos fracasados como ciudadanos. La voluntad de una Europa más democrática no es una quimera y no debe anularse por quienes se abstienen en las elecciones al actual Parlamento europeo. Además el constitucionalista observador participante no puede suscribir semejante declaración de fracaso, debe reflexionar y aconsejar al ciudadano sobre cómo fortalecer sus derechos políticos [12]. A este respecto conviene estudiar ante todo el mecanismo electoral, al ser el Parlamento la institución en la que el ciudadano pretende encontrar «voces» («voice») y modelos para aprender la democracia.

5. REFORMAR EL SISTEMA ELECTORAL EUROPEO

Sabemos que los partidos políticos a nivel europeo son aún débiles, que las campañas electorales continúan desarrollándose más a nivel nacional que europeo y que la afluencia general en las elecciones al Parlamento disminuye de forma constante. En este difícil contexto, el art. 190.4 TCE había delegado en el Parlamento la tarea de diseñar la elección por sufragio universal directo según un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o según unos principios comunes a todos los Estados miembros. El sistema electoral propocional es hoy común a todos los Estados miembros (salvo en el Reino Unido), aunque persisten diferencias en la configuración de las circunscripciones electorales y en la disciplina del voto preferencial. El Tratado de Lisboa ha renovado el mandato de uniformidad (art. 14), consagrando el principio de proporcionalidad decreciente y estableciendo además que el Parlamento «está compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión» (art. 10 TUE) – mientras la actual definición de los miembros del Parlamento europeo es la de únicos «representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad» sentando

[12] Desde esta perspectiva permítase remitirme a J. LUTHER, «The Union, States and Regions: ho do we develop multilevel rights & multilevel democracy?», en: U. MORELLI (ed.), *A Constitution for the European Union*, MIlano 2005, pp. 123 y ss; trad. it.: «Unione, Stat, Regioni: come sviluppare la democrazia multilevel», en*: Europa costituenda*, Torino 2007, 119 y ss.

como principal objetivo garantizar que el Parlamento esté compuesto por «representantes de los ciudadanos de la Unión» (art. 10.2 TUE).

Una comisión presidida por Andrew Duff ha realizado una serie de propuestas de reforma para las elecciones de 2014 como la obligación de crear circunscripciones territoriales en todos los Estados miembros cuya población supere los 20 millones y la facultad de crear circunscripciones especiales para las minorías lingüísticas, la introducción del sistema de voto preferencial, unificar los días de las elecciones, establecer como edad mínima para el voto 16 años y para la candidatura 18 años, desarrollar votaciones electrónicas y basar la asignación de escaños en el criterio del número de ciudadanos en lugar del de residentes. A estas propuestas —que necesitan ser profundizadas desde perfiles constitucionales— se añade sobre todo que «con el fin de ampliar la elección del elector, de fortalecer la dimensión europea de las campañas electorales y de desarrollar el papel de los partidos políticos europeos, se creará una circunscripción única adicional correspondiente al conjunto del territorio de la Unión europea. El número de diputados electos en este colegio transnacional será igual al número de Estados; las listas transnacionales estarán compuestas por candidatos procedentes de al menos una cuarta parte de los Estados y serán equilibradas por géneros. Cada elector dispondrá de un voto para la lista UE que se añade a su voto para la lista nacional o regional. Se tratará de un voto preferencial de conformidad con el sistema de listas «semiabiertas»; los escaños serán asignados según el método Sainte-Laguë (…), los candidatos podrán presentarse en las mismas elecciones tanto por la circunscripción UE como por las circunscripciones nacionales o regionales (…)».

La idea de crear un colegio plurinominal continental podría premiar a los partidos europeos y quizás también podría garantizar una concurrencia más equitativa entre partidos euroescépticos y partidos euro-optimistas. No obstante, quedan algunas dudas. ¿No corren el riesgo los 27 parlamentarios elegidos en la circunscripción continental de por un lado, pretender una legitimación democrática superior a la de los demás y, por otro, representar sólo a una minoría inferior a la de la «barrera electoral mínima»? Incluso, si se aumentase el número de parlamentarios elegidos en la circunscripción continental, ¿cómo se podría garantizar en ella el respeto al

principio de proporcionalidad decreciente? ¿O sería posible, para satisfacer las dudas de la sentencia del «Bundesverfassungsgericht», prever para esta circunscripción, en virtud del principio de igualdad democrática, una proporcionalidad no decreciente, es decir, disminuir la regresividad y hacerla no lineal? En el fondo, los jueces constitucionales habían censurado sólo el proyecto anterior a la propuesta de 11 de octubre de 2007, subrayando el carácter no vinculante. La reforma electoral podría ofrecer una oportunidad no tanto para renegociar el Tratato de Lisboa, sino más bien para promover la «democraticidad» del parlamentarismo europeo [13].

Un estímulo para lograr una más equilibrada y menos fragmentada representación podría ofrecerse desde el comienzo mediante una norma que permitiese a los Estados miembros el uso en la papeleta de los símbolos de los partidos europeos junto a los nacionales. Otro elemento de reforma sería, en fin, la ampliación de incompatibilidad entre los cargos parlamentarios europeos y nacionales en cargos ministeriales nacionales. El constitucionalista reformista debe, en todo caso, mirar más allá de las estrecheces propias de la contienda electoral nacional.

6. **PROMOVER FORMAS DE DEMOCRACIA DIRECTA EUROPEA**

Las más recientes teorías de la democracia refuerzan la idea de que la legitimación democrática de la Unión Europea no puede ser sólo derivada de la de los Estados miembros, cuyos pueblos o poblaciones llegarían a ser en caso contrario sólo «medios» o «recursos» de legitimacion del poder de los gobiernos nacionales sobre la propia Unión.

Esta idea se refleja también en parte en el Tratado de Lisboa donde se insta a la democracia representativa basada en la elección directa del Parlamento europeo (art. 10.1 y 2 TUE). La nueva «democracia participativa»

[13] Sobre esto cfr. desde una perspectiva teórica la discusión habermasiana en E. Oddvar Eriksen, «Deliberation und demonkratische Legitimität in der EU», en: P. Niesen / B. Herboth (eds.), *Anarchie der kommunikativen Freiheit*, Frankfurt 2007, pp. 294 y ss.

(art. 10.3 TUE) [14] pretende remediar al menos parcialmente la tendencial pasividad de los ciudadanos europeos respecto de las instituciones comunitarias, pero corre el riesgo de quedarse, no obstante, «auditive democracy» [15]. ¿Hasta qué punto la democracia participativa podrá absorber elementos de la democracia directa? Si por democracia directa se entiende también el ejercicio de la libertad de reunión y de asociación, sólo el último elemento de la democracia europea está constituido por partidos políticos que tienen el deber de contribuir «a formar una conciencia política europea» y a «expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión» (art. 10.4 TUE) [16]. Una forma para expresar no sólo un argumento, sino también una voluntad podría ser la celebración de un referéndum intrapartidista («intrapartitico») a escala europea.

La «conventio ad escludendum» respecto de iniciativas similares podría derivar de las experiencias de los referéndum sobre los tratados de la Unión. La idea de España de establecer con su propio referendum facultativo sobre el Tratato constitucional una espiral de virtud democrática europea se había quebrado en los referéndum nacionales de Holanda y Francia. En el caso de una futura revisión de los tratados, nada impediría que se acordase antes de su ratificación la celebración de referendum nacionales simultáneos en todos aquellos países donde no estuviese prohibido por las constituciones nacionales.

Igualmente, una revisión de las constituciones nacionales para eliminar posibles prohibiciones de referenda en materia europea no constituiría por sí misma una violación de los principios supremos de las constituciones europeas [17].

[14] Art. 10.3 TUE: «Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la manera más abierta y próxima posible a los ciudadanos».

[15] H. Brunkhorst, «Zwischen transnationaler Klassenherrschaft und egalitärer Konstitutionalisierung», en: P. Niesen / B. Herboth (eds.), *Anarchie der kommunikativen Freiheit*, Frankfurt 2007, 325.

[16] Cfr. al respecto T. Jansen, *Il Partito Popolare Europeo. Origini e Sviluppo*, Bruxelles 2006.

[17] Cfr. sólo para el debate alemán S. Kadelbach (a cura di), *Europäische Verfassung und direkte Demokratie*, Baden-Baden 2006.

Un comienzo de democracia directa de «iure condendo» podría presentarse no obstante, mediante el instituto de la iniciativa popular prevista en el art. 11.4 TUE («Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados»). Esta iniciativa podrá tener otro peso respecto de una petición ciudadana al Parlamento europeo. En la medida en que la Comisión sigue siendo titular de la iniciativa legislativa y de la iniciativa de modificación de los tratados, estas iniciativas podrían estar precedidas por referéndum intra-partidistas europeos. Quizás, una iniciativa cívica podría tener por objeto incluso la propuesta de celebrar un referéndum consultivo a escala europea, con el fin de revalorizar la democracia participativa sobre una única cuestión de tal forma que se diera un peso «casi directivo» al voto del pueblo. Es cierto que los tratados no permiten una delegación de las competencias a las instituciones, pero en la medida en que el referéndum consultivo entre en materia de las competencias de la Comisión, esta propuesta podría no ser «inapropiada». En cambio, si se pretendiera deducir de los tratados una reserva pactada (interpretándola como una Constitución), nada impediría recoger firmas para solicitar dicha integración de forma subordinada. En un sentido inverso, sería contrario al espíritu de la democracia europea si las propias instituciones quisieran convertirse en promotoras de un referendum consultivo. También desde esta perspectiva, la democracia europea debe poder fortalecerse de forma autónoma.

7. APOYAR EL CARÁCTER INTEGRADOR DE LA DEMOCRACIA EUROPEA

Las teorías de la democracia discrepan sobre la cuestión de si la democracia europea debe ser más integradora o menos. «Es democrático decidir quién debe formar parte de la comunidad democrática», mantiene la

teoría del voluntarismo [18]. Incluso también esta teoría admite que en la medida en que los residentes están gravados por deberes y tributos y sus hijos se identifican con el lugar de su nacimiento, la exclusión del extranjero por la democracia participativa puede convertirse en arbitraria. La promesa democrática no cierra el círculo de sus destinatarios, obliga también a respetar posibles futuros participantes.

El carácter integrador de la democracia europea plantea problemas no sólo respecto de la ampliación del derecho de voto. También la administración del derecho de asilo político y de los derechos de residencia de los refugiados exige un examen de conciencia a la cultura democrática europea. Si la libertad de circulación es un derecho político fundamental para la democracia europea después de 1989, podría ser cuando menos incoherente impedir la circulación de aquellos que sufren persecuciones por haber pretendido el logro de la democracia fuera de Europa. Una democracia sin solidaridad con los demócratas perseguidos comprometería el «ethos» de igual libertad.

Además, la democracia integradora no puede ser unilateral. El respeto a los compromisos de Derecho internacional desde el punto de vista de la democracia europea no podría significar nunca gobierno ilegítimo de los extranjeros. En la medida en que estos compromisos derivan de los tratados inspirados por las democracias occidentales, a lo sumo reproducen una hegemonía democrática. Resulta además que una democracia debe respetar los pactos ratificados y las costumbres compartidas no pudiéndose, mediante el llamamiento a la soberanía popular expresada en su caso a través de referéndum, desvincularse de los pactos ratificados por representantes del propio pueblo [19].

Por último, la democracia integradora no puede estar cerrada al federalismo democratico. A nivel europeo, la Unión Europa se ha esforzado en abrirse hacia Oriente. Para participar de nuestro éxito económico, los paises orientales han tenido que cambiar sus constituciones, compartir

[18] C. Möllers, *op. cit.*, p. 24.

[19] Cfr. H. Krieger, *Die Herrschaft der Fremden*, Archiv des öffentlichen Rechts, 2008, pp. 315 y ss.

nuestra democracia y nuestro Estado de Derecho. El exámen de democracia fue preparado en el Consejo de Europa, la documentación verificada por la Comisión de Venecia. No pocos constitucionalistas han sido afortunados por poder «ayudar» en la transformación de estas nuevas democracias.

Queda sin embargo el problema relativo a si es compatible con el principio de la democracia integradora la idea de someter a referéndum nacional toda futura ampliación de la UE. El Tratado de Lisboa regula los requisitos y procedimientos, estableciendo no obstante, unanimidad en el Consejo y remitiendo la regulación de las condiciones para la admisión y las posibles adaptaciones de los tratados a un acuerdo entre los Estados miembros y el Estado solicitante, sometido a la ratificación de todos los Estados contratantes de conformidad con sus normas constitucionales (art. 49 TUE).

Mientras que la Unión Europea sea sólo una asociación de democracias, los Estados miembros que negocian la ampliación deben ser libres para someter sus propias decisiones a un control preventivo del cuerpo electoral, incluso cuando generen nuevos vínculos asociativos. Todo ello siempre desde el respeto de los límites constitucionales, luego en Italia sólo trás la revisión del art. 75.2 de la Constitución, y de la buena fe del Derecho internacional, que podría ser lesionada por la creación de procedimientos de referendum «ad hoc».

Igualmente, en la medida en que la propia Unión pretende una legitimación democrática de tipo federal, dicho referéndum nacional podría correr el riesgo sin embargo de no respetar la igual libertad. En efecto, atribuiría a los ciudadanos europeos de un Estado más poder que a los ciudadanos del resto. Por tanto, si no estuviese prevista una vía de referéndum europeo común, la lealtad federal y la integración democrática requerirían adoptar la decisión sobre el referéndum nacional al menos en el momento de la deliberación, con el fin de permitir una coordinación de los procesos. El procedimiento debería garantizar iguales condiciones a los partidarios nacionales y europeos de la ampliación. Además sería una forma de cinismo incompatible con los valores europeos si la campaña del referendum estuviese guiada por retóricas basadas en discriminaciones raciales: ¿votamos si hacer entrar a los lobos que llaman a la puerta? En suma, nada impediría solicitar también al Estado en proceso de integración que celebrase un referéndum sobre la adhesión.

Resumen:

¿Cuál es el estado de la democracia en Europa? Esta cuestión abre este ensayo con el que se pretende analizar el estado actual de la democracia en el seno de la Unión Europea y, en ultima instancia, participar en el desarrollo de una cultura constitucional europea. Para ello, se centra en tres contribuciones jurídicas a la teoría de la democracia: 1) la relación entre dignidad y democracia y el consiguiente reconocimiento del carácter fundamental de los derechos políticos, 2) la identificación y defensa de un mínimo común denominador de buenas costumbres democraticas europeas y 3) las bases que sostienen o deben sostener la voluntad de construir una Europa más democrática. El estudio se completa con el análisis de tres cuestiones prácticas de la democracia en el Derecho público de la Unión Europea: 1) las propuestas de reforma del sistema electoral a escala europea, 2) la defensa y promoción de formas de democracia directa en el seno de la Unión y, por último, 3) la defensa del carácter integrador de la democracia europea.

Palabras Clave: *Democracia, Unión Europea, legitimidad democrática, dignidad humana, derechos políticos «dignos», reforma electoral, Parlamento europeo.*

Abstract:

¿What is the state of European democracy? This question that opens this paper tries to analyze the current state of democracy in the European Union and, as a last request, to participate in the development of a European constitutional culture. For this reason, it focuses on three juridical contributions to the theory of democracy: 1) the relationship between dignity and democracy and the consequent recognition of the fundamental character of political rights; 2) the identification and defense of a lowest common denominator of good democratic European customs and 3) the foundations that support or have to support the wish to build a more democratic Europe. This essay concludes with the analysis of three practical questions of democracy concerning the Public Law of the European Union: 1) the proposals of reform of the electoral systems of the European Union; 2) the defense and promotion of direct democracy in the Union and, finally, 3) the defense of the European Union's force to integrate.

Keywords: *Democracy, European Union, democratic legitimacy, human dignity, political right «worthy», electoral reform, European Parliament*

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA

MARKUS KOTZUR *

Traducido del alemán por CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y COMUNIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES
2. PARA SISTEMATIZAR: DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES, LIBERTADES FUNDAMENTALES
3. LAS COMBINACIONES MULTINIVEL DE DERECHOS FUNDAMENTALES
4. CONSECUENCIAS DE LA COMBINACIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS DE UNA DOGMÁTICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMÚN EUROPEA
5. CONCLUSIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y COMUNIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El Estado constitucional liberal en su actual configuración se concibe sobre todo como «Estado de derechos fundamentales» [1]. Su carácter liberal se basa en una libertad conformada o garantizada por los derechos fun-

* Catedrático de Derecho Público. Universidad de Leipzig.

[1] P. HÄBERLE, «Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 1, 2004, § 7, marginal 31; del mismo autor, *Europäische Verfassungslehre*, 5.ª ed., 2008, pp. 330 y ss.; del mismo autor, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., 1998, pp. 715 y ss.; D. MERTEN, «Das Prinzip der Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 27, marginal 5 y ss.; todavía de decisiva influencia sobre el Estado constitucional de la Ley Fundamental alemana, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., 1995 (reimpresión en 1999), marginal 125 y ss.

damentales. El poder ver protegidos y realizados los derechos fundamentales en todas sus dimensiones más allá de su clásico «status negativus» [2] constituye una razón decisiva para la existencia de dicho Estado, así como un factor de legitimación irrenunciable de su soberanía [3]. Y lo mismo puede predicarse de Europa. Quiere ser más allá incluso de las fronteras de la UE un «espacio de libertad, seguridad y justicia» [4] para sus ciudadanas y ciudadanos y se concibe por ello como una «comunidad de derechos fundamentales» [5], que comprende en sentido estricto la Europa de la UE y de la CE, pero también en sentido amplio la Europa del Consejo de Europa. El orden fundamental europeo conformado a partir de múltiples combinaciones y gracias a reiterados procesos de recepción descansa sobre el fundamento de las Constituciones nacionales [6]. Esta base queda recubierta por

[2] Un clásico de la «Statuslehre» (doctrina del status) es G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.ª ed., 1905, pp. 94 y ss.

[3] P. HÄBERLE, «Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 1, 2004, § 7, marginal 31; J. P. MÜLLER, «Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte», en: *Symposion L. Wildhaber*, 1997, pp. 45, pp. 61; M. KOTZUR, «Sovereignty and the European Federal Constitution - New Perspectives on Sovereignty in a Multilevel Scheme of Constitutionalism», en: *The Federalist* 2008, pp. 131 y ss., (136 y ss.).

[4] Esta formulación se encuentra en efecto como «objetivo constitucional» en el art. 3.2 TUE, nueva versión. Trae causa del Consejo europeo de Tampere (1999). Véanse las conclusiones finales de la Presidencia del Consejo de Tampere (15 y 16.10.1999), *www.europarl.eu.int/summits/tam_de.htm*.; véase M. RUFFERT, «Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in schwierigem Terrain – Kontinuierliche Verfassungsgebung in schwierigem Terrain», en: I. PERNICE (ed.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?*, 2008, pp. 169 y ss. (170).

[5] G. HIRSCH, «Die Europäische Union als Grundrechtsgemeinschaft», *FS Mélanges Schockweiler*, 1999, pp. 177 y ss.; A. v. BOGDANDY, «Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?», *JZ,* 2001, pp. 147 y ss.; P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 5.ª ed., 2008, emplea el término «Grundrechtsgemeinschaft» (comunidad de derechos fundamentales) y «Grundrechtsverbund» (confederación de derechos fundamentales), por ejemplo en la pp. 358 y 368.

[6] P. HÄBERLE, «Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in*

el CEDH. El CEDH constituye «la pieza maestra por excelencia de la aportación del Consejo de Europa», el documento de derechos humanos que ha sido completado con numerosos protocolos, y documento constitucional para todos los Estados miembros [7].

Junto a esto aparece el triple compromiso con los derechos fundamentales de la UE/CE. El TJCE ha desarrollado en su jurisprudencia los derechos fundamentales comunitarios como principios generales del derecho [8]. El art. 6.2 TUE considera el CEDH en este momento todavía como fuente de conocimiento del derecho para el Tribunal de Luxemburgo [9]; tras Lisboa [10] el CEDH resulta reforzado como fuente del Derecho (art. 6.2 TUE en su nueva versión). La Carta de derechos fundamentales de la UE, aunque sigue siendo «soft law» internacional, está ya actualmente influenciando la interpretación de derechos fundamentales del TJCE y del Tribunal de

---

Deutschland und Europa, tomo 1, 2004, § 7, marginal pp. 9 y ss.; Ch. DEGENHART, «Grundrechtsinhalte und Grundrechtswirkungen im deutschen und europäischen Recht», en: *Teoria del diritto e dello stato (Rechts- und Staatslehre),* 2003, núms. 1-2, pp. 162 y ss.

[7] E. KLEIN, «Von der Spaltung zur Einigung Europas», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 5, marginal 77; Ch. WALTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess», *ZaöRV* 59 (1999), pp. 961 y ss.

[8] G. TESAURO, «The Role of the Court of Justice in the Protection of Fundamental Rights», en: FS G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, 2003, pp. 103 y ss.; A. VITORINO, «La Cour de justice et les droits fondamentaux depuis la proclamation de la Charte», en: *ibidem*, pp. 111 y ss.; G. NICOLAYSEN, «Die gemeinschaftsrechtliche Begründung von Grundrechten», *EuR,* núm. 38, 2003, pp. 719 y ss.

[9] A. ROSAS, «The Legal Sources of EU Fundamental Rights: A Systemic Overview», en: *FS* G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, 2003, pp. 87 y ss.

[10] Contiene una extensa bibliografía al respecto J. Ph. TERHECHTE, «Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Gemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?», *EuR,* núm. 43, 2008, pp. 143 y ss.; también F. BALAGUER CALLEJÓN, «La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa», *ReDCE,* núm. 8, 2007, pp. 11 y ss.; F. C. MAYER, «Die Rückkehr der europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon», *ZaöRV,* núm. 67, 2007, pp. 1.142 y ss.; I. PERNICE, «Der Vertrag von Lissabon - Ende des Verfassungsprozesses der EU?», *EuZW,* 2008, pp. 65 y ss.

primera instancia [11]. La Carta debería haber sido incorporada, incluyendo su Preámbulo, en el fracasado Tratado Constitucional. Tras el proyecto de reforma de Lisboa —de no inferior naturaleza constitucional, aunque renuncie al pretencioso nombre de Constitución y a cualquier simbología integradora que implique cualquier «parecido con un Estado» [12]—, la Carta se ha vuelto más autónoma, en cierto modo como un tercer Tratado «originario» con la naturaleza de Derecho primario [13]. El art. 6.1 TUE dispone la eficacia normativa vinculante y convierte el «solemne compromiso» de los Estados miembros en Derecho positivo. El futuro del Tratado de Lisboa es desde luego en este momento todavía incierto. Pero independientemente de ello cabe afirmar: el «Estado de los derechos fundamentales» y la «Comunidad de derechos fundamentales» encuentran en los derechos fundamentales su sustrato constitucional común. Se trata del sustrato que en el modelo multinivel de la confederación constitucional europea [14] actúa como «aglutinante constitucional». La idea de ámbitos europeos de derechos fundamentales que interactúan pone también de relieve que en el «multilevel constitutionalism» no se trata de una jerarquización de los niveles de decisión. Lo que dicho constitucionalismo pretende es desarrollar, a partir de la constatación empírica de combinaciones políticas múlti-

[11] Entre la extensa bibliografía, apenas ya abarcable, nos remitimos a P. HÄBERLE, «Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft», *DVBl.*, 2000, pp. 840 y ss.; I. PERNICE, «Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union», *DVBl.* 2000, pp. 847 y ss.; A. WEBER, «Die europäische Grundrechte-Charta - auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung», *NJW,* 2000, pp. 537 y ss.; M. ZULEEG, «Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte. Funktionen einer EU-Charta der Grundrechte», *EuGRZ,* 2000, pp. 511 y ss.; E. PACHE, «Die europäische Grundrechtscharta - ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?», *EuR,* núm. 36, 2001, pp. 475 y ss.

[12] M. HEINIG, «Europäisches Verfassungsrecht ohne Verfassungsvertrag», *JZ,* 2007, pp. 905 y ss.

[13] E. PACHE/F. RÖSCH, «Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon - die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU», *EuZW*, 2008, pp. 519 y ss.

[14] I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», *Common Market Law Review,* núm. 36, 1999, pp. 703.

ples [15], un modelo normativo adecuado de «combinaciones multinivel» constitucionales [16].

Quien considere el modelo multinivel como el ideal para la coherencia de derechos fundamentales, se verá rápidamente defraudado. Las combinaciones no sólo producen armonizaciones, sino que también plantean cuestiones competenciales. Las situaciones de colisión, sean hipotéticas o reales, entre la protección nacional-estatal constitucional y europea de los derechos fundamentales condicionan los conflictos institucionales o competenciales entre los tribunales llamados a la resolución de las disputas. La relación de tensión triangular entre los tribunales constitucionales de los Estados miembros, el TJCE y el TEDH debería poder ser resuelta idealmente mediante la cooperación [17], aunque en realidad sea la disputa por competencias últimas de decisión la que frecuentemente se impone [18].

[15] F. W. SCHARPF/B. REISSERT/F. SCHNABEL, *Politikverflechtung. Theorie und Empirie des kooperativen Fö--deralismus in der Bundesrepublik*, 1976; posteriormente F. W. SCHARPF, «Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich», en: *Politische Vierteljahresschrift,* núm. 26, 1985, pp. 323 y ss.

[16] A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, p. 188; en la misma línea, J. SCHWIND, *Zukunftsgestaltende Elemente im deutschen und europäischen Staats- und Verfassungsrecht*, 2008, p. 75. También hay otros términos que son usuales. Al «Verfassungspluralismus» (pluralismo constitucional) se refiere N. WALKER, «The Idea of Constitutional Pluralism», *MLR,* núm. 65, 2002, p. 317; el concepto de «Sympolitie» se encuentra en D. Th. TSATSOS, *The European Sympolity: New Democratic Discourses*, 2008; el concepto de «Synarchie» se encuentra en D. N. CHRYSSOCHOOU, «Europe as a Synarchy: A Study in Organized Co-Sovereignty», *JöR,* núm. 57, 2007, pp. 407 y ss.; véase también T. E. AALBERTS, «The Future of Sovereignty in Multiple Governance Europe - A Constructivist Approach», *Journal of Common Market Studies*, núm. 42, 2004, pp. 32 y ss.

[17] BVerfGE 89, 155 (175); extensamente al respecto J. SCHWARZE, «Das «Kooperationsverhältnis» des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof», *FS BVerfG*, tomo I, 2001, pp. 223 - 243.

[18] Algún ejemplo confirma este diagnóstico: TEDH, *DVBl*., 2004, pp. 365, sobre la reforma agraria; también S. MÜCKL, Kooperation oder Konfrontation? - Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, en: *Der Staat,* núm. 44, 2005, pp. 403 y ss., (404); EGMR, *NJW,*

¿Cómo puede entonces desarrollarse una «cultura de derechos fundamentales europea común»? (P. Häberle); ¿Cómo puede transformarse la «unidad en derechos fundamentales en pluralidad»? (J. Ch. Burckhardt); ¿Cómo puede madurar la yuxtaposición de ordenamientos europeos de derechos fundamentales hacia una unión constitucional de un ordenamiento de derechos fundamentales común europeo? Al respecto, el siguiente esbozo.

2. PARA SISTEMATIZAR: DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES, LIBERTADES FUNDAMENTALES

Los derechos humanos y los derechos fundamentales apenas pueden distinguirse terminológicamente de forma selectiva; en especial, una dialéctica simplificadora entre los derechos humanos y los derechos del ciudadano, por un lado, y los derechos fundamentales estatales y los derechos humanos supraestatales resultaría equivocada [19]. Así, por ejemplo, los derechos «humanos» del CEDH no son cualitativamente equivalentes a los derechos «fundamentales» de la Carta de los derechos fundamentales o a los derechos «fundamentales» de la Ley Fundamental alemana, sino que son elementos complementarios de la también mixta Constitución de derechos fundamentales europea. Principalmente, la idea de los «derechos fundamentales» debe, en el sentido de los «derechos fundamentales» españo-

2004, pp. 2.647 - Carolina de Hannover (nacida de Mónaco); Ch. STARCK, «Das Caroline-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und seine rechtlichen Konsequenzen», *JZ,* 2006, pp. 76 y ss.; BVerfGE 111, 307 - Görgülü; J. Abr. FROWEIN, «Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte», en: *Liber Amicorum J. Delbrück*, 2005, pp. 279 y ss.

[19] En profundidad sobre esta problemática véase D. MERTEN, «Begriff und Abgrenzung der Grundrechte», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 35, marginal 3 y ss.; K. STERN, «Die Idee der Menschen- und Grundrechte», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 1, 2004, § 1, marginal 46 y ss.; G. KLEINHEYER, *Grundrechte. Zur Geschichte eines Begriffs*, 1977.

les, impregnar el concepto y servir como término general común para los derechos humanos universales y para los derechos fundamentales positivizados a nivel interno [20]. Los primeros deben a su vez ser diferenciados en garantías suprapositivas y preestatales y en garantías internacionales, menos frecuentemente en garantías nacidas de la costumbre internacional; los segundos deben diferenciarse en derechos que afectan a todos los sometidos al ordenamiento jurídico estatal, y aquellos que sólo corresponden los ciudadanos [21].

La definición terminológica aquí propuesta no obedece únicamente a motivos semánticos. No sigue tanto los contextos y justificaciones históricas desde la Declaración de derechos del hombre de 1789, pasando por la «creación» del término «derecho fundamentales» en el período prerrevolucionario alemán (1848/49) hasta los capítulos de derechos fundamentales de las Constituciones modernas [22], sino más bien el debate en torno a la universalidad o la especificidad cultural de los derechos humanos. La universalidad por su parte no se refiere, por lo menos no principalmente, de forma prioritaria, a un derecho natural o de la razón pensado como ideal, que se impone a priori a cualquier codificación, que solamente hubiera que «destapar» y luego «revelar». La universalidad se refiere más bien a un «proceso de universalización» a través de la «realización cultural específica» de la idea conductora de derechos humanos suprapositivos. Sólo en procesos de recepción recíprocos y como aportaciones culturales [23] se crean, a partir de una idea de derechos humanos precultural [24], los estándares que pueden ser aceptados en su dualismo de universalidad y particularidad cul-

[20] Así P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., 1998, pp. 724.

[21] Sobre la diferenciación entre los derechos fundamentales positivos y suprapositivos véase J. ISENSEE, «Positivität und Überpositivität der Grundrechte», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 26, marginal 1 y ss.

[22] J. ISENSEE, ibidem, marginal 5.

[23] P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., 1998, pp. 715 y ss.

[24] G. DIETZE, *Bedeutungswandel der Menschenrechte*, 1972, pp. 10, habla incluso de un «misterio».

tural por la gran mayoría de los miembros de la comunidad internacional, resultando sin embargo adecuados a las distintas culturas.

Tal clase de realización cultural particular posee un significado que se justifica por su status. Se trata, por un lado, del status clásico cívico estatal que corresponde al particular en relación con su comunidad estatal y que queda recogido en el documento constitucional estatal [25]. Se trata en segundo lugar del status de ciudadano europeo, que se ha creado mediante la ciudadanía de la Unión con naturaleza de Derecho originario [26]. Se trata finalmente del status de ciudadano internacional («status mundialis hominis»), que sobre la base de los tratados de derechos humanos universales (Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales) y específicos (Convención contra la tortura, Convención de derechos del niño, etc.), convierte al individuo en sujeto de derecho internacional parcial [27]. Este triple status describe las dimensiones de vigencia multinivel de los derechos humanos y de los derechos fundamentales como derechos «esenciales»: Rigen en el Estado constitucional y convierten en ésta al individuo en «titular de dere-

[25] D. MERTEN, «Begriff und Abgrenzung der Grundrechte», en: D MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 35, marginal 20; J. ISENSEE, «Positivität und Überpositivität der Grundrechte», en: ebd., § 26, marginal 5; L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, maginal 3.

[26] A. AUGUSTIN, *Das Volk in der Europäischen Union*, 2000; M. LA TORRE, «Citizenship: A European Wager», en: *Ration Juris,* núm. 8, 1995, pp. 113 y ss.; M. LA TORRE (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, 1998.

[27] Recuérdense en este contexto las distintas concepciones de la ciudadanía universal en la tradición filosófica del idealismo alemán. También la obra fundamental de KANT, *Zum ewigen Frieden*, 1795. Desde una perspectiva de teoría constitucional, el término ha recibido una influencia fundamental de P. HÄBERLE, «Das Konzept der Grundrechte», en: del mismo autor, *Europäische Rechtskultur*, 1997, pp. 279 y ss., (294), en nota a pie 24: «Terminológicamente puede uno —todavía— encontrarse con dificultades: La expresión «derechos del ciudadano» se reserva aquí para los derechos fundamentales de los ciudadanos del Estado, y sin embargo se trata aquí de la «ciudadanía universal». Esto no tiene por qué sugerir un «Estado universal», que ni siquiera parece deseable como utopía, sino como «cultura universal», en la que gracias al «status mundiales» de los derechos fundamentales todo ciudadanos de cualquier Estado constitucional pueda sentirse como en casa».

chos fundamentales»; rigen en el Derecho de la Unión y comunitario y hacen ahí al individuo titular de los «derechos fundamentales comunitarios»; rigen en el Derecho internacional regional y/o universal y convierten en éste al individuo en actor con «derechos fundamentales garantizados». También en los casos en que la titularidad de derechos queda vinculada a una pertenencia específica (como ciudadano de un Estado o de la Unión), se mantiene intacto el nexo de conexión con los derechos humanos. Los derechos fundamentales según la terminología aquí empleada se refieren a los «derechos y libertades» esenciales de las personas. El status que éstos protegen a nivel estatal interno, a nivel de la Unión o comunitario, internacional regional e internacional universal, es siempre un status de igual libertad [28].

Dicho status de igual libertad integra también un común denominador de derechos fundamentales y de libertades fundamentales en el sentido del Derecho comunitario. Su desarrollo se produjo —a pesar de algunos paralelismos patentes— de forma asimétrica tanto temporal como estructuralmente [29]. Los derechos fundamentales comunitarios responden hoy (con retraso) a la demanda de legitimación que ha originado un ordenamiento jurídico europeo en formación y en progresivo proceso de constitucionalización. Por el contrario, las libertades fundamentales han contribuido desde un principio de forma decisiva a la formación del ordenamiento jurídico europeo. «Lo que las libertades fundamentales han contribuido a lograr, deben ahora legitimarlo los derechos fundamentales» [30]. A modo de ima-

[28] L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, marginal 2.

[29] De entre la bibliografía apenas abarcable, V. SKOURIS, «Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht», *DÖV,* 2006, pp. 89 y ss.; U. MAGER, «Die Bedeutung der Grundrechte für das Binnenmarktziel - der zweite Verfassungsabschnitt auf dem Prüfstand des Binnenmarktkonzepts», *EuR,* suplemento 3/2004, pp. 41 y ss.; W. FRENZ, «Grundfreiheiten und Grundrechte», *EuR,* 2002, pp. 603 y ss.; L. GRAMLICH, «Grundfreiheiten contra Grundrechte im Gemeinschaftsrecht», *DÖV,* 1996, pp. 801 y ss.; extensamente al respecto, D. EHLERS (ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2.ª ed., 2005.

[30] Th. KINGREEN, «Grundfreiheiten», en: A. v. BOGDANDY (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 631 y ss., (653).

gen simplificada puede decirse que: la «integración» es la finalidad principal de las libertades fundamentales; la «legitimación» de lo integrado es la finalidad principal de los derechos fundamentales, aun cuando ciertamente algunos factores de legitimación resulten integradores y algunos factores de integración resulten legitimadores. Las libertades fundamentales no abren ninguna esfera de protección amplia de libertades fundamentales como los derechos fundamentales, sino que pretenden más bien facilitar desde una funcionalidad limitada el intercambio interestatal de bienes económicos materiales e inmateriales, actuando por tanto como «normas transnacionales de integración», no como «normas legitimadoras supranacionales» [31]. Esta última función constitucional queda reservada principalmente a los derechos fundamentales. Precisamente porque en los primeros años de la integración se carecía de un núcleo suficiente de derechos fundamentales comunitarios, el TJCE no ha tardado en ignorar tal distinción funcional y ha derivado algunos factores de legitimación del catálogo de libertades fundamentales [32]. Por ello, una nueva coordinación jurídica funcional de ambas categorías constituye un deber constitucional europeo.

3. LAS COMBINACIONES MULTINIVEL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. Los ámbitos constitucionales de los Estados miembros con sus garantías de derechos fundamentales - La idea guía universal en su realización estatal-particular

Los catálogos de derechos fundamentales nacionales impregnan el modelo constitucional estatal, el modelo constitucional de protección de los

[31] Así E. PACHE, «Grundfreiheiten», en: R. SCHULZE/M. ZULEEG, *Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2006, § 10, marginal 15 m. w. N.

[32] Con respecto al planteamiento de este problema en el ejemplo de la directiva sobre publicidad del tabaco, también M. MÖSTL, «Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt», *EuR,* 2002, pp. 318 y ss., (pp. 328 y ss., reiteradamente).

derechos fundamentales. La idea guía universal se ha trasladado al Derecho constitucional positivo, se ha singularizado y se ha enriquecido con nuevas dimensiones protectoras. La necesidad de tal traslación es más que evidente. La idea guía por sí sola no podría satisfacer las demandas de la vida jurídica práctica en su compleja y contradictoria pluralidad [33]. La fijación por escrito y la actualización como garantía de su vigencia cualifica a los derechos fundamentales como «principios del ordenamiento para la totalidad de la vida estatal y jurídica, que a partir de la Constitución desarrollan una fuerza normativa en todos los ámbitos del Derecho», es decir, que «desde un principio están (pre)determinados para su vigencia en la comunidad», para su vigencia «en la multilateralidad y no en la bilateralidad» [34]. Los derechos fundamentales permiten de esta manera la formación de la unidad política «mediante» iguales, es decir, mediante ciudadanos con los mismos derechos, y «en» libertad. El reconocimiento constitucional de la libertad e igualdad básicas [35] conduce además a una vinculación general de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales (véanse los arts. 1.3 y 20.3 LFB); sólo de esta manera puede asegurarse la efectiva protección de la libertad y de la igualdad. El poder judicial, no solamente la justicia constitucional, debe verificar la conformidad con la Constitución de todas las acciones soberanas-estatales. El triángulo conformado por la positivación constitucional, la vinculación general a los derechos fundamentales y la garantía jurisdiccional (y jurisdiccional constitucional) de los derechos fundamentales conforma hoy un estándar de derechos fundamentales común europeo, y en razón del art. 49 TUE supone finalmente también un requisito para la adhesión de un Estado a la Unión Europea.

[33] J. ISENSEE, «Positivität und Überpositivität der Grundrechte», en: ibidem, § 26, marginal 5; L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, marginal 15 y ss.

[34] J. P. MÜLLER, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, 1964, pp. 106 y 163 y s.; en relación con éste, P. BADURA, «Grundrechte als Ordnung für Staat und Gesellschaft», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER, *Handbuch der Grundrechte*, tomo I, 2004, § 20, marginal 16; L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, marginal 1.

[35] L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, marginal 9.

3.2. El espacio constitucional europeo. La idea guía universal en su realización regional de la Unión Europea/comunitaria

3.2.a) *El Consejo de Europa y el CEDH en su dinámica constitucional*

El CEDH aprobado en 1950 por el Consejo de Europa representa el modelo clásico de protección de derechos humanos de Derecho internacional [36]. La idea guía universal encuentra en el Derecho internacional regional realización concreta –y así de esta manera ejerce influencia sobre otras regiones del mundo. El CEDH incorporó tempranamente al ámbito cultural europeo un compromiso de la Carta de Naciones Unidas (1945) y de la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 [37]. El individuo adquiere parcialmente personalidad jurídica de Derecho internacional, su dignidad y su libertad no se convierten solamente en presupuestos de legitimación del ordenamiento internacional, sino que imponen claros límites a la soberanía estatal [38].

[36] Ch. GUSY, «Wirkungen in der Europäischen Menschenrechtskonvention und in der europäischen Rechtsprechung der einzelnen Vertragsstaaten», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1988, pp. 1 y ss.; Ch. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4.ª ed., 2009; A. PETERS, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003; véase también D. EHLERS (ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten,* 2.ª ed., 2005; con respecto al origen del CEDH, extensamente K. J. PARTSCH, «Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention», *ZaöRV,* núm. 15, 1954, pp. 631 y ss.

[37] Al respecto véase Ch. GUSY, «Das Grundgesetz im völkerrechtlichen Wirkungszusammenhang», en: U. BATTIS/D. TH. TSATSOS, *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang*, 1990, pp. 207 y ss.

[38] En relación con el concepto de dignidad humana como razón y límite del poder legítimo, P. HÄBERLE, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», en: J. ISENSEE/P. KIRCHHOF (eds.), *HStR*, tomo II, 3.ª ed., 2004, § 22; Ch. ENDERS, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997; del mismo autor, en: K. H. FRIAUF/W. HÖFLING (eds.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, tomo 1, Suplemento núm. 12, 2005, el Artículo 1, con una amplia panorámica sobre el estadio actual de la doctrina; más allá del ámbito cultural europeo puede verse K. AOYAGI, *Die Achtung des Individuums und die Würde des Menschen*, 1996.

En el sentido de una concepción de la soberanía instrumental, que parte de y se orienta hacia la persona, el CEDH vincula a todos los Estados miembros al estándar fundamental de derechos humanos. Con ello el CEDH constituye un elemento principal de la Constitución de derechos fundamentales europea [39], tanto más desde que el Protocolo adicional número 11 (1998) permitió al TEDH convertirse en un verdadero Tribunal Constitucional [40]. A buen seguro que también el debate constitucional europeo [41] ha contribuido considerablemente a considerar al CEDH como Constitución parcial en el ámbito de los derechos fundamentales y humanos, y con ello también por su parte a considerarlo como «proceso de constitucionalización» [42].

[39] F. HOFFMEISTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland», en: *Der Staat,* núm. 40, 2001, pp. 349 y ss., (353 y ss.). En la Sentencia del TEDH de 23 de marzo de 1995, Loizidou (Preliminary Objections), Serie A 310, línea 75, se describe el CEDH como «constitutional instrument of European public order»; Véase también J. A. FROWEIN, «Der europäische Menschenrechtsschutz als Beginn einer europäischen Verfassungsrechtsprechung», *JuS,* 1986, pp. 845 y ss.; P. HÄBERLE, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», en *EuGRZ,* 1991, pp. 261 y ss., (265): «ordre public européen»; para más referencias I. PERNICE, «Deutschland in der Europäischen Union», en: *HStR*, tomo VIII, 1995, § 191, marginal 25 y ss.

[40] I. SIESS-SCHERZ, «Das neue Rechtsschutzsystem nach dem Protokoll Nr. 11 zur EMRK über die Umgestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus», en: GRABENWARTER/THIENEL, *Kontinuität und Wandel der EMRK*, 1998, pp. 1 y ss.; J. MEYER-LADEWIG/H. PETZHOLD, «Der neue ständige Europäische Gerichtshof für Menschenrechte», *NJW,* 1999, pp. 1.165 y ss.; L. WILDHABER, «Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte», *EuGRZ,* 2002, pp. 569 y ss.

[41] I. PERNICE, P. M. HUBER, G. LÜBBE-WOLFF, CH. GRABENWARTER, «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», *VVDStRL,* núm. 60, 2001, pp. 148 y ss., (194 y ss.), (246 y ss.) y (290 y ss.); A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001; Th. OPPERMANN, «Eine Verfassung für die Europäische Union», *DVBl*., 2003, pp. 1.234 y ss.; P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 4.ª ed., 2006.

[42] Ch. WALTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess», *ZaöRV,* núm. 59, 1999, pp. 961 y ss.

3.2.b) *El Derecho de la UE y de la CE. La Constitución de los derechos fundamentales de la Unión en proceso*

En la Constitución de los derechos fundamentales de la Unión se entremezclan los mecanismos de protección de los derechos fundamentales internacionales y constitucionales. Dicha «mezcla» constituye una particularidad del Derecho de la Unión. La Unión y las Comunidades son más que una mera confederación de Estados y menos que un Estado federal. Desarrollan a partir de elementos de Derecho internacional y específicamente constitucionales un ordenamiento jurídico de ámbito supraestatal —en cierto modo «prefederal» [43]— de una naturaleza particular, en la que corresponde a los derechos fundamentales comunitarios un efecto unificador [44]. Al igual que en el caso del Estado constitucional nacional, la dignidad humana constituye al respecto una «premisa antropológica» [45].

a) *Al principio fue el Derecho jurisprudencial: los derechos fundamentales como principios jurídicos generales*

El Tratado originario de la Comunidad Económica Europea de 1957 se concibió como Comunidad económica pura y dejó la protección de los derechos fundamentales exclusivamente en manos de los Estados miembros. En todo caso, de las libertades fundamentales del mercado común —en especial gracias a la jurisprudencia del TJCE sobre el principio de eficacia directa— podían inferirse elementos con contenidos de protección típicos

[43] P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 4.ª ed., 2006, pp. 104, (426 y ss.).

[44] Ch. Degenhart, «Grundrechtsinhalte und Grundrechtswirkungen im deutschen und europäischen Recht», en: *Teoria del diritto e dello stato (Rechts- und Staatslehre),* 2003, núms. 1-2, pp. 162 y ss., (162). En este contexto merece también atención la fuerza de influencia de los derechos fundamentales sobre el conjunto del ordenamiento jurídico; al respecto M. Sachs, en: M. Sachs (ed.), *GG*, 3.ª ed., 2003, vor Art. 1, marginal 33 y ss., con más referencias jurisprudenciales y doctrinales.

[45] Véase arriba la nota a pie número 38, así como H.-G. Dederer, «Die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)», en: *JöR,* núm. 57, 2009, pp. 89 y ss.

de los derechos fundamentales [46]. Pronto se puso claramente de relieve que los actos de soberanía económicos europeos pueden implicar injerencias sensibles en las posiciones individuales de derechos fundamentales, por ejemplo en la libertad de propiedad, de profesión o industrial. Es conocida la reacción de los Tribunales constitucionales nacionales. Así junto al Tribunal Constitucional italiano, tampoco el Tribunal Constitucional federal alemán quiso renunciar a controlar los actos de soberanía comunitarios conforme a los estándares nacionales de derechos fundamentales [47]. El TJCE tuvo que afrontar una peligrosa erosión del principio de primacía del Derecho comunitario. En la comparación jurídica ponderada, creó progresivamente, tomando como referencia el estándar de derechos fundamentales de los Estados miembros, los derechos fundamentales comunitarios básicos como principios jurídicos generales [48]. Sentencias fundamentales tempranas, que marcaron el camino tanto en cuanto a los contenidos de derechos fundamentales como con respecto a la metodología, fueron los casos «Stauder», [49] «Internationale Handelsgesellschaft» [50] y «Nold» [51]. Más allá del paradigma del mercado, la conformación jurídica progresiva de los derechos fundamentales originarios se convirtió en uno de los «deberes de

[46] J. GEBAUER, *Grundfreiheiten als Grundrechte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 2004 m. w. N.; S. KADELBACH/N. PETERSEN, «Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten», *EuGRZ* 2003, pp. 693 y ss.; W. FRENZ, «Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte», *EuR,* 2002, pp. 601 y ss.; Th. KINGREEN, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999; L. GRAMLICH, «Grundfreiheiten contra Grundrechte im Gemeinschaftsrecht», *DÖV,* 1996, pp. 801 y ss.; tempranamente I. PERNICE, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1979.

[47] BVerfGE 37, 271.

[48] R. STREINZ, *Europarecht*, 7.ª ed., 2005, marginal 759 y ss.; R. SCHWARTMANN, «Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Verfassungsvertrag», *AVR,* núm. 43, 2005, pp. 129 y ss., (132 y sig. f. m. w. N.); J. KÜHLING, «Grundrechte», en: A. v. BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 583 y ss., (586 y ss.); G. NICOLAYSEN, «Die gemeinschaftsrechtliche Begründung von Grundrechten», *EuR,* 2003, pp. 719 y ss.

[49] EuGH Rs. 29/69, compilación 419.

[50] EuGH Rs. 11/70, compilación 1125.

[51] EuGH Rs. 4/73, compilación 491.

configuración» fundamentales del TJCE [52]. El Derecho comunitario de los derechos fundamentales fue —al igual que en la tradición del common law— Derecho jurisprudencial común europeo con todas sus ventajas (mejora del Derecho a través del debate jurídico) y con todas sus debilidades (déficits de transparencia) [53].

b) *El CEDH, de fuente de conocimiento jurídica a fuente del Derecho*

Ni la antigua CEE ni las actuales CE y UE son partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tal y como el TJCE estableció en su conocido Dictamen, la Comunidad carece hasta la fecha de competencia para adherirse al CEDH [54]. Por el contrario, este último sólo está abierto a los Estados. Dicha conclusión hace tiempo que se considera insatisfactoria y contradictoria. Si todos los Estados miembros están vinculados por el CEDH, ¿cómo es posible que la Comunidad europea no lo esté? No cabe duda de que los Estados miembros no pueden sustraerse a su vinculación al CEDH mediante la transferencia de derechos de soberanía a la Comunidad. Por dicho motivo, el TEDH ha partido ya en algunas sentencias clave de la vinculación indirecta de la Comunidad a los estándares del CEDH [55].

[52] G. Hirsch, «Gemeinschaftsgrundrechte als Gestaltungsaufgabe», en: K. F. Kreuzer (ed.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, 1998, pp. 9 y ss.

[53] Respecto a la crítica de una protección de los derechos fundamentales concebida de forma totalmente pretoriana, también J. Kühling, «Grundrechte», en: A. v. Bogdandy, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 583 y ss., (596 y ss.).

[54] Dictamen 2/94, Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, compilación 1996, I-1759, en especial, marginales 30 y 35; también publicado en *EuGRZ,* 1996, pp. 206 y ss.; respecto a esta cuestión, R. Bernhardt, «Probleme eines Beitritts der europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Menschenrechtskonvention», en: *FS U. Everling*, 1995, pp. 103 y ss.

[55] Mattews/United Kingdom, «Urteil vom 18. Februar 1999», *EuGRZ,* 1999, pp. 200 y ss.; R. Breuer, «Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Wächter des europäischen Gemeinschaftsrechts», *JZ,* 2003, pp. 433 y ss.

El TJCE ha aspirado, por el contrario, a orientar su jurisprudencia de derechos fundamentales a las garantías materiales del CEDH (esto es, a su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo), a fin de garantizar un nivel de protección de los derechos fundamentales coherente en el plano de la Comunidad y en el plano del Consejo de Europa [56].

El art. 6.2 TUE asume dicha concepción, en la medida en que considera el CEDH como fuente de conocimiento del Derecho de la Unión Europea. La reforma del Tratado de Lisboa, que sigue el modelo del fracasado Tratado Constitucional, apunta aún más alto. El art. 6.2 TUE en su nueva versión dispone: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». Esto sin embargo presupone que también los miembros del Consejo de Europa están de acuerdo con dicho precepto. Y en este punto se pondría sin embargo de relieve cierta oposición por parte rusa. Sería deseable la condición plena de miembro de la «nueva» Unión, es decir, de la Unión dotada de personalidad jurídica de Derecho internacional, y de ninguna manera resultaría una superflua redundancia de la protección de los derechos fundamentales garantizada por la Carta de derechos fundamentales [57].

c) *La Carta de derechos fundamentales de la UE: de soft law a su cualidad de Derecho originario*

Dado que la Unión Europea dispone ya hoy de un acervo de derechos fundamentales garantizado gracias a los principios jurídicos generales, y puede además recurrir a la fuente de conocimiento del Derecho que es el CEDH —incluso como fuente del Derecho si el Tratado de Lisboa sale adelante—, la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales adi-

[56] Véase por ejemplo «EuGH», *EuGRZ,* 2003, pp. 232 y ss.

[57] Véase también H. C. KRÜGER/J. POLAKIEWICZ, «Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa. Europäische Menschenrechtskonvention und EU-Grundrechte-Charta», *EuGRZ,* 2001, pp. 92 y ss., (94).

cional requiere justificación [58]. Y aquí sí resulta efectiva de nuevo la función de positivización, la «traslación» de la idea universal de los derechos humanos al Derecho de la Unión y comunitario. Solamente un documento escrito procura transparencia al ciudadano y puede proporcionar a la dogmática de los derechos fundamentales el irrenunciable marco de referencia «de un texto» y «de una contextualización». La Carta de derechos fundamentales de la UE clarifica lo que el TJCE había desarrollado jurisprudencialmente, y quiere ser o convertirse al mismo tiempo en la «base de valores» de la Unión que se está construyendo [59]. Mediante sus contenidos de derechos fundamentales innovadores va mucho más allá de las garantías del CEDH; es su prolífica actualización.

La Carta de derechos fundamentales debió ser incorporada junto con su Preámbulo en el Tratado Constitucional [60]. Tras el proyecto de reforma de Lisboa la Carta continúa siendo, como dijimos en la introducción, un Tratado independiente, aunque gana en cuanto a su fuerza de vinculación normativa (art. 6.1 TUE en la nueva versión). El artículo 1 de la Carta proporciona a la Unión una «idea guía» normativa: «La dignidad de la persona es inviolable» [61]. El Derecho de la Unión ha incorporado el fundamento de las disposiciones constitucionales liberales según el modelo del art. 1.1 LFB. Desde la perspectiva del art. 1 de la Carta de derechos fundamentales y de las garantías europeas de los derechos humanos, el Derecho de la Unión toma al individuo como «persona», desde la perspectiva del art. 17

[58] Por todos, W. Cremer, «Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine neue Europäische Verfassung», *NVwZ,* 2003, pp. 1452 y ss., con más referencias.

[59] K. Notz, «Die Grundrechtscharta als Wertbasis der EU-Verfassung», en: W. Weidenfeld (ed.), *Die Europäische Verfassung in der Analyse*, 2005, pp. 59 y ss.; U. Di Fabio, «Grundrechte als Wertordnung», *JZ,* 2004, pp. 1 y ss.

[60] R. Schwartmann, «Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Verfassungsvertrag», *AVR*, núm. 43, 2005, pp. 129 y ss., (129 y s.).

[61] H.-P. Folz, en: Ch. Vedder/W. Heintschel V. Heinegg (eds.), *Europäischer Verfassungsvertrag*, Art. II-61, marginal 1; M. Borowsky, en: J. Meyer (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union,* 2.ª ed., 2006, Art. 1, marginal 6 y ss.

TCE lo considera como «ciudadano». No se ocultan las disparidades de la Carta en este sentido. Así, encontramos derechos liberales clásicos junto con opciones objetivas de valores; la dimensión puramente orientada al Estado junto con la dimensión horizontal [62]. Se incluyen derechos de resistencia, derechos de prestación, derechos de participación y estándares de protección procedimentales. Los derechos sociales fundamentales, que enraízan en la solidaridad, y que quieren recobrar el ideal revolucionario de la fraternidad que se creía en ocasiones olvidado [63], trascienden con mucho las dimensiones de los derechos fundamentales clásicos. Una Carta de derechos fundamentales puede permitirse tal diversidad —aunque no siempre esté libre de contradicciones— y dejar a la jurisprudencia y a la ciencia jurídica dogmática la ponderación equilibrada de todas estas dimensiones. Esto es aplicable en todo caso en tanto el texto no contenga contradicciones irresolubles o no se agote en principios programáticos difícilmente justiciables. El hecho de que al texto de la Carta se le hayan añadido explicaciones del Presidium —aunque no sean vinculantes— [64], resulta en un primer momento sorprendente, dado que el legislador inteligente no debiera, a ser posible, interpretarse a sí mismo. Las explicaciones no obstante cumplen aquí otro importante objetivo. Ponen de relieve los nexos de recepción, de manera modélica para un «documento constitucional», acallando las críticas de los Estados. Así queda claro lo que es solamente «continuidad» [65] jurídico-positivizada del Derecho de los derechos fundamentales

[62] Ch. DEGENHART, «Grundrechtsinhalte und Grundrechtswirkungen im deutschen und europäischen Recht», en: *Teoria del diritto e dello stato (Rechts- und Staatslehre)*, 2003, núms. 1-2, pp. 162 y ss., (166 y s.).

[63] R. BIEBER, «Solidarität als Verfassungsprinzip der Europäischen Union», en: A. v. BOGDANDY/S. KADELBACH (eds.), *Solidarität und Europäische Integration*, 2002, pp. 41 y ss.; T. SCHMITZ, «Die Grundrechtecharta als Teil der Verfassung für die Europäische Union», *EuR,* núm. 39, 2004, pp. 691 y ss. (694); J. MEYER/M. ENGELS, «Aufnahme von sozialen Grundrechten in die Europäische Grundrechtecharta?», en: *ZRP,* 2004, pp. 368 y ss.

[64] Documento CHARTE 4487/00 CONVENT 50.

[65] Der Begriff der Nachführung geht zurück auf K. Eichenberger, *Der Staat der Gegenwart*, 1980.

realizado durante largo tiempo y dónde comienza el nuevo desarrollo de nuevos estándares de derechos fundamentales.

4. CONSECUENCIAS DE LA COMBINACIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS DE UNA DOGMÁTICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMÚN EUROPEA

El juego combinado de la «continuidad» y de la innovación es también el punto de partida para el desarrollo de una dogmática de derechos fundamentales común europea. Ésta debe «continuar» para Europa lo que es acervo común garantizado de las dogmáticas de los Estados miembros. Y debe trabajar y preparar de forma innovadora aquello en lo que falte tal acervo garantizado. Pero en dicho empeño la dogmática no puede ser ni niveladora ni puede pretender unificar ciegamente. El lema de «unidad en la diversidad» supone una referencia para la construcción teórica y la dogmática: tanta unidad como sea necesaria para la coherencia europea común de los derechos fundamentales; tanta diversidad como sea posible en una comunidad jurídica plural que quiere preservar su voluntad de integración en una comunidad con toda la heterogeneidad. Es necesario integrar —en especial a través de la reflexión comparativa— en un marco teórico común europeo las aportaciones dogmáticas que fueron trabajadas en el marco de los ordenamientos de derechos fundamentales de los Estados miembros por parte de todos los actores implicados.

1. «El punto de partida: la «función posibilitadora de la comunidad de los derechos fundamentales» [66]. El principio de libertad de los derechos fundamentales crea comunidad; en el «núcleo de libertad común» de los derechos fundamentales los ciudadanos encuentran aquellos presupuestos de libertad que posibilitan las relaciones recíprocas, comunicación y coopera-

[66] Acertadamente, U. VOLKMANN, «Freiheit und Gemeinschaft», en: D. MERTEN/ H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 32, marginal 29.

ción, la celebración de contratos, pero también la participación decisiva en la «rebus politicis» [67]. Los derechos fundamentales individuales con «especiales aptitudes para la comunitarización» [68], son conocidos desde hace tiempo del Derecho constitucional nacional y se han desarrollado de forma dogmáticamente diferenciada: la familia como núcleo de la comunidad política (art. 6 LFB), la dimensión corporativa de la libertad religiosa (art. 4.1.2 LFB), la libertad de reunión y asociación (art. 8 y 9 LFB), la libertad de creación de los partidos políticos (art. 21 LFB), la dimensión comunitaria de las libertades de la comunicación (art. 5.1 LFB), la trascendencia comunitaria de la libertad artística, científica y de la propiedad. La «aptitud» no implica en este caso ninguna obligación de comunidad; el «right to be alone» mantiene siempre disponibles las posibilidades de renuncia garantizadas por los derechos fundamentales [69]. A pesar de este posible «¡que se haga sin mí!», los derechos fundamentales constituyen, no obstante, en el plano estatal y supraestatal, «una comunidad de responsabilidad recíproca e integran al individuo en un contexto social más amplio» [70]. Esta «función de integración de los derechos fundamentales» es el punto de partida jurídico-funcional de una dogmática de derechos fundamentales común europea. Son los derechos fundamentales combinados en sus distintos planos los que hacen posible una comunidad y los que pueden ganar al individuo para «su» comunidad y esto gracias a su triple función: libertad frente a la comunidad, libertad en la comunidad y libertad para la comunidad.

[67] Ibidem.

[68] Ibidem.

[69] P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 5.ª ed., 2008, págs. 355 y 356; Ch. GRABENWARTER, «Die Grundrechte für die Europäische Union», *DVBl*., 2001, pp. 1 y ss.; clásicos respecto a las posibilidades y límites de la libertad son H. PLESSNER, *Grenzen der Gemeinschaft*, 1924 (reimpresión en 2002); y D. SUHR, *Die Entfaltung des Menschen durch den Menschen*, 1976.

[70] U. VOLKMANN, «Freiheit und Gemeinschaft», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 32, marginal 32, que se remite a W. SCHMITT GLAESER, «Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung», *HStR*, tomo III, 3.ª ed., 2005, § 38, marginal 24.

2. «El parámetro»*:* la función de integración de los derechos fundamentales fija el parámetro para la dogmática de los derechos fundamentales. Si el ciudadano se encuentra perdido en la espesura de los derechos fundamentales de ordenamientos de derechos fundamentales divergentes, y duda, en razón de los conflictos competenciales jurisdiccionales, de la efectividad de la protección de los derechos fundamentales, el efecto resulta desintegrador. La conformación de la comunidad a través de los derechos fundamentales exige antes bien un mínimo de coherencia en cuanto a los derechos fundamentales, que una completa unificación. Así, el reconocimiento de márgenes de apreciación («margins of appreciation») no debe suponer merma alguna para una protección de los derechos fundamentales coherente en Europa. Una «aplicación idónea para la coherencia» [71] del en cada caso diferente orden de derechos fundamentales, debe, no obstante, tomar en serio la inclusión del Derecho extranjero en la propia tarea de interpretación. La Carta de derechos fundamentales procede a este respecto de forma muy pragmática. Formula un mandato de aplicación homogénea de los derechos fundamentales del Convenio y de la Carta, que debe tomar también en cuenta la práctica de interpretación del TEDH (art. 52.3 primera frase) [72]. Para los casos de conflicto están previstos principios de solución.

3. «Los actores»: tanto en la «creación de la comunidad, mediante los derechos fundamentales», como en la «interpretación de derechos fundamentales», participan una variedad de actores. Entre éstos se encuentran, junto con los tribunales nacionales y europeos, todos los poderes públicos, la doctrina y finalmente todas las fuerzas vivas de la sociedad de ciudada-

[71] W. Hoffmann-Riem, «Kohärenz der Anwendung nationaler und europäischer Grundrechte», *EuGRZ,* 2002, p. 473 y ss., (475); véase también J. Abr. Frowein, «Der europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung», *NVwZ,* 2002, pp. 29 y ss.; H. A. Stöcker, «Wirkungen der Urteile des EGMR in der Bundesrepublik», *NJW,* 1982, pp. 1.905 y ss.

[72] J. Callewaert, «Die EMRK und die EU-Grundrechtecharta», *EuGRZ,* 2003, pp. 198 y ss.; M. Ruffert, «Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft. Grundrechte - Institutionen - Kompetenzen - Ratifizierung», *Europarecht,* núm. 39, 2004, pp. 165 y ss., (173).

nos europea [73]. Es precisamente la protección del derecho fundamental del ciudadano afectado la que impulsa al proceso de integración y de interpretación a la luz del caso concreto. Es el juez el que recibe dicho impulso; es la doctrina la que utiliza dicho impulso para el desarrollo de la dogmática. Y es la opinión pública europea (transmitida a través de los medios de comunicación) [74] la que en casos especialmente llamativos, proporciona a la jurisprudencia y a la dogmática sobre derechos fundamentales un espacio de resonancia común europeo.

4. «Los métodos»: la antes citada «aplicación idónea para la coherencia» de los derechos fundamentales demanda una interpretación de Derecho comparado de los derechos fundamentales [75]. Los tribunales implicados funcionan al respecto como intermediarios de «diálogos constitucionales» [76]. Tienen que afrontar una terrible «competencia» entre tribunales por los mejores argumentos, por las concepciones dogmáticas más contundentes [77]. Juegan además un papel importante los Abogados Generales del TJCE [78]. Sus conclusiones finales encuentran a menudo un eco importante

[73] Básico respecto a este enfoque es P. HÄBERLE, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *JZ,* 1975, pp. 297 y ss.

[74] Por una parte, P. HÄBERLE, *Gibt es eine Europäische Öffentlichkeit*?, 2000; por otra parte, D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1995.

[75] Ejemplos de la jurisprudencia son, entre otros, BVerfGE 57, 250 (275), 64, 135 (157), 74, 102 (128); 74, 328 (370), 80, 244 (255), 95, 96 (140); «BVerfG», *NJW,* 2004, pp. 3.407 y ss.; véase también S. ALBERT/ U. WIDMAIER, «Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung», *EuGRZ,* 2000, pp. 497 y ss.

[76] A. STONE SWEET, «Constitutional Dialogues in the European Community», en: A.-M. SLAUGHTER/A. STONE SWEET/J. WEILER (eds.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jursiprudence*, 1998, pp. 305; la teoría de la recepción de P. Häberle sigue desde siempre una concepción dialogística, en la que los tribunales son importantes «intermediaros de la recepción», véase, por ejemplo, su *Europäische Verfassungslehre*, 5.ª ed., 2008, pp. 624; del mismo autor, «Theorieelemente eines juristischen Rezeptionsmodells», *JZ,* 1992, pp. 1.033 y ss.

[77] K. ALTER, «Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence», en: A.-M. SLAUGHTER/A. STONE SWEET/J. WEILER (eds.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jursiprudence*, 1998, pp. 241.

[78] Véase en este contexto, con respecto a la posición de los abogados generales, R. SCHWARTMANN, «Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Verfassungsvertrag»,

en la sentencia. Las concepciones de derechos fundamentales pueden así ser «transferidas» desde el contexto constitucional nacional al TJCE. En sentido opuesto, precisamente los Tribunales constitucionales de los Estados miembros, deberían hacer un intenso uso de la posibilidad de referencia del art. 234 TCE. Subsisten déficits tanto con respecto al Tribunal Constitucional federal como también con respecto a los Tribunales constitucionales y supremos de otros Estados miembros [79].

5. «Los contenidos», diferenciados en función de las doctrinas generales de derechos fundamentales y las particularidades de derechos fundamentales individuales: para una dogmática de derechos fundamentales común europea resulta necesario un diálogo científico intenso en torno a cuestiones de las doctrinas generales de derechos fundamentales. Algunas palabras clave importantes apuntan a este respecto a cuestiones relativas a la Drittwirkung (indirecta) [80], a la garantía del contenido esencial, a las dimensiones de la obligación de proteger así como, en general, al estatus de la doctrina de los derechos fundamentales. También se apunta al deseo de una dogmática de los límites que compagine los distintos niveles [81]. Deben a este respecto exigirse en primer lugar un grado de control razonable y una prueba de proporcionalidad diferenciada [82]. El método de Derecho

---

AVR, núm. 43, 2005, pp. 129 y ss., (138 y s.); H. C. KRÜGER/J. POLAKIEWICZ, «Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa. Europäische Menschenrechtskonvention und EU-Grundrechte-Charta», *EuGRZ,* 2001, pp. 92 y ss., (98).

[79] Referencias en U. HALTERN, «Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem», *Verwaltungsarchiv,* núm. 96, 2005, ps. 311 y ss., (319), nota a pie 63.

[80] En el ámbito de los derechos fundamentales el TJCE ha desarrollado una doctrina de «Drittwirkung», pero en el ámbito de los derechos fundamentales comunitarios la cuestión sigue todavía abierta. Referencias en L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 2008, marginal 480.

[81] Ch. GRABENWARTER, «Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union», *DVBl*., 2001, pp. 1 y ss., (2); Ch. CALLIESS, «Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit», *EuZW,* 2001, pp. 261 y ss., (264).

[82] E. PACHE, «Die europäische Grundrechtscharta - ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?», *EuR,* núm. 36, 2001, p. 475 y ss., (487).

comparado contribuye también a la conformación de estándares de límites europeos comunes [83]. Al respecto resulta problemático qué modelo de límites se impone: ¿La sistemática de límites finamente cincelada, propia de los ordenamientos constitucionales, por ejemplo el alemán? ¿La claramente distinta sistemática de límites favorecedora de los derechos fundamentales del CEDH? [84] ¿O el límite unitario formulado en general según el modelo del art. 52.1 de la Carta de derechos fundamentales? [85] Este último podría resultar demasiado burdo. En su aplicación y concreción el TJCE dependería demasiado de la recepción de los estándares nacionales de límites o de los criterios del CEDH. Con respecto a los derechos fundamentales individuales, especialmente las actualizaciones innovadoras de los derechos fundamentales de la Carta de la UE deben ser integradas de forma crítica en la formación teórica y en la dogmática de los derechos fundamentales común europea. Baste el siguiente ejemplo: el derecho a una buena administración (art. 41) [86] puede también, en una perspectiva procedimental, fijar nuevos estándares que tengan cierta repercusión sobre las dogmáticas de derechos fundamentales de los Estados miembros.

[83] Esta es la perspectiva de análisis de, por ejemplo, J. KOKOTT, «Grundrechtliche Schranken und Schranken-Schranken», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER, *Handbuch der Grundrechte*, tomo I, 2004, § 22, marginal 116 y ss., «Schranken und Schrankenschranken der Meinungsfreiheit im länderübergreifenden Vergleich».

[84] T. SCHMITZ, «Die EU-Grundrechtecharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht», *JZ,* 2001, p. 833 y ss., (838).

[85] R. SCHWARTMANN, «Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Verfassungsvertrag», *AVR,* núm. 43, 2005, p. 129 y ss., 135 m. w. N.; E. PACHE, «Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung», *Europarecht,* núm. 39, 2004, pp. 393 y ss., (413); S. MAGIERA, «Die Grundrechtecharta der Europäischen Union», *DÖV,* 2001, pp. 1.017 y ss., (1.026); M. KENTNER, «Die Schrankenbestimmungen der EU-Grundrechtecharta – Grundrechte ohne Schutzwirkung?», *ZRP,* 2000, pp. 423 y ss.

[86] H. BAUER, *Das Recht auf gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2002; D.-U. GALETTA/B. GRZESZICK, en: Tettinger/Stern (ed.), *Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 41, marginal 4, 8; S. MAGIERA, en: MEYER (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2.ª ed., 2006, Art. 41, marginal 5 y ss.

5. CONCLUSIÓN FINAL

Para la «formación de la comunidad» y para la «vida de la comunidad», independientemente de que sea estatal o supraestatal, los derechos fundamentales desempeñan una función de conformación cultural [87]. La cláusula de dignidad de la persona es para la «cultura de la libertad» punto de referencia, parámetro y valor orientador. Desde una perspectiva jurídico-subjetiva, apunta al individuo dotado de dignidad como persona intelectual y moral por cuya voluntad se crea una comunidad política como «espacio de libertad, seguridad y justicia» [88]. Desde una perspectiva institucional, los derechos fundamentales operan como «principios» objetivos y culturales «del ordenamiento», como «idea del ordenamiento» para los ámbitos vitales marcados por ellos. Conforman las pautas «a las que debe orientarse todo comportamiento humano dentro de la comunidad de derecho en un sentido primeramente muy general» [89]. La libertad misma es «institución» y «presupuesto institucional» de la formación política del ordenamiento; los derechos fundamentales son por el contrario sus instrumentos decisivos en el ordenamiento. Desde su obra, elevada hace tiempo a la categoría de clásico, sobre «la garantía del contenido esencial» del año 1962, el nombre de Peter Häberle ha quedado inseparablemente vinculado a la concepción institucional de los derechos fundamentales [90]. Felicitamos

[87] Esta es después de todo desde los primeros años 80 del siglo XX una de las bases conceptuales de la obra de P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1.ª ed., 1982, 2.ª ed., 1998; posteriormente U. VOLKMANN, «Freiheit und Gemeinschaft», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 32, marginal 33 y ss., que contiene muchas otras referencias.

[88] Véase *supra* la nota a pie número 4.

[89] U. VOLKMANN, «Freiheit und Gemeinschaft», en: D. MERTEN/H.-J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tomo 2, 2006, § 32, marginal 34, remite a la opinión que subyace en la Sentencia Lüth (BVerfGE 7, 198), citado por E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, 1990, p. 26; véase con carácter más reciente H. SCHULZE-FIELITZ, «Das Lüth-Urteil - nach 50 Jahren», *Jura,* 2008, pp. 52 y ss.

[90] P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, 3.ª ed., 1983, en especial p. 96 y ss.

afectuosamente por su cumpleaños a uno de los grandes entre los juristas europeos con influencia internacional.

Resumen:

El presente artículo parte de la garantía de los derechos fundamentales como legitimación y justificación tanto del Estado constitucional como de la Europa de la Unión Europea, en cuanto a comunidad de derechos fundamentales, y del Consejo de Europa. El «Estado de los derechos fundamentales» y la «Comunidad de derechos fundamentales» encuentran en los derechos fundamentales su sustrato constitucional común, que se erigen en el aglutinante constitucional del modelo multinivel de la unión constitucional europea. La continuidad y la innovación en la protección de los derechos fundamentales en los tres planos referidos constituyen el punto de partida para el desarrollo de una dogmática de derechos fundamentales común europea, que debe ser homogénea en aras a la coherencia de la integración, pero también admitir tanta diversidad como sea posible en una comunidad jurídica plural. El autor propone y analiza al efecto como elementos de una dogmática de derechos fundamentales común europea: la función de integración de los derechos, que se erige a su vez en parámetro de dicha dogmática; los distintos actores que la conforman; los métodos; y finalmente, los contenidos, estructurados en función de las doctrinas generales de derechos fundamentales y las particularidades de derechos fundamentales individuales. Se adscribe en suma el presente trabajo a la teoría institucional de los derechos fundamentales seguida por Peter Häberle.

Palabras Clave: *Derechos fundamentales. Estado constitucional. Unión Europea. Constitucionalismo multinivel. Dogmática de derechos fundamentales común europea. Concepción institucional de los derechos fundamentales.*

Abstract:

This essay begins with the guarantee of the fundamental rights as legitimacy and justification so much of the constitutional State and the Europe of the European Union, considered as a community of fundamental rights, as of the Council of Europe. The «State of fundamental rights» and the «Community of fundamental rights» find in the fundamental rights their common constitutional substrate, which set up as the constitutional binder of the multilevel model of the Constitutional Europe. Continuity and innovation in the protection of the fundamental rights in the three levels referred constitute the starting point to developing a common European dogmatic of the fundamental rights, which must be homogenous in order to give coherence to the integration, but also to accept as much diversity, as possible, in a plural legal community.

The author proposes and analyzes, to this effect, as elements for a common European dogmatic of the fundamental rights: the role of the integration of rights, that stands, at the same time, as parameters of this dogmatic; the different actors conform it; the methods; and finally, the contents, structured according to the general

doctrines of fundamental rights and the particularities of individual fundamental rights. We can appoint, to sum up, this paper, to the institutional theory of fundamental rights, followed by Peter Häberle.

Keywords: *Fundamental Rights, Constitutional State, European Union, multilevel Constitutionalism, Common European dogmatic of fundamental rights, institutional theory of fundamental rights.*

LA UNIÓN EUROPEA Y LA GLOBALIZACIÓN

RAFAEL DE AGAPITO SERRANO *

Es un placer para mí comenzar expresando mi agradecimiento por la invitación a participar en este Congreso, que se organiza como reconocimiento a la labor del Prof. Häberle, tan enriquecedora en el desarrollo de esta etapa actual del Derecho constitucional. Tuvimos ocasión de tenerle entre nosotros y escucharle hace poco tiempo en la Universidad de Salamanca, con ocasión de la conferencia conmemorativa de nuestra Constitución, gracias a la mediación del Prof. Francisco Balaguer.

La amplitud y riqueza de contenido y el alcance de su obra no pueden reflejarse con detalle aquí en toda su extensión. Pero hay algunas ideas en ella que, a efectos de mi intervención, me interesa poner ahora en primer plano.

1. En primer término la orientación de su «interés de conocimiento», perseguida tenazmente, hacia el desarrollo de un «Derecho constitucional común», sobre la base de un riguroso conocimiento de los elementos jurídicos comunes a los diversos Estados no sólo de Europa en sentido estricto, sino de los Estados que hoy llamamos democracias avanzadas [1]. Es ésta una comunidad en la que hoy día se ha relativizado ya incluso la clásica diferenciación entre las tradiciones jurídicas del mundo anglosajón y de la Europa continental; pero, más aún, es posible y obligado, según el Prof.

* Profesor Titular de Derecho constitucional. Universidad de Salamanca.

[1] P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, Ffm 1997.

ReDCE. Año 6. Núm. 12. Julio-diciembre/2009. Págs. 101-113.

Häberle, entender el Derecho constitucional como un proceso de interacción entre los diferentes ordenamientos y niveles de constitucionalidad, lo que impone el método comparativo como quinto canon de interpretación jurídico constitucional.

2. En segundo término, su apuesta por la «teoría», o, más exactamente, por la reflexión teórica, como instrumento de construcción de «una cultura común sobre el derecho» [2].

3. Y, finalmente, en tercer lugar, la conciencia de que en esta relación entre el Derecho y la cultura jurídica está siempre presente la cuestión de «la universalidad como el criterio de justificación» que tiene que orientar esa tarea [3].

Es desde esta perspectiva desde la que me interesa encarar el tema de la relación entre la UE y la Globalización, objeto de esta Mesa redonda. Ambos supuestos pueden reconducirse a una idea presente en esa tradición común, la de la «lucha por el derecho» de la que habla von Ihering, sin duda en otro contexto y con un sentido específico, pero que sin embargo hoy puede entenderse con más amplitud como la clave del desarrollo de una gran tradición en la que el Derecho se postula como factor de regulación de una posible convivencia justa y en libertad.

En un primer acercamiento la Globalización puede caracterizarse como un nuevo fenómeno o situación de facto, en la que se constata una interrelación e interdependencia mundiales que afectan con intensidad a las condiciones de vida, tanto materiales como culturales, de las distintas naciones del mundo. Como toda situación de hecho, discurre en buena medida al margen del Derecho, y, al mismo tiempo, plantea la exigencia de que se desarrolle un Derecho realmente justificado y aplicable de modo efectivo en la relación entre las naciones.

La Unión Europea, por su parte, se presenta como un modelo singular de organización internacional, en el sentido de estar cimentado en el desarrollo de un Derecho común, vinculado a su propia configuración específica y a la tradición jurídica común europea. Así se ha reflejado en el tem-

[2] P. HÄBERLE, «Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells», en *ibidem*. pp. 175 y ss.

[3] P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, *op. cit*. Vorwort, pp. 29 y ss.

prano reconocimiento de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, y en su plasmación explícita actual como tales. Los avances en el Derecho comunitario, así como el progresivo acercamiento de los ordenamientos jurídicos nacionales en las distintas ramas del Derecho, no excluyen sin embargo que se trata de una Unión en construcción, que no está plenamente desarrollada desde el punto de vista constitucional. La cercana vacilación y rechazo final de la adopción de un Tratado «constitucional», en sentido estricto, es aún una manifestación de las tensiones entre Estados, así como de los complejos problemas que se han planteado desde un principio sobre la legitimación democrática de su funcionamiento y, consecuentemente, sobre la relación entre el Derecho comunitario y los derechos constitucionales nacionales.

La lucha por el derecho se mueve siempre en un campo de tensión entre intereses, y en él entran en juego las relaciones entre poder y Derecho. Esta relación puede plantearse como una mera contraposición de facto entre ambos, o bien, cuando entran en juego criterios de razón, ambos pueden articularse como elementos que pueden unirse coherentemente para hacer efectiva una solución jurídica pacífica de los conflictos. De ahí el papel de la teoría, de la reflexión teórica, como contribución a la construcción de una cultura jurídica común. Desde luego, no entiendo aquí «teoría» en un sentido meramente especulativo, ni en el meramente acumulativo de sumar rasgos o factores comunes. La entiendo, más bien, en el sentido de un conocimiento que podríamos calificar de «negativo», y que puede ser la base del desarrollo de una cultura que tendría por objeto aunar razón y poder (legítimo) para actualizar los contenidos de la lucha por el derecho en la etapa actual.

En el ámbito jurídico es en el Derecho constitucional donde puede entenderse con más claridad esta idea de un «conocimiento negativo». Pues en él, desde su planteamiento inicial, y tanto en las construcciones teóricas como en las luchas históricas, el punto de partida y el criterio fundamental ha sido el de reducir o excluir el abuso de poder, o, lo que es igual, aunque formulado en forma positiva, el respeto recíproco a la libertad de cada individuo. Sobre esta base, la formación de ese conocimiento y de esa tradición, que son en buena medida comunes, se apoya en la evaluación tanto de los logros e insuficiencias que se comprueban a la hora de analizar las

fórmulas jurídicas singulares en las que se concreta este criterio fundamental, como de las consecuencias prácticas de estas fórmulas jurídicas (constitucionales o del derecho ordinario) de cara a la realización de aquel criterio justificador fundamental. La reflexión sobre el desarrollo de las fórmulas jurídico-constitucionales tiene por objeto discriminar los aciertos y las carencias de éstas a lo largo de la historia constitucional, y tratar de suplir las últimas. Este es el cometido del Derecho constitucional en toda su complejidad actual.

Y hablamos también de un «conocimiento negativo» en el sentido de que se trata de prevenir cualquier recaída por detrás o por debajo de aquello que ya sabemos que funciona, y de evitar lo que ya hemos verificado que no se corresponde con una realización eficaz de ese criterio fundamental.

Donde ha alcanzado una mayor riqueza y rigor este conocimiento sobre la organización de la convivencia, en lo político y lo social, es en la idea del Estado constitucional desarrollada en la tradición europea. Se encuentra en los conceptos, las categorías y las instituciones que se perfilan y evolucionan desde las construcciones teóricas iniciales en el Estado moderno, en el constitucionalismo liberal, en las aportaciones y rechazos de la etapa de crisis del Estado liberal y, fundamentalmente, entre las dos Guerras mundiales, hasta llegar al constitucionalismo posterior a la SGM y su desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

Hablamos aquí de una «idea del Estado constitucional», aunque evidentemente en la historia aparecen y se configuran diversas formas de articular la Constitución. Y, de un modo especial, hoy se acentúa como limitación de esta idea el hecho de que el Estado constitucional aparece y está estrechamente vinculado a la realidad del Estado nacional; tiene, por lo tanto, un alcance limitado como posible referencia para la organización y regulación de una convivencia más allá de este ámbito. No obstante, la reflexión teórica y crítica de esta tradición común permite reconocer la presencia de criterios y fórmulas comunes capaces de sustentar una idea más amplia del Estado constitucional y mantener su valor como orientador de la organización de la convivencia transnacional. La obra del Prof. Häberle se mueve precisamente en la tensión de resolver la oposición aparente entre un Derecho positivo constitucional vinculado en su vigencia a Estados

particulares, y un Derecho «común» dotado de una validez que transciende esa limitación.

La base común del Derecho constitucional es el postulado de que éste, tal como surge en la Época Moderna, constituye una rama especial del Derecho y tiene por objeto la regulación del poder político. Su objetivo es asegurar que el Derecho, esto es, las normas jurídicas que vinculan a todos y pueden aplicarse incluso mediante coacción, tengan una justificación tal que los miembros de una sociedad puedan asumirlo por sí mismos, desde sus intereses y desde el uso individual de su razón. Consecuentemente este Derecho constitucional se configura a través de dos rasgos fundamentales [4]:

1. La regulación jurídico-constitucional establece dos funciones para el poder político, esto es, para la organización pública de la comunidad: la de una aplicación objetiva del Derecho y la de una forma específica de creación del Derecho. Lo específico de esta regulación es que establece estas funciones como «separadas»: ambas se corresponden con momentos distintos, y no deben mezclarse, pues toda confusión entre ellas conduce a un abuso de poder (Montesquieu). Y, sin embargo, al mismo tiempo se trata de funciones que se condicionan y están vinculadas recíprocamente: desde la Época moderna el Derecho sólo puede ser fruto de la política, es decir, fruto de la acción y la decisión de hombres, y no de cualquier instancia normativa o institucional trascendente; y, por su parte, la política ha de estar regulada por criterios y normas jurídicas justificadas si se quiere asegurar que sus resultados puedan ser aceptables de modo general.

2. Además, esta regulación jurídico-constitucional tiene otra singularidad, que la distingue de cualquier otra rama del Derecho: con ella no se trata de establecer una regulación directa y estática de las relaciones sociales, como en las ramas del Derecho ordinario. De lo que se trata en ella es de regular un proceso: el proceso de verificación y renovación del Derecho vigente por parte de los miembros de la comunidad. En definitiva, el núcleo del Derecho constitucional, como Derecho en sentido estricto, es precisamente el de garantizar de forma eficaz que ese proceso pueda lle-

[4] Cfr. R. De Agapito Serrano, *Estado constitucional y proceso político.* Universidad de Salamanca, 1989, passim.

varse a cabo; que los miembros de la comunidad puedan asentir libremente al Derecho, o disentir y promover su renovación. La temprana idea de la «sociedad civil» es una muestra de ello: sólo cabe hablar de «sociedad» en una determinada comunidad histórica social cuando está reconocida y asegurada para los miembros de la misma la posibilidad de expresar su desacuerdo y promover la modificación del Derecho vigente. Es claro, en cambio, que en los regímenes totalitarios no tiene sentido utilizar el término de «sociedad», y de hecho no se utiliza. En suma, lo que se pretende garantizar con esta regulación jurídico-constitucional es la posibilidad de un «proceso abierto», o, más exactamente, de asegurar jurídicamente la «apertura de este proceso».

Esta idea de un proceso abierto, que está presente en todo el desarrollo del pensamiento del Prof. Häberle, requiere sin embargo alguna matización: «abierto» no significa abrir el paso a un proceso «ciego», sin una dirección propia o sin un criterio que proporcione a ese proceso una orientación específica. Y esto es lo que diferencia a esta idea común del Estado constitucional respecto de cualquier otra forma de gobierno, y en particular de toda forma autocrática de gobierno. La pretensión fundamental, incluida en la idea común del Estado y del Derecho constitucional desde sus inicios, es la de condicionar y determinar ese proceso desde presupuestos específicos para la legitimación de la política, esto es, de las decisiones colectivas comunes, así como para la justificación del Derecho. Un proceso «abierto» en este sentido presupone, pues, la definición y existencia de unas condiciones y garantías específicas para que pueda darse realmente esa «apertura» del proceso social. Y esto supone, finalmente, reconocer que el proceso que se regula constitucionalmente tiene una finalidad determinada: la de excluir el abuso de poder, ya sea político o social, haciendo posible la libertad en la relación entre los individuos de la comunidad [5].

La historia, y la tradición común, del Estado y el Derecho constitucional es precisamente la de la concreción de estos presupuestos en fórmulas jurídicas concretas y específicas, que presentan peculiaridades en los dis-

[5] Cfr. P. Häberle, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría constitucional de la sociedad abierta,* Madrid, 2002.

tintos Estados nacionales, y en cuya vigencia y realización pueden descubrirse logros y defectos, avances e insuficiencias en el intento de someter el poder a Derecho. Conocemos hoy las consecuencias dramáticas de esos defectos e insuficiencias, y hemos aprendido de ellas.

Pues bien, lo que caracteriza la comprensión actual del Estado constitucional es precisamente una reformulación, teórica y jurídica, del alcance y el significado complejo de esos presupuestos, y de su plasmación en fórmulas jurídico-positivas. Se trata de una forma nueva de concebir tales presupuestos: éstos no se entienden ya como principios externos al Derecho (como ocurría en el constitucionalismo europeo continental del XIX, tomando pie en una justificación iusnaturalista o racionalista); pero tampoco son meros principios de «un» sistema jurídico determinado (como en la forma de los principios generales del Derecho). Son presupuestos en los que se aúna su carácter fundamentador con su naturaleza jurídico-positiva, y en esa medida, su plasmación en fórmulas jurídicas concretas tiene que estar abierta a una posible verificación continuada de su justificación.

Es en este punto donde puede enlazar una reflexión sobre la UE y la Globalización. De cara a ambos supuestos se plantea la aspiración de encontrar un Derecho que tenga una justificación «universal». Ahora bien, el término de «universal» no puede reducirse aquí a la pretensión de alcanzar un derecho común en la versión de un derecho general homogéneo. Tiene que ver, haciendo uso del significado del término de lo «universal» en la Ilustración, con el hecho de que sea un Derecho no vinculado o sometido de forma unilateral a intereses particulares. Por ello, con esta aspiración se plantea una pretensión que va más allá del Derecho inter-nacional y de cualquiera de sus formas específicas (como lo es la UE) recortadas según ámbitos e intereses determinados. Y, al mismo tiempo, plantea la cuestión de si esa idea común del Estado constitucional de la que hemos hablado, a pesar de sus vinculaciones históricas con la figura del Estado-nación, puede aportar algo a la justificación universal del Derecho que se busca.

La aspiración a una justificación de carácter universal lleva a buscar un «tertium comparationis» entre ambos, y creo que éste puede encontrarse en la idea de un «derecho cosmopolita», propia de la Aufklärung. Su referente último, ya lo habrán anticipado, es I. Kant. Sus propuestas, formuladas desde una rigurosa autorreflexión crítica, entiendo que tienen todo

el sentido y el mayor interés para la situación actual [6]. La obra de referencia aquí puede ser su opúsculo sobre la «Paz Perpetua», en la que indaga las condiciones de una paz real entre las naciones, o más exactamente entre los pueblos, teniendo como fondo sus planteamientos de la «Crítica de la razón práctica».

En su análisis del desarrollo de la idea de la Paz [7], W. Janssen se refiere a tres modos sucesivos de plantear y de tratar de resolver esta cuestión.

En un primer momento, vinculado a la aparición del concepto de soberanía y a la utilización de la figura del contrato social, los intentos se concentran en formular las condiciones de la paz dentro de un Estado, como paz civil. Esta se asegura mediante la concentración del poder político en una única instancia. Pero esta concentración no puede confundirse sin más con la figura histórica de la monarquía absoluta, pues en cualquier caso, ya sea mediante la fijación de un objetivo justificado para esa concentración del poder (la paz interna, en J. Bodin), ya mediante el pacto social (la unanimidad en la renuncia a usar la propia fuerza en Hobbes, o el pacto de sociedad y el reconocimiento de las libertades en Locke), el soberano se define además en todo caso de acuerdo con un determinado criterio de legitimación. La figura del soberano no se agota, pues, en la idea de un poder único, y de ahí la diferenciación de la estructura interna de la instancia soberana en órganos diferentes y en sus correspondientes garantías. Ahora bien, en este momento hablamos aquí sólo de paz civil, de paz dentro de cada Estado. La relación entre los Estados se mantiene como en «estado de naturaleza», en términos de la época.

En un segundo momento, en la etapa de la Ilustración, la confianza en la razón y en su plasmación en formas jurídicas hace que esta aspiración se proyecte también a la relación entre las naciones, y se vincula la paz en las relaciones entre los Estados con la paz interna de cada Estado. Se entiende que la paz civil implica también justicia, pues deriva de la existencia de un Gobierno racional. Y, en consecuencia, se supone ahora que, si

[6] Cfr. J. P. Müller, «Rule of law - Rechtsstaat», en: *Menschenrechte und Bürgerrechte in einer vielgestaltigen Welt,* P. Häberle, J.P. Müller (hrsg.), pp.43 y ss.

[7] W. Janssen, «Friede», en *Geschichliche Grundbegriffe*, O. Brunner, W. Conze (hrsg.), Stuttgart 2004.

la paz civil deriva de un poder (soberano) sometido a condiciones jurídicas y de razón, esto es, si hay una constitución jurídica en los Estados, entonces el resultado de ello será también la paz entre las naciones.

El tercer momento, representado por la propuesta de Kant, representa un paso más, pues exige que tales condiciones de justicia se den en los dos ámbitos: no puede haber paz civil basada en una Constitución en cada Estado, si no hay también condiciones para la paz en la relación entre las naciones, y viceversa. La clave, pues, no puede residir en la Constitución nacional ni en el Derecho internacional, que supone siempre una paz falsa, coyuntural y relativa sólo a los sujetos que participan (Sección 1.ª de la Paz Perpetua). La paz, para Kant, es un estado de dominio de las relaciones jurídicas entre los pueblos; o bien, es un estado de razón de los pueblos.

Kant habla en este contexto de «pueblos», introduciendo con ello su categoría de los «ciudadanos del mundo», y lo hace sobre la base de una posible conexión entre Derecho y razón, entre el Derecho y esa razón práctica en cuyo análisis puede descubrirse un criterio de validez universal. En su análisis de la teleología en la «Crítica del juicio», Kant propone que el fin último de la naturaleza es «una constitución que regule de tal modo las relaciones mutuas entre los hombres, que permita oponer en un todo, llamado «sociedad civil», una fuerza legal a los abusos de la libertad que están en recíproco antagonismo» [8]. Pero, añade «tal sociedad deberá estar inmersa en una totalidad cosmopolita». La paz, pues, sólo puede garantizarse sobre la base de una garantía «legal» de la relación de reconocimiento intersubjetivo de la libertad, y dentro de una totalidad cosmopolita.

La tesis central de su obra la Paz Perpetua es la de que un orden global apoyado en la paz presupone una ley o un Derecho cosmopolita (Weltbürgerrecht), que vendría a reemplazar al clásico Derecho inter-nacional entre los Estados por un Derecho que estableciera de modo efectivo los derechos de los seres humanos como ciudadanos del mundo [9]. En la Sección segunda de esta obra, referida a los artículos definitivos de su pro-

[8] *Crítica del Juicio*, Espasa 6.ª ed, 1995 (trad. M. García Morente) p. 420, cit. en M. Kuehn, Kant, ed. Acento, Madrid 2003, p. 487 y ss. (trad. Carmen García-Trevijano Forte).

[9] M. Kuehn, *Kant, op. cit.*, p. 530.

puesta, establece que en todo Estado una Constitución política debe ser «republicana». Y el adjetivo de «republicana» se concreta, en definitiva, en que todos dependan de una única ley, así como en el principio de igualdad de todos como ciudadanos.

Es cierto que el republicanismo en Kant no se identifica con la «democracia». Pero no cabe olvidar que en el momento constituyente en que él escribe, la idea de democracia tiene como referencia básica la defensa de Rousseau de la democracia directa, y en suma la experiencia clásica de la polis ateniense. Los constituyentes de este momento histórico, en Inglaterra (Burke), en EEUU (el Federalista) o en Francia (Sieyès), rechazan esta fórmula en favor de la democracia representativa [10]. Y aún en Kant se defiende también esta idea, pues exige la separación entre ejecutivo y legislativo, y, de algún modo, mantiene un vínculo con Rousseau cuando afirma que el Derecho tiene como característica esencial (y diferenciadora de la moral) el que obliga mediante el posible uso de la coacción, pero que también cabe la posibilidad de que «pueda» obligar de forma «válida», de que pueda obligar por su «validez»: el carácter obligatorio del Derecho puede basarse en su validez, desde el momento en que se asume que sólo es vinculante y aplicable a aquellos que han participado en su elaboración.

Que todos dependan de una única ley remite a ese posible derecho cosmopolita, esto es, a un derecho universal. Y la cuestión que se plantearía entonces es la de en qué consiste ese Derecho. De acuerdo con el planteamiento kantiano, ese Derecho no puede basarse simplemente en la homogeneidad, en la sujeción de todos a un único y determinado Derecho, sino que tiene que responder a un criterio de validez universal. Sería un Derecho en el que quepan y sean exigibles tanto la identidad como la diferencia [11].

Esto es, tiene que haber identidad en lo que se refiere a que la referencia última de un derecho válido universalmente es la autonomía moral de los individuos, de los ciudadanos del mundo. Y la autonomía moral, según Kant, es la capacidad propia de los seres humanos de usar su razón libre-

[10] Cfr. R. De Agapito Serrano, cap. dedicado a la Representación política, en *Estado constitucional y proceso político, op. cit.*

[11] Cfr. P. Häberle, *Europäische Rechtskultur*, Ffm 1997, Vorwort, pp. 26 y ss

mente. Lo moralmente correcto tiene así su base en la libertad [12]. Y, con ello, la política, las decisiones colectivas de las que surge el Derecho, puede estar vinculada a la moral (entendida aquí en ese sentido de la posibilidad de una justificación racional) sólo en la medida en que es posible la participación de los individuos en tales decisiones desde el uso de su propia razón, esto es, sin coerciones ni propias o internas ni externas. Pero esta exigencia no excluye, al mismo tiempo, la posibilidad de que existan diferencias en lo referente a las fórmulas concretas que se establezcan en el Derecho, atendiendo a las circunstancias históricas y sociales, aunque eso sí, siempre y cuando éstas respeten la aplicación de ese presupuesto común.

Para Kant la primera clave de este derecho universal, «republicano», es pues la libertad de pensamiento. En algún momento de su obra señala que si hay un derecho que pueda calificarse de verdaderamente fundamental, éste no puede ser otro que el de la libertad de pensamiento, con todo lo que se desarrolla a partir de él (las libertades públicas). Y la segunda clave, estrechamente vinculada a la anterior, es la «publicidad», es decir, la idea de que toda acción sobre el derecho de otros hombres es injusta si la máxima a la que responde no es susceptible de tratamiento público, de discusión racional.

La historia del Estado y del Derecho constitucional posterior a este planteamiento nos ha aportado un conocimiento más detallado y riguroso de las condiciones concretas que han de incorporarse en las fórmulas jurídicas, pero en este conocimiento se mantienen en pie las exigencias que plantea Kant. La obra del Prof. Häberle, sobre el desarrollo de una «cultura constitucional» común, de esa tradición jurídica común labrada desde el esfuerzo teórico y las luchas históricas, de esa sociedad abierta de intérpretes de la constitución, representa una orientación y una contribución de especial valor en este sentido [13].

[12] J. Simon, *Wahrheit als Freiheit,* Berlin 1978, pp. 184 y ss; J. Simon, *Kant. Die Fremde Vernunft und die Sprache der Philosophie,* de Gruyter 2003, pp. 493 y ss.

[13] Cfr. P. Häberle, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid 2000.

Para terminar, cabría aludir brevemente a la necesidad de una comprensión actual más compleja de algunos conceptos clásicos que seguimos usando, si se entienden de acuerdo con este planteamiento de la necesidad y de la búsqueda de un derecho cosmopolita. Podríamos reinterpretar en este sentido los conceptos de soberanía, los derechos fundamentales o el derecho a la participación política y su proyección sobre la orgánica constitucional. Para no dilatar en exceso esta exposición me limitaré a reseñar algunas consideraciones sobre la concepción del concepto de soberanía.

Ciertamente el concepto de soberanía mantiene hoy en su contenido la idea de la concentración del poder en una única instancia, una instancia que puede decidir libremente y sin estar sometida a condiciones internas y externas. Pero es evidente que su significado constitucional no se agota en ello. Ya desde un principio, como hemos indicado, el concepto de soberano aparece vinculado a alguna forma de legitimación que lo justifique racionalmente. Su concepción actual, desde el desarrollo histórico conceptual del Estado y el Derecho constitucional, vincula la soberanía al pueblo como única forma justificada de legitimación de toda organización pública. Pero, en cualquier caso, habría que aclarar y precisar a qué se refiere esta atribución al pueblo de la titularidad de la soberanía. Es claro que el «pueblo» no puede entenderse hoy como un «sujeto colectivo», abstracto, sino que es una fórmula abreviada cuyo significado es el de remitirse expresamente a los ciudadanos. Y se remite a los ciudadanos con el sentido concreto de que son titulares de los derechos y libertades fundamentales. Se podría decir que el pueblo es soberano sólo en tanto en cuanto, y en la medida en que, los miembros de una comunidad, cada uno de ellos, tiene igual capacidad para ejercer y hacer uso de esos derechos.

Es en este sentido, pues, con este nivel de complejidad, cómo la categoría constitucional de la soberanía tiene que utilizarse hoy como base de la construcción de un Derecho común. Un nivel de complejidad por debajo del cual no se puede recaer, y desde el cual tendría que plantearse un Derecho con vocación universal.

Resumen:

La riqueza de contenido y la amplitud y alcance de la obra de Peter Häberle, así como el reconocimiento a su aportación al desarrollo actual del Derecho constitucional inspiran este ensayo sobre la relación entre Unión Europea y Globalización. La orientación de su «interés de conocimiento» hacia el desarrollo de un «Derecho constitucional común», su apuesta por la reflexión teórica como instrumento de construcción de «una cultura común sobre el derecho» y su conciencia de que en la relación entre el Derecho y la cultura jurídica está presidida por «la universalidad como el criterio de justificación» actúan como ideas guía de este trabajo. Desde esta perspectiva, el análisis del binomio formado por Unión Europa y Globalización es reconducido a la idea de la «lucha por el derecho» entendida hoy «como la clave del desarrollo de una gran tradición en la que el Derecho se postula como factor de regulación de una posible convivencia justa y en libertad». Con estos planteamientos el autor reflexiona sobre la historia y la tradición común del Estado y el Derecho constitucional, sobre el cometido actual del Derecho constitucional y sobre la necesidad de reinterpretar conceptos clásicos del constitucionalismo, en particular el concepto de soberanía.

Palabras clave: *Unión Europea, Globalización, Derecho constitucional, Estado constitucional.*

Abstract:

The richness of content and the breadth and scope of the work of Peter Häberle, as well as recognition of his contribution to the ongoing development of constitutional law have inspired this essay on the relationship between European Union and Globalization. The orientation of their «knowledge interest» to the development of a «common constitutional law,» his commitment to theoretical reflection as a tool for construction of «a common culture on the right» and their awareness that the relationship between law and legal culture is dominated by «the universality and the criterion of justification act as guiding ideas of this work. From this perspective, the analysis of the team formed by European Union and Globalization is redirected to the idea of «fighting for the right» understood today as the key to development of a great tradition in which the law is postulated as a factor regulating possible coexistence of a fair and free. «On this basis the author reflects on the history and common tradition of the state and constitutional law, on the present constitutional law and the need to reinterpret classical concepts of constitutionalism, in particular the concept of sovereignty.

Keywords: *European Union, globalization, constitutional law, constitutional state.*

DERECHO EUROPEO Y GLOBALIZACIÓN: MITOS Y RETOS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO *

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. GLOBALIZACIÓN Y ESTADO CONSTITUCIONAL
3. LA INTEGRACIÓN EUROPEA COMO RESPUESTA A LA GLOBALIZACIÓN
4. CONSTITUCIÓN E INTEGRACIÓN EUROPEA
5. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN [1]

Ante la paulatina difuminación que de las fronteras en los Estados viene dándose, en particular desde la caída del muro de Berlín y el progresivo desarrollo tecnológico, y la pérdida de soberanía que de los mismos se predica en relación, especialmente, al mercado y la economía (como podero-

* Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

[1] El presente trabajo trae causa de mi intervención en una mesa redonda dedicada a la Unión Europea y la globalización, desarrollada en el seno del Congreso («La Construcción del Derecho Constitucional Europeo») que, en Homenaje al Prof. P. HÄBERLE (con motivo de su 75 aniversario), se celebró en Granada los días 14 y 15 de mayo de 2009; los otros intervinientes en tal sesión fueron C. DE CABO MARTÍN, como ponente, A. D'ATENA, como Presidente de la mesa y ulterior relator, y R. DE AGAPITO SERRANO. Como hiciera en dicha ocasión, quisiera manifestar desde el inicio mi más sincera satisfacción por poder participar en el referido Congreso en homenaje al Prof. P. HÄBERLE (y ahora en este número de la ReDCE), y, ello, especial-

sas fuerzas que actúan frente a la política), resulta hasta ahora mayoritaria la opinión de las ventajas que al respecto ha supuesto el proceso de integración europeo, por cuanto que con él los Estados miembros de la Unión Europea han avanzado en un espacio económico, político y jurídico capaz de contrarrestar, aún a nivel regional, los efectos de la globalización. Y en tal sentido, precisamente, destacándose la flexibilidad con la que se ha configurado el Derecho europeo a nivel formal, tanto en sus fuentes como en sus normas (hasta ahora), dado que, en principio, más eficiente en relación a aquélla que los estatales, supuestamente más férreos.

Tanto es así que el proceso de integración europea es visto en la actualidad como modelo de respuesta ante la progresiva pérdida de capacidad de los Estados en otras regiones del mundo frente a la globalización; de este modo, precisamente, y sin perjuicio de diferentes contextos y proyecciones, la Unión Europea es observada como potencial referencia de integración regional con la que alcanzar una masa crítica económica, social, política y jurídica suficientemente capaz como para afrontar los envites de la globalización [2].

---

mente, por hacerlo en relación a la globalización; y es que ya en anteriores trabajos tuve la oportunidad de trabajar tal cuestión desde postulados propios del Prof. HÄBERLE: en particular, en relación a la posibilidad de configurar un Derecho constitucional común a nivel global [*vid.*: «Globalización *versus* democracia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, pp. 383 y ss.; «Globalizzazione, tecnologia e costituzione: verso una democrazia planetaria e un diritto costituzionale comune?», A. Buratti (trad.), *Nomos*, 3/2002, pp. 169 y ss.; y, especialmente, «Sobre la Constitución normativa y la globalización», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 241 y ss.]. Sin embargo en esta ocasión quisiera distanciarme (que no renunciar) de dichos trabajos. Pues con ocasión de los mismos, y en un momento de optimismo, no ya constitucional, sino incluso constituyente en relación al proceso de integración europea [pues éstos se realizaron a la luz de la elaboración del malogrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante, TECE)], pude ya apreciar una idea extendida sobre las bondades del Derecho europeo ante la globalización. Una idea que, sin embargo, creo adecuado revisitar críticamente, a fin de encarar adecuadamente el proceso de integración europea ante los retos que en la actualidad le supone la globalización.

[2] En tal sentido, expresamente, A. PIZZORUSSO, «La producción normativa en tiempos de globalización», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11,

Sin embargo, la ralentización del proceso de integración europea vivida en estos últimos ocho años ha puesto en tela de juicio la anterior consideración, por cuanto que Europa no ha avanzado en la misma velocidad y profundidad que la globalización ha extendido sus efectos, en especial en relación a nuevos retos como son la inmigración, el terrorismo y la seguridad internacional, la propia tecnología y el calentamiento global. Y así que lo que se nos presentara, hasta no hace demasiado, como eficaces soluciones en relación a la globalización respecto a la Unión Europea se releguen hoy a meros mitos que han de superarse a fin de procurar adecuadas respuestas con las que afrontar los nuevos tiempos.

2. GLOBALIZACIÓN Y ESTADO CONSTITUCIONAL

2.1. Aproximación a la globalización como problema constitucional

Considerada la globalización, en general, como un proceso progresivo de difuminación de las fronteras [3], acaba caracterizándose por diversos aspectos, como son su contexto, su complejidad, y su intensidad. Respecto

2009, p. 241. Y asimismo, en el seno de la bibliografía iberoamericana, *vid.*, por ejemplo, C. A. SÁNCHEZ TORRES, «El Estado constitucional en la globalización: Garantía de derechos, ciudadanía y mercado en el contexto actual de reformas al Estado», en AAVV *Derechos humanos, relaciones internacionales y globalización*, J. González Ibáñez (coord.), Ibáñez, Colombia, 2006, pp. 429 y ss.

[3] Con carácter general sobre la globalización, y desde distintas aproximaciones a la misma, *vid.*, por ejemplo: U. BECK, *¿Qué es la globalización? (Falacias del globalismo, respuestas a la globalización)*, R. M.ª Borràs y B. Moreno (trad.), Paidós, Barcelona, 1998; J. E. FARIA, *El Derecho en la economía globalizada*, C. Lema Añón (trad.), Trotta, Madrid, 2001; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democracia*, Editori Laterza, Bari, 2002; E. DENNINGER, «Derecho en "desorden" global. Sobre los efectos de la globalización», J. Brage Camazano (trad.), *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, pp. 117 y ss.; y J. R. CAPELLA, «La globalización: ante una encrucijada político-jurídica», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39, 2005, monográfico sobre *Derecho y justicia en una sociedad global*, pp. 13 y ss.

al contexto, son dos los factores a tener en cuenta: de un lado, el progreso tecnológico, como motor de la misma, y en una aceleración tal que la diferencia de situaciones pasadas (a la par que globalización y desarrollo tecnológico acaban retroalimentándose)[4]; y de otro, y en estrecha conexión con lo anterior, la «sociedad del riesgo» en la que vivimos, tanto a nivel medioambiental, como en cuanto a salud pública, economía o la misma forma de desarrollarse los conflictos y la violencia[5].

Por otra parte, y en relación al carácter complejo de la globalización, junto a la proyección universalista de la economía, de valores sociales y políticos, de manifestaciones culturales, e incluso del propio Derecho, se presentan respuestas endógenas frente a la misma, siendo el integrismo (nacional, religioso, cultural, etc.) su mayor demostración[6]. Y es que, lejos de que la globalización haya dado lugar a una mayor universalidad respecto a las más importantes conquistas históricas alcanzadas[7] (como a veces se nos quiere hacer creer), ha provocado una mayor brecha y desigualdad internacional en todos los órdenes (económico, cultural, social, tecnológico, etc.)[8]. Al

[4] En cuanto al desarrollo tecnológico imperante, *vid.*, ya, J. F. Sánchez Barrilao: «Globalizzazione, tecnologia e costituzione…» *op. cit.*, *passim*; y «Sobre la Constitución normativa y la tecnología», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 257 y ss. Además, cómo no, sobre la incidencia de la ciencia y la tecnología, *vid.* el reciente trabajo de J. Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán (Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia)*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

[5] Por todos, U. Beck, *La sociedad del riesgo (Hacia una nueva modernidad)*, J. Navarro, D. Jiménez y M.ª R. Borrás (trad.), Paidós, Barcelona, 1998.

[6] *Vid.* A. Giddens, *Un mundo desbocado*, P. Cifuentes (trad.), Taurus, Madrid, 2000. Por otra parte, sobre el fundamentalismo como uno de los grandes problemas del Derecho constitucional, P. Häberle, «El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del Derecho y de la cultura», X. Arzoz Santiesteban (trad.), en *Retos actuales del Estado constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996, pp. 133 y ss.

[7] F. Spantigati, «Globalizzazione ed ecumene: cosa abbiamo imparato in Italia in cinquanta anni», *Jus (Rivista di Scienze Giuridiche)*, 1/2001, pp. 15 y ss.

[8] J. Hernández Zubizarreta, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales)*, Hegoa/OMAL, Bilbao, 2009.

respecto, tampoco cabe hablar de una «globalización del Derecho», en sentido estricto (y más allá de ciertas manifestaciones —como los derechos humanos—, por cuanto que, aún expandiéndose, finalmente no acaban por universalizarse totalmente), sino de cómo queda éste bajo el influjo de aquélla (así, «Derecho globalizado») [9].

En cuanto a la intensidad con la que la globalización actúa, ahora, ella resulta finalmente fuente de cierta capitulación democrática y constitucional [10], al socavar el modelo constitucional de Estado de Derecho y de Democracia históricamente alcanzado [11]. En tal sentido, precisamente, actúa el determinismo que para la política y lo público ha supuesto el mercado globalizado. No son sólo los estragos que en todo el mundo ha causado el neoliberalismo, y la pérdida de fronteras que a nivel económico ha conllevado, sino, y especialmente, la propia negación de la política como voluntad con capacidad externa al mercado (en especial hasta la actual crisis económica) [12]; y que la economía, en tanto que supuestamente «dada» y objetiva (nuevamente hasta la actual crisis económica), se haya presentado como

[9] S. Cassese, «The Globalization of Law», *International Law and Politics*, núm. 37, 2005, pp. 973 y ss.

[10] Así, G. Ferrara, «Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione», en AAVV *Scritti in onore di Giuseppe Guarino (II)*, CEDAM, Padova, 1998, pp. 228 y 229; y ya en España, especialmente, G. Jáuregui, *La Democracia planetaria*, Ediciones Nóbel, Oviedo, 2000, pp. 20 a 23.

[11] Sobre tal modelo, y su crisis, *vid.*: D. Grimn, «Il futuro della costituzione», F. Fiore (trad. it.), en AAVV *Il futuro della costituzione*, G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (coord.), Einaudi, Torino, 1996, pp. 129 y ss.; M. Á. García Herrera, «Rigidez constitucional y Estado social», en AAVV *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, P. Andrés Ibáñez (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 33 y ss.; y el muy reciente trabajo de C. De Cabo Martín, «Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009, pp. 17 y ss.

[12] En tal sentido, Severino habla de cómo el capitalismo ha llevado a la *desregulación,* a tenor del distanciamiento del mercado de todo fin ajeno al mismo y en cuanto que capaz de limitarlo en su desarrollo; E. Severino, junto a N. IRTI, *Dialogo su Diritto e tecnica*, Editori Laterza, Roma, 2001, pp. 26 y 70.

límite frente al Derecho y la voluntad político-pública (democrática), subyugándolos en pos de unas reglas propias basadas en el máximo beneficio de quienes participan a título particular en el mercado globalizado (las multinacionales y las grandes corporaciones e instituciones económico/internacionales) [13]. Tal determinismo se nos ha mostrado así, desde hace tiempo, con un solapado valor político, al rechazar la política por «negativa» y acientífica; no es que se haya negado la política a nivel público, pues lo que se ha pretendido (y se sigue pretendiendo) es que ésta sea sustituida por una voluntad aparentemente apolítica («parapolítica») garante de una parca objetividad, al margen, en última instancia, del principio democrático, e intentándose volver de esta forma al Estado de Derecho privado [14].

Además, el carácter «antisoberano» de la globalización [15] (junto con el proceso de descentralización abierto en no pocos Estados [16]) tiende a una cada vez mayor pérdida de entidad soberana; el poder se «transnacionaliza», y esto de manera asimétrica y desigual. El mercado ha actuado sobre la soberanía desde fuera de ella, en huida constante y progresiva de un poder estatal cada vez más necesitado de articulación internacional. Al respecto la tecnología, con las nuevas formas de comunicación (Internet), ofrece al mercado un espacio virtual ajeno al territorio físico, y una velocidad inal-

[13] Sin embargo el Derecho no ha desaparecido: de un lado, y como advirtiera nuevamente E. SEVERINO, en cuanto que necesario marco garante de las pretensiones de aquéllos (*op. cit.*, pp. 70 a 72); y de otro, por cuanto que, a la vista de la crisis vigente, el Derecho y la política nuevamente parecen resurgir como instrumento de los Estados ante la misma (al respecto de la misma, M. Á. GARCÍA HERRERA y G. MAESTRO BUELGA, «Estado-mercado y crisis sistemática», *Jueces para la democracia*, núm. 65, 2009, pp. 8 y ss.).

[14] G. JÁUREGUI, *op. cit.*, pp. 48 a 54. De «*constitucionalismo mercantil global*», incluso, habla A. DE JULIOS-CAMPUZANO, en *La globalización ilustrada (Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo)*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 129.

[15] *Cfr.* M. LUCIANI, «L'antisoverano e la crisi delle costituzioni», en AAVV *Scritti in onore de Giuseppe Guarino (II)*... cit., pp. 731 y ss.

[16] Atendiendo a esta perspectiva, por ejemplo, O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo)*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 75 y ss.

canzable para los viejos Estados, como manifestación de la crisis de la tradicional proyección espacio/tiempo [17]; éstos, por ahora, procuran una acción conjunta con la que acotar áreas todavía bajo su control, fundamentalmente a nivel regional [18]. La economía y el mercado han terminado de este modo por escapar a la acción de los Estados (como ha demostrado las causas de la actual crisis económica), abandonándose políticamente a su «rebufo», mientras la «gobernabilidad» del orden mundial, e interno, viene reclamando de su dirección política [19].

La acción de la globalización ha venido así a reducir progresivamente el poder de los Estados, al perder éstos cada vez más capacidad efectiva de decisión y de intervención en nuevas esferas de actividad, tanto fuera como dentro de sus fronteras. Un poder que ha tendido, sin embargo, a encauzarse a favor de organizaciones transnacionales de tipo corporativo, conformando un cuarto orden social, el «asociativo corporativo», que actúa a modo de interlocutor privilegiado entre las instituciones políticas clásicas, si es a nivel nacional, y entre los propios Estados, cuando ya es a escala internacional; y ello como filtro «interesado» del interés público, y

[17] Al respecto de ésta, *cfr.* A. GIDDENS, *cfr. Consecuencias de la modernidad*, A. Lizón Ramón (trad.), Alianza, Madrid, 1999, pp. 28 y ss.; y sobre la incidencia de Internet sobre ello, *vid.* R. J. MOLES PLAZA, *Derecho y control en Internet (La regulabilidad de internet)*, Ariel, Barcelona, 2003.

[18] *Vid.* V. E. PARSI, «La Constituzione come mappa: sovranità e cittadinanza tra risorse nomadi e diritti stanziali», en AAVV *La nuova età delle costituzini (Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale)*, L. Ornaghi (coord.), Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 145 a 194.

[19] Por ejemplo, X. ARBÓS y S. GINER, *La gobernabilidad (Ciudadanía y Democracia en la encrucijada mundial)*, 2.ª ed., Siglo Ventiuno Editores, Madrid, 1998, pp. 87 y ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Editori Laterza, Bari, 2002; y J. COHEN y C. F. SABEL, «Global Democracy?», *International Law and Politics*, núm. 37, 2005, pp. 763 y ss. A ello, además, habría que añadir el contexto originado tras los acontecimientos del 11-S (New York, 2001) y el unilateralismo estadounidense resultante; en tal sentido, M. CASTELLS, *La era de la información: economía, sociedad y cultura (II. El poder de la identidad)*, 2.ª ed., Carmen Martínez Gimeno y Pablo de Lora (versión castellana), Alianza Editorial, Madrid, 2003, pp. 377 y ss. Otra cosa es, esperamos, qué pueda resultar tras la actual crisis económica.

fuera del alcance y del control público de los ciudadanos [20]. La crisis del Estado está servida, dejando al ciudadano en la intemperie globalizada [21].

En este sentido, la globalización también ha influido en el Derecho en cuanto tal (según se ha apuntado); y ello, especialmente, de mano de la tecnología [22]. Ambos fenómenos modifican formalmente los modos de producción a través de los cuales se incorporan normas al ordenamiento jurí-

[20] *Cfr.* G. JÁUREGUI, *op. cit.*, pp. 53, 176, 198, 199 y 201; al respecto, además, *vid.* R. J. GILSON, «Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function», *The American Journal of Comparative Law*, núm. 49/2, 2001, pp. 329 y ss. Con todo, llama poderosamente la atención cómo estos nuevos grupos corporativos, siendo expresión última del liberalismo y del mercado, ejercen y han concentrado tanto poder económico sobre el mismo que tienden a reducir, por no decir eliminar, la libre competencia. Se produce de este modo «una extraña y gran paradoja», pues mientras el modelo liberal puro tiende a la disolución del mercado por el dominio incontrolado de tales mega-corporaciones, sólo con una vuelta al intervencionismo público se conseguiría algo de control sobre éstas y cierto grado de garantía de la libre competencia (*cfr.* nuevamente G. JÁUREGUI, *op. cit.*, pp. 176 y 177). Sin embargo sigue siendo difícil por cuanto que el poder estatal continúa siendo limitado (más, incluso, que por los procesos de integración supranacional, según A. MASSERA, «Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1/2001, p. 6). Y es que el pretendido carácter objetivo con el que se presenta la globalización, sobre todo en su vertiente más economicista, postula de soluciones igualmente objetivas y uniformes para todo el mundo (*Cfr.* F. SPANTIGATI, «Globalizzazione ed ecumene: cosa abbiamo imparato in Italia in cinquanta anni», *Jus (Rivista di Scienze Giuridiche)*, 1/2001, pp. 18 y 19), reduciendo buena parte de la capacidad política y jurídica a nivel interno. Otra cosa es, insistimos, qué pueda pasar a la vista de la acción concertada por los Estados, tanto a nivel interno como internacional, con ocasión de la actual crisis económica.

[21] ¡Qué contradicción!, es cuando el Estado alcanza históricamente su mayor proyección democrática y garantista respecto a los individuos cuando comienza a vislumbrarse su impotencia; *cfr.* P. de VEGA GARCÍA, «Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998, pp. 14 y 29. Asimismo, al respecto, *vid.* A. DE JULIOS-CAMPUZANO, en *La globalización ilustrada …* cit., *passim*.

[22] En tal idea, precisamente, es donde entran en conflicto tecnología y Democracia, a tenor del cada vez mayor poder que lo primero supone para ciertos grupos ajenos a lo público, en la ordenación social, económica y política de la comunidad.

dico; en especial, en atención a la consideración del sistema de fuentes desde el diseño que del mismo plantea y supone todavía la Constitución normativa, y desde la dimensión que tal diseño alcanza constitucionalmente respecto al propio principio democrático [23]. A estos efectos son dos, a grandes rasgos, los fenómenos que se advierten: un primero, relativo al desplazamiento entre fuentes del Derecho; y un segundo, concerniente a la aparición de nuevas fuentes.

En cuanto a lo primero, la actual consideración procedimental de las fuentes del Derecho tiene como referencia la conexión, mayor o menor, que entre la elaboración de la norma jurídica y Democracia se da, con ocasión también de la mayor o menor garantía formal y procedimental de la intervención de las minorías políticas con representación parlamentaria [24]. De este modo, y dada asimismo la mayor o menor legitimidad del poder origen de la fuente, junto a las garantías del pluralismo recién señaladas, sería posible igualmente establecer una paralela correlación entre la calidad democrática de la fuente y su respectivo régimen jurídico (y con esto, en relación también a la norma jurídica producida) [25]. Así, lo que se plan-

---

De ahí, con BECK, la pregunta por quién sea quien efectivamente tome decisiones relativas a la tecnología; U. BECK, «Politics of Risk Society», en AAVV *The Politics of Risk Society*, J. Franklin (ed.), Polity Press, Cambridge, 1998, pp. 9 y ss.

[23] A. LÓPEZ PINA e I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Elementos de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 74.

[24] Y es que, como expresa RUGGERI, «la *forma* (latamente intesa) è, dunque, in funzione della realizzazione dei *valori*, ed in questo senso è essa stessa un *valore*»; A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale (I. L'ordinazione in sistema)*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, p. 95. También, sobre la proyección del sistema de valores vigentes en la Constitución en relación al sistema de fuentes, aun en su dimensión más formal, *vid.* A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 12.

[25] Pues la delimitación del régimen jurídico de la fuente, en general, y de su fuerza, en particular, ha de partir de la previa acepción constitucional que de la misma se tenga; y con ello, de su consideración en relación al sentido constitucional de la Democracia que ella supone en la producción jurídica, y muy especialmente como garantía y expresión del pluralismo político; desde esta dimensión ya, sin duda, I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional (Sistema de fuentes)*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1988.

tea es cómo en tal entendimiento, precisamente, la globalización denota una progresiva traslación a modos de producción cada vez menos formales, en post de una mayor flexibilización y temporalidad de la norma resultante [26]; pero con ello, como contrapartida, una asimismo cada vez menor garantía del pluralismo, con el progresivo deterioro que esto conlleva para el principio democrático.

Es más; tal deslizamiento progresivo del Derecho parece contactar con un genérico proceso de desistimiento público a regular materias especialmente afectas por la globalización y la tecnología, distinguiéndose a su vez la mera renuncia por los poderes públicos a disciplinar determinadas cuestiones; la encomienda a poderes privados de parte de la disciplina de ésta, aun previéndose la reserva a aquéllos de un área de intervención en coordinación y dirección; la participación de poderes privados en la predeterminación del contenido normativo; o la simple retirada de la disciplina jurídico-pública para determinados campos, con la sustitución de dichos vacíos normativos mediante regulaciones privadas. Y así, la aparición de nuevas formas de producción normativas en manos, en mayor o menor medida, de sujetos privados [27].

[26] *Vid.* L. Parejo Alfonso, «El Estado como poder y el Derecho regulador de su actuación, hoy; algunas de las transformaciones en curso», en AAVV *VI Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional (II)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 1629 y ss. (en particular, pp. 1677 a 1679).

[27] Con carácter general, *vid.* J. Esteve Pardo, *Autorregulación (Génesis y efectos)*, Aranzadi/Thomson, Elcano, 2002; y de manera particular, H. Simonetti, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Jovene Editore, Napoli, 2009. Se denota consiguientemente una cierta *fluidez ordinamental*, en expresión de A. Ruggeri [«Prospettive di riordino del sitema delle fonti tra oscillanti dottrine della Costituzione ed incerte opzioni di natura istituzionale», en AAVV *Studi in onore di Leopoldo Elia (II)*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, pp. 1527 y ss., y en particular p. 1530], de manera que se llega incluso a conjugar doctrinalmente el principio de subsidiariedad; y esto, a nuestro entender, tanto en la acepción vertical como horizontal de la subsidiariedad, según que su fundamento sea la *efectividad* o una vuelta a la garantía de la sociedad civil [para una aproximación crítica de la subsidiariedad, tanto en su dimensión vertical como horizontal, *vid.* P. Ridola, «Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica», junto a A. A. Cervati y S. P. Panunzio,

Pero también el Derecho elaborado por los propios poderes públicos acaba por atenuar su normatividad, a modo de «soft law»; es decir, un Derecho abierto en sus actores, menos procedimentalizado, y más persuasivo que normativo, en busca más de la complicidad de los sujetos privados que su clásica sujeción estrictamente jurídica [28]. Y con esto, finalmente, una legitimación y legitimidad de las normas no tanto en su producción y aplicación por los poderes públicos, sino fundamentalmente en su efectiva realización por aquéllos a los que van dirigidas.

A esto, para terminar, se le ha de unir la configuración del entero Derecho a modo de «red», en clara referencia al Internet como superior ma-

---

Studi sulla riforma costituzionale (Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia), G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 194 y ss.; y en cambio, para un planteamiento posibilista de la misma, en relación a su acepción vertical y respecto al principio democrático con ocasión de búsqueda de espacios jurídicos posibles frente a la globalización y la tecnología, *cfr.* S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red (Poder y Derecho en Internet)*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 101, 104, 105 o 108]; o lo que es igual, una mera garantía frente a lo político, en espacios de autonormatividad. De este modo es, por tanto, que sigamos planteando la necesidad de seguir reflexionando sobre dicha *fluidez*, pues al margen de cuál sea el grado de evolución susceptible de asumir por el sistema de fuentes conforme a los nuevos tiempos, lo cierto es que ello evidencia, como advierte A. RUGGERI [pero ahora «»Fluidità» dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi di inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione)», en AAVV *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale (II)*, V. Cocozza y S. Staiano (coord.), G. Giapichelli Editore, Torino, 2001, pp. 777 y ss.], profundas alteraciones de principios constitucionales ordenadores, no ya del sistema de fuentes estatal en sí, sino del propio Estado en cuanto que social y democrático de Derecho. Al respecto de esto, *vid.*: J. RUIPÉREZ, «¿La Constitución en crisis? El Estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 120. 2003, pp. 127 a 171; J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «Tecnología, Democracia y fuentes del derecho», en AAVV *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España (I)*, M. Á. García Herrera (coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 467 y ss.; y A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, Capts. I y VI.

[28] Por todos, D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, *El Soft Law Administrativo*, Thomson/Civitas, Madrid, 2008.

nifestación de la globalización y del actual desarrollo tecnológico [29]; un Derecho conformado por la interacción normativa, tanto en su producción como en su aplicación, de normas jurídicas de las más variadas procedencias (estatal, infraestatal y supraestatal, a la par que pública y privada), poniendo en crisis, además de la seguridad jurídica [30], la misma sistematicidad del Derecho, entrando éste así en una nueva fase de «medievalización» jurídica [31]. De este modo, más que de pluralismo de ordenamientos jurídicos, cabría hablar de pluralidad ordinamental, por cuanto que los diversos ordenamientos en relación no terminan por conformar una unidad sistémica, al interactuar éstos, en gran medida, en pugna unos con otros desde sus respectivos postulados y principios en su efectiva realización [32].

[29] *Vid.*, por ejemplo, P. CASANOVAS, «Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos», en AAVV *Internet y pluralismo jurídico: Formas emergentes de regulación*, P. Casanovas (ed.), Comares, Granada, 2003, pp. 1 y ss. De *Constitución red*, incluso, llega a hablar Rafael BUSTOS GISBERT, en *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2005, en especial pp. 177 y ss.

[30] Así, J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005.

[31] De «medievalización del derecho posindustrial» nos hablaba ya A. CALSAMIGLIA, en «Justicia, eficiencia y Derecho», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, p. 308; mientras que de «neofeudalismo», sobre todo en el sentido que nosotros utilizamos más arriba, J. E. FARIA, en *El Derecho en la economía globalizada…* cit., pp. 262 y ss. Ello, entendemos, es una manifestación más del declive de la «mitología jurídica posilustrada» que vivimos hoy, según P. GROSSI, «Más allá de la mitología jurídica de la modernidad», en *Mitología jurídica de la modernidad*, M. Martínez Neira (trad.), Trotta, Madrid, 2003, pp. 60 y ss.

[32] Sobre tal diferencia, ya, J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados miembros: apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución europea (Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004)», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004, pp. 131 y 132. No en vano, todo ordenamiento autónomo tiende a regular por sí sus relaciones con los otros con los ordenamientos con los que entra en contacto; *cfr.* G. ROBLES MORCHÓN, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas (Ensayo de teoría comunicacional del Derecho)*, Thomson/Civitas, Navarra, 2007.

2.2. **Propuestas desde el constitucionalismo a la globalización**

La evidencia de la necesidad de actuar cada vez más en un plano internacional conlleva para algunos el reforzamiento, y en su caso refundación, de una ordenación política y jurídica internacional a nivel planetario. En la línea ya apuntada por Kant, y desarrollada por Kelsen y por Bobbio o Habermas (más recientemente) [33], se han buscado fórmulas de «cosmopolitismo» democrático y constitucional con las que solventar desde un nuevo orden internacional la perdida de soberanía estatal ante la globalización; para ello, obviamente, se requiere de nuevos planteamientos en el diseño de las instituciones internacionales hoy existentes, capaces de alcanzar una efectiva y democrática organización política y jurídica tanto en un plano de gobernabilidad, como de exigencia de responsabilidad jurisdiccional (y su consiguiente legítima coacción, en su caso), frente a los Estados y las corporaciones transnacionales [34].

[33] *Vid.*, respectivamente: I. KANT, *La paz perpetua*, J. Abellán (trad.), Tecnos, Madrid, 1985; H. KELSEN, *La paz por medio del Derecho*, L. Echávarri (trad.), 2.ª ed, Trotta, Madrid, 2008; y N. BOBBIO, «I diritti dell'uomo, oggi», en *L'età dei diritti, Einaudi*, Torino, 1992, pp. 253 y ss. (también, de interés, «Democracia y sistema internacional», en *El futuro de la Democracia*, J. F. Fernández Santillán —trad.—, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 198 y ss.). Y en cuanto a J. HABERMAS, especialmente (y entre sus últimos trabajos): «¿Es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39, 2005, monográfico sobre *Derecho y justicia en una sociedad global*, pp. 107 y ss.; «¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del Derecho internacional?», en *El Occidente escindido*, J. L. López de Lizaga (trad.), Trotta, Madrid, 2006, pp. 113 y ss.; y «Constitucionalización del Derecho Internacional y problemas de legitimación de una sociedad mundial constitucionalizada», en *¡Ay, Europa!*, J. L. López de Lizaga, P. Madrigal y F. Javier Gil Martín (trad.), Trotta, Madrid, 2009, pp. 107 y ss.

[34] Sin embargo, se apunta, la realidad actual se encuentra lejos del estadio necesario para tal evolución, si bien cabe ir asumiendo parcelas en las que avanzar por dicha línea; acerca del *cosmopolitismo*, y de la falta de presupuestos al respecto todavía, *vid.* S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red (Poder y Derecho en internet)*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 82 y ss. (asimismo de interés, y respondiendo a

Desde dicha perspectiva, se ha abordado la necesidad de un «orden cosmopolita» o «global» con el que dar respuesta a la perdida de soberanía y Democracia, y esto no sólo profundizando en la eficiencia de los organismos internacionales ya existentes (reforzándolos al tiempo), sino en su diseño democrático con relación a los propios ciudadanos en la búsqueda de una mayor Democracia mundial. A estos efectos, se hace referencia a un nuevo concepto de ciudadanía capaz de compatibilizar la diversidad cultural y política, dependiendo del plano en que ésta se haga valer [35], como presupuesto, a su vez, de nuevas formas y niveles de gobierno y de una soberanía compartida en el marco de un constitucionalismo mundial [36].

HABERMAS, T. GIEGERICH, «The *Is* and the *Ought* of International Constitutionalism: How Far Have We Come on Habermas's Road to a «Well Considered Constitutionalization of International Law»?», *German Law Journal*, Vol. 10, núm. 1, 2009, pp. 31 y ss.). Y por otra parte, sobre el carácter fundamentalmente político de tales limitaciones, *vid.* L. FERRAJOLI, «La crisis de la Democracia en la era de la globalización», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39, 2005, monográfico sobre *Derecho y justicia en una sociedad global*, pp. 50 y 51. Con todo, no cabe olvidar, tampoco, el etnocentrismo occidental que subyace en tal aproximación frente a otras culturas (tal como señala D. ZOLO, en «La crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Haberlas», P. Mercado Pacheco —trad.—, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, pp. 197 y ss.), sin perjuicio de no tener que renunciar al mismo siempre que entre en un diálogo respetuoso con esas otras culturas, en vez de intentar imponerse a las mismas sin más.

[35] Según es apuntado por J. HABERMAS; al respecto, su ya clásico *La inclusión del otro*, J. C. Velasco Arroyo (trad.), Paidós, Barcelona, 1999.

[36] Entre otros, D. HELD, *La Democracia y el orden mundial (Del Estado moderno al gobierno cosmopolita)*, S. Mazzuca (trad.), Paidós, Barcelona, 1997 (y más recientemente, «Los principios del orden cosmopolita», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39, 2005, monográfico sobre *Derecho y justicia en una sociedad global*, pp. 133 y ss.); y G. JÁUREGUI, *La Democracia Planetaria…* cit., *passim*. También de interés, *vid.* L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno (Nascita e crisi dello Stato nazionale)*, Laterza, Roma, 1997, pp. 50 y ss. Al respecto de tales propuestas, la subsidiariedad se alza como nuevo principio protagonista, tanto a nivel vertical como horizontal; y ello, a tenor de la flexibilidad y supuesta aproximación al ciudadano que ésta supone frente a la globalización (*cfr.* L. PAREJO ALFONSO, «El Estado como poder y el Derecho regulador de su actuación, hoy; algunas de las trans-

Pero junto a ello, además, desde una dimensión sustantiva (por cuanto que dependiente de una preconcepción de la dignidad, la libertad y la igualdad del hombre), como demuestra el paso hacia una «Democracia de valores» a partir de la ética universal que suponen hoy los derechos humanos [37]. Y es que la Democracia pluralista ha de responder también al reto planetario de trasladar dicha ética y pluralismo a nivel internacional; debe abarcar la realización «global» de los derechos humanos en cuanto que presupuestos de la misma y garantía de las minorías, además de fin y esencia del constitucionalismo contemporáneo y del Estado constitucional democrático. Ello se encuentra en la justificación última del poder y de su ejercicio y limitación, como estadio cultural alcanzado; no caben retrocesos, sino, y muy al contrario, su extensión universal como patrimonio de la humanidad, más allá de occidente [38].

---

formaciones en curso», en AAVV *VI Congreso iberoamericano de Derecho constitucional —II—*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 1628 y ss.). No obstante, se ha de advertir las exigencias de corresponsabilidad política y de coordinación que la subsidiariedad vertical requiere en todo momento para un eficaz y normal funcionamiento de la misma, además de la realización más funcional, que democrática, que de la misma se viene dando; y de otra parte, las limitaciones que la subsidiariedad horizontal supone para los poderes públicos, en cuanto que garantía de espacios de acción en manos de sujetos particulares frente aquéllos (al respecto de la subsidiariedad, en tal sentido crítico, *vid.* P. RIDOLA, *op. cit.*, pp. 193 y ss.). Por último, además, se ha de advertir la separación de regímenes conforme a la distinción de intereses y grupos a los que responden (por ejemplo, mercado y medio ambiente), entrando así en conflicto (A. FISCHER-LESCANO y G. TEUBNER, «Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», M. Everson —trad.—, *Michigan Journal of International Law*, núm. 25, 2004, pp. 999 y ss.).

[37] G. JÁUREGUI, *op. cit.*, pp. 12, 116 y 245. Y en cuanto a D. HELD, desde la idea de «autonomía», *cfr. La Democracia y el orden mundial… cit.*, pp. 265 a 270.

[38] *Vid.* J. HABERMAS, «Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos», en *La constelación posnacional (Ensayos políticos)*, L. Pérez Díaz (trad.), Paidós, Barcelona, 2000, pp. 147 y ss. De este modo, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos se relativiza ante la relación dialéctica que entre los mismos se da, y la proyección externa e interna que de éstos se ha de alcanzar con relación a la soberanía y a la Constitución; es inevitable que cualquier concep-

Si la dignidad humana se reconoce así hoy como una premisa cultural del Estado constitucional, y al hilo de ésta la Democracia se nos presenta como un resultado organizativo de ella, el propio poder soberano y democrático ha de responder frente a la dignidad, como poco, respetándola; es un principio que, siguiendo a Häberle ahora, se deduce tanto de generaciones constitucionales pasadas, como desde una perspectiva sincrónica [39]; es parte de la cultura constitucional [40], y con ello del llamado «Derecho constitucional común» [41]. Así, nos adentramos en la posibilidad de un marco de valores constitucionales más allá de cada una de las Constituciones escritas y de la soberanía estatal; nos referimos a un «Derecho constitucional común», que, como resulta en Europa, es deducible del conjunto de Constituciones nacionales vigentes en este ámbito, del Derecho comunitario y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales [42]. Es un nuevo constitucionalismo sin fronteras [43], que rompe con el clásico binomio Constitución-Estado [44], y nacido de la interpretación comparada de los textos constitucionales e instrumentos internacionales en garantía y protección de los derechos humanos, y de unas

---

ción de Democracia de aspiraciones planetarias no responda a tales fines, en cuanto que presupuesto y razón del nuevo orden a procurar. M. J. Fariñas Dulce, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Universidad Carlos II de Madrid/ Dykinson, Madrid, 2000.

[39] P. Häberle, *El Estado constitucional*, H. Fix-Fierro (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 169 y ss.

[40] P. Häberle, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, E. Mikunda (trad.), Tecnos, Madrid, 2000.

[41] P. Häberle, «Derecho constitucional común europeo», E. Mikunda (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 1993, pp. 7 a 46.

[42] A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

[43] De *pluralismo constitucionalizado* nos habla M. P. Chiti, con cuya «expresión se sintetiza la nueva forma que hoy asume el constitucionalismo que, sobre la misma base teórica de siglos precedentes cuando se refería a los Estados y a la necesidad de someterlos a Derecho, sigue ahora la compleja retícula de las relaciones internacionales y de los múltiples sujetos que en ellas participan, sentando las premisas para una genuina comunidad internacional de Derecho» (*Derecho administrativo europeo*, L. Ortega (trad.), Civitas, Madrid, 2002, p. 46).

tradiciones jurídicas y políticas culturalmente compartidas de las que cabe extraer «standars» comunes [45].

Sin duda esta nueva forma de entender el Derecho constitucional se nos presenta como una muy sugerente respuesta a la globalización, a tenor de la flexibilización que del mismo comporta; sin embargo, y como el propio Häberle reconoce (para el caso europeo), el carácter tangencial del sistema de fuentes que supone dicho Derecho constitucional común [46], si bien no resulta una total dificultad [47], sí que, de alguna manera, muestra una cierta debilidad; no hay que olvidar que la globalización actúa como una fuerza poderosísima, y que, al igual que a veces no halla obstáculos en las Constituciones rígidas, menos habría de encontrarlos en un Derecho cons-

[44] Asimismo, sobre una configuración del Derecho constitucional más allá del Estado como respuesta a la globalización, *vid.* G. TEUBNER, «Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory», *Storrs Lectures 2003/04*, Yale Law School, en *http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/dokumente/societal_constitutionalism.pdf* (30/11/2009).

[45] P. HÄBERLE, *El Estado constitucional...* cit., pp. 58 y ss., y 162 a 165. También, de interés, J. GARCÍA ROCA, «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006, en especial pp. 167 y ss.

[46] P. HÄBERLE: «Derecho constitucional común europeo…» cit., p. 31; y *El Estado constitucional...* cit., pp. 124 y ss. Y con ello, la condición fundamentalmente *pretoriana* de este Derecho y su naturaleza jurisdiccional ante la tradición del *civil law*; *vid.* S. GAMBINO, «Verso la formazione di un diritto comune europeo: metodo comparatistico e ricerca costituzionale», *Politica del Diritto*, 1/2001, pp. 39 y ss.

[47] Pues, de un lado, la anterior crítica queda atemperada por la reconocida condición creativa de la jurisdicción constitucional (F. BALAGUER CALLEJÓN, «Tribunal Constitucional y creación del Derecho», en AAVV *La Justicia Constitucional en el Estado democrático*, E. Espín Templado y F. J. Díaz Revorio —coords.—, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000); y de otro, el sistema de fuentes en el seno de los propios Estados resulta bastante difuminado en base a su complejidad (F. MODUGNO, *Appunti dalle lezionni sulle Fonti del Diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000). Por último, no se ha de olvidar tampoco la maleabilidad hoy generalmente reconocida al Derecho constitucional; por todos, G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, M. Gascón (trad.), Trotta, Madrid, 1995.

titucional, el común, más «dúctil» [48]. Y es que, al margen de que éste pueda presentarse como expresión de un poder constituyente diluido y permanente [49], carece del sentido político constitutivo propio de las Constituciones normativas del siglo XX, y de ahí todavía la necesidad de Constitución en dicho sentido [50]. No es que el Derecho constitucional común carezca de carácter político y democrático, más cuando conecta directamente con los ciudadanos en tanto que integrantes de la sociedad abierta de los interpretes de la Constitución [51]; es sólo que carece de la proyección y la eficacia normativa que, aún con sus limitaciones, se sigue reconociendo a la Constitución en la conformación política, jurídica y social de una comunidad, y de la que requiere una «Democracia de valores» en tanto que sustrato ideológico, a la vez que garantía, de la misma [52]. Ello, no obstan-

[48] De ahí, precisamente, la lúcida crítica de G. MAESTRO BUELGA a la anterior obra de ZAGREBELSKY, en «Globalización y Constitución débil», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 137 y ss. Asimismo, de interés, la contraposición entre el *constitucionalismo débil* de ZAGREBELSKY frente a otro *fuerte* o *garantista*, ahora con L. FERRAJOLI (por ejemplo, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, A. Ibáñez y A. Greppi —trad.—, Trotta, Madrid, 2001), según I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, en «Globalización, Estado y Derecho Constitucional», *A Distancia*, Vol. 19, núm. 2, 2001-2002, pp. 17 y ss.

[49] En la línea apuntada por G. PALOMBELLA, *Constitución y soberanía (El sentido de la democracia constitucional)*, J. Calvo González (trad.), Comares, Granada, 2000.

[50] Al respecto, M. FIORAVANTI, «Costituzione e politica: bilancio di fine secolo», en AAVV *La nuova età delle costituzini (Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale)*, L. Ornaghi (coord.), Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 49 y ss. Asimismo, y con relación a la necesidad de una auténtica Constitución para la Unión Europea, *vid.* F. BALAGUER CALLEJÓN, «Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pp. 181 y ss.

[51] P. HÄBERLE: «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y «procesal» de la Constitución», en *Retos actuales del Estado Constitucional*…cit., pp. 15 y ss.; y *El Estado constitucional*… cit., pp. 149 y ss.

[52] En conexión con las «limitaciones del Derecho constitucional común europeo como instrumento de legitimidad», *vid.* M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Del Derecho

te, no impide la comunicación entre ambas manifestaciones constitucionales, de modo que, ahora sí, las diversas Constituciones vigentes en los Estados proyectan contenidos sobre el Derecho constitucional común enriqueciéndolo, a la par que éste, de un lado, amplía nuevas líneas interpretativas sobre los primeros, mientras de otro eleva sustratos mínimos al tiempo considerados como conquistas irrenunciables ante éstos [53].

3. LA INTEGRACIÓN EUROPEA COMO RESPUESTA A LA GLOBALIZACIÓN

En línea de lo apuntado más arriba, y centrándonos en la flexibilidad del Derecho europeo como supuesta respuesta ante la globalización (según se ha indicado al comienzo de estas páginas), resulta oportuno interrogarnos si éste ha conseguido efectivamente actuar ante la misma, dado que fuerza externa y limitación a la toma de decisiones políticas que subyacen en el Derecho (en cuanto que regulación de la realidad); y ello, en particular, cuando los Estados miembros de la Unión, sin embargo, se han mostrado menos capaces de normar de manera efectiva una realidad que de tiempo les viene desbordando (conforme se ha señalado). Ciertamente, la presentación del Derecho europeo como solución regional frente a la globalización da respuesta, sin perjuicio de otras cuestiones y razones, a la desazón, a la par que anhelo, que se encuentra en todo mito: la angustia social ante la inseguridad que en este caso muestra la globalización, en particular como momento de cambios históricos que escapan a la acción

constitucional común europeo a la Constitución europea. ¿Cambio de paradigma en la legitimidad de la Unión?», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, pp. 358 a 360.

[53] P. HÄBERLE, *El Estado constitucional*... cit., pp. 140 y ss. De este modo se procuraría, en principio, una permanente relación recíproca de la que tanto los Derechos constitucionales nacionales, como el común, terminan por enriquecerse, a la vez que se alcanzaría cierto grado de flexibilidad y rigidez del sistema (ya, J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «Sobre la Constitución normativa y la globalización…» cit., pp. 254 y 255).

de los Estados y los propios ciudadanos, de un lado, y la esperanza de cierta seguridad en manos de una integración política y un Derecho supranacional, de otro, como respuesta a aquélla [54].

3.1. **La flexibilización del Derecho europeo**

Al respecto de lo anterior, cabe advertir un doble grado de flexibilización formal del Derecho europeo. De una parte está su sistema de fuentes (hasta la reciente entrada en vigor, finalmente, del Tratado de Lisboa), en cuanto que falto de la sistematización propia de ordenamientos fundamentados en Constituciones normativas (como sucede en buena parte de sus Estados miembros), lo que le ha permitido una fluidez en el uso y en el ejercicio de sus categorías, y con ello un mayor grado de adaptación a las necesidades y coyunturas de cada momento; ello ha sido obra, de una parte, de los propios órganos productores de normas en el marco comunitario (el Consejo y la Comisión, esencialmente), al flexibilizar los procesos normativos según venían determinados por el Derecho originario, y del propio Tribunal de Justicia, al tiempo, al admitir la legitimidad que de tal flexibilización aquéllos han hecho gala (en especial con ocasión de las directivas y la comitología) [55]. Pero además están los mismos Estados, en

[54] Acerca del mito, por todos, *vid.* M. García-Pelayo, «Mitos y símbolos políticos», en *Obras completas (I)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 907 y ss.

[55] Entre otros, E. Linde Paniagua, «El sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea», junto a M. Bacigalupo Saggese, C. Fernández Rodríguez y J. Á. Fuentetaja Pastor, en *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 405 y ss. De manera más concreta ahora, sobre el reconocimiento de efectos directos a las directivas, *vid.*, por ejemplo, a T. Millett, «El efecto directo de las directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?», J. H. Martínez de Velasco (trad.), en AAVV *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, J. H. Martínez de Velasco y F. J. Zamora Zaragoza (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 105 y ss.; y en cuanto a la comitología, a C. J. Moreiro González, «El ocaso de la «comitología»», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, 2002, pp. 895 y ss.

tanto que: integrantes de dichos órganos (en especial del Consejo); titulares del Derecho originario (en particular de los Tratados constitutivos y de las fuentes del Derecho previstas por éstos, por consiguiente); y operadores paralelos en la trasposición y aplicación del Derecho europeo [56].

De otro lado, y según lo apuntado, está la flexibilidad normativa del Derecho europeo (asimismo, esencialmente, hasta el vigente Tratado de Lisboa), en la que ni siquiera se distingue expresamente entre normas y actos; la diferenciación, luego, entre normas enteramente jurídicas en todo su contenido y para todos sus destinatarios, como son las que tienen su origen en los reglamentos o en las decisiones, y otras únicamente en relación a los Estados y respecto a los fines de integración, como son las que se encuentran en las directivas (en principio) [57]; o la distinción entre normas en sentido estricto, y meros criterios normativos, dando lugar a un importante cuerpo de «soft law» de Derecho público a nivel europeo, e incluso otras meramente limitadas a prever, fomentando, la autorregulación y la normación técnica por los propios particulares [58].

[56] Así, sobre la responsabilidad de los Estados en Europa, a la par de cómo los poderes públicos estatales tienden a sustraerse de su responsabilidad política frente a sus propios ciudadanos mediante el recurso de encontrarse inmersos en el proceso de integración europea, *vid.* F. Balaguer Callejón, «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, 2007, pp. 327 y ss.

[57] Por ejemplo, *vid.* J. Alguacil González-Aurioles, *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

[58] En tal sentido, y con carácter general, *vid.* R. Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson/Civitas, Pamplona, 2007, pp. 112 y ss., y 120 y ss. Y de manera concreta, sobre la autorregulación y la normación técnica en Europa, V. Álvarez García, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch/Universitat de Valéncia, Valencia, 1999, pp. 317 y ss.; o F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 299 y ss. Y acerca del *Soft Law* en Europa, D. M. Trubek, P. Cottrell, y M. Nance, «»Soft Law», «Hard Law», and European Integration: Toward a Theory of Hybridity», *Jean Monnet Working Paper 02/05*, NYU School of Law, New York, 2005, en *http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/05/050201.html* (6/10/2009).

3.2. **Pluralismo y flexibilidad ordinamental**

Con todo, el éxito de tal flexibilización sólo se entiende, frente a la facticidad de la globalización [59], si junto al Derecho europeo se sitúan los Derechos de los Estados miembros y en particular sus Constituciones normativas; y es que tanto el Derecho de la hoy Unión Europea, como los estatales, son Derechos parciales, según viene de tiempo destacando la doctrina (en especial, Häberle) [60], de manera que únicamente resultan completos en cuanto interactúan unos con otros. De este modo el Derecho Europeo es finalmente el resultado de ambos niveles ordinamentales («multilevel», en las tesis de Pernice) [61], conformando, no obstante, una masa normativa de distintas intensidades: una más flexible, capaz de amortiguar, absorbiendo inicialmente, los empellones de la globalización; y otra de mayor dureza y rigidez (pero más frágil frente a un golpe directo de la globalización), capaz ahora de resistir tales envites una vez amortiguados por la primera.

Así pues, entendemos, es la interacción de ambos Derechos, de diversa naturaleza y grado de flexibilidad y rigidez, lo que en verdad ha permitido, hasta hace poco, resistir frente a la globalización; y consiguientemente, que el referido éxito del más «maleable» Derecho comunitario ante la globalización deba ser necesariamente compartido con los más «compactos» estatales.

Por otra parte, tal flexibilización del Derecho europeo, en sentido estricto, ha terminado, sin embargo, por afectar negativamente tanto al mis-

[59] Facticidad, en su significación de realidad objetiva frente a normativismo; sobre tal oposición, *vid.* J. HABERMAS, *Facticidad y validez (Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso)*, M. Jiménez Redondo (trad.), 4.ª ed., Trotta, Madrid, 2005, en especial p. 68.

[60] P. HÄBERLE, por ejemplo «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», F. Balaguer Callejón (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, pp. 12 y ss,

[61] I. PERNICE, «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited», *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, pp. 703 y ss.

mo Derecho europeo como a los estatales. En cuanto a éstos últimos, dicha flexibilización ha venido progresivamente penetrando en las categorías propias de los sistemas de fuentes de los Estados miembros, devaluando, al tiempo, la normatividad de estos sistemas al amparo, en su mayoría, de Constituciones normativas [62], con lo que el grado de resistencia que los Derechos estatales venían otorgando al Derecho europeo, en sentido amplio, ha dejado de ser tal. Y respecto al Derecho europeo, «estricto sensu», su propia flexibilización ha dado lugar a una complejidad tal de su sistema de fuentes que amenaza con hacerlo inoperante, y reduciendo por tanto su referida eficiencia [63].

Consecuencia de ambos fenómenos es, desde la década pasada, el inicio de un proceso de influencia de los Derechos constitucionales en el nivel europeo, conforme al cual cabe observar una cierta y progresiva constitucionalización de su Derecho tanto en relación a derechos fundamentales, como a su sistema de fuentes, y que tiene como hito, hasta el momento, a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (solemnemente proclamada en el 2000), al malogrado Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa (en el 2004), y al ya vigente Tratado de Lisboa (de 2007) [64].

[62] Sobre tal flexibilización, *cfr.* M. SALVADOR MARTÍNEZ, «Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008, en especial pp. 394 y 395. Ya, de manera más amplia, *vid.*: F. MODUGNO, A. CELOTTO y M. RUOTOLO, «Considerazioni sulla «crisi» della legge», *Studi Parlamentari e di Politica costituzionale*, núms. 125-126, 1999, pp. 7 y ss.; y L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Thomson/Civitas, Navarra, 2004.

[63] Así, por ejemplo, E. LINDE PANIAGUA, «La simplificación normativa en la Constitución Europea», en AAVV *La constitucionalización de Europa*, A. Calonge Velázquez (coord.), Comares, Granada, 2006, pp. 71 y ss.

[64] Con carácter general sobre tal proceso, *vid.* G. CÁMARA VILLAR, «Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009, pp. 209 y ss.

3.3. **Nuevos retos de la integración europea ante la globalización**

Sin perjuicio de volver más adelante a ambos Tratados, se ha de resaltar otros aspectos relativos a los mitos y retos del Derecho europeo ante la globalización, y que hacen referencia al proceso diacrónico tanto de la integración europea como de la propia globalización.

Empezando por esta última, ciertamente el alcance mostrado por la misma a lo largo del tiempo no es homogéneo ni en intensidad, ni en su proyección material. Así, junto a su origen fundamentalmente económico durante el siglo pasado, se ha extendido progresivamente al desarrollo tecnológico, en tanto que motor y objeto de la propia globalización (según se ha indicado), como, y más recientemente, a la seguridad internacional a la sombra de un nuevo terrorismo global [65] y al cambio climático a la luz del constatado calentamiento global (según Naciones Unidas, en el informe elaborado por el Panel Intergubernamental del Cambio Climático en febrero de 2007) [66]. Por otra parte, tampoco se ha de olvidar la profundización en la brecha que supone el reparto de riqueza que a nivel mundial ha supuesto el mercado global, lo que ha originado un nuevo proceso migratorio, al amparo del desarrollo de los medios de comunicación y de la ilusión por unas mejores condiciones de vida en los países más ricos, lo que ha incidido en una mayor multiculturalidad en los mismos, con lo de positivo y conflictivo que ello supone [67].

[65] Por ejemplo, P. C. Revilla Montoya, «El terrorismo global. Inicio, desafíos y medios político-jurídicos de enfrentamiento», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 5, 2005, pp. 405 y ss.; o F. Reinares Nestares, «¿El terrorismo global es amorfo o polimorfo?», *Circunstancia: revista de ciencias sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, núm. 18, 2009.

[66] *http://www.ipcc.ch* (30/11/2009). Al respecto, *vid.* el monográfico sobre «Derecho y cambio climático» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12, 2009. Asimismo, y en la actualidad, la Cumbre Mundial del Clima de Copenhague de diciembre de 2009.

[67] Por ejemplo; monográfico sobre «Ciudadanía e inmigración», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003; el volumen colectivo *Inmigración y procesos de cambio (Europa y el Mediterráneo en el contexto global)*, G. Aubarell y R. Zapata-Barrero (ed.), Icaria, Barcelona, 2004; y de manera más concreta, F. J. De

De este modo, junto a las inercias del mercado global, del que hoy vemos sus más nefastas consecuencias a nivel internacional a la vista de la crisis económica que todavía nos afecta, han tomado presencia otros fenómenos, como son el desarrollo tecnológico, el terrorismo global y el calentamiento global, además de la inmigración, los cuales, en su conjunto, reducen fatalmente la capacidad individualizada de los Estados a la hora de actuar política y jurídicamente al respecto, afectando finalmente a su propia soberanía [68].

En cuanto al proceso de integración europea ahora, ésta en sus inicios, y en relación al mercado, ciertamente supuso un freno a una incipiente globalización, sin perjuicio de poder considerar, paralelamente, tal proceso de integración como motor mismo (o al menos catalizador) de la propia globalización [69]. Y es que mediante dicha integración europea unos pocos Estados, y en alto grado de homogeneidad económica, jurídica y política (inicialmente), consiguieron formar una masa crítica geográfica, demográfica, económica, política y jurídica suficiente como para competir con otros Estados (fundamentalmente, Estados Unidos, la URSS y Japón) y contrarrestar la acción de gigantescas corporaciones privadas que actuaban en el mercado internacional.

Sin embargo, conforme en el mercado global han aparecido nuevos Estados económicamente emergentes, a la par que dichas corporaciones han

---

LUCAS MARTÍN, «Globalizzazione e immigrazione. L'immigrazione come «res politica»: diritti, cittadinanza, sovranià», *Teoria Politica*, núm. 1-2, 2003, pp. 13 y ss.; o B. BOLAÑOS, «Migración, derecho consular y justicia global», *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 30, 2009, pp. 7 y ss.

[68] Sobre ello, y acerca de cómo, a su vez, la interrelacionada acción de los Estados en un contexto globalizado da origen, de manera refleja, a efectos perversos para los propios Estados, *cfr.* S. CASSESE, *Il diritto globale (Giustizia e democracia oltre lo Stato)*, Einaudi, Torino, 2009, Cap. I.

[69] No se olvide cómo las Comunidades Europeas nacieron en torno al mercado, y cómo ello ha dejado, a la postre, un poso economicista frente al constitucionalismo social propio de buena parte de sus Estados miembros; *cfr.* G. MAESTRO BUELGA, «Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, 2007, pp. 43 y ss.

evolucionado en el ecosistema global, junto con el protagonismo alcanzado por los fenómenos anteriormente anotados (tecnología, terrorismo, clima e inmigración), se ha hecho necesario una ampliación tanto geográfica como sustantiva de la integración en Europa, según se advierte en atención a la progresiva reforma de los Tratados originarios llevada a cabo desde la década de los noventa del siglo pasado, hasta la actualidad (conforme se viene a mostrar).

4. CONSTITUCIÓN E INTEGRACIÓN EUROPEA

4.1. La constitucionalización de la integración Europea

Al respecto de tal ampliación cuantitativa y cualitativa de la integración europea, su progresiva extensión a nuevos espacios hasta llegar a los 27 Estados miembros actuales, como su apertura a cuestiones más sensibles para el núcleo constitucional de los respectivos Estados miembros, no se ha producido sin embargo con la homogeneidad con la que inicialmente nació la integración europea, lo que, lógicamente, ha venido a aumentar el conflicto, dado el mayor pluralismo existente. A su vez determinados déficits de la integración europea, como el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales ante el emergente poder europeo, como sus carencias democráticas (que desde el inicio han venido siendo denunciados), si bien resultaban amortiguados por los sistemas constitucionales de los Estados miembros, resultan ahora potenciados dada la incidencia de la integración en aspectos más sensibles constitucionalmente (según se ha apuntado más arriba), a la par que el Derecho constitucional de los Estados se muestra desdibujado por la acción del Derecho de la Unión Europea (conforme se ha señalado también).

En tal sentido, ciertamente, el Tratado de Amsterdam (de 1997) procuraba cierta corrección al anterior Tratado de Maastricht (de 1992) en virtud del cual la integración Europea, esencialmente económica, afrontaba nuevos retos como Unión Europea en relación a ciudadanía, unión económica y monetaria, política exterior y seguridad común, y cooperación policial y judicial; y ello, potenciando la intervención del Parlamento en los

procesos de toma de decisión, a la par que el control por el Tribunal de Justicia sobre nuevas materias [70]. No obstante, la necesidad de Europa de progresar en los referidos retos (insoslayables a la sombra del 11-S), como la previsión de ampliación a 27 Estados (ya, con el Tratado de Niza de 2001) [71], dio lugar en el seno de la propia Unión Europa a un proceso de constitucionalización, al amparo del relativo éxito de la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el 2000 [72], y que tendría como hito al Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa de 2004 [73].

Aunque este Tratado no era una auténtica Constitución [74], sí que ciertamente ahondaba de manera intensa en la constitucionalización de la integración europea y del mismo Derecho europeo en relación a los derechos fundamentales, el principio democrático, como en su sistema de fuentes (procurando una mayor racionalización del mismo) [75], y potenciado, al tiem-

[70] Por ejemplo, *vid.*: AAVV *El tratado de Amsterdam de la Unión Europea: análisis y comentarios*, M. Oreja Aguirre (dir.) y F. Fonseca Morillo (coord.), McGraw Hill, Madrid, 1998; o de manera más concreta, F. J. Donaire Villa, «El Tratado de Amsterdam y la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, 1998, pp. 119 y ss.

[71] D. López Garrido, *La Constitución europea*, Editorial Bonarzo, Albacete, 2005, pp. 24 y 25.

[72] Entre otros: P. Ridola, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo», J. F. Sánchez Barrilao (trad.), en AAVV *Derecho constitucional y cultura: Estudios en homenaje a Peter Häberle*, F. Balaguer Callejón (coord.), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 463 y ss.; y B. Oliver León, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 221 y ss.

[73] Con carácter general sobre el mismo, el trabajo colectivo *Comentarios a la Constitución Europea*, V. Garrido Mayol, S. García Couso, y E. Álvarez Conde (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; también, los núm. 2 (2004), 3 (2005), 4 (2005) y 6 (2006), de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*.

[74] Al respecto, por ejemplo, L. M. Díez-Picazo, «Tratados y Constitución», en *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 81 y ss.

[75] En tal sentido, *vid.* S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General (II. El ordenamiento jurídico)*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 583 y ss.

po, mimbres desde las que desarrollar una Constitución europea respecto al Derecho estrictamente europeo, como en relación al de los Estados miembros [76].

Sin embargo, y a pesar de los pasos positivos dados por el Tratado en post de una auténtica Constitución europea, mas sin serlo, finalmente no entraría en vigor, en especial ante la negativa expresada por franceses y holandeses en sus respectivos referéndums, y en los que de manera paradójica se castigaría, en buena medida, las carencias constitucionales del referido Tratado [77].

Con todo, la crisis política originada con ocasión del fracaso del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa, ante el freno al proceso de integración europea que ello suponía, resultaría al tiempo desactivada, en parte, con el Tratado de Lisboa (ya en vigor), conforme al cual se viene a modificar al Tratado de la Unión Europea y a sustituir al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea por el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión [78]. Al margen de las dificultades que al respecto de su ratificación han surgido (aunque final y felizmente superadas), dicho Tratado mantiene, ciertamente, buena parte del contenido del anterior Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y en especial, y en lo que afecta a estas páginas, en relación al fortalecimiento del principio democrático, al reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales y a la racionalización normativa de las fuentes del Derecho europeo; así, y sin perjuicio de que se haya eliminado precisamente toda

[76] Por todos, F. Balaguer Callejón, «El sistema de fuentes en la Constitución Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004, 61 y ss.

[77] P. Häberle, «Consecuencias jurídicas y políticas del doble 'no' francés y holandés a la Constitución Europea»», Juan Fuentes Osorio (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, 431 y ss.

[78] En general, sobre el mismo, *vid.*: J. Martín y Pérez de Nanclares y M. Urrea Corres, *Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos / Marcial Pons, 2008; P. Häberle, «El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007», F. Balaguer Callejón (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 9, 2008, pp. 11 y ss.; y R. Alonso García, «El Tratado de Lisboa», *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 18, 2008, pp. 1 y ss.

simbología constitucional en el Tratado de Lisboa, que aún quepa seguir viéndose en él elementos constitucionales desde los que progresar en la construcción constitucional de Europa [79]. Al respecto del sistema de fuentes (junto con la propia Carta de Derecho, así como la profundización democrática que conlleva el Tratado de Lisboa), será esencial el papel que juegue el Tribunal de Justicia en estos próximos años, por cuanto que si éste termina por interpretar el mismo de una manera menos flexible que en el pasado ha hecho, a buen seguro que finalmente avanzará en la naturaleza constitucional, en su sentido más normativo, de los Tratados originarios [80].

Es así que con el Tratado de Lisboa se llegue a la paradoja de una mayor incidencia constitucional-material del Derecho europeo, a la par que formalmente se huye de la misma; y con tal paradoja, a la evidencia, más allá de la literalidad del Tratado, del necesario proceso de constitucionalizar la integración europea, a fin de procurar debida garantía del pluralismo ínsito en Europa, a la par que hacer frente a los retos que conlleva hoy la globalización [81]. Y con ello, incluso, debiéndonos replantear la integración de Europa en un paso más hacia la federalización, dadas las dificultades que la gobernanza de la soberanía compartida europea supone frente la acción unilateral y compacta de otros Estados en el seno de la globalización [82].

[79] Nuevamente F. BALAGUER CALLEJÓN, pero ahora «La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, 2007, pp. 11 y ss.

[80] Tal como ha sucedido en algunos sistemas jurídicos propios del *common law* que se han dotado de Constitución como *higher law*; al respecto de tal proceso en dichos sistemas, y por tanto la mayor aproximación entre éstos y los más propios del *civil law*, *vid.* A. PIZZORUSSO, «La producción normativa en tiempos de globalización…» cit., pp. 245 y ss.

[81] Otra vez F. BALAGUER CALLEJÓN, «El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, pp. 57 y ss.

[82] En tal sentido, Z. LAÏDI, «¿Sobrevivirá Europa en la globalización?», *Estudios Internacionales*, núm. 146, 2004, pp. 105 y ss.

4.2. **Constituciones nacionales e integración europea**

Pero el carácter compuesto del Derecho europeo, en sentido amplio, supone también la necesidad de reformas constitucionales de los Derechos de los Estados miembros, en cuanto que Derechos parciales de aquél. Con ello nos referimos a una triple exigencia de reforma de las Constituciones nacionales [83]: primero, la de reforzar y articular adecuadamente, desde los mismos Derecho internos, la relación entre éstos y el Derecho de la Unión Europea, y en particular respecto al propio sistema de fuentes del Derecho interno frente a aquél [84]; segundo, la de actualizar los contenidos constitucionales a las nuevas realidades y retos que supone la globalización (como desarrollo tecnológico, terrorismo global, medio ambiente e inmigración); y tercero, la de adaptar sus respectivos sistemas de fuentes del Derecho en post de fuentes más fluidas y adaptables a las necesidades y cambios, si bien garantizándose adecuadamente el principio democrático en su seno, y evitando así flexibilizaciones de las mismas al margen del marco constitucional respectivo [85].

[83] De mano de la Democracia entendida ahora como reforma constitucional en tanto que instrumento con el que acompasar tiempo y espacio, sustancia y forma. Así, en torno a la reforma constitucional (recientemente): C. De Cabo Martín, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003; y F. Balaguer Callejón, «El *status* constitucional de la reforma y la *fragmentación* del poder constituyente», en AAVV *La Democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente (I)*, M. Aragón Reyes, J. Jiménez Campo y J. J. Solozábal Echavarría (presentación), Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/Universidad Complutense de Madrid/Fundación Ortega y Gasset/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 110 y ss.

[84] En tal sentido, por ejemplo (y para el caso italiano), F. Sorrentini, *Trattato di Diritto Amministrativo (XXXV, Le fonti del diritto amministrativo)*, Giuseppe Santaniello (dir.), Cedam, Padova, 2006, pp. 121 y ss.

[85] Paradigmática, así (y a la luz del nuevo reglamento delegado en Europa), resulta la extensión de la deslegalización en Italia (y en España, si bien de manera no institucionalizada, como sí acontece en Italia), afectando al entero sistema constitucional de la fuentes del Derecho, y planteándose, por tanto, si no resultaría más adecuado su integración en tal sistema de las fuentes mediante la oportuna reforma de la

Mas esto, se advierte, no desde la consideración de reformas constitucionales simplemente marginales a problemas puntales, pues entonces son los acontecimientos y su necesidad perentoria de respuestas el motor de lo que sea, al tiempo, Constitución [86]. No es sólo que ello de lugar a la pérdida final del carácter normativo de la Constitución ante su déficit prescriptivo originario, sino al propio sentido de unidad que en sí misma supone la Constitución, en cuanto que garantía del pluralismo y de las minorías que en su seno se desarrollan. Y es que las reformas parciales y puntuales, sin perjuicio de su reconocida cualidad como medio de conexión entre el tiempo y la Constitución (para su efectiva validez), pueden, llegado el caso, desestructurar la ingeniería y coherencia interna constitucional, salvo que se plantee reformas más sistemáticas y ambiciosas en los planteamientos materiales esenciales de la Constitución; o lo que es igual, recobrar finalmente el sentido político-constitutivo de la Constitución, en tanto que proyecto social y político [87], ahora en relación a Europa y la globalización.

Además, y según se ha adelantado (con ocasión del Derecho constitucional común), tales reformas a su vez habrían de «realimentar» el Derecho europeo dado el circuito comunicante que se plantea en relación al Derecho europeo y los Derechos constitucionales de los Estados miembros, de manera que sean las Constituciones estatales motor paralelo de nuevos desarrollos constitucionales a nivel europeo; e incluso, por que no, de otras reformas constitucionales estatales a la vista comparada de aquéllas.

Constitución; en tal sentido (y si bien para Italia), *vid.* G. COLETTA, «Delegificazione in bianco, pareri parlamentari sugli schemi di regolamento e *deficit* sistematico delle fonti: per una disciplina costituzionales della delegificazione», en AAVV *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto (La prospettiva della giurisprudenza costituzionale) (II)*, V. Cocozza y S. Staiano (coord.), Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 639 y ss.

[86] De *racionalidad de la contingencia* nos llega a hablar P. BARCELLONA en *Postmodernidad e comunidad (El regreso de la vinculación social)*, H. C. Silveira Gorski, J. A. Estévez Araujo y J. R. Capella (trad.), 3.ª ed., Trotta, Madrid, 1999, pp. 46 y 47.

[87] En esta perspectiva sobre las reformas constitucionales, *vid.* A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori (Lezzioni)*, 3.ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 234 y ss.

Por tanto es desde una doble e intercomunicada dimensión constitucional, la de la profundización constitucional de la integración europea, como la de las reformas de las Constituciones de los Estados miembros (y en tanto que procesos paralelos e intercomunicados), como únicamente cabe, entendemos, configurar un Derecho europeo suficientemente pertrechado, formal y sustantivamente, para hacer frente a la globalización sin renunciar a la conquistas históricas que ha supuesto el constitucionalismo contemporáneo en occidente.

4.3. **Unión Europea, Estados miembros y Derecho internacional**

Ahora bien, dado que la globalización y sus retos se proyectan desde un espacio superior a la Europa de la integración, tanto la profundización constitucional de la misma, como las reformas constitucionales de los Estados miembros, han de procurar alcanzar un Derecho europeo cooperativo, formal y materialmente, con el Derecho internacional a fin de contribuir a una gobernanza global, hoy todavía en manos de instrumentos propios de un Derecho internacional cada vez más abierto, por otra parte, a sujetos no estatales [88]. Y así, que tanto el Derecho constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea, como el propio Derecho constitucional europeo, sea más sensible a su proyección exterior (de forma que ésta no «escape» al Derecho constitucional), y en especial en relación a la cooperación internacional.

Cuestión distinta es, y al margen de pretensiones constitucionales globales (en la actualidad todavía como mera hipótesis, según se ha señalado), que el Derecho europeo, en sentido amplio, fomente efectivamente el constitucionalismo a nivel internacional [89], proyectándose en tal sentido material en el contexto internacional con ocasión de su concreta acción po-

[88] Acerca de los cambios que la globalización está provocando también sobre el propio Derecho internacional, *vid.*, entre otros, P. J. SPIRO, «Globalization, International Law, and the Academy», *Journal of International Law and Politics*, núm. 32, 2000, pp. 567 y ss.

[89] Ya, sobre la constitucionalización del Derecho internacional, *vid.* T. SCHILLING, «On the Constitutionalization of General International Law - An Answer

lítica y jurídica (a lo que a buen seguro contribuiría la referida dimensión cooperativa del mismo, según se acaba de apuntar); y ello, además, no como mero desiderátum, sino desde la «responsabilidad» de Europa (tanto por su peso político, económico y cultural a nivel internacional, como respecto a su propia historia), conforme al principio que definiera JONAS en relación a la garantía de una futura existencia humana digna en cualquier parte del mundo [90].

5. CONSIDERACIONES FINALES

Para terminar, únicamente ratificarme en la necesidad de profundizar constitucionalmente en la construcción del Derecho europeo; y no ya desde mi afirmación ideológica respecto al constitucionalismo [91], sino desde la responsabilidad científica y académica de procurar respuestas adecuadas en relación al Derecho europeo ante la globalización a fin de que, lejos de que se reduzcan las conquistas que ha supuesto históricamente el

---

to Globalization? Some Structural Aspects», *Jean Monnet Working Paper*, núm. 6, 2005. Ahora bien, mas ello sin que suponga trasladar de manera refleja la idea de Constitución estatal al ámbito internacional, sino simplemente sus elementos formales y materiales esenciales, tal como apuntara G. BIAGGINI, «La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?», J. Brage Camazano (trad.), *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003, pp. 43 y ss.

[90] H. JONAS, *El principio de responsabilidad (Ensayo de una ética para la civilización tecnológica)*, A. Sánchez Pascual (trad.), 2.ª ed., Herder, Barcelona, 2004. Otra cosa es, no obstante, que tal concepción no resulte universal y efectivamente compartida en la actualidad, y que su universalización, sin embargo, pueda entenderse (interpretarse) por terceros en beneficio de los intereses de occidente frente a éstos (*cfr*. D. S. LAW, «Globalization and the Future of Constitutional Law», *Northwestern University Law Review*, núm. 102.3, 2008, pp. 1277 y ss.).

[91] «Enraizada nuestra percepción sobre el Derecho constitucional con la inquietud vital sobre el poder y el hombre, no es nuestra aproximación al respecto de aquél una visión aséptica que se proyecte sobre un objeto aislado, sino comprometida, que no *parcial*, con una realidad compleja, cambiante e incierta en la que el poder se ejerce por y para el hombre, pero también frente al mismo; y desde esta dimensión, consiguientemente, una percepción de la Constitución fruto de la Historia, parte de ella, en relación a un espacio y tiempo». Ya, J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «Sobre la Constitución normativa y la globalización…» cit., p. 241.

constitucionalismo contemporáneo, dado que patrimonio cultural indisponible de Europa y de la entera humanidad, progresemos en el mismo, tal como viene expresando Häberle en sus trabajos [92].

Resumen:

Este trabajo tiene por objeto, de un lado, el mito del Derecho europeo como instrumento efectivo frente a la globalización, y de otro, los retos que en la actualidad supone la globalización en la construcción europea. A tales efectos, se analiza primero cómo la globalización viene afectando al Derecho constitucional, así como las respuestas que al respecto hasta ahora se han planteado. A continuación, se trata el carácter compuesto del Derecho europeo, de manera que el éxito del Derecho comunitario, en cuanto que Derecho caracterizado por un alto grado de flexibilización y adaptabilidad a las exigencias de una originaria globalización fundamentalmente económica, resultaba compartido con los Derechos estatales, caracterizados en su mayor parte por su ordenación constitucional y su superior rigidez. Se destaca a continuación los efectos negativos, al tiempo, de la referida flexibilización del Derecho comunitario tanto en relación a él mismo, como respecto a los Derechos estatales, y la consiguiente pérdida de eficiencia del Derecho europeo ante una globalización que se extiende sustantivamente más allá del mercado global, entroncando con el desarrollo tecnológico, el terrorismo global, el calentamiento global y la inmigración.

Respuesta a los nuevos retos de la globalización ha sido la extensión geográfica y sustantiva de la integración europea, dando lugar a un nuevo espacio político y jurídico más plural y más afecto a materias medulares de los sistemas constitucionales de los Estados miembros; en tal sentido, la profundización constitucional de la integración europea deviene insoslayable, más allá del retroceso que ha supuesto al

[92] Al respecto de la obra de P. HÄBERLE, *vid.*, entre otros: J. J. GOMES CANOTILHO, «La más reciente obra de Peter Häberle. Un príncipe renacentista del Derecho constitucional», B. Oliver León (trad.), en AAVV *Derecho constitucional y cultura…*» cit., pp. 67 y ss.; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Apuntes sobre el pensamiento de Peter Häberle en el contexto de la dogmática alemana», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 6, 2003, pp. 345 y ss.; A. A. CERVATI, «El Derecho constitucional entre método comparado y ciencia de la cultura (El pensamiento de Peter Häberle y la exigencia de modificar el método de estudio del Derecho constitucional)», E. Guillén López (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, pp. 297 y ss.; y P. RIDOLA, «»Laudatio» de Peter Häberle», M. Azpitarte Sánchez (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009, pp. 389 y ss.

respecto el fracasado proceso de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y avance final que significa el ya vigente Tratado de Lisboa.

Pero igualmente necesario es la progresiva reforma de las Constituciones de los Estados miembros, no sólo en relación al propio proceso de integración, sino en cuanto a las nuevas necesidades que plantea la globalización; y además, tanto a nivel europeo, como estatal, que dichos procesos constitucionales asuman un mayor perfil cooperativo en el contexto internacional, a fin de procurar un Derecho europeo suficientemente compacto como para hacer frente a una realidad cada vez más globalizada.

Palabras Clave: *Unión Europea, globalización y Derecho constitucional.*

Abstract:

This essay analyzes, on the one hand, the myth of European Law as an effective instrument to respond to globalization, and on the other, the current challenges that globalization is producing in building of Europe. To this effect, it presents, firstly, how the globalization is affecting the Constitutional Law; secondly, the answers that have been proposed until now in this context.

This paper follows, starting by the premise of the plural character of European Law. In fact the good success of the Communitarian Law, characterized by a high degree of flexibilization and adaptability to the exigencies of an original, fundamentally economic, globalization, was a task shared with the Law of the Member States, characterized by their constitutional order and their superior constitutional rigidity.

Then the paper shows the negative effects of Communitarian Law flexibilization, in its relationship with the Law of the Member States, and, consequently, the lost of efficiently of the European Law in front of the globalization that substantially extends beyond the global market, connecting with technological development, global terrorism, global warming and immigration.

The geographical and substantive extension of European integration has been the answer to the current challenges of globalization, creating a new political and legal area, more plural and more attached to the core subjects of the constitutional systems of the Member States; in this respect, the constitutional depth in the European integration becomes inevitable, beyond the failed process of ratification of the Treaty establishing a Constitution for Europe, and the final advance that means the Treaty of Lisbon, already in force.

But, at the same time, the progressive reform of the Member States Constitutions, is necessary not only in relation to the integration process, but also, relating to the new requirements that the globalization supposes; and furthermore, at the European and the state level, this constitutional process assumes a greater cooperative profile in the international context. The objective is to elaborate a sufficiently compact European Law to face an everyday more global reality.

Keywords: *European Union, globalization and Constitutional Law.*

METODOLOGÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO. UN DERECHO CONSTITUCIONAL PARA LA INTEGRACIÓN POLÍTICA DE EUROPA. DEL PLURALISMO TERRITORIAL AL PLURALISMO IDEOLÓGICO

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ *

SUMARIO:

1. UNA NUEVA REALIDAD
2. UNA NUEVA METODOLOGÍA
3. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN. LA COMPARACIÓN
4. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. UNA NUEVA REALIDAD

Cada nueva disciplina supone afrontar retos metodológicos que se ajusten al objeto de estudio [1]. Esto no es una excepción en el caso del derecho y hay suficientes ejemplos que muestran estas particulares transiciones en lo referente al método. Entre las más evidentes está la que nos llevó del derecho privado al derecho público. Si bien el primero como «alma mater» fundacional de lo jurídico ha seguido siendo durante mucho tiempo referencia fundamental (véanse las funciones que ha venido desempeñando

* Profesor Titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada

[1] La absoluta imbricación entre objeto y método es unánimemente resaltada por la doctrina. Cfr. por todos F. BALAGUER CALLEJÓN, «Constitución normativa y ciencia del derecho» en AAVV, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico,* Tecnos, Madrid, 1997 y J.J. RUIZ-RICO, «Problemas de objetividad y neutralidad en el estudio contemporáneo de la política» en la actualidad en AAVV, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, op. cit*.

como mecanismo de integración de lagunas) pronto se alzó el segundo con un importante bagaje conceptual que incluía principios metodológicos más apropiados y específicos para la regulación de las relaciones entre la sociedad y el Estado.

De otro lado, hay que reparar con toda intensidad en la importancia de los problemas metodológicos. Porque, seguramente, uno de los mayores problemas que tiene la ciencia jurídica actual (problema que no sólo tiene la dogmática de la investigación sino la que se traslada a los alumnos a través de la docencia) [2] es que se hace derecho sin reflexionar sobre el método (o sin hacerlo explícito, de manera tal que las conclusiones a las que se arriban parecen las únicas posibles), una reflexión necesaria para evitar que los resultados de la investigación sean únicamente descriptivos o, lo que es peor, erráticos. Realmente esta huida del problema metodológico sorprende si se estima que buena parte de la disensión jurídica ha venido motivada por diferencias que al final versaban sobre el diferente concepto que se tenía del objeto de estudio: el derecho o la Constitución (así, la polémica Kelsen–Schmitt). Lo que hoy ocurre, a mi juicio, es que parece que hemos llegado al fin, no sólo de la historia, sino por lo que al método se refiere. En otras palabras, y como ha sido destacado por Azpitarte, hoy invocamos las palabras mágicas «Constitución normativa» y se conjuran todos los fantasmas [3]. En mi opinión, esto no deja de ser una afirmación puramente ideológica (es decir, justificativa de una realidad dada) que no se sostiene, tanto más cuanto que estamos en una senda que inaugurar, la de la creación de una nueva comunidad política. Pero el método no ha sido sólo la ocasión para la disputa doctrinal. También lo ha sido para que una comunidad académica intentemos hacer el Derecho constitucional del plu-

[2] En este aspecto quiero resaltar que a mi juicio la docencia es un elemento fundamental que el constitucionalista de la academia no debe nunca minusvalorar. La clase, el seminario, como ha mostrado a lo largo de su carrera el profesor Häberle, es el campo de pruebas a que se debe someter la investigación. La combinación de investigación e intercambio de ideas en el marco de las tareas docentes es lo que ha definido tradicionalmente la excelencia en las Universidades.

[3] Cfr. M. Azpitarte Sánchez, «Constitución del pluralismo y método jurídico», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 21, 2008, pp. 447-459.

ralismo, que es la enseñanza que nos deja toda la obra del Prof. Häberle [4].

Así las cosas, la pregunta por el método sirve de manera esencial para que el intérprete se posicione ante una cuestión que estimo fundamental: ¿debe el derecho ser únicamente cómo es o hay evoluciones posibles que el analista debe observar y postular reformas que se ajusten a una mayor para adecuación a los principios que se consideren definitorios? Desde mi óptica, el Derecho constitucional no se puede reducir a escrutar lo que el derecho dice y ni siquiera lo que el Tribunal constitucional (o los Tribunales constitucionales) dice que dice (dando lugar a ese positivismo jurisprudencial tan en boga en unos años) [5]. Tiene que ir más allá [6].

Habiendo reparado en la importancia del método y en la necesidad de que evolucione hacia sus nuevos objetos, pasemos a éstos. Europa es hoy la nueva e inexorable realidad; una realidad compleja desde el punto de vista jurídico. Es una comunidad constitucional en desarrollo a partir esencialmente de dos organizaciones: el Consejo de Europa y la Unión Europea. El primero supuso históricamente el primer jalón: la cooperación a través de los derechos que ha hecho posible una aproximación sustancial de las tradiciones jurídicas en la medida en que los ordenamientos europeos parten en su acepción actual de la democracia constitucional y del juego atribuido en ésta a los derechos fundamentales como emanaciones del concepto de dignidad humana. La Convención Europea de Derechos Humanos es, desde este punto de vista, un instrumento de cooperación a través de los derechos que se sustenta esencialmente sobre un mecanismo

[4] Hay que recordar que este autor abrió el derecho a los ciudadanos (con su comunidad abierta de interpretes constitucionales), el derecho nacional a Europa (enriqueciendo éste a través de la comparación con terceros Estados a través de conceptos como el derecho constitucional común europeo y la utilización del comparatismo como quinto método de interpretación) y, *last but not least*, lo jurídico a la cultura (con su teoría de la constitución como ciencia de la cultura).

[5] Cfr. el número inaugural de la Revista *Teoría y Realidad Constitucional,* 1998.

[6] El derecho constitucional debe ser panóptico. Debe someter todo a su criba: desde lo que es, a lo que puede ser; desde la Constitución o las Constituciones, a la normativa de desarrollo que pueda condicionar su eficacia real, porque no se puede limitar a plantear los problemas en el ámbito de la eficacia puramente jurídica.

jurisdiccional de protección (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Pero la CEDH no pretende, al menos inmediatamente, crear un nuevo espacio de definición entre lo individual y colectivo. A esto es a lo que se apresta la Unión Europea por lo que remitiremos a este nuevo constructo el resto del análisis.

La construcción europea, referida ahora específicamente a la UE, es una nueva realidad; más concretamente la podemos definir como un proceso dinámico (e inacabado) de creación de un nuevo espacio territorial a partir del derecho, a partir de los derechos, de los Estados miembros. La supraestatalidad es la verdadera esencia de la Unión y el dato crucial en el que radica la novedad que nos obliga a ajustar la metodología. Desde el punto de vista de la teoría de las fuentes se aprecia con toda claridad este hecho si hablamos de la complejidad ordinamental, de la existencia de diferentes ordenamientos en un mismo ámbito de validez territorial. Realmente la experiencia europea podría remitirse al Derecho constitucional del federalismo pero su misma singularidad no permite hacer una transposición perfecta de categorías. No obstante, es el modelo teórico que más se le aproxima y no es casual la correlación advertida, por ejemplo y entre otros, por G. C. Rodríguez Iglesias y J. Baquero Cruz [7] entre Costa Enel y Marbury v. Madison y la conexión transoceánica de principios como el de poderes implícitos.

Y esta construcción es jurídica, como hemos señalado. Efectivamente, el surgimiento de esta nueva Europa ha tenido lugar con un instrumento fundamental: el Derecho. En este sentido me interesa resaltar que, de una parte, los instrumentos de los que la Unión se dota son los que forman parte del patrimonio jurídico (también, por tanto, cultural) [8] de los Estados. Y las instituciones que se han traspasado han sido las adecuadas para cada momento de la Unión. Partiendo de su inicial cometido, limitado a la creación de un espacio económico común (y sustraída la economía de la políti-

[7] G. Carlos Rodríguez Iglesias y J. Baquero Cruz, «Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas», en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 4, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Rebelión de las Leyes).

[8] P. Häberle, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura,* Tecnos, 2000.

ca), lo que en principio se exporta pertenece al ámbito conceptual del derecho administrativo. Un conjunto de técnicas que el Rechtsstaat, l'État de droit o el Rule of Law han ido articulando para que una nueva administración (aunque ésta fuera la estatal) ejerza competencias tasadas bajo la égida de los Señores de los Tratados. Es la época del Derecho comunitario o del Derecho europeo. Ciertamente ya comienza a hacerse evidente que esta nueva realidad requiere principios nuevos, una metodología hasta ahora inexplorada. Y no puede ser de otro modo por dos razones: la diversidad de las tradiciones de partida y lo pionero de su objeto. De la síntesis resulta un nuevo cuerpo en el que hay piezas, entre otros, del derecho alemán, del francés y del británico. Pero aún no es el momento del Derecho constitucional europeo. Aún no hay, en realidad, Derecho constitucional europeo**.**

Éste surge cuando la Unión se marca nuevos fines en el campo de la integración (cuando empieza a hablar un nuevo lenguaje). Y ahora es necesario abordar radicalmente las relaciones entre Europa y sus ciudadanos [9]. La política como definición del espacio común, como proyecto colectivo, como mecanismo de articulación de un pluralismo que ya no es solo territorial, aparece en escena [10]. Para ello el bagaje conceptual es el del Derecho constitucional, que nos ha hablado siempre de la disciplina de las fuentes, de los órganos, de los derechos, de la organización territorial del poder desde las categorías conceptuales de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (como dice el artículo 1.1. de nuestra Constitución). No es que antes no existieran estos sectores en el derecho europeo, pero los nuevos fines de la estructura hacen reordenar conceptualmente lo existente a partir de estos principios [11].

¿Cuál es el contenido del Derecho constitucional europeo? A mi juicio, (y siempre en el contexto de la integración comunitaria) éste está básicamente compuesto por dos vectores. El primero se integraría, a su vez, por el derecho europeo de dimensión constitucional (conceptos básicos,

[9] Seguramente si tuviéramos que cifrar un momento para el surgimiento del Derecho constitucional europeo sería el del Tratado de Maastricht.

[10] H. Arendt, *The promise of politics,* Schocken Books, New York, 2005.

[11] De la misma manera que las fuentes no se tocan formalmente con la Constitución Española y sí se reelaboran conceptualmente tras la aprobación de la misma.

derechos, fuentes, órganos, reglas de distribución territorial del poder). De esta manera coinciden dos criterios de identificación: uno formal, la procedencia de la fuente, y otro, material, la relevancia del contenido sobre los elementos definitorios de la estructura jurídico-política. En esta definición hay un principio fundante y es el democrático. La democracia constitucional es el modelo que mejor ha logrado garantizar los derechos de los ciudadanos lo que lo convierte en el contenido mínimo a salvaguardar en cualquier hipótesis evolutiva. El segundo vector sería mucho más difícil de delimitar por definirse únicamente a partir de criterios materiales. Así, pueden considerarse Derecho constitucional europeo, de una parte, las propias constituciones de los estados miembros (no en cuanto suministradoras de estándares para el derecho europeo, porque eso sería un mecanismo de heterointegración, sino en cuanto delimitadoras de competencias) [12] y, especialmente, el Derecho constitucional interno que resulta modificado por acción del Derecho europeo. Un ejemplo del Derecho constitucional interno europeizado es, en mi criterio, la nueva concepción de principios bien asentados en los Estados miembros que resultan alterados por acción del derecho comunitario: dos casos enormemente sugerentes son, por ejemplo, la reconsideración desde bases renovadas del principio de responsabilidad patrimonial del legislador (que a partir de la necesidad de establecer un mecanismo de derecho interno para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento de derecho comunitario se ve obligado a hacer lo propio para responder de similar manera cuando el incumplimiento tiene por objeto la norma constitucional) o los nuevos perfiles que se aprecian para la concurrencia del error judicial (desde la sentencia Köbler) [13]. En otros casos, nos encontraríamos ante principios asumidos por efecto del diálogo entre el Derecho europeo y el Derecho nacional (así por ejemplo, el principio de confianza legítima). Estos dos vectores representan respecto del método a plantear en el análisis de sus problemas una dinámica completamente diferente porque de lo que se trata, en el primer

[12] De la misma manera debemos admitir que los Estatutos de autonomía son también Constitución.

[13] C-224/01.

vector, es de implementar estructuras más democráticas, y en el segundo de fortalecer los mecanismos para la integración.

Así nace el Derecho constitucional europeo como disciplina académica que, como todo método, aúna un carácter descriptivo y prescriptivo. Por lo que se refiere al primer aspecto, el Derecho constitucional europeo sistematiza lo existente, da cuenta de los elementos constitucionales de la Unión, pero, —y ahí está su carácter prescriptivo, puramente constitucional— no puede sino concluir que es un proceso en ciernes, que no está cerrado. El Derecho constitucional europeo busca traspasar el umbral. Cómo bien ha señalado F. Balaguer [14], lo que hay tras la llamada por algunos «revuelta de los Tribunales constitucionales» y una parte de sus exegetas, no es el temor a la cesión de soberanía: es la pretensión de que ésta se lleve a cabo bajo los principios que hoy hacen reconocibles, no las constituciones, sino el constitucionalismo. Por eso el déficit no es el déficit de Parlamento, fórmula habitual durante muchos años para criticar la Unión. El déficit de Parlamento no sería sino un epifenómeno de un déficit mucho más consistente y definitorio: el déficit de constitución o de constitucionalismo [15]. Este déficit sigue existiendo tanto en el momento originario (por el hecho de que las definiciones fundamentales siguen siendo intergubernamentales) [16] como en la forma concreta que adoptan las estructuras de funcionamiento de la Unión. Por poner un ejemplo, a mi juicio claro, de esta cuestión, se ha destacado como un bastión fundamental de la construcción comunitaria, el Tribunal de Justicia, sigue sin ser un Tribunal constitucional. O más precisamente es a la vez un Tribunal Constitucional y un Tribunal de lo contencioso-administrativo [17]. Y al Derecho constitucional eu-

[14] «Los Tribunales constitucionales en el proceso de construcción europea», *ReDCE*, núm. 7, enero-junio de 2007, 327-375.

[15] Cfr. G. Cámara Villar, «Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo», *ReDCE,* núm. 11, enero-junio. Granada, 2009

[16] F. Balaguer Callejón, «El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, pp. 57-92.

[17] R. Alonso García, *Justicia constitucional y Unión Europea,* Civitas, Madrid, 2005.

ropeo le corresponde señalar que sin jurisdicción constitucional habrá serios problemas para centrar las polémicas constitucionales que, por tanto, quedarán desdibujadas.

Pasamos, pues, del individuo al Estado y de éste a la Unión, sin que, no obstante, se advierta (ni deba advertirse, por otra parte) una superación «strictu sensu» de cada uno de los paradigmas de referencia. El Estado (y con él sus elementos identificativos: el valor, al menos simbólico, de la soberanía; el concepto de pueblo o de opinión pública) no ha devenido inexistente, ni mucho menos; sólo ha dejado de ser el único elemento jurídicamente relevante. La nueva realidad es, pues, el resultado de un proceso de agregación que finalmente concluye en una modificación cualitativa (de la misma manera que la elevación gradual de la temperatura del agua la hace finalmente cambiar del estado líquido al gaseoso).

2. UNA NUEVA METODOLOGÍA

Caracterizada pues la nueva realidad debemos centrarnos en las reglas metodológicas que han de presidir su estudio. ¿Cómo debe ser, a mi juicio, la metodología con la que abordar el Derecho constitucional europeo?

En primer lugar, adecuada a la nueva disciplina. De la misma manera que no es correcto analizar la configuración jurídica del derecho de propiedad a partir del principio de la libre autonomía de la voluntad, no podemos explicar la forma de gobierno en la Unión Europea a partir del principio de división de poderes. Debemos explicarlo a partir de nuevos parámetros que permiten reflejar mejor la realidad: en este caso, el equilibrio institucional. Este concreto ejemplo nos pone sobre una nueva pista. En la labor de adecuación debemos separar claramente cuáles son las categorías de las que podemos prescindir y cuales nos remiten a una realidad que debemos preservar. Efectivamente, si bien el principio de división de poderes en su sentido estatal no resulta adecuado, sí que debemos exigir que el correlato comunitario permita el control del poder que desde el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se presenta como un activo esencial del constitucionalismo. La adecuación no significa, por tanto, plegarse a todo principio necesario para la integración,

porque la integración no es el objetivo: el objetivo es la integración política, en aquel sentido en que política y libertad se entendían como conceptos equivalentes. Y a día de hoy hay que advertir que la esencia de la construcción europea es la supraestatalidad y que (mientras que estemos en este camino) las tensiones fundamentales en el seno de la Unión son de alcance interterritorial y no puramente ideológicas. La disensión política representa un papel muy marginal en el debate jurídico político comunitario, lo que constituye un campo abonado para una paradoja de la que es muy difícil salir: puesto que estamos en el camino de superar definitivamente las fronteras estatales, las polémicas versarán sobre la definición competencial, y sólo podremos alcanzar la supraestatalidad cuando la discrepancia política salga de los círculos nacionales [18]. El Derecho constitucional europeo ha de concebirse desde estos planteamientos lo que debe conducirle a valorar muy positivamente todos los instrumentos normativos previstos para alentar una conciencia política europea: desde aquellos referidos, por ejemplo, a la intervención parlamentaria sobre la designación de los candidatos a la Comisión europea [19], a los que postulan la creación de partidos políticos de dimensión europea [20].

[18] Aunque cada vez se aprecien más casos de disensión puramente ideológica como puede verse en el supuesto de la directiva sobre el tiempo de trabajo que ha supuesto el primer supuesto el que se frustra el procedimiento de codecisión. Bienvenida sea la frustración si nos permite discutir sobre un aspecto tan esencial para la conformación de nuestras sociedades.

[19] Un momento de los pocos en los que puede hablarse de una polémica europea sobre bases ideológicas. Otros supuestos como los de las «vacas locas» (Encefalopatía espongiforme bovina) remiten a una realidad bien diferente. Ciertamente el problema se cifró en el ámbito de validez territorial de la Unión pero lo de que de ésta se requería no era sino una actuación diligente en el control y la prevención de problemas sanitarios.

[20] Desde este punto de vista no podemos sino observar con preocupación el modo en que se han desarrollado las recientes elecciones al Parlamento Europeo en junio de 2009 y, en particular, la ausencia de coordenadas políticas para explicar las razones que llevaron a apoyar al mismo candidato a Presidente de la Comisión Europea a Estados gobernados por opciones ideológicas bien diferenciadas (al menos sobre el papel).

En segundo término, he de poner de manifiesto que la metodología con la que se aborde el Derecho constitucional europeo debe ser crítica [21]. Desde los propios postulados que mantienen los Tratados constitutivos y, lo que es, a mi juicio, más importante, desde los propios principios definitorios del constitucionalismo. Debemos desvelar las contradicciones en el primer sentido en tanto que, también en el Derecho comunitario, existe la tensión irreductible entre la constitución y las fuentes infraconstitucionales, que adopta aquí la forma de Derecho originario y derivado. En segundo término, la metodología con la que abordar el Derecho europeo ha de partir de los conceptos de derechos, democracia, libertad, igualdad o pluralismo como principios con los que juzgar las respuestas jurídicas producidas por los órganos comunitarios. Ha de resaltarse sobre este particular que el principio de constitucionalidad del artículo 9.1 de nuestra Constitución queda completamente a salvo siempre que estos elementos constitutivos del constitucionalismo se observen, cualquiera que sea la fuente formal que les sirva de base (la Constitución española o la europea). No puede admitirse, por el contrario, que el Derecho europeo no satisfaga las exigencias que han sido el resultado de un proceso reivindicativo de siglos [22]. Contrastar las soluciones del Derecho europeo con estos principios nos emplaza también ante el horizonte utópico del constitucionalismo, el horizonte que Constituciones como la nuestra incorporan especialmente en el Capí-

[21] El constitucionalismo o es crítico o no lo es. Realmente hablar de constitucionalismo crítico es un pleonasmo que sólo tiene sentido atendiendo a una realidad muy concreta. Me refiero a aquella en la que la doctrina y las élites intelectuales abandonan el compromiso con la democracia para pasar a engrosar las filas (y no es un mero descuido la utilización del lenguaje castrense) de quien ocupe el poder. Cfr. S. S. Wolin, *Democracia S.A. La democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido,* Katz Editores, Madrid, 2008 (especialmente el Capítulo 9 titulado: «Las élites intelectuales contra la democracia»).

[22] Y no es una situación extravagante o imposible en la que son situamos si pensamos, por ejemplo, en que muy recientemente el Tribunal de Justicia en el asunto C 345-06 de 10 de marzo de 2009 ha considerado carente de fuerza vinculante al Anexo del Reglamento (CE) núm. 622/2003 sobre Seguridad aérea por contradecir el principio de publicidad normativa, ya que el Anexo citado, en el que figuraban los objetos que no se podían portar en las aeronaves, no se había hecho público.

tulo de los principios rectores de la política social y económica [23]. La metodología crítica plantea la exigencia de las posibilidades. Hay que avanzar en la democracia y eso implica descartar en el Derecho europeo la idea de necesidad, de inevitabilidad (incluso frente a la política económica) [24], la idea de que hay que plegarse ante lo existente, de forma que se reconozca únicamente a lo fáctico fuerza normativa (lo que supone el rechazo de la concepción material de la Constitución). Por el contrario, el Derecho europeo debe empaparse de la categoría häberliana de la constitución como pensamiento de la posibilidad («Möglichkeitsdenken») [25], lo que significa acentuar las categorías metodológicas que alientan la capacidad de transformación, de remoción de trabas para la igualdad real y efectiva [26]. Y en este sentido, por ejemplo, la metodología crítica, que nos habla de lo que podría ser [27], debe apoyar, entre otros empeños, una categorización de las fuentes del derecho europeo en la que la legitimidad democrática de la fuente quede de manifiesto y su órgano de control actúe en consecuencia. El paradigma de partida de este derecho crítico que versa sobre la integración europea no puede ser otro que el principio democrático y así se habrá se

[23] C. De Cabo Martín, «El elemento utópico, ingrediente cultural del constitucionalismo», en *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle* (coord. por Francisco Balaguer Callejón), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 47-56.

[24] Hay que recoger aquí las demandas constantes del Prof. Häberle en torno a la necesidad de un marco constitucional del modelo económico. Cfr. «Siete tesis para una teoría constitucional del mercado», *ReDCE*, núm. 5, 2006.

[25] Seguramente la primera idea de este autor que obtuvo justo eco en España como consecuencia de la recepción de E. García de Enterría en *La constitución como norma y el Tribunal constitucional,* Cívitas, Madrid, 1981.

[26] Aquí hay que reparar especialmente en que la integración europea se está produciendo en el contexto de lo que se denomina globalización. Cfr. C. De Cabo Martín, «Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador», *ReDCE*, núm. 11, enero-junio, 2009.

[27] «Vivir en un mundo legal requiere que uno no sólo conozca los preceptos, sino también sus conexiones con estados de cosas posibles y plausibles. Requiere que uno integre no sólo el «ser» y el «deber ser», sino el «ser», el «deber ser» y el «podría ser»». Cfr. R. Cover, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 24

observar con toda cautela la intervención de agentes no legitimados popularmente en el establecimiento de reglas jurídicas comunitarias (los lobbies o el Banco Central europeo) [28].

La metodología del Derecho constitucional europeo ha de ser inquisitiva. Quiero subrayar con ello una evidencia en la que, no obstante, creo necesario reparar dadas las peculiaridades del nuevo objeto de estudio y sus diferencias con el Derecho constitucional interno. Me refiero a que debemos de estudiar específicamente la manera en la que el Derecho comunitario se concreta. Ciertamente, la producción jurídica en la Unión Europea tiene una diversidad, tanto orgánica como procedimental, desconocida en los Estados miembros y esto exige una atención muy concreta al modo en que se implementan las políticas. De ahí la importancia del principio comunitario de elección de la base jurídica. Lo que podríamos llamar en abstracto la confusión en el sistema de fuentes europeo exige del Derecho constitucional europeo que mantenga como principio a observar la claridad. No debe confundirse esto con la articulación de un sistema vertebrado al modo estatal (ni mucho menos una nueva reivindicación del trono del que fue apeada en los Estados para la jerarquía). La directiva siempre seguirá siendo la fuente definitoria de la construcción europea pero debemos mantener, como se hacía en el Tratado constitucional, que las categorías formales sirvan para identificar al autor de la norma. Sólo así es posible el control del poder, principio a asumir con muy especial cuidado en los proceso de descentralización con el objeto de evitar que termine haciéndose ilocalizable y por tanto irreductible.

En cuarto lugar, apuntaremos que se trata de una metodología abierta ya que su objeto de estudio es inestable y está sometido a una evolución permanente de sus presupuestos fundadores. Esta apertura tiene diferentes acepciones. En primer lugar, supone que no debemos considerar el Derecho constitucional europeo como patrimonio de los juristas. Lo era el derecho europeo y así ha sido recogido de alguna manera por el Tribunal de

[28] Al respecto P. Ridola, «La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa», *ReDCE,* núm. 3.

Justicia (que por diferentes razones, bien explicadas, entre otros, por Weiler ha asumido un papel constituyente)[29] y por autores que, como Poiares Maduro, realizan una descripción del poder constitucional en la Unión Europea en la que el elemento predominante con toda claridad es el circuito judicial[30]. No es posible negar la importancia del circuito judicial en la conformación del Derecho europeo[31], pero el Derecho constitucional europeo debe saltar esta estrecha barrera[32]. El Derecho constitucional europeo se dirige a una comunidad abierta de intérpretes (Häberle)[33] y, en segundo lugar, debe integrarse con las aproximaciones de la ciencia política y de la economía. En particular, el Derecho constitucional europeo debe integrar entre sus análisis los propios de la teoría jurídico-política, de la filosofía política. Esta perspectiva, abandonada por el Derecho constitucional español (en términos generales y por razones que no encuentran hueco en este trabajo), puede proveer un marco amplio que es especialmente oportuno cuando se trata de forjar una nueva realidad política. En este sentido hay que postular un acercamiento entre la doctrina europea y los paradigmas teóricos defendidos por alguna doctrina anglosajona y, en especial, norteamericana. Así, ciertas construcciones como la de Ackerman y su dualismo constitucional[34] resultan ser especialmente adecuadas para

[29] «Viaje a lo desconocido: pasado y futuro del Tribunal de Justicia en el campo de la integración política» en *Europa fin de siglo,* CEC, Madrid, 1995, pp. 127 y ss.

[30] Sin que aparezca en modo alguno el Parlamento. Cfr. M. Poiares Maduro, «Las formas del poder Constitucional de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 11-56.

[31] Cfr. por todos, D. Sarmiento Ramírez-Escudero, *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión,* Civitas, Madrid, 2004.

[32] En este sentido, me permito remitirme a mi trabajo «The impact of the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Spanish constitutional law. (Make a virtue of necessity)», en curso de publicación.

[33] Cfr., por ejemplo, *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta,* Tecnos, Madrid, 2002.

[34] B. Ackerman, *La política del diálogo liberal,* Gedisa, Barcelona, 1999.

la comprensión de una realidad en la que se van difuminando cada vez más categorías como la de poder constituyente o poder de reforma. La precisión de las condiciones que deben darse para que surjan momentos constitucionales en Europa es un ejemplo de cómo el Derecho constitucional europeo no puede limitarse a ser la exégesis de la norma.

De toda esta apertura nos resulta como característica adicional del Derecho constitucional europeo su carácter dialogado, lo que debe ser acusado por la metodología que se ocupe de él. Se trata de un derecho en el que hay un diálogo entre la Unión y los Estados (trasladado incluso al seno de la Unión con la dualidad Consejo-Comisión); entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales; entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia (a través de la cuestión prejudicial); entre las Constituciones y los Tratados constitutivos; e incluso entre los Abogados Generales y los jueces del Tribunal de Justicia, en el corazón del sistema jurisdiccional propio de la Unión. En definitiva, un diálogo trabado en torno al derecho. El Derecho constitucional europeo debe reconocer este elemento como uno de los grandes activos de la Unión pero no puede soslayar la necesidad de que el diálogo se enriquezca para alcanzar a las fuerzas políticas, hasta que el pluralismo ideológico se manifieste con toda intensidad en el marco de la estructura territorial que va a elaborar las normas que van a ser aplicables a todos los ciudadanos. Necesitamos un espacio político europeo [35] (una opinión pública europea) para que ese delicado equilibrio entre el elemento jurídico y el político alcanzado por los estados constitucionales internos se restablezca (de nuevo debemos hacer notar que la Directiva sobre el tiempo de trabajo es un indicio positivo). Hay una inflación del elemento jurídico en la línea de flotación de la Unión que soslaya el indiscutible valor de la política. Y ello es fácilmente comprobable si se observa el peso adquirido en la Unión por principios que exacerban la previsibilidad propia de la acepción más estricta del concepto de Estado de derecho (tales como el principio de protección de la confian-

[35] P. Häberle, «¿Existe un espacio público europeo?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, 1998, pp. 113-136.

za legítima). Y si no hay política, por ejemplo, no puede haber responsabilidad política.

Pero esta metodología también está definida por lo que no admite, esto es, por lo que no debe permitir al intérprete. Y así tenemos que plantear los elementos de cierre. En mi opinión, y de acuerdo con los principios que he ido esgrimiendo, éstos son las categorías básicas del constitucionalismo: democracia, libertad, igualdad, pluralismo. No admite métodos como el postmodernismo que estudia el fenómeno jurídico desde la fragmentación o la paradoja y sin reconocer papel alguno a los elementos que forman parte esencial del concepto racional-normativo de Constitución. La deconstrucción del derecho abdica de su pretensión reordenadora de los conflictos sociales [36]. Quien estudie el Derecho constitucional europeo no puede dejarse seducir por los cantos de sirena del fracaso de la razón o del derecho como expresión del triunfo de la voluntad. No hay posibilidad de convertir al Derecho en un instrumento para perfeccionar la democracia sino es a través del paradigma de la Ilustración: liberado de sus explicables ingenuidades nos sigue permitiendo creer en la posibilidad de progreso.

Por ello, las reglas con las que nos acercamos al Derecho constitucional europeo tienen que partir de su sistemática [37]. El Derecho constitucional europeo se constituye como un sistema, un conjunto de elementos normativos que se conciben desde la perspectiva la unidad, coherencia y plenitud que se atribuyen por definición a los sistemas (y en especial a los sistemas ordinamentales). Los diferentes elementos del sistema son el derecho comunitario y el derecho estatal, que se retroalimentan e integran mutuamente. El Derecho constitucional europeo tiene en su vanguardia nor-

[36] Me he ocupado de esta cuestión en «Derecho constitucional y postmodernidad (Sobre el fundamento del derecho según Derrida)» en *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle* (coord. por Francisco Balaguer Callejón), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 301-318.

[37] De la teoría de sistemas y su considerable éxito en el análisis jurídico son exponentes, a juicio de S. López Ayllon, Kelsen, Hart, Raz, Kerchove y Ost, entre muchos otros. Cfr. *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad,* UNAM, México, 1997 (especialmente capítulo preliminar)

mativa principios que se desgajan de los propios Tratados constitutivos y principios que forman parte del derecho comunitario una vez advertida su existencia como principios de los derechos de los Estados miembros y constatada su función positiva en el campo de la integración. Entre los sistemas y los subsistemas se crean necesariamente relaciones de coordinación y de conflicto que deben ser trabajadas por el intérprete para lograr la interacción más armónica, esto es, la unidad que es propia de todo sistema.

Como acabamos de advertir, una metodología sistemática que analice los diferentes elementos como parte de un todo en el que se integran tiene que considerar muy especialmente el papel desempeñado por una norma jurídica específica: el principio. Desde el inicio de la construcción europea, los principios han sido llamados a ejercer una gran influencia en su configuración teórica y en sus desarrollos prácticos. Realmente puede decirse que sus impulsos fundamentales han tenido lugar por acción de los principios de primacía, efecto directo, o responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario [38], principios por otra parte desgajados por la acción cuasi constituyente del Tribunal de Justicia. Es por ello que la metodología debe hacerse cargo de las peculiaridades que conlleva trabajar con este material normativo, caracterizado esencialmente por su imprecisión, flexibilidad y sobre todo, por su dependencia intrínseca, para convertirse en operativos, de la actuación jurisprudencial [39]. Como hemos señalado, los principios se pueden recabar del propio derecho europeo o extraerlos de los derechos de los Estados miembros lo que exige el comprenderlos como parte del sistema normativo del que parten y al que se dirigen.

Y una última referencia para acabar este repaso, evidentemente no exhaustivo, de aquellas reglas metodológicas que el intérprete [40] del Derecho

[38] Que a su vez se remiten a nuevos principios como el de violación suficientemente caracterizada en el caso de responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario.

[39] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,* Trotta, Madrid, 2003.

[40] Hago evidente ahora un elemento que está presente en todo el trabajo. A saber: las reglas metodológicas a las que me he venido refiriendo tienen como referencia al intérprete doctrinal, no al aplicador de la norma. Sólo para el primero, cuya única vinculación debe ser la honestidad intelectual, tienen sentido en su totalidad.

constitucional europeo debe considerar. La nueva metodología debe reconocer un papel fundamental a la tópica, debe centrarse en los problemas reales y debe tratar de aportar soluciones plausibles. Ciertamente plantear una metodología sistemática y a la vez pragmática tiene una buena dosis de oximorón, pero no mayor que «Unidos en la Diversidad».

3. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN. LA COMPARACIÓN

Con esta metodología de referencia, una sucinta mención a los criterios de interpretación de las normas [41]. Junto a los tradicionales, el literal, el sistemático, el histórico y el teleológico, aparece la comparación como un activo fundamental, uno de los que en mayor medida definen la construcción europea. Obsérvese que para que un principio jurídico de los sistemas jurídicos nacionales pueda considerarse integrante del ordenamiento comunitario ha de tener una presencia sustantiva en los Estados miembros (aunque en las Conclusiones del Abogado General en los asuntos acumulados C 120/06 P y C 121/06 P se afirma que para que un principio sea considerado principio de derecho europeo basta con que lo sea de un Estado miembro y sea funcional para la construcción comunitaria) [42] lo que exi-

[41] Es muy importante desplazar los criterios de interpretación de la norma considerada aisladamente a los ordenamientos que operan como marco de referencia. Con la construcción europea hemos pasado de la norma a los ordenamientos de la misma manera que el paso del Estado liberal al constitucional puede caracterizarse como el paso de la ley a las leyes.

[42] Concretamente señala el Abogado General Poiares Maduro en el parágrafo 55 de sus conclusiones: «Si bien el Tribunal de Justicia ha de inspirarse en las disposiciones más características de los sistemas de Derecho interno, debe, ante todo, tratar de encontrar una solución que se adapte a las necesidades y a las características específicas del ordenamiento jurídico comunitario. Dicho de otro modo, corresponde al Tribunal de Justicia inspirarse en las tradiciones jurídicas de los Estados miembros para encontrar una respuesta a las cuestiones jurídicas análogas que se plantean en Derecho comunitario que sea al mismo tiempo respetuosa con las tradiciones jurídicas de los Estados miembros y adaptada al contexto propio del ordenamiento jurídico comunitario. Desde este punto de vista, puede incluso privilegiarse una solu-

ge comparar los diferentes ordenamientos. Por otra parte, el método comparativo es especialmente adaptado para un tiempo en el que la experiencia jurídica rebasa las fronteras estatales [43]. La experiencia jurídica ya no es local como premonitoriamente advirtió el prof. Häberle. Comparar una norma es comparar su texto, su historia, su ubicación en el sistema del que forma parte, y sus fines. La propia construcción europea no es sino la novedad que resulta de la comparación de los diferentes modelos estatales que les servían de referencia y el proceso de depuración correspondiente. Comparar es salir, abrir, criticar, dialogar en torno a principios, en torno a reglas, de manera que sintetiza de forma admirable toda la perspectiva metodológica que he venido exponiendo.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, el método del Derecho constitucional europeo es el nuevo método requerido por la nueva realidad que marca una integración en proceso. Es un método en formación, como la propia realidad a la que se remite, y que se va adaptando conforme ésta evoluciona. En lo que tiene de constitucional debe partir de la democracia como principio rector de cualquier estructura de poder ejercida sobre un ámbito territorial. Y con este método se deben abordar los retos. En especial, está el reto de conseguir una democracia más avanzada. La autodeterminación personal (primero) y colectiva (después) que supone la democracia, la capacidad de decidir por nosotros mismos nuestro destino a partir de una reflexión personal en el seno de un proceso de comunicación racional con otros, exige transformar,

---

ción minoritaria, si responde mejor a las exigencias del sistema comunitario. Baste para convencerse de ello con recordar el ejemplo del «*Vertrauensschutzprinzip*» consagrado en Derecho comunitario a pesar de que sólo era conocido en Derecho alemán. Por consiguiente, el hecho de que sólo los Derechos español y francés establezcan la responsabilidad del poder público como consecuencia de un acto legislativo lícito no puede ser óbice para su reconocimiento en Derecho comunitario».

[43] Hasta el Tribunal Supremo Norteamericano en Lawrence v. Texas ha asumido por vez primera la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

o por lo menos cuestionar, multitud de aspectos de nuestro Derecho constitucional: desde este punto de vista hay que ordenar la relación entre derecho y tecnología; entre derecho y economía; la definición del demos (y los límites de la integración en nuestra comunidad política: la inmigración); el derecho de participación (para no circunscribirla únicamente al momento electoral y para que incluso en éste haya una mayor capacidad de elección) [44]; las relaciones y la legitimidad de los actores políticos (Parlamento) y jurídicos (Tribunales) en el momento de decisión del interés general; el régimen jurídico de las estructuras comunicativas; el tratamiento de la educación pública como principal mecanismo para que las personas puedan trascender de las desigualdades de base y poder elegir su lugar social conforme a los principios de libertad, mérito y capacidad; la lucha contra el fanatismo y por la cultura como medios para la libertad, etc. El Estado es un artificio, la Unión Europea otro, y nuevos nos sucederán mientras los hombres no sean ángeles (como decía Madison) lo que nos debe resultar indiferente mientras el instrumento no nos haga peores.

Resumen:

Este trabajo intenta analizar cuál debe ser el método del Derecho constitucional europeo. Para ello comienza señalando la importancia histórica de las cuestiones metodológicas en la historia del derecho. Tras ello pasa a estudiar cuál es el contenido del Derecho constitucional europeo. Este derecho, el de la Europa como co-

[44] Es un imperativo lógico esencial que la nueva estructura política llamada a suplir al Estado en muchas de sus funciones no limite la participación de sus ciudadanos al momento electoral. Esto, asumido con una buena dosis de inconsciencia por los ciudadanos y la clase política de los Estados miembros, no es de recibo cuando se trata de pergeñar nuevos proyectos políticos. Por ello es absolutamente necesario postular unas estructuras de comunicación europeas, una esfera pública europea que pueda servir de vehículo para la formación de nuevos elementos comunes que nos permitan erigir un nuevo «Nosotros». Efectivamente creo que el concepto de pueblo no puede ser una pieza de partida indispensable en la UE pero sí debemos aspirar a crear una nueva comunidad política basada sobre elementos tendencialmente racionales (esto es no basados en el puro sentimiento, religión, raza, lengua o cualquier otra raíz), artificiales. Sin esta comunidad política no se puede avanzar en la constitucionalización de la Unión, no tiene sentido un Parlamento europeo.

munidad política en desarrollo, estaría compuesto por dos partes: primero, el derecho de la Unión europea con contenido constitucional y, segundo, los derechos constitucionales internos que resultan modificados por acción del derecho europeo. Estas dos partes tienen diferencias claras por lo que se refiere al método. Respecto del primer caso se trata de llevar más constitución a Europa y, en segundo término, de llevar más Europa a las Constituciones nacionales. En tercer lugar, la exposición pretende establecer cuáles son las características fundamentales de la metodología con la que se debe estudiar este Derecho constitucional europeo. La nueva metodología del Derecho constitucional europeo debe ser: 1) Adecuada 2) Crítica 3) Abierta, 4) Cerrada, 5) Sistemática, 6) Principialista. Con esta metodología es evidente que el método comparado resulta una aportación fundamental en la concreción del derecho constitucional europeo. Por último, trataremos de plantear cuáles son los retos a los que debe atender este nuevo Derecho constitucional europeo que, en definitiva, es el de lograr una nueva democracia.
Palabras Clave: *Metodología, Derecho constitucional europeo, principios, democracia*

Abstract:

This paper attempts to analyze what should be the method of European constitutional law. For this begins by noting the historic significance of the methodological issues in the history of law. Then consider what happens to the contents of European constitutional law. This law, in Europe as a political community in development, would consist of two parts: first, the law of the European Union with a constitutional content and secondly, the constitutional laws that are modified by internal action of the European law. These two parties are clear differences as regards the method. Regarding the first case, the constitution to take over Europe and, secondly, to take over Europe to the national constitutions. Thirdly, the paper aims to establish what are the key features of the methodology with which to explore this European constitutional law. The new methodology of European constitutional law should be: 1) Adapted to the new reality 2) Critical 3) Open 4) Closed, 5) Based on the Systems Theory, 6) Based on the principles. In this methodology is evident that the comparative method is a critical input in the realization of European constitutional law. Finally, we will try to raise what are the challenges we must meet this new European constitutional law that is to achieve a new democracy.
Keywords: *Methodological approach, European constitutional Law, principles, democracy.*

LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL CONTEXTO CONTEMPORÁNEO

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ *

SUMARIO:

1. EL CONTEXTO CONTEMPORÁNEO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL
2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL NUEVO CONTEXTO

La obra del homenajeado irrumpió cuando gran parte del derecho constitucional europeo recomponía sus elementos fundacionales. Su primer trabajo sobre el contenido esencial puso directamente en cuestión los argumentos dominantes en el entendimiento de los derechos fundamentales. Desde aquel entonces, su obra fue extendiéndose a través de los temas claves de nuestra disciplina siempre con la intención última de dotar al derecho constitucional de un magma democrático irrenunciable. Al día de hoy, sin abandonar la comprensión de la Constitución como un proceso abierto y del derecho constitucional como disciplina cultural, las preocupaciones del profesor Peter Häberle iluminan ese punto de cruce histórico que supone el derecho constitucional europeo. Este trabajo quiere ser un modesto tributo a su obra, pero, sobre todo, a su persona, capaz de un magisterio sutil, que abre caminos sin cerrar ninguno. En la primera parte del ensayo ofrezco lo que considero los elementos distintivos del contexto en el que las Constituciones estatales han de desarrollar su normatividad. En la se-

* Profesor Titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada.

ReDCE. Año 6. Núm. 12. Julio-diciembre/2009. Págs. 171-189.

gunda parte, planteo las dificultades de la Constitución normativa dentro de ese contexto y las posibles transformaciones de su función.

1. EL CONTEXTO CONTEMPORÁNEO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Existe una evidente línea de continuidad entre el derecho público que emerge tras la Segunda Guerra y el del Siglo XXI [1]. Interesa, sin embargo, evaluar el contexto en el que se desenvuelven las cuestiones compartidas entonces y ahora, ya que el entorno sitúa el conjunto de problemas en un escenario completo que podría ofrecer algunos rasgos distintivos pese a la coincidencia en los asuntos estudiados. De manera tentativa, se podría aventurar que el contexto contemporáneo se caracterizaría al menos por una serie de hitos, que no estaban presentes o no eran tan relevantes durante las primeras décadas de la segunda parte del Siglo XX: la globalización jurídica, la fragmentación del proceso político, el tránsito del Estado social a la teoría de la regulación y la dimensión preventiva del Estado.

La globalización jurídica es hoy presupuesto del Estado y no simple consecuencia de una estatalidad incompleta. Primero, porque el cambio de organización política de los Estados requiere de una homologación jurídica de corte supranacional. Basta pensar en la función que cumplió el Convenio Europeo de Derechos Humanos durante la democratización de los países del bloque comunista o en la propia transición española. En segundo lugar, porque el poder público estatal es hoy limitado externamente por poderes públicos supranacionales capaces de crear un derecho que condicione a la ley estatal. Se hace evidente en la organización económica –en la construcción de los mercados internacionales—, pero más aún en el ámbito de la Unión Europea, cuyo derecho es límite jurídico y además en mu-

[1] No se produce un corte temático tan relevante como en el tránsito desde Weimar, en este sentido son esclarecedores los trabajos de O. LEPSIUS, «El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la república federal», trad. I. Gutiérrez Gutiérrez, Historia Constitucional, 9, 2008; y, C. MÖLLERS, «Der Methodenstreit als politischer Generationenkonflikt», *Der Staat*, 43, 2004.

chas ocasiones verdadero motor de la acción política estatal y, por tanto, impulso de su producción jurídica.

Nos encontramos así con un derecho supranacional que da un lugar propio a la norma allí donde hasta ahora primaba la razón de estado y, a la vez, convierte al individuo en titular de derechos en casos en los que tan sólo poseía el estatus de extranjero. En estas circunstancias es inexorable una nueva reflexión por parte del constitucionalista, que se topa con «otros» poderes públicos organizados jurídicamente más allá de la Constitución y del Estado. ¿Merecen un análisis desde la perspectiva del derecho constitucional? ¿Son los conceptos del derecho constitucional las herramientas adecuadas para comprender los nuevos fenómenos jurídicos? ¿Vive, en definitiva, el derecho constitucional una época de expansión o de regresión? Si tras la Segunda Guerra el derecho constitucional abordó la nueva estatalidad, ahora toca pensar si el derecho constitucional es suficiente para entender las realidades jurídicas paraestatales.

La globalización jurídica anuncia en parte otro de los datos distintivos del contexto en el que hoy se mueve el derecho constitucional, a saber, la fragmentación del proceso político de decisión. En la restauración jurídica de la segunda mitad del Siglo XX, el derecho público se define esencialmente a través de la ley. Es ésta el epicentro donde el pluralismo halla su punto de encuentro, la síntesis de la dialéctica. Preocupa especialmente la unidad del proceso político y con ella la del ordenamiento. El primer punto de esa unidad será la Constitución, que expresa ya un acuerdo de mínimos y hace factible un proceso político integrador. El segundo será la ley, ahí donde el pluralismo de una determinada sociedad encuentra sus límites dentro del juego de la mayoría y la minoría. La ley —el proceso político regulado por la Constitución— es así expresión de la mayoría, cierre coyuntural de las posibilidades constitucionales y construcción de la unidad contingente del ordenamiento.

La funcionalidad de la ley, sin embargo, está hoy en entredicho a consecuencia de la fragmentación del proceso político. Los motivos no por conocidos deben dejar de ser señalados. Es un lugar común destacar la tarea capital de los partidos en la racionalización del proceso político; la distribución de poderes fijada en la Constitución sólo se comprende una vez que es ajustada al régimen de partidos que emerge condicionado sólo par-

cialmente por el derecho electoral y el propio derecho de partidos. Fruto de la lógica partidista, en ocasiones, el procedimiento legislativo sirve tan sólo para estilizar los argumentos que sostienen el texto legislativo y que se han forjado fuera de la sede parlamentaria. En la democracia parlamentaria, sea por los gobiernos de mayoría absoluta o los gobiernos en minoría que buscan el acuerdo parlamentario, el sentido del procedimiento legislativo queda aminorado [2].

Las dificultades reconstructivas de la ley no acaban en el alicaído debate parlamentario, pues la ley también quiebra a la hora de aportar los cimientos de la unidad del ordenamiento. Y es que junto a la ley concurren otras fuentes fuera de la lógica de una única ley (de la ley-código). Evidentemente, el derecho comunitario, que ocupa espacios tradicionalmente reservados a la ley y que en ocasiones da sentido a la propia ley, impulsándola y dotándola de los principios esenciales. Pero también una suerte de concurrencia de reservas de ley en los Estados territorialmente compuestos, como es el nuestro, donde ya no es la ley, sino que son las leyes, las que han de darnos el panorama normativo completo.

Aún hay más, pues la ejecución de la ley aparece igualmente fragmentada, lo que dificulta a su vez que la unidad jurídica se logre en el tramo administrativo. La fragmentación de la ejecución es clara cuando compete a los poderes periféricos en el marco de un Estado compuesto o cuando corresponde paralelamente al poder central y a los poderes periféricos. Sin embargo, la división en la ejecución no acaba ahí. El derecho administrativo contemporáneo nos ha indicado sobradamente la incidencia de los organismos autónomos, que relativizan la jerarquía administrativa y componen un programa de ejecución que incluye amplias potestades normativas, concurrentes casi a la par con el programa normativo definido en la ley. Y, finalmente, también se ha de destacar la incidencia de la tan señalada autorregulación, que pone en manos de los destinatarios de la norma la facultad para aplicarla o consensuar su aplicación. E incluso en algunas ocasiones es el propio destinatario quien define la regulación de un mercado

[2] V. MEHDE, «Kooperatives Regierungshandeln. Verfassungsrechtslehre von der Herausforderung konsensorientierter Politikmodelle», *AöR*, 127 (2002).

determinado, de modo que el legislador y la administración simplemente certifican el resultado.

La centralidad de la ley se ve asediada en su funcionalidad política de integración de mayorías y minorías, y en su operatividad jurídica encaminada a construir la unidad del ordenamiento a partir de los principios fijados en la Constitución. La ley se concibe más bien como un programa normativo que resulta de un proceso que no agota el debate político y que proyecta su normatividad junto a otras fuentes para e infralegales. Dado este contexto, el constitucionalista se enfrenta esencialmente a dos dilemas. Si la ley no es el centro del sistema político, urge preguntarse sobre la existencia de nuevas claves, más allá de la dicotomía mayoría-minoría, que conceden unidad al sistema, o bien aceptar que éste sólo se puede explicar como una realidad difusa. Por otro lado, en tanto que la ley no logra reconstruir la unidad del ordenamiento, entonces es necesario cuestionar en qué medida la fase de producción normativa aporta elementos para esa unidad y dónde radica ahora su configuración, o si tan sólo es necesario aceptar que tal unidad ya no es un rasgo distintivo de nuestro derecho, que puede actuar en un marco voluble en su cúspide.

Las dificultades de la ley para concretar y desarrollar el marco constitucional, dando plenitud de este modo a la unidad del ordenamiento y del sistema político, es trasunto a su vez del tercer rasgo que caracteriza el contexto contemporáneo. Se trata de la evolución política e intelectual que sustituye las preocupaciones sobre el Estado social —su justificación, sus características y sus límites— a favor del análisis de la teoría de la regulación, que versa sobre las ocasiones y la forma en que el Estado regula los mercados. En la segunda mitad del Siglo XX, se reactiva el debate clásico sobre la separación entre el Estado y la Sociedad; un sector doctrinal que pretende rescatar el sentido mínimo de la distinción de ambas categorías y trazar límites inexorables que garanticen espacios de autonomía individual inaccesibles al Estado; otro prefiere situar en el centro de su análisis la relación entre el Estado y la Sociedad, esto es, el principio democrático y sus consecuencias en la creación de un determinado sustrato material para el desenvolvimiento de la libertad. Es conocida la relevancia que a partir de este momento cobra el estudio del Estado social, especialmente de sus posibilidades jurídicas, que oscilan entre la extensión normativa de los de-

rechos fundamentales o el recurso a nuevas técnicas de administración, como, por ejemplo, la planificación.

Nadie se sorprenderá si se afirma que el debate sobre los términos jurídico-constitucionales del Estado social es hoy una cuestión minoritaria [3]. Los embates políticos-económicos que ha padecido el Estado en las décadas de los ochenta y noventa trasladaron el análisis jurídico al estudio de los fallos del mercado como criterio definitivo en la identificación de los supuestos que justificarían la intervención pública en ámbitos económicos. Este contexto conlleva interesantes transformaciones que no se pueden pasar por alto en la comprensión de la actividad estatal.

Llama la atención, en primer lugar, cómo actividades que tradicionalmente se han considerado bastiones estatales —por ejemplo, la sanidad— se tratan ahora, y aquí la influencia del derecho europeo es fundamental, al modo de actuaciones que inciden en la libre prestación de servicios y que, por tanto, para ser jurídicamente lícitas necesitan una justificación [4]. Igualmente, la constitucionalización del factor productivo trabajo mediante el derecho fundamental a la huelga y la negociación colectiva pierde gran parte de su significado en la explicación de la realidad constitucional contemporánea [5]. De la sociedad industrial y su impacto constitucional, pasamos a una sociedad de consumo donde el acceso a los servicios y mercancías, así como la calidad de los mismos se convierte en el eje de la actividad jurídico-económica [6]. No extraña así que la jurisprudencia europea

[3] En nuestra doctrina, se defiende incluso su falta de relevancia jurídica, A. Fernández Miranda, «El Estado social», *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 69, 2003. Sin embargo, un sector de la doctrina analiza con contundencia las consecuencias generales de la crisis del Estado social sobre el conjunto del derecho constitucional, C. De Cabo Martín, «Democracia y derecho en la crisis del Estado social», *Sistema*, 118-119, 1994.

[4] En este sentido es paradigmática la sentencia al asunto C-36/02, Omega, de 14 de octubre de 2004, donde entran en colisión la libre prestación de servicios y la dignidad humana.

[5] G. Maestro Buelga, «Globalización y constitucionalismo débil», *Teoría y Realidad Constitucional,* 7, 2001.

[6] J.Q. Whitman, «Consumerism Versus Producerism: A Study in Comparative Law», *Yale Law Journal*, 117:340, 2007.

muestre ejemplos en los que la libre prestación de servicios se impone sobre el derecho a la negociación colectiva [7]. Finalmente, en el centro de todas estas cuestiones late el dilema en torno a las posibilidades de ordenar jurídicamente los fundamentos económicos. Los años ochenta y noventa ofrecieron un esfuerzo intelectual mayúsculo destinado a identificar los límites jurídicos de la acción política en materia económica. Basta recordar el Pacto de estabilidad y las leyes de estabilidad presupuestaria. Pero en esta tendencia también se habría de incluir la eclosión en las últimas décadas del derecho de la competencia o la sustitución de conceptos aquilatados como el de servicio público por otras categorías que dan un lugar menor al Estado, como serían las de servicios económicos de interés general o servicios universales [8].

El contexto actual es así bien distinto al que condicionó la reconstrucción del derecho público. El Estado se ha ido apartando paulatinamente de la intervención directa en la producción y prestación de bienes y servicios, en manos ahora de los agentes privados y de la dinámica del mercado. Con todo, no desaparece el Estado y el derecho público económico, pero su función es diversa, al dejar de estar orientada por una actuación finalista —aviada a la producción de bienes y servicios—, y tratarse más de una tarea medial o de garantía, en la que el Estado y su derecho —la regulación— garantizan la existencia y el funcionamiento de un tipo de mercado determinado —transparente y competitivo—, que se convierte en la institución básica para la producción de bienes y la prestación de servicios. ¿Qué lugar corresponde al constitucionalista en este escenario? ¿Está abocado a abandonar el estudio de estos fenómenos dada la irrelevancia de los derechos fundamentales? ¿Debe seguir siendo la ordenación de la economía, especialmente de los mercados, una cuestión menor para el constitucionalista?

La función estatal de garantía sobre la existencia y el funcionamiento de los mercados revela una tarea de control y prevención de los riesgos

[7] Por ejemplo, la Sentencia al asunto C-341/05, Laval, de 18 de diciembre de 2007.

[8] Sobre la incidencia general de la teoría de la regulación véase J. Esteve Pardo, «La regulación de la economía desde el Estado garante», *en Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*, Thomson, 2007.

que ha ido extendiéndose a otros ámbitos, hasta el punto de que es factible señalar como un elemento distintivo de nuestra realidad política la exigencia de que el Estado responda frente a las amenazas latentes. Sin embargo, en los inicios del constitucionalismo contemporáneo, el Estado es, sobre todo, una institución transformadora de la que se espera que dirija y moldee la sociedad y la economía, que construya, ya lo hemos dicho, las condiciones materiales para una efectiva libertad. Actualmente, sin embargo, el problema de la igualdad social ha pasado a ocupar un lugar menor en la teoría del estado y en la teoría de la constitución [9]. Esto explica en parte que la ambiciosa función social que se reclamaba del Estado haya experimentado en ocasiones una sustancial reconfiguración, de modo que al igual que en la organización de los mercados, la intervención estatal en la política social cumple una función preventiva o de garantía mínima.

Es en el ámbito de la tecnociencia, sin embargo, donde el Estado que previene riesgos ha tomado en los últimos años una relevancia especial que ni siquiera se atisbaba en el discurso constitucional posbélico [10], por más que fuese este el escenario de su razón de ser. La amenaza atómica, como ha señalado con brillantez Ulrich Beck, marca el rumbo de una nueva reflexión política [11]. Nunca antes había existido un riesgo de aniquilación total, pero, sobre todo, es a partir de ese momento cuando se hace evidente la «dialéctica de la ilustración» [12] y se muestra en toda su crudeza que los riesgos mayores surgen precisamente de la capacidad tecnológica del ser humano y no del devenir de la naturaleza. La idea del riesgo de un daño provocado por la actuación lícita del Estado o de los particulares y que se

[9] Al respecto de la crisis de la igualdad económica como problema político, véase R. Rorty, Forjar nuestro país, trad. R. del Castillo, Paidós, 1999. No obstante, paulatinamente se recobra un nuevo impulso al estudio de la igualdad económica en el centro de la teoría política, donde destaca el éxito de L. Bartels, *Unequal Democracy*, Princeton University Press, 2008.

[10] Tiene su origen en el discurso filosófico, véase H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung,* Suhrkamp, 1984, en especial el primer capítulo.

[11] U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine Moderne*, Shurkamp, 1986, en especial la primera parte.

[12] M. Horkheimer/T. W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, Fisher, 13.ª ed.

manifiesta en ocasiones mucho después de ser causado, ha traspasando esta primera reflexión para alargarse a otros campos jurídicos.

La responsabilidad del Estado en la detección del riesgo y su gestión conlleva a su vez importantes consecuencias jurídicas. La primera tiene que ver con la introducción de la técnica en los procesos políticos de decisión [13], que causa una confusión recíproca. La decisión parlamentaria y administrativa se despolitiza por la necesidad de la ciencia para valorar el riesgo y contenerlo, y de otro lado la ciencia se politiza —se hace conflictiva y argumentativa— por sus limitaciones cada vez mayores para ofrecer certezas. La segunda consecuencia tiene que ver con las propias limitaciones de la dogmática jurídica en el tratamiento del riesgo. El derecho se ha construido esencialmente sobre la idea de causalidad: una voluntad propicia un acto con relevancia jurídica que irradia diversas consecuencias, una de las cuales puede ser un daño, querido o no. Es la existencia del daño el punto clave que explicaría la imputación de la responsabilidad y la organización de las medidas de tutela, que sólo muy excepcionalmente se articulan como medidas de tutela cautelar. En este sentido, la respuesta jurídica obliga a replantear algunas categorías dogmáticas, pues la actuación estatal frente al riesgo trabaja fuera de la lógica del daño. Encontramos así ocasiones en las que simplemente la amenaza sustancial se considera ya en sí lesión, por ejemplo, en los amparos constitucionales que reconocen el derecho a la integridad física frente a riesgos [14]. O bien, se construyen entramados

[13] J. Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, 2009, en especial capítulos IV, V y VI.

[14] Por ejemplo, STC 62/2007, FJ 3 «… En particular, desde la perspectiva constitucional que nos compete, tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud de la trabajadora o del feto, es decir, cuando se generara con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para la salud de aquélla o para el del hijo en gestación. Precisamente por esa razón, para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post,* bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producir-

procedimentales que tienen la responsabilidad de valorar la existencia y la relevancia de los riesgos, como ocurre en los casos de investigación y práctica biomédica.

La transformación de las funciones del Estado, con la disminución de algunas —la intervención en la economía, la política social—, pero, sobre todo, con el surgimiento de la novedosa tarea de prevención, plantean interrogantes que no estaban presentes en el origen de nuestra dogmática. En el centro emerge la pregunta sobre el concepto de libertad. ¿Sigue vigente la premisa que imputa al Estado la responsabilidad para crear las condiciones que hacen factible una libertad efectiva? ¿Bastaría, por el contrario, que el Estado se limitara a garantizar el funcionamiento de aquellas instituciones —por ejemplo, el mercado— que ofrecen los bienes necesarios para esa libertad? ¿Es el derecho público capaz de establecer presunciones que identifiquen las amenazas? ¿Es posible organizar y regular mediante el derecho la respuesta adecuada a los riesgos? ¿Qué lugar ha de ocupar la ciencia en la determinación de la decisión política?

2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL NUEVO CONTEXTO

En el horizonte contemporáneo, dominado por la globalización jurídica, con un proceso político fragmentado, una inclinación intelectual hacia la teoría de la regulación y la responsabilidad del Estado ante amenazas latentes, cabe preguntarse si la Constitución aún puede comprenderse desde su función encaminada a la organización del pluralismo y, a su vez, merece la pena examinar si la singularidad de la estructura de su texto, que abre y cierra posibilidades, continúa siendo relevante.

Podría afirmarse que los elementos de apertura constitucional presionan actualmente con una intensidad tal que resulta extremadamente difícil

---

se (en este sentido, STC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, entre otras), factor que, como razonaremos en breve, resulta decisivo en el presente caso».

identificar los criterios de cierre que aporta la norma suprema. La integración europea es un buen ejemplo. Como es sabido, la Constitución estatal habilita la incorporación del derecho europeo, pero en ese mismo momento de conexión a un nuevo ordenamiento, la norma suprema cede sus ambiciones de normatividad, pues gran parte del flujo jurídico encuentra la lógica de producción y aplicación en los Tratados y al margen de la Constitución [15]. Este fenómeno tiene algo de paradójico en la medida que es la propia Constitución la que prevé la reducción de su eficacia jurídica a favor de otras normas. No cabe entonces, por parte del constitucionalista, un juicio simplemente peyorativo que descalifique en términos generales esta habilitación constitucional que socava la normatividad de la Constitución, sino que más bien, esta fuente de perplejidad le exige un intento de respuesta. Las soluciones han oscilado entre varios extremos. De un lado, aquellas que han situado los Tratados constitutivos en la cúspide del sistema normativo, de tal modo que en verdad se habría producido una suerte de revolución legal en la que la máxima jerarquía se habría desplazado desde las Constituciones estatales al derecho europeo. De otro lado, existen esfuerzos destinados a preservar núcleos indisponibles de las Constituciones estatales, sea reivindicando la preeminencia de los Estados —el viejo lema de los «Herren der Verträge»— o con la apuesta en pos de unos contralímites que funcionan como barrera infranqueable. Sin olvidar el intento de la fallida Constitución europea, que supuso el rescate de instrumentos clásicos, adaptados ahora a la realidad política supranacional. Sea como fuere, e independientemente de la mayor bondad de una u otra solución, el hecho indiscutible es que ninguna de las tesis adopta una posición de repliegue absoluto sobre la Constitución estatal. Quizá no sepamos cuál es la solución, pero sí sabemos que la solución no es esperar que la Constitución estatal regule y ordene todo el proceso de integración.

[15] «Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos», FJ 2, Declaración 1/2004.

Este fenómeno paradójico de apertura desde la propia Constitución, provocando así el aminoramiento de su fuerza normativa, se halla también en los modelos territoriales de organización compuesta, entre los cuales el Estado autonómico español ofrece un ejemplo especialísimo. En los Estados descentralizados, el texto constitucional habilita un mecanismo de reforma de la norma periférica separado del poder de reforma constitucional. Es bien cierto que la primacía jurídica de la Constitución [16] se actualiza en el control de constitucionalidad de la Constitución periférica, ahora bien, se trata de un control «sui generis», necesariamente ceñido a las llamadas cláusulas de homogeneidad [17]. Al igual que en la integración europea, la Constitución delega la función de organización de un determinado proceso político —en este caso aquel que se desenvuelve en un espacio territorial inferior al estatal—, por lo que su normatividad ya no expresa la totalidad de la realidad política. De nuevo, no cabe aquí un juicio negativo, pues es la propia Constitución la que causa y motiva este fenómeno. Y, del mismo modo, tampoco parece posible aventurar soluciones defensivas que postulen un regreso a una normatividad única de la Constitución central.

La capacidad de la Constitución en la regulación del proceso político también disminuye si atendemos a los fines que ha de lograr el Estado para crear un sustrato material adecuado. Un ejemplo clarísimo son los derechos subjetivos de naturaleza social, que apenas tienen presencia en el texto constitucional. Es verdad que las Constituciones de la segunda mitad del Siglo XX —entre las que destaca la española— atienden ya decididamente al problema de la legitimidad funcional y no dejan de prescribir algunos fines de la acción de los poderes públicos que justificarían la intervención

[16] Esta primacía de la Constitución, en España está acompañada de la primacía de la soberanía nacional sobre la legitimidad democrática territorial, pues la Constitución impone la intervención de las Cortes Generales en el procedimiento de reforma. Quizá esto hecho explique el porqué de la oportunidad política de la preeminencia lógica de reforma de la Constitución sobre la de los Estatutos tenga una relevancia menor.

[17] Distinto es el control de las normas periféricas no constitucionales sometidas entonces a un control más amplio apoyado, por ejemplo, en los derechos fundamentales federales y en la distribución competencial.

estatal en los espacios de libertad [18]. Pero estos contenidos no expresan la concreta dimensión social del Estado constitucional, en la que algunos pivotes —educación, sanidad, seguridad social— concentran la atención ciudadana y el debate político. Las Constituciones contemporáneas siguen trazando su eje en los derechos individuales que emergen con la ideología liberal del diecinueve y apenas reconocen derechos subjetivos ligados a las dinámicas políticas y sociales contemporáneas. Más allá del derecho a la huelga, la negociación colectiva, el medio ambiente o la función social de la propiedad, la dimensión social que ha caracterizado al Estado de la segunda mitad del Siglo XX se encuentra fuera de la Constitución.

Algo parecido ocurre con la distinción de lo público y lo privado. Las explicaciones que se han dado sobre la Constitución económica sirvieron para desterrar cualquier intento de encontrar un mandato a favor de un modelo económico determinado [19]. En definitiva, se quiso subrayar que las Constituciones de la segunda mitad de siglo permitían una posición activa del poder público en la economía. Pero tal conclusión siempre ha sido más prolija en detallar las distintas posibilidades, que en marcar los límites a la acción económica, sea pública o privada. Es útil a la hora de fijar lo permitido, pero da pocos mimbres cuando se quiere hallar lo constitucionalmente prohibido.

Esta descripción, sin embargo, no conlleva una reivindicación de derechos sociales constitucionales o la exigencia de la clarificación constitucional de la distinción entre los espacios públicos y privados. Ni siquiera está claro si la Constitución, en cuanto que marco de posibilidades, podría soportar esta densidad de contenidos. La única intención es subrayar cómo,

[18] La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión se podría leer como una síntesis entre las Constituciones que surgen inmediatamente después tras la Segunda Guerra, y que cristalizan el elemento de legitimidad funcional mediante el principio Estado social y las Constituciones del último tercio del Siglo XX, que recogen ese elemento social de una forma más compleja, dando cuenta de los ámbitos sociales —vivienda, seguridad social, trabajo, etc.— donde se proyecta con mayor intensidad el fenómeno social.

[19] Por todos, H. Ehmke, «Wirtschaft und Verfassung», en el libro del mismo autor *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Athenäum, 1981 y M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Civitas, 1985.

para bien o para mal, la dimensión social del Estado corre fuera del texto constitucional, que apenas nos dice nada sobre la geografía de la legitimidad funcional de nuestra comunidad política.

La pérdida de normatividad de la Constitución no acaba, sin embargo, en aquellos puntos en los que la norma suprema subraya su apertura, sino que se manifiesta también en algunos apartados en los que, en principio, se habría de esperar un mayor significado del texto constitucional. Me refiero concretamente a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. El uso dominante del principio de proporcionalidad para determinar el contraste del contenido constitucional de los derechos fundamentales frente a la normativa que los regula o frente a su aplicación, facilita una tarea jurisprudencial contenida, sensible a los matices y de evolución paulatina [20]. Sin embargo, esta técnica oscurece la narrativa de la interpretación, que se formula de modo fragmentado, con un lenguaje casi burocrático y destinado a un auditorio especializado. Las dificultades de los intérpretes supremos para ofrecer un discurso amplio e ilustrativo sobre el contenido de los derechos fundamentales [21], pese a garantizar una aplicación sostenida, empobrece significativamente el discurso político. La con-

[20] Aquello que M. SUSTEIN identificó como «constitucionalismo minimalista» —no decidir más de lo necesario—, «The Supreme Court 1995 Term: Foreword: Leaving Things Undecided», 110 *Harv. L. Rev*, 6 (1996). Síntoma que es compartido en la doctrina alemana y que ha abierto todo un debate sobre la posibilidad de una nueva dogmática de los derechos fundamentales, W. KAHL, «Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik», *AöR*, 131, 2006.

[21] Es aquí donde cobra sentido una «demojurisprudence» que por su estructura y forma hace posible el diálogo constitucional más allá de las élites jurídicas, L. GUINER, «The Supreme Court 2007 Term. Foreword: Demosprudence Through Dissent», 122, *Harv. L. Rev*., 4 (2008), en especial, p. 31 y ss, p. 48. Se abre así una vía que analiza el derecho constitucional a partir de la tensión entre el «rule of law» y la «self governance», en especial, la función de la participación ciudadana en el proceso interpretativo. Al respecto de este asunto asoma como un trabajo imprescindible la obra de Peter Häberle, con su lema «la sociedad de los intérpretes constitucionales» que recoge todos sus frutos en su libro *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, segunda edición, Duncker&Humblot, 1998. Pero es una línea que paulatinamente se va abriendo en el derecho constitucional de los Estados Unidos,

versación sobre los derechos fundamentales no es hoy una charla evocadora, sino un intrincado conjunto de decisiones jurisprudenciales que sólo tomadas en su totalidad ofrecen algunos matices [22]. Esta sublimación técnica de los derechos fundamentales, curiosamente mina la normatividad de la Constitución en la medida que su contenido más político, destinado a definir los límites y la esencia de la comunidad, transcurre a través de un discurso que apenas ofrece guías tangibles para la organización de la sociedad.

La apertura de la Constitución a otros ordenamientos jurídicos, en los que pierde pregnancia normativa, y la tecnificación de la aplicación de los derechos fundamentales, que oscurece su sentido político, parece reducir la normatividad constitucional a su clásico objeto orgánico. La fuerza vinculante de la Constitución mostraría todo su vigor en la regulación de los procedimientos de creación de derecho, en la distribución de competencias para la producción y aplicación de derecho, y en la estipulación de órganos. Sin embargo, también aquí merece la normatividad de la Constitución una lectura matizada. Es bien sabido cómo la actuación de los partidos políticos —que paulatinamente han ido ganando su oportuna presencia en la Constitución— obliga a realizar una comprensión dinámica del texto constitucional, que no es entendible en su parte orgánica sin tener en cuenta la interpretación que de ella realizan los partidos, esto es, sus actores políticos principales. Seguramente no es necesario explayarse en esta idea. Basta con recordar la distancia que existe en la exposición normativa de las relaciones Gobierno-Parlamento y su realidad operativa, que sólo se deja aprehender desde la dicotomía mayoría-oposición [23]. O qué decir del

véase R. Post, «Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and the Law», 117, *Harv. L. Rev*. 4 (2003); y, B. Ackerman, «The living Constitution», 120, *Harv. L. R*. 7 (2007).

[22] Un ejemplo paradigmático en este sentido lo sería el uso de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJ, donde la mayoría de las veces funcionan como límite a las libertades económicas fundamentales antes que como parámetro autónomo de contenidos privilegiados.

[23] Así se ve en el reciente monográfico dedicado a la división de poderes por la Revista Fundamentos 5/2009, en especial el trabajo de M. Presno, «Pluralismo de partidos, no separación de poderes».

derecho parlamentario (cuyos creadores, aplicadores y destinatarios son el mismo sujeto), entendible únicamente a la luz del juego negociador de los partidos.

Esta exposición de las debilidades normativas de la Constitución parece avocar necesariamente a un discurso melancólico. Sin embargo, la realidad político-constitucional ofrece curiosamente una intensa reivindicación de «constitucionalidad», tanto por parte de las élites políticas como de la ciudadanía [24]. La Constitución pierde paulatinamente su contenido normativo y, sin embargo, cada vez se requieren más soluciones desde el derecho constitucional. ¿Cuál es la función de la Constitución en este escenario tan contradictorio? Desde hace algunos años, principalmente por la influencia del derecho europeo, viene aventurándose una respuesta en la que se destaca la función de la Constitución como norma sobre la aplicación del derecho. Este punto de vista acepta que la Constitución estatal ya no puede ser la norma suprema llamada a determinar la unidad del ordenamiento con la fijación de los productores de derecho, de los contenidos materiales intangibles y de los órganos competentes para realizar la aplicación última del derecho. Las dos primeras variables —la producción del derecho y los parámetros materiales— se difuminan en un baile plural, donde emergen diversos productores y parámetros concurrentes. Es la tercera variable —la aplicación del derecho— la que vendría a cerrar el sistema, al facilitar en último término la identificación de la aplicación con valor de cosa juzgada. Un buen ejemplo de esta perspectiva lo ofrece la jurispru-

[24] El ejemplo español es claro. Prácticamente todas las acciones políticas de calado durante la octava legislatura han desembocado en la jurisdicción constitucional, esto es, se ha decidido adoptar la retórica constitucional como clave de cierre en la dinámica política. Pensemos, sin duda, en las reformas estatutarias, cuya discusión constitucional no sólo se centró en el producto final, sino que atravesó toda su tramitación. Qué decir del proceso de integración europea, que recibió una importante declaración del Tribunal Constitucional antes de la autorización estatal. En lo atinente a los derechos fundamentales bastaría con recordar la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los profesores de religión en la escuela pública, donde laten las relaciones Iglesia-Estado; las sentencias que confirman la constitucionalidad de algunos aspectos de la igualdad de género; o el recurso frente a la ley que reconoce el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.

dencia del Tribunal Constitucional español. En la Declaración 1/2004 invita a que trabajemos con la distinción entre primacía y supremacía, de modo que la primera se desenvolvería en el ámbito de la aplicación y la segunda principalmente en el de la producción (FJ 4). Tal distinción hace así posible que la supremacía de la Constitución conviva con regímenes de aplicación que dan preferencia a las normas de otro ordenamiento. Y una reflexión similar encontramos en la STC 247/2007, que nos anima a trabajar con un tipo de normas —las que reconocen derechos estatutarios— cuya vigencia y validez no tendría reparo alguno, pero cuya eficacia dependería de la intervención de una norma de inferior rango —la ley autonómica— (FJ 15). Estos ejemplos pueden ser completados con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que aspira a ordenar las relaciones entre el derecho europeo y el derecho constitucional o el derecho internacional. En el primer caso, la sentencia Centro Europa [25] muestra la creación por parte del Tribunal de Justicia de unos parámetros de constitucionalidad mínimos que sirven para controlar el derecho estatal. Y en el segundo, la decisión Kadi [26] también da una imagen clara del empeño del Tribunal de Justicia por elaborar criterios materiales de naturaleza constitucional destinados a determinar cuándo se impone o cede la aplicación del derecho internacional.

No extraña así que haya sido en el ámbito del derecho europeo donde las llamadas tesis pluralistas han encontrado el terreno más fecundo. Desde estas posiciones, la pérdida de normatividad de la Constitución estatal y el nacimiento de nuevos focos normativos, obliga a trabajar con una visión «multinivel» del sistema jurídico, donde no existe un centro al que pueda reconducirse de manera lógica la validez de toda norma. No merece la pena ya hablar de Constitución, sino de un derecho materialmente constitucional con retales normativos fluctuantes en su fuente y en su contenido. Al constitucionalista le correspondería identificar quiénes son los llamados a determinar el derecho aplicable en cada caso y cómo se han de

[25] Asunto C-380/05, de 31 de enero de 2008, con especial interés de las Conclusiones del Abogado General Maduro.

[26] Asuntos C-402/05 y 415/05, de 3 de septiembre de 2008, también con Conclusiones de Maduro.

relacionar estos aplicadores cuando confluyen en la solución de una misma controversia. Así, de la aplicación suprema de la Constitución hemos pasado a una aplicación relacional del derecho constitucional.

Esta interesante aproximación a los problemas contemporáneos de la organización jurídica del poder público, pese a todo lo que tiene de certero, es una construcción eminentemente técnica y destinada a los profesionales del derecho. No daría cuenta, sin embargo, de esa demanda social de «constitucionalidad» que surge en todos aquellas cuestiones de especial relevancia que han atravesado nuestra sociedad en los últimos años. Cabría aquí una segunda posición (complementaria y no excluyente de la anterior) que destacaría esencialmente la función simbólica o integradora de la Constitución. Es verdad que la Constitución, por su contenido, cada vez tiene menos oportunidad de proyectar su normatividad, de condicionar el efectivo funcionamiento del poder público y de la sociedad. Pero esto no merma las expectativas de los actores políticos y de los ciudadanos, que esperan que la Constitución, a través de su intérprete supremo, dé una última respuesta a las cuestiones que dividen y con ella, tanto por su contenido como por su proceso de formación, recomponga la división. Esta función simbólica —simbólica en cuanto que se desenvuelve al margen del texto— se proyecta al menos en dos campos. Primero en el de los resultados. Al ciudadano le basta con saber que la Constitución habilita el gobierno de la mayoría y que posibilita el cambio de mayorías a través del momento electoral. Dada esta circunstancia principal, la capacidad de la acción de gobierno para crear un contexto socio-económico generalmente satisfactorio sería razón suficiente para creer que «la Constitución funciona». Si la norma suprema pretender regular la acción de gobierno y ésta crea un resultado óptimo, entonces, en una suerte de silogismo inverso, la Constitución simboliza ese bienestar. En segundo lugar, la función simbólica de la Constitución se actualizaría en el propio disenso constitucional. La posibilidad de discutir sobre el sentido de la Constitución significa que el destinatario es un intérprete más cuya visión constitucional tiene un espacio de expresión —la opinión pública o el proceso—. Esta posibilidad de forjar la interpretación constitucional —y que resulta especialmente importante para la minoría— es en sí mismo un acto de reconocimiento de la funcionalidad de la Constitución, de su capacidad para dar respuestas.

Tras la Segunda Guerra Mundial, se cifró la función de la Constitución en su competencia para reconducir el pluralismo a la unidad política. Tal función dependía esencialmente de la normatividad de la Constitución. Hoy, la Constitución carece de contenidos suficientes para regular y ordenar los fenómenos políticos y sociales más relevantes. Esta pérdida de normatividad pone en cuestión la capacidad de la Constitución para forjar la unidad de una comunidad política. O, al menos, hace evidente que la Constitución es uno más de los elementos materialmente constitucionales que se proyectan sobre la organización del Estado y la sociedad. Es el momento de explorar la funcionalidad actual de la Constitución. Quizá su capacidad para determinar la norma aplicable en una paleta cada vez más amplia o su función simbólica sean las sendas que todavía ofrecen una oportunidad a la Constitución.

Resumen:

Este trabajo, en su primera parte, propone un contexto general en el que evaluar la función de la Constitución. En este sentido destacan las transformaciones que pueden derivarse de los procesos de globalización, la fragmentación del proceso político, la sustitución del Estado social por la teoría de la regulación y, finalmente, la función contemporánea del Estado orientada a la tutela del riesgo. En la segunda parte, el ensayo valora cómo el texto constitucional pierde capacidad para ordenar la realidad normativa, subrayando la paradoja político-constitucional por la cual, pese a la pérdida de densidad normativa de la Constitución, son mayores las demandas de respuestas constitucionales a los problemas actuales.

Palabras Clave: *Constitución, derecho constitucional, globalización, Estado social, teoría de la regulación, riesgo*

Abstract:

This paper in its first part tries to develop a general context able to evaluate the function of the Constitution. It is important to underline the transformations due to the process of globalization, the fragmentation of the political process, the sutitution of the social state by the theory of regulation, and the new responsabilities of the State before the society of risk. In the second part, the paper analyzes how the Constitution is loosing its normativ density, but this situation does not cut the popular demands of constitutional answers to the contemporary problems.

Keywords: *Constitution, constiutional law, globalization, political process, social state, regulation theory and risk.*

Artículos

EL LADO OSCURO DE LA LEY FUNDAMENTAL

HELMUTH SCHULZE-FIELITZ *
Traducido del alemán por MARÍA ÁNGELES MARTÍN VIDA

SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: ¿EL «LADO OSCURO» DE LA LEY FUNDAMENTAL?
2. CONFLICTOS INHERENTES A LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO DE DERECHO
3. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS
4. LA LABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL
5. PERSPECTIVA: EL CONOCIMIENTO DE LAS DEBILIDADES COMO PRESUPUESTO DE LA VIRTUD

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: ¿EL «LADO OSCURO» DE LA LEY FUNDAMENTAL?

¿Hay en la Ley Fundamental un «lado oscuro»? Quien, con motivo de la aprobación de la Ley Fundamental por el Consejo Parlamentario en su duodécima y última sesión plenaria el 23 de mayo de 1949, lea los balances actuales de sesenta años de Ley Fundamental [1] se topará casi sin ex-

* Catedrático de Derecho Público. Universidad de Würzburg.

[1] Cfr. por ejemplo T. OPPERMANN, «Deutschland in guter Verfassung? - 60 Jahre Grundgesetz», *JZ* 2009, pp. 481 ss.; P. KIRCHHOFF, «Das Grundgesetz - ein oft verkannter Glücksfall», *DVBl*. 2009, pp. 541 ss.; J. IPSEN, «Grundgesetz und politische Parteien», *DVBl*. 2009, pp. 552 ss.; H.-G. HENNEKE, «Kontinuität und Wandel der Finanzverfassung des Grundgesetzes», *DVBl*. 2009, pp. 561 ss.; P.M. HUBER, «Das europäisierte Grundgesetz», *DVBl*. 2009, pp. 574 ss.; H. SODAN, «Kontinuität und Wandel im Verfassungsrecht», *NVwZ* 2009, pp. 545 ss.; M. SACHS, «Das Grundgesetz

cepción con categorías llenas de positividad, como éxito, golpe de suerte, prueba de eficacia, éxito a nivel internacional, carácter ejemplar, historia de éxitos, viabilidad, la «mejor Constitución» que Alemania ha tenido nunca, etc…, si se ignoran algunos intentos más bien escasos y apasionadamente unilaterales de revivir una crítica de la Ley Fundamental que la califica como «crítica de forma avanzada con el capitalismo» [2]. Quien en este contexto tematiza el «lado oscuro» parece querer contradecir el balance de éxitos.

La intención de las observaciones que siguen es, sin embargo, otra. Se quieren hacer patentes particularidades características de la Ley Fundamental que son, sin duda, parte de esta historia de éxitos pero que, «a la vez», encierran el germen de presentes desarrollos defectuosos y de futuros peligros. Versan sobre ambivalencias de la Ley Fundamental que arrojan luces «y» sombras [3], y sobre la presentación del lado oscuro, aunque éste se haya desarrollado hasta ahora sólo de manera limitada debido a las actuales condiciones-marco políticas. Para ello se parte metodológicamente de dos premisas: (1) Se toma «a priori» como base el contenido de la Ley Fundamental tal y como viene marcado en lo esencial por, entre otros, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [4], es decir, no se distingue ya entre la Ley Fundamental y su interpretación por parte del Tribunal

---

in seinem sechsten Jahrzehnt», *NJW* 2009, pp. 1441 ss.; J. Ipsen, «60 Jahre Grundgesetz - 60 Jahre Bundesrepublik Deutschland», *NdsVB*l. 2009, pp. 153 ss.; P.E. Quint, «60 Years of the Basic Law and its Interpretation: An American Perspectiva», *JöR* 57 (2009), pp. 1 ss.; C. Gramm, «Eine Verfassung für die Bürger: 60 Jahre Grundgesetz», Die Bundeswehrverwaltung 2009, pp. 98 ss.; J. Jekewitz, «Unser aller Grundgesetz seit sechzig Jahren», *RuP* 45 (2009), pp. 65 ss.; B.-O. Bryde, «60 Jahre Grundgesetz - Wirkungskraft der Verfassung in der Bewährung», *AnwBl.* 2009, pp. 473 ss.; C. Calliess, «60 Jahre Grundgesetz - ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung», *AnwBl.* 2009, pp. 478 ss.; véase también Kritische Justiz (ed.), *Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität*, 2009.

[2] Cfr. A. Krölls, *Das Grundgesetz - ein Grund zum Feiern? Eine Streitschrift gegen den Verfassungspatriotismus*, 2009.

[3] En un sentido similar R. Herzog, *Strukturmängel der Verfassung?*, 2000, p. 8.

[4] En este sentido también Quint, «60 Years» (nota 1), p. 14.

Constitucional (lo que de todos modos no sería posible más que analíticamente). (2) Además se presupone que estas normas constitucionales tienen, al margen de desarrollos políticos y extranjeros paralelos, (en cualquier caso «también») un peso autónomo propio y que no son ineficaces por el hecho de que se trate sólo de normas jurídicas; con ello no quiere decirse que «sólo» ellas sean la causa de los problemas derivados que se denuncian.

Se abordan a modo de ejemplo tres ámbitos problemáticos que afectan a características centrales del ordenamiento político de la República Federal: (II.) la relación entre los elementos democráticos y los propios del Estado de Derecho en la Ley Fundamental; (III.) la posición constitucional de los partidos políticos; y (IV.) la configuración que la Ley Fundamental hace de la República Federal Alemana como Estado Federal. La investigación se lleva a cabo en cada caso en tres fases: en primer lugar (1.) se describe el problema, a continuación (2.) se explica cómo se ha llegado a este estado del problema, para finalmente (3.) mencionar una selección de los problemas derivados, ilustrados a la luz de ejemplos actuales, y de los potenciales peligros. Se trata en este punto sólo de un inventario científico, no se alude a las conclusiones político-constitucionales en el sentido de plantear propuestas terapéuticas.

2. CONFLICTOS INHERENTES A LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO DE DERECHO

2.1. Descripción del problema

En la Ley Fundamental aparecen vinculados diversos elementos de las tradiciones democrática y del Estado de Derecho, como ponen de manifiesto de manera gráfica construcciones conceptuales unificadoras como «Estado democrático de Derecho» o «democracia propia del Estado de Derecho». Al hacer eso se les atribuye a los elementos propios del Estado de Derecho un mayor peso en la Ley Fundamental y un peso menor a los elementos democráticos, lo que conduce a desequilibrios y tensiones en el Estado democrático de Derecho que se pueden entender como conflictos cons-

titucionales intrínsecos y que tendencialmente se solucionan en favor de los principios característicos del Estado de Derecho a costa de los principios democráticos. Tales debilidades democráticas se abordan con frecuencia (sólo) desde la perspectiva de la falta de posibilidades de participación del pueblo a nivel federal por medio de mecanismos de democracia directa, pero se reflejan también en muchos otros contextos, de los cuales seleccionamos sólo algunos.

2.1.a) *La posición de fuerza del Tribunal Constitucional Federal*

El Tribunal Constitucional Federal es la innovación más trascendental de la Ley Fundamental. Su fortísima posición, sin parangón en el mundo entero, se manifiesta en primer lugar frente al legislador parlamentario: una mayoría de sólo cinco Magistrados en una Sala puede declarar inconstitucionales las decisiones legislativas de la mayoría de los representantes del pueblo, ignorando la voluntad popular que representan. Esta facultad para controlar la constitucionalidad de las normas en abstracto es el primer pilar del poder del Tribunal Constitucional Federal, que de este modo se puede considerar a sí mismo como un órgano constitucional de valor superior. En otros países como Gran Bretaña [5], los Países Bajos [6] o Suiza (para las leyes federales) [7] no es en ocasiones en absoluto posible un control de normas de este tipo en perjuicio del Parlamento sin que haya referencias a casos concretos; o puede salir adelante sólo si se respetan limitaciones

[5] Cfr. M. Loughlin, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Großbritannien», en: A. Von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P.M. Huber (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. I, 2007, § 4, marginal 75.

[6] L. Besselink, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Niederlande», en: Von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber, *Handbuch* (nota 5), § 6, marginales 1, 77 ss., 85 y ss., 157 ss.

[7] G. Biaggini, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz», en: Von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber, *Handbuch* (nota 5), § 10, marginales 25, 68.

procedimentales muy estrictas [8], por ejemplo, con grandes mayorías cualificadas de Magistrados; o se limita (como en México) sólo al caso concreto [9]; o, como en Francia [10] o en la práctica en Suecia [11], sólo hasta la promulgación de la ley, para respetar la voluntad popular parlamentaria como decisoria en última instancia. No obstante, en los Estados constitucionales de carácter occidental por todo el mundo se da una tendencia a ampliar las facultades de los Tribunales constitucionales hacia competencias en materia de control de constitucionalidad de normas [12].

Pero la posición de fuerza del Tribunal Constitucional se refleja además en la interpretación del «ordenamiento jurídico de rango legal». Des-

[8] Sobre la nulidad *ex nunc* (con excepción del caso que ha dado origen al pronunciamiento del Tribunal) de leyes en Austria, cfr. E. WIEDERIN, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Österreich», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 7, marginal 19; H.-R. HORN, «Richter versus Gesetzgeber», *JöR* 55 (2007), p. 275 (292 y ss.); sobre el rechazo a un control estricto de constitucionalidad de leyes administrativas en Italia: M. DOGLIANI/C. PINELLI, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Italien», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 5, marginal 90; sobre el control de constitucionalidad de normas en abstracto en los países del Este de Europea cfr. O. LUCHTERHANDT, «Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa», en: O. LUCHTERHANDT / C. STARCK / A. WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, parte I, 2007, p. 295 (313 ss., 342 ss.).

[9] HORN, «Richter» (nota 8), pp. 290 y siguiente.

[10] O. JOUANJAN, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 2, marginal 72; HORN, «Richter» (nota 8), pp. 277 y siguiente.

[11] H.-H. VOGEL, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweden», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 9, marginal 112.

[12] Un balance para Europa: P. CRUZ VILLALÓN, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich», en: VON BOGDANDY / CRUZ VILLALÓN / HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 13, marginales 24, 77 ss.; para los Países Bajos BESSELINK, «Grundlagen» (nota 6), § 6, marginal 60; sobre la nueva competencia del *Conseil Constitutionnel* en Francia en relación a las cuestiones de inconstitucionalidad a partir de 2008 F. LANGE, «Stärkung von Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechten in Frankreich», *DVBl*. 2008, pp. 1427 ss.

de la sentencia Lüth [13] se ha impuesto una percepción de los derechos fundamentales (también) como «elementos de un ordenamiento objetivo» [14] que han de completar su dimensión primaria de derechos de defensa (que se manifiesta en forma de pretensiones de supresión y de abstención frente al Estado) [15]. Aunque se trataría simplemente de reforzar la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales [16], en la jurisprudencia y en la doctrina han adquirido un gran peso con una significación propia y no meramente de acompañamiento (y de este modo han devuelto a la actualidad una tradición en materia de derechos fundamentales históricamente soterrada). De un impacto enormemente duradero, que no se ha modificado, resulta la asunción de que los contenidos que se pueden derivar de los derechos fundamentales en tanto que derechos humanos individuales podrían impregnar de manera preeminente el conjunto del ordenamiento jurídico anteriormente creado por el legislador parlamentario [17], bien por la vía de una interpretación y aplicación de las leyes de Derecho Público conforme con la Constitución, bien mediante los efectos que irradian también para las normas reguladoras del tráfico jurídico privado [18]. La primacía así fundamentada del Derecho constitucional es omnicomprensiva y conduce, en virtud del artículo 1.3 GG, a que la Ley Fundamental adquiera una relevancia adicional. Las exigencias del Tribunal Constitucional llevan de este

[13] BVerfGE 7, 198 (204 ss.) - Lüth; un balance al respecto en H. SCHULZE-FIELITZ, *Das Lüth-Urteil - nach 50 Jahren,* Jura 2008, pp. 52 ss.; H. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, 1993, pp. 10 ss.

[14] K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., reimpresión 1999, marginales 279 ss., 290 ss.

[15] Una visión general en H. DREIER, en: H. DREIER (ed.), *GG-Kommentar*, vol. I, 2. ed., 2004, nota preliminar, marginales 84 ss.; en detalle K. STERN / M. SACHS, *Staatsrecht* III/1, 1988, pp. 671 ss.

[16] Así lo subraya también BVerfGE 50, 290 (337) - cogestión.

[17] Un balance en: W. BROHM, «Die Funktion des BVerfG - Oligarchie in der Demokratie?», *NJW* 2001, p. 1 (5 ss.).

[18] Recientemente M. RUFFERT, «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht», *JZ* 2009, pp. 389 ss.; el mismo autor en detalle en: *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, pp. 61 ss.; C.-W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, 1999.

modo a una penetración del ordenamiento de rango legal particularmente marcada por los derechos fundamentales que se ha dado en calificar como de «constitucionalización del ordenamiento jurídico» [19].

Esta evolución se vincula a una mayor relevancia del Tribunal Constitucional Federal como institución. El gran número de posibilidades procedimentales de acceso al Tribunal Constitucional Federal permiten a este Tribunal impregnar en muchos casos el conjunto del ordenamiento jurídico de rango legal con sus interpretaciones constitucionales y ampliar sus propias pretensiones de interpretación [20]. Esto es particularmente cierto en el caso del instituto del recurso de amparo del ciudadano individual contra decisiones de los órganos jurisdiccionales en todos los órdenes de la jurisdicción, pero también en el de la interpretación de un recurso de amparo contra leyes en el cual, por ejemplo, la garantía subjetiva de los principios constitucionales del derecho de sufragio del artículo 38.1 GG se convierte en palanca para un examen objetivo de, por poner un ejemplo, una vulneración del principio democrático o del mandato de conservación de la estatalidad de la República Federal Alemana [21]. Hasta hoy sigue claramente sin resolverse (probablemente también es que no sea posible) en el caso del recurso de amparo contra decisiones de los órganos jurisdiccionales el problema resultante de cómo se puede separar exactamente la vulneración del Derecho específicamente constitucional (caso en el cual sólo el Tribunal Constitucional Federal es competente) de «simples» violaciones de normas con rango de ley. El recurso al caso concreto teniendo en cuenta todas las circunstancias esenciales [22] no proporciona precisamente al aplicador del Derecho criterios manejables que resulten previsibles; esto resulta válido también para la posterior «fórmula Heck» («Heck'sche

[19] H. Hofmann, «Vom Wesen der Verfassung», *JöR* 51 (2003), p. 1 (12 ss.); en detalle G.F. Schuppert / C. Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000, pp. 9 ss.

[20] Schuppert/Bumke, *Konstitutionalisierung* (nota 19), pp. 48 ss., 58 ss.

[21] Cfr. BVerfGE 89, 155 (171 ss.) —Maastricht; Sentencia del TCFA, EuGRZ 2009, 339 (356 ss.)— Lisboa; crítico E. Pache, «Das Ende der europäischen Integration?», *EuGRZ* 2009, p. 285 (287 y siguiente, 296).

[22] BVerfGE 7, 198 (212).

Formel»), según la cual son inconstitucionales aquellos errores de interpretación de la ley «que tienen su origen en una apreciación básicamente incorrecta del significado de un derecho fundamental, en particular del alcance de su ámbito de protección, y que también en su significación material resultan relevantes en cierta medida para el caso concreto» [23]. También parece irresoluble la separación entre la competencia de control jurisdiccional y el ámbito propio de conformación político-parlamentaria de la realidad. En la práctica siempre domina una «reserva de Tribunal Constitucional» [24], ya criticada con frecuencia, que hace aparecer al Tribunal Constitucional Federal alemán como uno de los Tribunales más poderosos del mundo [25].

2.1.b) *La posición de fuerza del Poder Judicial*

Con la fuerte posición del Tribunal Constitucional Federal se corresponde en general un diseño del Estado en el que el Poder Judicial ocupa una posición de fuerza respecto a los otros poderes. La República Federal Alemana no sólo posee todavía un sistema jurisdiccional fuertemente consolidado (a pesar de las limitaciones que ha sufrido en las pasadas décadas) [26], con tres instancias por lo general, que no se da en esta forma en muchos otros países, de manera que cuenta empíricamente con el mayor número de jueces por habitante en Europa, sino que posee también constitucionalmente en el artículo 19.4 GG una garantía de acceso a la jurisdicción, como una «clave en la bóveda del Estado de Derecho» («Richard

[23] BVerfGE 18, 85 (92 f.) - Derecho específicamente constitucional.

[24] Ya lo afirmó hace tiempo P. LERCHE, *Abwägung und Verfassung* (1961), 2. ed. 1999, p. 150: «reserva de sentencia» (*Urteilsvorbehalt*).

[25] Cfr. entre otros K. SCHLAICH / S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7. ed., 2007, marginales 1 ss.; P. HÄBERLE, «Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit», *FS 50 Jahre BVerfG*, vol. I, 2001, pp. 311 ss.

[26] Un resumen en C. SCHÜTZ, *Der ökonomisierte Richter*, 2005, pp. 278 ss.

Thoma») [27], que lleva a que en principio toda actuación estatal susceptible de vulnerar derechos individuales pueda quedar sujeta a control jurisdiccional. La cláusula general de justiciabilidad de la Administración del § 40 de la Ley alemana de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por ejemplo concreta esta concepción en la práctica, en lugar de incorporar un mero listado selectivo de competencias de este orden jurisdiccional, como es habitual en muchos otros Estados de Europa.

Esta orientación alemana hacia lo judicial se refleja también en que el catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se limita a derechos fundamentales directamente aplicables y justiciables: la Ley Fundamental renuncia, a diferencia de las Constituciones de otros Estados europeos y de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, a incluir derechos sociales más bien político-programáticos, cuya eficacia jurídica depende exclusivamente de decisiones políticas, en concreto del legislador presupuestario. La aplicabilidad directa de los derechos fundamentales con carácter general y su control judicial hacen de la Ley Fundamental un arma afilada en manos tanto del Poder Judicial como de los ciudadanos.

En conjunto parece predominar de este modo, bajo la vigencia de la Ley Fundamental, el tratamiento jurídico y judicial de los conflictos frente a formas de posible resolución política de los mismos. También está infradesarrollado el sentido para buscar e inventar la regla pertinente mediante el procedimiento y el Derecho procedimental frente a las técnicas de concreción material y sustancial de la ley por parte de los jueces. Con más razón parece estar infradesarrollado el sentido para resolver conflictos mediante procedimientos extrajurídicos y extrajudiciales, que está siendo objeto de mayor consideración en la teoría y en la práctica sólo desde hace una o dos décadas.

[27] Al respecto R. Thoma, *Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (1951), ahora en: *Rechtsstaat - Demokratie - Grundrechte. Ausgewählte Abhandlungen aus fünf Jahrzehnten*. Editada por y con introducción de H. Dreier, 2008, p. 468, 541.

2.1.c) *La posición de debilidad del pueblo*

Con la fuerte posición de la Justicia se corresponde una posición de debilidad del pueblo. No es sólo que no haya una legislación popular («Volksgesetzgebung») a nivel federal [28], algo que parecía todavía obvio en las Constituciones de los Länder después de 1945 bajo la influencia de la concepción estadounidense de la democracia (cfr. por ejemplo el artículo 74 de la Constitución bávara); es que a excepción de la elección del Bundestag, que es de este modo el acto central de la democracia dentro de la Ley Fundamental [29], no hay ninguna otra elección popular. Ni siquiera se elige a los representantes del Bundesrat en tanto que segunda Cámara legislativa, como sí que se hace en todos los demás Estados. Sólo en el caso de Alemania se trata de miembros de los Gobiernos de los Länder, esto es, del Ejecutivo. No hay tampoco consultas del pueblo de la Federación en la Ley Fundamental, aunque el artículo 20.2.2 GG las prevé; la única posibilidad de participación democrática del pueblo mediante referéndum la tienen los pueblos de los Länder colindantes en caso de reorganización territorial (art. 29 GG).

Aparte de esto, al pueblo se le deja completamente de lado cuando se reforma la Constitución, aunque ésta se deba al poder constituyente del pueblo y reciba de él su legitimidad. Una mayoría de dos tercios de los representantes en el Bundestag y el Bundesrat respectivamente resulta suficiente para reformar los principios fundamentales y básicos de la comunidad [30], sin que el pueblo mismo, sobre el que en última instancia se sustenta toda legitimidad democrática, haya de ser preguntado. No es eso lo que ocurre,

[28] Cfr. H. Dreier, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Deutschland», en: Von Bogdandy / Cruz Villalón / Huber, *Handbuch* (nota 5), § 1, marginal 24; recientemente de nuevo O. Jung, «Das demokratische Defizit: Deutschland ohne Volksentscheid», en: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2009, pp. 97 ss.

[29] Dreier, «Grundlagen» (nota 28), § 1, marginal 112.

[30] Véase, sin embargo, la positiva apreciación en comparación con los notables obstáculos que hay que superar para reformar la Constitución estadounidense, Quint, «60 Years» (nota 1), pp. 12 y siguiente.

con la excepción de Gran Bretaña (precisamente por carecer de una Constitución escrita) y de Portugal, en los procedimientos de reforma constitucional de los Estados constitucionales de Europa [31], y también en algunos Länder de la República Federal Alemana, por ejemplo en Baviera. Si se hace una comparación de ciencia política entre los veinte Estados de la OCDE, la Ley Fundamental ocupa el cuarto lugar atendiendo al nivel de facilidad para llevar a cabo una reforma constitucional [32]. El procedimiento de reforma constitucional en la Ley Fundamental se aproxima mucho al procedimiento legislativo normal [33]. Incluso entonces (o precisamente por eso) el legislador reformador de la Constitución está sujeto jurídicamente a la «cláusula de eternidad» del artículo 79.3 GG y resulta susceptible de ser controlado por el Tribunal Constitucional [34].

2.2. **Explicación**

La explicación del gran peso que poseen los elementos característicos del Estado de Derecho en la Ley Fundamental en perjuicio de los elementos democráticos parece obvia desde el punto de vista histórico. La seducción manifiesta del pueblo alemán en el nacionalsocialismo, el supuesto fracaso o el presunto abuso de los procedimientos de democracia directa

[31] A. BUSCH, «Das oft geänderte Grundgesetz», en: W. MERKEL/A. BUSCH (eds.), *Demokratie in Ost und West. FS für Klaus v. Beyme*, 1999, p. 549 (561).

[32] En este sentido BUSCH, «Grundgesetz» (nota 31), p. 563, que remite a D. LUTZ, «Toward a Theory of Constitutional Amendment», en: *American Political Science Review* 88 (1994), pp. 355 ss.

[33] Crítico H. DREIER, «Verfassungsänderung, leicht gemacht», *ZSE* 6 (2008), p. 399 (405 y siguiente).

[34] Crítico con el retraimiento del TCFA hasta ahora H.-P. SCHNEIDER, «Herr oder Hüter des Grundgesetzes? Das Bundesverfassungsgericht als eigenständiger Akteur im Verfassungsleben», en: *FS für Michael Bothe*, 2009, p. 1019 (1022 y siguiente); crítico por el contrario con los peligros de tal vinculación para la eternidad sobre el ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional bávaro acerca de la democracia directa: F. WITTRECK, «Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit», en: *JöR* 53 (2005), p. 111 (138 ss.).

bajo la vigencia de la Constitución imperial de Weimar y, sobre todo, el miedo a la actividad del KPD [Partido Comunista de Alemania] y del SED [Partido Socialista Unificado de Alemania] con el avance de la Guerra Fría parecieron sugerir normas constitucionales que dejasen de lado al pueblo en tanto que supuesto factor de riesgo. Por eso, en conexión con la tradición constitucional alemana, se acentuaron fuertemente o se consolidaron los elementos característicos del Estado de Derecho que ya en el siglo XIX habían forzado el «Estado de Derecho» como compensación por la falta de una participación democrática extensa del pueblo en el sentido de «one man, one vote». Esta línea tradicional se unía a la necesidad de someter la actuación del Estado y de la Administración a un control judicial lo más preciso y estricto posible, debido a las malas experiencias históricas en la época del nacionalsocialismo. También la propia idea de los miembros del Consejo Parlamentario de considerar a la Ley Fundamental misma sólo como una base transitoria y provisional de trabajo evitó desde el principio una mayor implicación procedimental del pueblo [35]. Entretanto, en la doctrina del Derecho del Estado se abomina en todo caso de la legislación popular [36] y se considera la democracia representativa (más bien extraña en otras tradiciones democráticas) como la «auténtica» democracia [37], sin abrirse a reflexiones diferenciadoras [38].

[35] En el mismo sentido por ejemplo P. MÜLLER, «Elemente direkter Beteiligung auf Bundesebene», en: *FS für Hans Herbert von Arnim*, 2004, p. 733 (737 y siguiente).

[36] Cfr. por ejemplo recientemente S. MÜLLER-FRANKEN, «Demokratie als Wettbwerbsordnung», *DVBl.* 2009, p. 1072 (1074); en detalle P. KRAUSE, «Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie», en: *HStR* III, 3. Aufl. 2005, § 35; P. KIRCHHOF, «Entparlamentarisierung der Demokratie?», en: A. KAISER / T. ZITTEL (eds.), *Demokratietheorie und Demokratieentwicklung. FS für Peter Graf Kielmansegg,* 2004, p. 359 (373 ss.).

[37] E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Mittelbare / repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie», en: *FS für Kurt Eichenberger*, 1982, pp. 301 ss.

[38] Cfr. respecto a las mismas F. GROTZ, «Direkte Demokratie in Europa: Erträge, Probleme und Perspektiven der vergleichenden Forschung», *PVS* 50 (2009), pp. 286 ss.; H. ABROMEIT, «Nutzen und Risiken direktdemokratischer Elemente», en: C. OFFE (ed.), *Demokratisierung der Demokratie*, 2003, pp. 95 ss.

Las amplias posibilidades de examen del Tribunal Constitucional Federal, en virtud del desarrollo de las dimensiones objetivas de los derechos fundamentales, convierten a éste en la práctica en Tribunal «supremo» también frente a la jurisdicción ordinaria. Asimismo, la ampliamente criticada «juridificación» de la cultura política en la República Federal Alemana, es decir, la resolución de conflictos políticos mediante procedimientos formalmente similares a los jurisdiccionales, con frecuencia incluso con la participación del Tribunal Constitucional Federal, puede considerarse consecuencia del paternalismo adoptado por el Tribunal Constitucional en este punto [39]. Este paternalismo puede interpretarse, con el transfondo de las cargas históricas que pesan sobre la democracia política en Alemania, como un equivalente funcional de la confianza en el proceso político (confianza nacida en otros países en parte a través de una tradición democrática consolidada a lo largo de siglos) y de las instituciones políticas que dan forma a dicho proceso («cultura política»). En las últimas décadas de la República Federal el desarrollo de la red de exigencias jurídico-objetivas, en coherencia con la jurisprudencia que aquí se expone, ha llegado a ser tan denso, también para el legislador, que ha permitido que se vuelva a oír con fuerza la voz de los críticos del «Estado constitucional jurisdiccional», democráticamente preocupados [40].

2.3. **Problemas derivados y peligros**

A la vista del éxito del Tribunal Constitucional Federal como institución y de la Ley Fundamental como Constitución podría uno preguntarse qué hay de problemático en estas hipótesis básicas de partida de la Ley

[39] R. WAHL, «Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich», en: *HGR* I, 2004, § 19, marginal 27.

[40] I. STAFF, «Das Lüth-Urteil. Zur demokratietheoretischen Problematik materialer Grundrechtstheorie», en: T. HENNE/A. RIEDLINGER (eds.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, pp. 315 ss.; E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Grundrechte als Grundsatznormen», *Der Staat* 29 (1990), p. 1 (28); crítico y diferenciador SCHUPPERT / BUMKE, *Konstitutionalisierung* (nota 19), pp. 79 ss.

Fundamental, teniendo en cuenta sobre todo que la competencia judicial para controlar la constitucionalidad de las normas (siguiendo el ejemplo de la jurisprudencia estadounidense sobre control de la legislación) [41] ha sido en lo fundamental adoptada por muchos de los nuevos Estados constitucionales [42]. Sobre todo se plantea esto cuando precisamente la contienda política como tal fortalece a la Ley Fundamental misma al ser manejada aquélla por el Tribunal Constitucional Federal o al actuar éste como mediador porque de esta manera la Ley Fundamental se convierte en punto central de referencia de los actores políticos [43]. A modo de ejemplo se destacan tres problemas derivados que podrían ganar fuerza hasta convertirse en peligros para la Ley Fundamental y que aparecen en esta medida como parte del «lado oscuro» de la Ley Fundamental.

2.3.a) *El desapoderamiento del legislador parlamentario*

La eficacia del Tribunal Constitucional Federal y de su jurisprudencia lleva a una juridificación cada vez más fuerte de la libertad política del legislador democrático para configurar la realidad y, con ello, a una vinculación jurídica de la política. En el marco de los esfuerzos por mantener el equilibrio de la tradicional división de poderes y por tener en cuenta la distribución de las nuevas fuerzas sociales se desplaza así de las corporaciones políticas al Poder Judicial la competencia de conformación de la realidad. La política aparece como una mera concreción de la Constitución. A una limitación similar del poder político-parlamentario de conformación de la realidad tienden en principio todos los Tribunales Constitucionales, a pesar de fórmulas que se oponen a ello, como la presunción de la constitu-

[41] Fundamental *Marbury v. Madison* (1803), cfr. HORN, «Richter» (nota 8), pp. 284 ss.; en detalle W. HEUN, «Die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit» - 200 Jahre Marbury v. Madison. *Der Staat* 42 (2003), pp. 267 ss.

[42] HORN, «Richter» (nota 8), pp. 276, 290 ss.

[43] En este sentido H. VORLÄNDER, «Die Deutschen und ihre Verfassung», *APuZ* 18-19/2009, p. 8 (11); claramente G. FRANKENBERG, *Die Verfassung der Republik*, 1996.

cionalidad de la ley («in dubio pro legislatore») o el mandato de contención judicial («judicial restraint») o la limitación del control de la ley al resultado, no a los motivos que se persiguen con ella [44].

El Tribunal Constitucional Federal expande permanentemente sus pretensiones de conformación de la realidad y se convierte con ello en legislador sustituto [45], si no en reformador sustituto de la Constitución [46] o en «praeceptor Europae» por medio de instrucciones sobre el camino a seguir en la futura política europea que no vienen exigidas por el objeto del litigio [47]. De los derechos fundamentales extrae obligaciones de protección como encargos al legislador parlamentario y puede, con la ayuda de la prohibición de protección deficiente («Untermaßverbot») por él desarrollada, determinar el alcance de las tareas conformadoras de la realidad que corresponden al legislador [48]. De la Ley Fundamental extrae, por ejemplo, de forma precisa qué formas de argumentación se le exigen al legislador, y que éste ha de respetar, a la hora de fijar, respecto a la deducción fiscal a tanto alzado por desplazamiento entre la vivienda habitual y el lugar de trabajo («Pendlerpauschale»), los límites relevantes en materia de gastos

[44] HORN, «Richter» (nota 8), pp. 295 ss., 298.

[45] Crítico OPPERMANN, «Deutschland» (nota 1), p. 487.

[46] Crítico SCHNEIDER, «Herr» (nota 34), pp. 1030 ss.

[47] Sentencia del TCFA, EuGRZ 2009, 339 (361 ss.); crítico PACHE, «Ende» (nota 21), pp. 288 ss. Los *obiter dicta* de amplio alcance del punto C.I. de los fundamentos jurídicos, con una estructura más bien poco habitual (Pache, ibídem, p. 288), han de ser por eso explicados en detalle para los estudiantes de Derecho como relevantes para la resolución del caso, de forma casi simultánea al fallo, por los colaboradores de los Magistrados Schübel-Pfister y Kaiser, cfr. I. SCHÜBEL-PFISTER / K. KAISER, «Das Lissabon-Urteil des BVerfG vom 30.6.2009 - Ein Leitfaden für Ausbildung und Praxis», *JuS* 2009, pp. 767 ss.; crítico en general con el papel del punto C.I. de los fundamentos jurídicos en las sentencias del Tribunal Constitucional Federal O. LEPSIUS, «Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?», en: H. SCHULZE-FIELITZ (ed.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, p. 319 (354 ss.); del mismo autor «Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen», en: R. SCHOLZ Y OTROS (eds.), *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht*, 2008, p. 103 (111 ss.).

[48] BVerfGE 88, 203 (262).

profesionales deducibles [49] o qué número mínimo de metros cuadrados contempla la Ley Fundamental para los bares de fumadores [50] o para asegurar que las celdas en establecimientos penitenciarios sean respetuosas con la dignidad humana [51]. El hecho de que una subida (de un ochenta y ocho por ciento) de la tasa de radiodifusión se quede un veintiocho por ciento por debajo de los ingresos suplementarios establecidos como necesarios por una Comisión Independiente para el Examen y la Determinación de las Necesidades de Financiación de los Entes de Radiodifusión se convierte de esta manera en una cuestión constitucional [52]. En este punto amenaza con producirse una hipertrofia de la jurisdicción constitucional que constriñe tanto desde el punto de vista político como desde el punto de vista jurídico las alternativas de una conformación política democrática de la realidad porque reconoce el margen político de actuación del legislador más de palabra que de hecho y que no se percata ya de cuáles son los límites jurídico-funcionales de la jurisdicción constitucional [53]. Derecho en vez de política en una democracia eso no puede acabar bien a largo plazo [54] aunque la extremadamente elevada confianza de los ciudadanos en la institu-

[49] Sentencia del TCFA, JZ 2009, 255 (257 ss.) con comentario crítico de O. LEPSIUS, pp. 260 ss.; crítico en sentido opuesto sin embargo K. TIPKE, «Mehr oder weniger Entscheidungsspielraum für den Steuergesetzgeber?», *JZ* 2009, pp. 533 ss.

[50] BVerfGE 121, 317 (376 y siguiente).

[51] Sentencia (de sección) del TCFA, NJW 2002, 2699; una visión general de la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios J. KRETSCHMER, «Die menschen(un)würdige Unterbringung von Strafgefangenen», *NJW* 2009, pp. 2406 ss.

[52] Cfr. BVerfGE 119, 181 (190 y siguiente, 229 ss.); crítico U. VOLKMANN, «Leitbildorientierte Verfassungsanwendung», *AöR* 134 (2009), p. 157 (184); véase también en más detalle K.-E. HAIN, «Die zweite Gebührenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts - Kontinuität in den Zeiten der Konvergenz», *JZ* 2008, p. 128 (132 y siguiente), que critica las declaraciones de quienes pretenden la vinculación plena a un índice de referencia a la hora de determinar la cuantía de la tasa.

[53] Respecto a estos límites BROHM, «Funktion» (nota 17), pp. 9 y siguiente; en detalle A. RINKEN, en: *AK-GG*, 3. ed., 2001, introducción al artículo 93, marginales 98 ss.; fundamental H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (74 ss.).

[54] Autocrítico en parte W. HASSEMER, «Politik aus Karlsruhe?», *JZ* 2008, pp. 1 ss.

ción del Tribunal Constitucional Federal [55] pueda hacer que actualmente se acepte o incluso se justifique esta autoincapacitación política. Habría más bien que definir con más detalle los contornos de un «mandato de reenvío al proceso político» [56] para no confiar sólo en la imagen subjetiva que los jueces tienen de sí mismos.

2.3.b) *El legalismo exagerado*

Esa acentuada orientación hacia el Derecho se halla también presente en el control judicial de la actuación administrativa y lleva (como en el proceso político) a un modo de pensar marcadamente legalista y orientado hacia el Derecho positivo. Lo que a nosotros nos parece un éxito del pensamiento alemán en materia de Estado de Derecho (el que la actuación estatal sea, en virtud de su marcada juridificación, ponderable y controlable) se revela como una peculiaridad alemana en Europa con «inconvenientes». Por ejemplo, la teoría de la esencialidad («Wesentlichkeitstheorie»), marcada por el Estado de Derecho e impuesta por el Tribunal Constitucional Federal, promueve una creciente legalización [57] que tiene como consecuencia una burocratización y un aumento de los procedimientos contencioso-administrativos, aunque el artículo 290.1.2 (segunda frase) del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea pueda ahora aproximarse a esta postura [58]. Los conceptos jurídicos indeterminados son susceptibles de un control judicial pleno por la vía del derecho a la tutela judicial efectiva del

[55] VORLÄNDER, «Deutschen» (nota 43), p. 16; H. VORLÄNDER/A. BRODOCZ, «Das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage», en: H. VORLÄNDER (ed.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2006, p. 259 (261 ss.).

[56] VOLKMANN, «Verfassungsanwendung» (nota 52), p. 193, sobre el trabajo dogmático con conceptos globales; SCHNEIDER, «Herr» (nota 34), p. 1034; sobre fundamentos jurídicos más escuetos como remedio HERZOG, *Strukturmängel* (nota 3), pp. 132 ss.

[57] Crítico SODAN, «Kontinuität» (nota 1), p. 547.

[58] En sentido similar STJCE, asunto C-66/04, JZ 2006, 358 (marginal 48).

artículo 19.4 GG [59] y han de ser generalizados y concretados de la manera más precisa posible, y los márgenes de discrecionalidad se ven jurídicamente tan fuertemente constreñidos que apenas queda nada de discrecionalidad de la Administración, algo que en este punto se aparta de lo que ocurre con el control judicial de la Administración en casi todos los demás países europeos, al margen de tendencias recientes que lo que pretenden es reforzar la densidad del control judicial [60]. El principio de protección de la confianza legítima está tan fuertemente consolidado que el legislador y la Administración sólo pueden llevar a cabo reajustes contando con elevados costes (en forma de indemnizaciones por daños y perjuicios). Otros Estados de Derecho europeos [61] y el Derecho comunitario europeo son también en este punto más generosos o están menos modelados [62] al otorgar por lo general un menor peso en el caso concreto a las simples expectativas que los agentes económicos depositan en las condiciones jurídicas marco [63]. El juez legal del artículo 101.1.2 GG, por ejemplo, ha de ser susceptible de ser determinado con carácter previo con una precisión tal que constituye un caso único en Europa [64]. Todo esto lleva a una situación particular del Estado de Derecho alemán en Europa: el Derecho administrativo

[59] Cfr. por todos H. SCHULZE-FIELITZ, en: Dreier, *GG* I (nota 15), Art. 19 IV, marginal 116.

[60] A excepción de Austria, cfr. una visión general en E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, 2001, pp. 192 ss., 233 ss.; véase, no obstante, también respecto a un desarrollo convergente más reciente en Europa en sentido opuesto, T. VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, pp. 128 ss., 134 ss.

[61] En detalle J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht* (1988), 2. ed., 2005, pp. 849 ss., 1116 ss., 1129 ss.

[62] Cfr. H. SCHULZE-FIELITZ, en: H. DREIER (ed.), *GG-Kommentar*, Band 2, 2. ed., 2006, Art. 20 (Estado de Derecho), marginales 24, 28; SCHWARZE, *Verwaltungsrecht* (nota 61), pp. XXVII ss.; en detalle K.-A.- SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, 2002, pp. 391 ss., 457 ss.

[63] Crítico SCHWARZE, *Verwaltungsrecht* (nota 61), pp. LXXX y siguiente; véase también T. VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, 1996, pp. 281 ss.

[64] Cfr. por todos H. SCHULZE-FIELITZ, en: H. DREIER (ed.), *GG, Band* III, 2. ed., 2008, Art. 101, marginales 12, 50, 52.

está regulado en otros Estados miembros de la Unión Europea de forma mucho menos detallada. A pesar de ello no hay prácticamente en toda Europa mayor desconfianza hacia la Administración que en Alemania. Los principios contenidos en la Ley Fundamental y su configuración específica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal han contribuido probablemente a ello.

2.3.c) *¿Las élites políticas como sustituto del pueblo?*

El que se deje de lado al pueblo a la hora de reformar la Constitución produce desarrollos defectuosos manifiestos de la Ley Fundamental. Desde 1949 ha habido (hasta la fecha) cincuenta y siete leyes de reforma de la Constitución, es decir, reformas de las reglas básicas de nuestra comunidad. Han enriquecido la Ley Fundamental con mucho más de doscientas modificaciones, supresiones e inclusiones, de modo que la extensión del texto ha aumentado en mucho más de un cincuenta por ciento [65]. La Ley Fundamental está a escala internacional en el grupo de cabeza atendiendo a la frecuencia de las reformas [66]; una cuota de reformas tal contradice la esencia y la misión de una Constitución [67]. Es consecuencia de un diseño de la Ley Fundamental según el cual para llevar a cabo reformas constitucionales hace falta simplemente una mayoría de dos tercios en el Bundestag y en el Bundesrat respectivamente, sin que dependa del pueblo y de su aprobación [68]. En las condiciones marco existentes en Alemania, teniendo en cuenta el papel que desempeñan los partidos políticos, sólo tienen, por tanto,

[65] Cfr. H. HOFMANN, «Änderungen des Grundgesetzes – Erfahrungen eines halben Jahrhunderts», en: *FS für Thomas Raiser*, 2005, pp. 859 ss.

[66] BUSCH, «Grundgesetz» (nota 31), p. 564.

[67] Respecto a éstas un resumen en SCHUPPERT/BUMKE, *Konstitutionalisierung* (nota 19), pp. 26 ss.; H. SCHULZE-FIELITZ, «Die deutsche Wiedervereinigung und das Grundgesetz. Zur Theorie und Praxis von Verfassungsentwicklungsprozessen», en: J.J. HESSE/G.F. SCHUPPERT/K. HARMS (eds.), *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchzeiten*, 1999, p. 65 (66 ss., 70 ss.).

[68] Sobre la situación normativa véase *supra*, notas 30 ss.

que estar de acuerdo las élites de los dos grandes partidos políticos en el Bundestag y el Bundesrat. En ese caso ya nada se opone a una reforma constitucional [69]. De esta forma, los políticos perciben la Ley Fundamental sin mucho problema como una continuación de la legislación con una mayoría algo más elevada, con la consecuencia de que la Ley Fundamental va perdiendo cada vez más frente a la ley ordinaria el carácter de codificación de lo fundamental [70]. Esto no es sólo cuestión de estilo o de estética de una Constitución [71], o cuestión de percibir la Ley Fundamental como un «simple instrumento» [72] en el proceso político, con la consecuencia de que se complica constitucionalmente el intercambio político [73]. Tales reformas son más aún también síntomas de defectos de diseño de la Ley Fundamental, que no da ningún valor a una participación de los ciudadanos en la reforma constitucional. ¿Cómo va a surgir de ahí un sentimiento constitucional del pueblo, un deseo de Constitución? [74]. Una actualización de compromisos entre partidos políticos a nivel constitucional condujo ya antes a que se hinchase el texto de los artículos 13, 16 ó 23 GG, cuya formulación sigue siendo criticada como incompatible con la esencia de los textos constitucionales [75]. Muy recientemente la lucha en solitario del Presidente del

[69] Véase más en detalle DREIER, «Verfassungsänderung» (nota 33), pp. 401 ss.; BUSCH, «Grundgesetz» (nota 31), pp. 560 ss.: «el mito de la dificultad para reformar la Ley Fundamental».

[70] Fundamental en este sentido H. MAURER, «Verfassungsänderung im Parteienstaat», en: *FS für Martin Heckel*, 1999, pp. 821 ss.

[71] Cfr. respecto a la crítica H.H. KLEIN, «Ein erbärmliches Zeugnis», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 7 de mayo de 2009, p. 8; véase lo que decía ya MAURER, «Verfassungsänderung» (nota 70), p. 822; A. VOßKUHLE, «Verfassungsstil und Verfassungsfunktion», *AöR* 119 (1994), pp. 35 ss.

[72] En este sentido C. MÖLLERS, «Vom Altern einer Verfassung: 60 Jahre Grundgesetz», *APuZ* 18-19/2009, p. 5 (7).

[73] Crítico DREIER, «Grundlagen» (nota 28), § 1, marginal 70; D. GRIMM, *Die Verfassung und die Politik*, 2001, p. 126 (130, 134 ss.).

[74] En este sentido hace tiempo R. STEINBERG, «Verfassungspolitik und offene Verfassung», *JZ* 1980, p. 385 (392).

[75] Por ejemplo JEKEWITZ, «Grundgesetz» (nota 1), p. 69; DREIER, «Verfassungsänderung» (nota 33), pp. 404 y siguiente.

Bundestag Norbert Lammert, que pretendía preservar a la Ley Fundamental de la inclusión de un límite al endeudamiento [76] en la versión de la propuesta de la Segunda Comisión para la Reforma del Federalismo [77], se ha revelado una vez más como una manifestación de las consecuencias del hecho de que las reformas constitucionales no dependan de la aprobación del pueblo. Las Constituciones que son fáciles de reformar, como la Ley Fundamental, experimentarán, por tanto, también en el futuro, una y otra vez reformas si no se complementan con la posibilidad de un referéndum constitucional con carácter al menos facultativo [78].

2.4. **Resumen**

La acentuación unilateral, que aquí se ha esbozado sólo a modo de ejemplo, de los elementos característicos del Estado de Derecho en perjuicio de los elementos democráticos de la Ley Fundamental es un rasgo característico de la historia constitucional alemana [79] y conlleva consecuencias negativas: el desapoderamiento del legislador político-parlamentario y, con ello, de los representantes del pueblo; el peculiar camino, determinado por el Estado de Derecho, de los alemanes en Europa sin visible mejora en los niveles de justicia; y la pérdida latente del carácter de la Ley Fundamental como ordenamiento básico y fundamental y de una redacción que se corresponda con esa fundamentalidad.

[76] Cfr. al respecto por ejemplo: LAMMERT: «Schuldenbremse verunstaltet Grundgesetz», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 23 de abril de 2009, p. 1; G. BANNAS, «Westerwelles Volte», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 30 de mayo de 2009, p. 2.

[77] Cfr. sobre el proyecto de redacción de los nuevos artículos 109.3, 115.2 y 143d GG: BT-Drs. 16/12410.

[78] BUSCH, «Grundgesetz» (nota 31), pp. 567, 570 y siguiente.

[79] D. GRIMM, «Der Weg zur Musterverfassung», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 22 de mayo de 2009, Suplemento «60 años de la Ley Fundamental», p. 8.

3. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

3.1. La situación normativa

El artículo 21 GG ha constitucionalizado por primera vez en la historia constitucional alemana a los partidos políticos y no sólo garantiza la fundación de y la participación en partidos políticos, sino que contiene además una garantía institucional de los partidos y de sus funciones [80] tal y como se concrete en la Ley de Partidos. Este anclaje constitucional se da sólo en otros pocos países como Portugal, Francia y recientemente en Suiza, de forma más débil en España [81], Grecia e Italia; en muchos Estados constitucionales no hay en absoluto institucionalización constitucional, por ejemplo en Gran Bretaña o los Países Bajos, aunque sí que están regulados a nivel legal [82]; en Estados Unidos, al menos a nivel federal, ni siquiera eso [83], pero tampoco en Francia [84].

Esta fuerte posición jurídica refleja una clara «cercanía al Estado» de los partidos políticos [85] y constituye la base para su considerable financia-

[80] Cfr. D.TH. TSATSOS, «Die politische Partei und ihre Stellung im Verfassungsgefüge», en: D.TH. TSATSOS/D. SCHEFOLD/H.-P. SCHNEIDER (eds.), *Parteienrecht im europäischen Vergleich*, 1990, p. 738 (775).

[81] M.M. GUERRERO, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Spanien», en: VON BOGDANDY /CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 11, marginal 53.

[82] Cfr. respecto a Austria, una visión general en H. SCHAMBECK, «Sechzig Jahre Grundgesetz aus österreichischer Sicht», *JöR* 57 (2009), p. 71 (79 ss.); véase también WIEDERIN, «Grundlagen» (nota 8), § 7, marginal 73; respecto a Polonia P. TULEJA, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Polen», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 8, marginal 66.

[83] Cfr. respecto a Estados Unidos las referencias de Derecho comparado en P. LÖSCHE, «Die Parteieninstitution in den USA», en: D.TH. TSATSOS (ed.), *30 Jahre Parteiengesetz in Deutschland*, 2002, pp. 262 ss.

[84] JOUANJAN, «Grundlagen» (nota 9), § 2, marginal 102.

[85] De otra opinión HERZOG, *Strukturmängel* (nota 3), pp. 24 ss., para quien la Ley Fundamental brinda demasiado poco reconocimiento al papel de los partidos en

ción pública con recursos presupuestarios según lo dispuesto en la Ley de Partidos [86]. Tales subvenciones estatales se inventaron en 1957 en Puerto Rico, en 1959 fueron adoptadas por Alemania y se extendieron desde que Suecia en 1965 se orientase conforme al ejemplo alemán [87]. El Derecho alemán regula la financiación de los partidos políticos en el sentido de una elección selectiva de lo más favorable de cada ordenamiento («Rosinentheorie») al unir la posibilidad de una financiación indirecta por la vía de generosos beneficios fiscales (como en América) a la posibilidad de una financiación pública directa mediante recursos presupuestarios (como es habitual en los países de la Europa continental) [88]. Esta acumulación provoca, si se compara internacionalmente, que los partidos políticos alemanes estén entre los partidos mejor financiados del mundo. A esto se añaden una extremadamente generosa financiación del trabajo de los grupos parlamentarios en las asambleas legislativas [89], financiación que crece permanentemente desde hace décadas debido a la ausencia de un tope máximo absoluto y que no siempre se separa (o es posible separar) claramente de la financiación del partido [90], y considerables contribuciones financieras (supuestamente) voluntarias de los diputados a los par-

---

la formación de la voluntad estatal; en ese sentido también F. DECKER, «Konstitutionelles versus parteiendemokratisches Parlamentarismusverständnis?», en: *FS für Hans Herbert von Arnim*, 2004, p. 553 (541 y siguiente).

[86] Cfr. recientemente J. IPSEN, «Der Staat der Mitte», 2009, pp. 150 ss. = (versión corta) del mismo autor: «Grundgesetz» (nota 1), pp. 556 y siguiente.

[87] K. v. BEYME, «30 Jahre Parteiengesetz – zum Stand der Parteienforschung», en: TSATSOS, *Parteiengesetz* (nota 83), p. 44.

[88] v. BEYME, «Parteiengesetz» (nota 87), p. 51.

[89] Cfr. P. CANCIK, «Entgrenzungen - Der Streit um die Öffentlichkeitsarbeit der Fraktionen geht welter», *ZG* 22 (2007), p. 349 (352 ss.); S. HÖLSCHEIDT, «Die Finanzen der Bundestagsfraktionen», *DÖV* 2000, pp. 712 ss.; en detalle, crítico, H. MEYER, «Das fehlfinanzierte Parlament», en: P.M. HUBER/W. MÖßLE/M. STOCK (eds.), *Zur Lage der parlamentarischen Demokratie*, 1996, p. 17 (32 ss.).

[90] Cfr. por una parte CANCIK, «Entgrenzungen» (nota 89), pp. 360 ss.; por otra M. HEINTZEN, «Die Trennung von staatlicher Fraktions- und staatlicher Parteienfinanzierung», *DVBl*. 2003, pp. 706 ss.; véase también al respecto MEYER, «Parlament» (nota 89), pp. 20 ss.

tidos [91]. Como consecuencia de todo lo anterior los diputados disponen de un aparato auxiliar que les proporciona una información normalmente decisiva de la que las estructuras de gestión del partido no disponen, lo que de este modo jerarquiza todavía más la formación de la voluntad dentro del partido.

3.2. **Explicación**

La fuerte posición constitucional de los partidos se explica sin problemas por el hecho de que tal acentuación jurídica, también si se compara internacionalmente [92], se ha producido sobre todo en países con una tradición democrática débil o interrumpida: la regulación constitucional tiene en esos países un carácter fuertemente prospectivo, mientras que países con tradiciones democráticas consolidadas, como Gran Bretaña o los Países Bajos, pueden renunciar a ella [93].

También la Ley Fundamental es expresión de este tipo de procedimiento de aprendizaje. Por una parte quería, apartándose de la mala reputación de los partidos ya en tiempos de la República de Weimar y del absolutismo partidista del partido único NSDAP [Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán], destacar la función de los partidos en pro del bien común, lo cual era también muy necesario, como pone claramente de manifiesto la actitud de cautela (por expresarlo delicadamente) de la población hacia los partidos políticos y el sistema de partidos, constatada en estudios empí-

[91] Véase más en detalle M. MORLOK, en: DREIER, *GG* II (nota 62), Art. 21, marginal 107.

[92] Sobre Grecia (bajo la influencia de la Ley Fundamental): S.-I.G. KOUTNATZIS, «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Griechenland», en: VON BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER, *Handbuch* (nota 5), § 3, marginal 12.

[93] En este sentido L. HELMS, *Die Institutionalisierung der liberalen Demokratie*, 2007, p. 77. En estos países no hay además ningún tipo de financiación pública (Gran Bretaña) o la hay sólo desde 1999 (Países Bajos), cfr. H. NAßMACHER, «Parteiensysteme und Parteienfinanzierung in Westeuropa», en: O. NIEDERMAYER Y OTROS (eds.), *Die Parteiensysteme Westeuropas*, 2006, p. 507 (508).

ricos [94]. Por otro lado, fue a los desacreditados en tiempos del Gobierno nacionalsocialista (no simplemente a los nuevos demócratas meramente desnazificados), por ejemplo, a los miembros de los partidos prohibidos anteriormente, a los perseguidos por el régimen nazi y a los temporalmente exiliados, a quienes se confió y a quienes había que confiar la reconstrucción moral, política y económica como líderes políticos dentro de los partidos. El fortalecimiento constitucional de los partidos políticos democráticos estuvo, pues, al servicio de un intento de fortalecimiento del sistema democrático de Gobierno (que anteriormente había fracasado en Alemania). De este modo pudo también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, cuya primera formación de Magistrados la compusieron en un cincuenta por ciento perseguidos en la época del nacionalsocialismo y exiliados [95], establecer unos principios básicos que fortalecían permanentemente la posición jurídica de los partidos, desde su posición procesal, por ejemplo como terceros en el procedimiento [96] o como interesados [97] en el conflicto entre órganos constitucionales ante el Tribunal Constitucional, hasta las modalidades de financiación de los partidos políticos mediante donaciones [98] y por parte del Estado [99]. Esta jurisprudencia sublimó teóricamente la teoría del Estado de partidos del Magistrado Gerhard Leibholz, miembro durante décadas del Tribunal, que consideraba a los partidos po-

[94] Véase con más detalle M. KAASE/S. FRANK/E. MOCHMANN, «Nach der Katastrophe – Anmerkungen zur Entwicklung des westdeutschen Parteiensystems in den fünfziger Jahren», en: KAISER/ZITTEL, *Demokratietheorie* (nota 36), p. 265 (271 ss.); en el mismo sentido E. WOLFRUM, *Die geglückte Demokratie*, 2006, pp. 59 ss.

[95] Véase más en detalle J. FEEST, *Die Bundesrichter, en: Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*, 2. ed., 1965, p. 95 (104 y siguiente).

[96] BVerfGE 4, 27 (27 ss.); 24, 260 (263); 24, 300 (329); 82, 322 (335); jurisprudencia reiterada; una visión general en H.H. KLEIN (2005), en: MAUNZ/DÜRIG, *GG* (hojas sueltas), Art. 21, marginales 399 ss.

[97] BVerfGE 66, 107 (115 y siguiente); 67, 65 (69); 84, 290 (299); jurisprudencia reiterada.

[98] Cfr. BVerfGE 20, 56 (105); 52, 63 (86); 85, 264 (326); M. MORLOK, en: DREIER, *GG* II (nota 91), Art. 21, marginal 47.

[99] Cfr. BVerfGE 85, 264 (287 ss.); una visión general en MORLOK (nota 98), Art. 21, marginales 43 ss., 66 ss., 98 ss.

líticos como sustitutos del pueblo y, con ello, como piezas centrales de la moderna democracia de masas [100], y la puso en práctica con éxito durante mucho tiempo, al margen de ocasionales «retrocesos».

3.3. **Problemas derivados y peligros**

Con la extremadamente fuerte posición jurídica de los partidos políticos se corresponde (también si se compara con el resto de Europa) una penetración particularmente profunda no sólo del Estado como sistema político de decisión, tal y como está construido de por sí en el diseño de un sistema de Gobierno parlamentario apoyado por los respectivos grupos parlamentarios mayoritarios, sino también de sectores de la comunidad más bien alejados del Estado [101]. Esto da pie a una amplia crítica a los partidos. Quien en este punto denuncia como escandaloso el que la política se tiña en prácticamente cada aspecto con el color de los partidos políticos [102] o descalifica a los partidos como meras agrupaciones de intereses [103], amenaza con resucitar una desafortunada tradición alemana de crítica a los partidos que suele valerse del bien común en contra de los partidos políticos. Una transformación del papel de los partidos políticos era y es en gran medida indispensable para poder cumplir con las (probablemente) cada vez más importantes tareas de dirección política [104]: la crítica a los partidos se

[100] G. LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. ed., 1967, pp. 93 ss. y en otras; respecto a la crítica KLEIN (nota 96), Art. 21, marginales 181 ss.

[101] En este sentido HELMS, *Institutionalisierung* (nota 93), p. 78, que remite a TSATSOS, «Stellung» (nota 80), p. 779; M. MORLOK, «Für eine zweite Generation des Parteienrechts», en: TSATSOS, *Parteiengesetz* (nota 83), p. 53 (60 y siguiente).

[102] Véase con más detalle por ejemplo H.H. V. ARNIM, «Parteien in der Kritik», *DÖV* 2007, pp. 221 ss.; del mismo autor, *Staat ohne Diener*, 1995; del mismo autor, *Der Staat als Beute*, 1993; véase también en el mismo sentido W. FRANZ, *Dilettanten im Amt*, 2007.

[103] Así W. LEISNER: «Wählen nach "Interessen", nicht nach Parteien - Demokratie nach realem Bürgerbedürfnis», *NJW* 2009, pp. 1464 ss.; véase también OPPERMANN, «Deutschland» (nota 1), p. 489; crítico IPSEN, «Staat» (nota 86), pp. 143 ss., 164 ss.

[104] En el mismo sentido que aquí: MORLOK, «Generation» (nota 101), pp. 54 y siguiente, con referencias adicionales.

acaba convirtiendo muy rápidamente (y, en determinadas circunstancias, sin quererlo) en crítica al sistema democrático [105], el «hartazgo de los partidos» [106] acaba entonces convirtiéndose de hecho en sinónimo de hartazgo de la democracia. Sin embargo, no existe históricamente una auténtica democracia sin que haya varios partidos políticos, las transformaciones de los partidos políticos pueden analizarse también sin utilizar la terminología propia de las «crisis» [107]. No obstante, la omnipresente y permanente expansión, estructuralmente colocada en la esencia del poder, de las esferas de influencia de los partidos políticos es sin duda merecedora de crítica, como lo muestran algunos ejemplos.

3.3.a) *¿Reparto autocrático de cargos públicos?*

Desde el punto de vista constitucional se discute como problema derivado o peligro sobre todo la distribución autocrática de cargos públicos a través de los partidos políticos («Ämterpatronage») (aunque sólo sea en la modalidad de «Versorgunspatronage», es decir, recompensando a alguien con un cargo público por los servicios prestados, asegurándole de esta manera una estabilidad económica) [108]. En este punto hay que hacer jurídicamente una distinción: allí donde los titulares de cargos públicos han de to-

[105] Véase ya H. KELSEN, «Vom Wesen und Wert der Demokratie» (2. Aufl. 1929), en su obra *Verteidigung der Demokratie*, editada por M. JESTAEDT y O. LEPSIUS, 2006, p. 149 (172).

[106] Crítico IPSEN, «Staat» (nota 86), p. 166; argumentos empíricos frente a un ampliamente extendido «hartazgo de los partidos políticos» en O. NIEDERMAYER, «Die Wähler bröckeln: Zur Veränderung der Wählerschaft und der Parteimitgliedschaft», en: ADOLF-ARNDT-KREIS (ed.), *Parteien ohne Volk*, 2008, p. 21 (31 ss.).

[107] Cfr. por todos D. GRIMM, «Parteien(mit)wirkung: Parteien zwischen verfassungsrechtlichem Anspruch und politischer Wirklichkeit», en: ADOLF-ARNDT-KREIS, *Parteien* (nota 106), pp. 9 ss.; L. HELMS, «Gibt es eine Krise des Parteienstaates in Deutschland?», en: MERKEL/BUSCH, *Demokratie* (nota 31), p. 435 (438 ss., 448 ss.).

[108] Véase recientemente M. DIPPEL, «Ämterpatronage durch politische Parteien», *NordÖR* 2009, pp. 102 ss., con referencias adicionales.

mar decisiones como expresión del ejercicio de poder político resulta inherente a la lógica de la democracia marcada por el Estado de partidos el que ganen terreno también las consideraciones de los partidos políticos relativas al reparto proporcional y a la confianza hacia estas personas investidas del poder de decisión. Por eso, por ejemplo, la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal, marcada por las consideraciones de los partidos políticos relativas a un reparto proporcional de los mismos, es constitucionalmente conforme con el artículo 33.2 GG en atención al gran alcance político de sus decisiones. Lo mismo puede decirse respecto a las normas para que los cargos de alto funcionario político, como los de Secretario de Estado en su condición de Jefe de Servicio, sean ocupados por personas en los que los políticos de alto rango puedan confiar también desde el punto de vista de su lealtad al partido [109]. Sin embargo, allí donde las instituciones estatales o semiestatales que han de ser políticamente neutrales estén partidistamente politizadas se distorsiona la competencia entre los partidos, se elude la separación de poderes constitucionalmente preestablecida y, en la medida en que se aproximen a la lógica de ganancia de poder propia de los partidos políticos que los controlan, se debilita la lógica material de los subsistemas sociales, que deberían orientarse hacia un cumplimiento neutral de sus funciones [110].

Este tipo de desarrollos son indicativos de que los dirigentes de los partidos políticos no siempre son conscientes de los límites jurídicos a los que están sometidos. Un ejemplo actual es el eslabón de una larga cadena de tales errores de los partidos políticos [111] en el sentido de una «lógica de intensificación en una situación de competencia» [112], en concreto el inten-

[109] Véase en más detalle recientemente H.-U. DERLIEN, «Die politische und administrative Elite der Bundesrepublik», en: W. JANN/K. KÖNIG (eds.), *Regieren zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2008, p. 291 (317 ss., 324 ss.); de otra opinión, sin hacer distinciones, DIPPEL, «Ämterpatronage» (nota 108), pp. 104 ss.; W. FRANZ, «Staatssekretäre und das Leistungsprinzip - Ein Bereich massiven Rechtsbruchs der politischen Klasse», *ZBR* 2008, pp. 236 ss.

[110] MORLOK, «Generation» (nota 101), p. 61.

[111] MORLOK, «Generation» (nota 101), pp. 60, 62 y siguiente.

[112] MORLOK, «Generation» (nota 101), p. 57.

to del Presidente del Land de Hesse, Roland Koch, en tanto que miembro del Consejo de Administración de la ZDF [Segunda Cadena de la Televisión Alemana] (definitivamente facultado para ello), de evitar, con ayuda del círculo de amigos de miembros de la CDU allí presentes, que se renovase el contrato del redactor-jefe Nikolaus Brender [113]: según parece desprenderse de todas las circunstancias concurrentes en el caso, el Consejo de Administración se convierte aquí notoriamente en instrumento para lograr algo que precisamente el diseño de estructuras de dirección y de supervisión en las entidades públicas de radiodifusión debería evitar, en concreto en instrumento para que los miembros del Gobierno y los partidos políticos puedan influir por motivos partidistas en la independencia de las entidades públicas de radiodifusión.

3.3.b) *¿Pérdida de la capacidad de receptividad democrática?*

Digna de mayor consideración parece la pregunta acerca de si la amplia independencia financiera (en especial) de los partidos políticos (establecidos) respecto a sus miembros no debilita a los partidos políticos en su labor de contribuir como transformadores a la formación de la voluntad [114], en todo caso dentro de las condiciones-marco y de las tradiciones existentes en Alemania [115]. Si bien esta interrelación no es necesariamente obligatoria en el sentido de que sea la única causa [116], como lo demuestran las

[113] Cfr. por ejemplo F. SCHIRRMACHER, «Angriff auf das ZDF», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 10 de marzo de 2009, p. 1; H. VON DER TANN, «Der Intendant muss klagen», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 8 de julio de 2009, p. 27.

[114] Cfr. respecto a esta imagen de los partidos del TCFA VOLKMANN, «Verfassungsanwendung» (nota 52), pp. 165 y siguiente.

[115] Escepticismo en U. v. ALEMANN, *Das Parteiensystem der Bundesrepublik Deutschland*, 2. ed., 2001, pp. 178 ss.; respecto a los desarrollos internacionales paralelos E. WIESENDAHL/U. JUN/O. NIEDERMAYER, «Die Zukunft der Mitgliederparteien auf dem Prüfstand», en: U. JUN/O. NIEDERMAYER/E. WIESENDAHL (eds.), *Zukunft der Mitgliederpartei*, 2009, p. 9 (22 y siguiente).

[116] Cfr. HELMS, *Institutionalisierung* (nota 93), p. 79, con una remisión (que induce a error) a NAßMACHER, «Parteiensysteme» (nota 93), p. 509, según la cual la

experiencias divergentes en los países escandinavos, podría no obstante la fortaleza financiera de los partidos políticos y de sus grupos parlamentarios, con las consecuencias que ello conlleva para la organización de los partidos y para el desarrollo mediático de las campañas electorales, fomentar una cierta independencia autosuficiente, desde una perspectiva material, de los dirigentes de los partidos (incluidos quienes trabajan a sueldo para el partido) y de los Diputados electos respecto a los afiliados del partido que debilite la receptividad de los partidos hacia las expresiones de voluntad del pueblo. Con esto se corresponde la circunstancia de que una secular disminución de la militancia desde los años ochenta convierte a los partidos políticos en partidos de políticos profesionales [117], y de que, por otra parte, crece significativamente el número de personas que no acuden a votar [118].

¿Hay indicios actuales de que esto sea así? Para presumir un distanciamiento considerable en este punto sólo hace falta recordar, como ejemplo de tales peligros, de qué forma tan cerrada intentó el SPD [Partido Socialdemócrata de Alemania] de Hesse el pasado año poner en práctica durante semanas un giro de opinión de sus dirigentes políticos («ruptura de promesa») [119], a todas luces inaceptable para su electorado, con una mayoría dentro del partido del noventa por ciento [120]. Quien considere esto una toma de posición unilateral políticamente motivada no tiene más que pensar en la reacción de la CSU [Unión Social-Cristiana de Baviera] a la de-

---

financiación pública de los partidos no lleva a que los partidos dominantes consoliden su posición; en detalle, sin embargo, E. WIESENDAHL, *Mitgliederparteien am Ende?,* 2006, p. 133 ss., que demuestra la importancia, que no ha cambiado, de la financiación mediante cuotas.

[117] M. HAAS/U. JUN/O. NIEDERMAYER, «Die Parteien und Parteiensysteme der Bundesländer - Eine Einführung», en: W. JUN/ M. HAAS/O. NIEDERMAYER (eds.), *Parteien und Parteiensysteme in den deutschen Ländern*, 2008, p. 9 (13); *v.* BEYME, «Parteiengesetz» (nota 87), p. 48; respecto al desarrollo empírico O. NIEDERMAYER, «Parteimitgliedschaften im Jahre» 2008, *ZParl* 40 (2009), pp. 370 ss.

[118] Una visión general actual en NIEDERMAYER, «Wähler» (nota 106), pp. 21 ss., 26 ss.

[119] Crítico por ejemplo W. SCHMITT GLAESER, «Über Tendenzen zur Unterwanderung unserer Verfassung», *JöR* 57 (2009), pp. 39 (41 ss.).

[120] Al respecto cfr. también V. ZASTROW, *Die Vier: eine Intrige*, 2009.

rrota en las elecciones al Parlamento bávaro en el año 2008: ahora gobierna un Presidente, Horst Seehofer, que antes de las elecciones regionales, siendo Ministro Federal, no había presentado su candidatura para ese puesto y que persigue una política que busca revisar los déficits evidentes en la apreciación de las manifestaciones de voluntad de la población que anteriormente no habían hallado eco dentro del partido (palabras clave: Ley de protección de los no fumadores, reforma de la Administración, política educativa). Ahora bien, esto ocurre en un modo que se orienta sobre todo hacia grupos de interés específicos [121], lo cual no hace que parezca necesariamente fuerte la función transformadora que desarrolla la CSU, como partido político, en el proceso de contribuir a la formación de la voluntad política del pueblo. Si se toman ambos ejemplos como síntomas de procesos que subyacen más profundamente parece evidente considerar la posibilidad de una crisis fundamental del sistema de partidos.

Quizá exigimos demasiado de los partidos políticos como pilares sustentadores a la hora de elegir a los dirigentes políticos y de configurar materialmente la política, porque, por una parte, las cifras de afiliados y las actividades de democracia interna siguen una tendencia decreciente, mientras que, por otra, la población confía, en el marco de un creciente repliegue hacia lo privado bajo el signo de las tendencias hacia la individualización, la erosión de los entornos sociales y el cambio de valores postmaterialista [122], en que los representantes profesionales de los partidos en cargos públicos de dirección «ya lo arreglarán». La confianza, sin duda justificada, en la fuerza de los políticos profesionales [123] no ha quedado de todos modos demostrada con éxito todavía, durante la vigencia de la Ley

[121] Cfr., tomando como ejemplo la ingeniería genética ecológica *pars pro toto*: A. SCHÄFFER, «Ein Wunder politischer Logopädie», *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* de 3 de mayo de 2009, p. 8.

[122] Cfr. GRIMM, «Parteien(mit)wirkung» (nota 107), p. 12; al respecto en detalle WIESENDAHL, *Mitgliederparteien* (nota 116), pp. 74 ss., u 81 ss.

[123] Cfr. R. LORENZ/M. MICUS, «Wunderknaben der Nation? Politische Seiteneinsteiger im Parteienstaat», Universitas 2009, p. 803 (805 ss., 810 ss.); E. WIESENDAHL, «Zum Tätigkeits- und Anforderungsprofil von Politikern», en: *FS für Hans Herbert von Arnim*, 2004, p. 167 (180 ss.).

Fundamental, en períodos realmente malos. El futuro parece en ese sentido estar abierto.

3.4. **Resumen**

La Ley Fundamental ha constitucionalizado con razón una democracia de partidos en la que a los partidos políticos se les ha dotado de una posición jurídica muy fuerte. De este modo ha contribuido a crear un sistema de partidos que funciona. «Al mismo tiempo» esto favorece una tendencia hacia la expansión de la influencia en el Estado y la sociedad de los partidos políticos que se hallan en posiciones de poder por efecto de las elecciones, con el peligro de que se exija demasiado de los partidos políticos y de sus dirigentes o de que se desconecte de la militancia en el proceso democrático interno del partido.

4. **LA LABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL**

4.1. **La situación constitucional del Estado federal alemán**

El Estado federal alemán (en tanto que manifestación institucional del federalismo como principio de organización marcado por el pluralismo) es, como todos los Estados federales, algo históricamente único [124] y constitucionalmente lábil [125]. Un indicio de que esto es así es el hecho de que en todo caso más de la mitad de todas las reformas de la Ley Fundamen-

[124] Recientemente J. Jekewitz, «Wettbewerbsföderalismus - ein modisches Schlagwort», en: *FS für Michael Bothe*, 2009, p. 1132 (1132), que se remite a M. Jestaedt, «Bundesstaat als Verfassungsprinzip», *HStR* II, 3. ed., 2004, § 29, marginal 1; en el mismo sentido W. Rudolf, «Kooperation im Bundesstaat», *HStR* V, 3. ed., 2008, § 141, marginal 1; véase lo dicho ya por J. Isensee, «Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz», ibídem, § 126, marginal 5.

[125] Esta noción ya en R. Thoma, «Das Reich als Bundesstaat» (1930), en su obra *Rechtsstaa*t (nota 27), p. 258 (275, 279); incorporada por BVerfGE 1, 14 (48), pero (de manera diferente a como se emplea aquí) referida en cada caso sólo a la (falta de) garantía de continuidad de los distintos *Länder*.

tal [126] afectan mediata o inmediatamente a la relación entre la Federación y los Länder, que, por lo que parece, en la relación de tensión entre unidad y diferenciación, entre «unitarización» centralizada y descentralización, ha de ser reequilibrada una y otra vez [127], no sólo por, sino también a la vista de los retos históricos que plantean la reunificación alemana y la europeización.

Una razón esencial es la heterogeneidad fáctica de los Länder y su desequilibrio en el conjunto de la estructura del Estado federal de la República Federal Alemana, aunque tales asimetrías sean parte de la esencia del federalismo [128]. Eso se puede afirmar de su tamaño (de los casi dieciocho millones de habitantes de Renania del Norte-Westfalia a los seiscientos sesenta mil habitantes de Bremen), de su (re-)fundación histórica (del trazado casi inalterado después de 1945 de Baviera o Hamburgo a formaciones artificiales históricas, sin identidades consolidadas, como Baden-Württemberg, Renania del Norte-Westfalia y Baja Sajonia, pero también Sajonia-Anhalt) [129] o de su potencia económica, que después de la reunificación ha llegado a ser todavía más heterogénea (con Baden-Württemberg

[126] JEKEWITZ, «Grundgesetz» (nota 1), p. 71: «se calcula que dos tercios de todas las reformas constitucionales llevadas a cabo hasta ahora»; de las cuarenta y cuatro leyes de reforma de la Ley Fundamental aprobadas hasta 1997 al menos treinta y cinco se referían de manera directa o indirecta al Estado federal, en este sentido A. BAUER/M. JESTAEDT, *Das Grundgesetz im Wortlaut,* 1997, S. 34.

[127] A. BUSCH, «Verfassungspolitik: Stabilität und permanentes Austarieren», en: M.G. SCHMIDT/R. ZOHLNHÖFER (eds.), *Regieren in der Bundesrepublik Deutschland*, 2006, p. 33 (42 ss., 48, 53); con esta (sola) limitación puede afirmarse que el orden federal se ha preservado en su concepción fundamental, en este sentido SODAN, «Kontinuität» (nota 1), p. 550, en conexión con H. BAUER, «Entwicklungstendenzen und Perspektiven des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland», *DÖV* 2002, p. 837 (845); véase también H. SCHULZE-FIELITZ, «Stärkung des Bundesstaates durch Herabzonung von Gesetzgebungskompetenzen?», en: H.-G. HENNEKE (ed.), *Verantwortungsteilung zwischen Kommunen, Ländern, Bund und Europäischer Union*, 2001, pp. 117 ss.

[128] Cfr. K. v. BEYME, «Die Asymmetrisierung des postmodernen Föderalismus», en: R. MAYNTZ/W. STREECK (eds.), *Die Reformierbarkeit der Demokratie*, 2003, pp. 239 ss.

[129] Cfr. por todos v. BEYME, «Asymmetrisierung» (nota 128), p. 246; ejemplos detallados en M. KILIAN (ed.), *Sachsen-Anhalt. Land der Mitte - Lands im Aufbau*, 2002.

y Mecklemburgo-Pomerania Anterior en los extremos de la escala). A pesar de esta desigualdad, todos los Länder ocupan la misma posición jurídica dentro del Estado federal, a diferencia de lo que ocurría todavía en época del Imperio o de lo que ocurre en algunos otros Estados federales [130].

Una segunda razón para la labilidad del Estado federal es la fuerte posición de los Länder en el procedimiento legislativo de la Federación. En general se puede decir de los Estados con estructuras federales que los Estados federados ejercen una influencia extraordinariamente grande sobre el proceso político y las otras instituciones políticas [131]. En Alemania la influencia se produce a través del Bundesrat como órgano de la Federación que representa los intereses de los Länder en la elaboración de leyes de la Federación de una manera muy particular, en concreto no mediante senadores elegidos por el pueblo sino mediante representantes de los Ejecutivos, designados por los Gobiernos de los Länder y sujetos a las instrucciones de éstos, en el sentido de un «federalismo ejecutivo» («Exekutivföderalismus»). Esto confiere a los Länder un poder de representación particularmente fuerte, también si se compara internacionalmente [132], y fuerza permanentemente a la Federación y a los Länder y a sus Gobiernos a tener que ponerse de acuerdo en el sentido de una permanente «gran coalición» cuyos contenidos se renegocian una y otra vez.

En tercer lugar, el desarrollo federal viene marcado hasta ahora en la República Federal Alemana, como en muchos otros Estados federales, por una fuerte tendencia hacia la «unitarización», expresión de una trayectoria que se puede retrotraer al siglo XIX: se fundamenta en la contribución de la burguesía liberal al compromiso constitucional bismarckiano [133]. La po-

[130] Cfr. H. BAUER, en: DREIER, *GG* II (nota 98), Art. 20 (Estado federal), marginal 37: «igualdad federativa».

[131] HELMS, *Institutionalisierung* (nota 93), p. 193.

[132] E. GRANDE, «Parteiensysteme und Föderalismus. Institutionelle Strukturmuster und politische Dynamiken im internationalen Vergleich», en: A. BENZ/G. LEHMBRUCH (eds.), *Föderalismus*, 2002, p. 179 (198).

[133] En detalle G. LEHMBRUCH, «Der unitarische Bundesstaat in Deutschland: Pfadabhängigkeit und Wandel», en: BENZ/LEHMBRUCH, *Föderalismus* (nota 132), p. 53 (69, 80 ss.).

blación favorece actualmente, desde comienzos de la posguerra, una uniformidad de las condiciones de vida dentro del Estado federal [134] que se ha visto correspondida en gran medida por la política de todos los Gobiernos federales y de los correspondientes sistemas centrales de partidos y alianzas [135], apoyados por reformas constitucionales y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que promovía un ejercicio central, uniforme para toda la Federación, de las competencias legislativas [136] como implicaba ya la normativa transitoria del artículo 125 GG, y que de este modo dio la vuelta a la idea subyacente a los artículos 30 y 70 GG. En 1994 el poder legislativo de reforma de la Constitución intentó contrarrestarlo endureciendo las condiciones de la «cláusula de necesidad» del artículo 72.2 GG, conectando la necesidad de una ley federal en ámbitos de legislación concurrente a condiciones más estrictas y susceptibles de ser controladas judicialmente y el Tribunal Constitucional Federal tomó en serio este intento de cambio de dirección [137], pero el legislador reformador de la Constitución de 2006 deshizo otra vez en gran parte, en favor de la Federación, las reformas [138]. Estas reformas hacen aparecer más bien a la Federación como ganadora de la reforma del federalismo de 2006, pese a la apariencia exterior de desplazamiento (marginal) de competencias hacia los Länder, y conducen a nuevas manifestaciones de un federalismo interconec-

[134] Véase por ejemplo G. LEHMBRUCH, «Verhandlungsdemokratie, Entscheidungsblockade und Arenenverflechtung», en: MERKEL/BUSCH, *Demokratie* (nota 31), p. 402 (410); crítico recientemente A. GAULAND, «60 Jahre Grundgesetz», *ZSE* 7 (2009), p. 323 (326).

[135] Cfr. G. LEHMBRUCH, «Das deutsche Verbändesystem zwischen Unitarismus und Föderalismus», en: MAYNTZ/STREECK, *Reformierbarkeit* (nota 128), pp. 259 ss.

[136] BVerfGE 13, 230 (233 y siguiente); véase también 106, 62 (135 ss.); R. STETTNER, en: H. DREIER (ed.), *GG. Supplementum* 2007, Art. 72, marginales 17 y siguiente.

[137] BVerfGE 106, 62 (135 ss.); 110, 141 (174 ss.); 111, 226 (252 ss., 265 ss.); 112, 226 (242 ss.); véase recientemente en más detalle C. HEITSCH, «Die asymmetrische Neuverflechtung der Kompetenzordnung durch die deutsche "Föderalismusreform I"», *JöR* 57 (2009), p. 333 (334 ss.).

[138] SACHS, «Grundgesetz» (nota 1), p. 1443; SCHNEIDER, «Herr» (nota 34), pp. 1024 y siguiente.

tado asimétrico («asymmetrischer Verbundföderalismus») [139]. Lo mismo puede afirmarse de las reformas constitucionales que se han llevado a cabo conforme a los resultados de la Segunda Comisión para la Reforma del Federalismo en el año 2009: no satisfacen sus objetivos en el ámbito de la Administración [140], marginan el problema central de una clara asignación de competencias en materia de legislación tributaria [141] y conducen en el ámbito de las finanzas, por la vía de nuevas interrelaciones, a un fortalecimiento de la Federación en perjuicio de los Länder [142].

Por lo demás, los Gobiernos de los Länder buscan en numerosos procedimientos de negociación ponerse de acuerdo unos con otros en el sentido de lograr la unanimidad en la búsqueda de normas uniformes. Piénsese en los acuerdos de las Conferencias ministeriales, como la Conferencia de Ministros de Educación. Tales soluciones no son, con frecuencia, fáciles de encontrar sin conflictos. Sobre todo la compensación financiera necesaria en el Estado federal es una fuente permanente de nuevos conflictos. El Tribunal Constitucional Federal ha intervenido aquí ya con frecuencia como árbitro [143] sin que haya sido posible cerrar el asunto en el fondo de manera duradera. De esta forma, una reforma del federalismo sigue a otra, «después de la reforma» es siempre «antes de la reforma», con lo que el ordenamiento federal está algo así como «permanentemente de obras» [144].

[139] HEITSCH, «Neuverflechtung» (nota 137), p. 358.

[140] Cfr. I. KEMMLER, «Schuldenbremse und Benchmarking im Bundesstaat», *DÖV* 2009, p. 549 (550 y siguiente).

[141] Véase también C. LENZ/E. BURGBACHER, «Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz», *NJW* 2009, p. 2561 (2567).

[142] KEMMLER, «Schuldenbremse» (nota 140), pp. 551 y siguiente, 556, 557; S. KORIOTH, «Das neue Staatsschuldenrecht - zur zweiten Stufe der Föderalismusreform», *JZ* 2009, p. 729 (732).

[143] BVerfGE 72, 330 (383 ss.); 86, 148 (211 ss.); 101, 158 (214 ss.); véase también 116, 327 (377); W. HEUN, en: DREIER, *GG* III (nota 64), Art. 107, marginales 7 ss., 14 ss., 22 ss.

[144] H. BAUER, en: DREIER, *GG* II (nota 62), Art. 20 (Estado federal), marginal 11; en sentido similar A. BENZ, «Lehren aus entwicklungsgeschichtlichen und vergleichenden Analysen - Thesen zur aktuellen Föderalismusdiskussion», en: BENZ/LEHMBRUCH, *Föderalismus* (nota 132), p. 391 (400).

4.2. **Explicación**

La estructura federal de la Ley Fundamental es, en primer lugar, una respuesta inmediata al Estado unitario centralizado del nacionalsocialismo, que suprimió en Alemania la tradición federal y de separación del poder por la vía de la unificación forzosa («Gleichschaltung») de los Länder, pero también al papel dominante de Prusia en el Imperio y en la República de Weimar. Entre las fuerzas de ocupación aliadas tenían en especial los americanos, con el transfondo de su positiva experiencia federal, mucho interés en acabar con este centralismo que, de acuerdo con su experiencia, constituía en general un peligro para el pluralismo y la democracia. Las actividades de los aliados para construir el Estado alemán de abajo a arriba después del fin de la guerra, es decir, a partir de los Länder (y, sobre todo en la zona británica, a partir de los municipios) se toparon positivamente por una parte con una tradición que había ido creciendo ya en el Sacro Imperio Romano-Germánico y que tomó forma en el siglo XIX que, si bien no estaba en realidad marcada federalmente en sentido estricto, se asociaba a la reorganización territorial y pudo a la vez reconfigurarla. La reunificación con los nuevos Länder (en vez de con los distritos de la RDA) ha hecho visible nuevamente la potencia de los territorios como instrumentos que construyen o, al menos, fomentan la construcción de un sentido de identidad. La política de federalización se topó por otra parte con una constitucionalización, establecida desde la Paz de Westfalia de 1648, de sistemas de negociación que perseguían alcanzar compromisos amistosos a través de los cuales las minorías (no sólo religiosas) no pudiesen ser derrotadas en las votaciones simplemente mediante resoluciones adoptadas por mayoría [145].

Por la concreta construcción que la Ley Fundamental hace del Estado federal resultó esencialmente reforzada la necesidad de negociación aunque aquélla aparentemente sólo seguía tradiciones históricas, ya que la disolución después de 1945 de la una vez dominante Prusia llevó a la aparición de un mayor número de Länder del mismo peso con intereses

[145] Por ejemplo LEHMBRUCH, «Verhandlungsdemokratie» (nota 134), pp. 406 ss.

heterogéneos que ahora reclamaban procesos federales de negociación, mientras que antes ese tipo de divergencias de intereses tenían que ser resueltos internamente en tanto que problemas internos de Prusia [146]. El carácter marcadamente ejecutivo del Bundesrat seguía la tradición predemocrática del Imperio (o incluso de la Confederación de Alemania del Norte) [147], al haber concebido Bismarck el Bundesrat (en conexión con tradiciones constitucionales alemanas más antiguas) como barrera frente a la parlamentarización [148]. Las fuertes posibilidades de veto del Bundesrat en el procedimiento legislativo estaban ya diseñadas en la Constitución de Weimar, si bien ahora se introducen ciertas modificaciones: la necesidad de una mayoría absoluta en vez de simple en el caso de leyes que necesitan el voto favorable del Bundesrat para ser aprobadas («Zustimmungsgesetze») fue una novedad que se introdujo en 1949, la necesidad de una emisión unitaria de los votos de un Land se mantuvo inalterada. Asimismo, ya la Constitución de la Paulskirche preveía la centralización de competencias legislativas a nivel del Reich y la de competencias administrativas a nivel de los Estados miembros. Esta política de federalización conectada a tradiciones constitucionales aparentemente exitosas en un marco de condiciones modificadas condujo desde el principio a la formación y organización de un sistema federal de negociación cuyo eje es el Bundesrat [149].

4.3. **Problemas derivados y peligros**

La peculiar construcción del Estado federal de acuerdo con la Ley Fundamental lleva a que las tensiones entre las fuerzas contrapuestas dentro

[146] LEHMBRUCH, «Verhandlungsdemokratie» (nota 134), pp. 409 y siguiente; en detalle, del mismo autor, «Bundesstaat» (nota 133), pp. 70, 98 ss., 102 y siguiente.

[147] Cfr. sobre los orígenes también R. MORSEY, «Die Entstehung des Bundesrates im Parlamentarischen Rat», en: Deutscher Bundesrat (ed.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft*, 1974, pp. 71 ss.

[148] LEHMBRUCH, «Bundesstaat» (nota 133), pp. 83 ss.

[149] LEHMBRUCH, «Bundesstaat» (nota 133), pp. 85 y siguiente.

del federalismo no se diriman unilateralmente sino que hayan de ser reconfiguradas una y otra vez, también jurídicamente, en una situación de equilibrio inestable. Las ventajas (teóricas) de la competencia federal en el sentido de un federalismo competitivo se ven permanentemente contrarrestadas por la práctica consensual de los Länder en el sentido de un federalismo cooperativo, la confrontación y los conflictos se ven suavizados por medio de la cooperación y el entendimiento. En el Estado federal de la Ley Fundamental se combinan de esta manera, desde el punto de vista de la ciencia política, dos «lógicas funcionales» diferentes, que no son necesariamente compatibles entre sí: en primer lugar, el sistema parlamentario de gobierno, con su orientación hacia la competencia conflictual y polarizante entre el Gobierno y los grupos parlamentarios mayoritarios de una parte y los grupos de oposición de otra; y, en segundo lugar, el sistema federal de resolución de conflictos que se asienta sobre la negociación y el consenso y que fuerza a los Gobiernos de los Länder a ponerse de acuerdo [150]. Ahora bien, en la democracia de partidos ambas lógicas funcionales son representadas en todos esos ámbitos por los mismos políticos de alto rango de los diversos partidos políticos: a nivel federal aparecen enfrentados en el Bundestag como Gobierno y oposición, es decir, como competidores, mientras que en el «federalismo cooperativo» o «federalismo interconectado», institucionalmente también en el Bundesrat, actúan como socios de negociación entre sí y frente a la Federación a la búsqueda de un consenso [151]. Esto lleva (como en todos los Estados federales) a diversas manifestaciones de un entramado político de competencias, medios materiales y humanos y decisiones que, especialmente en el «Estado constitucional informal» («informaler Verfassungsstaat») [152], se simplifican (tie-

[150] Cfr. recientemente A. BENZ, «Ein gordischer Knoten der Politikwissenschaft? Zur Vereinbarkeit von Föderalismus und Demokratie», *PVS* 50 (2009), p. 3 (9 y siguiente); del mismo autor, «Demokratiereform durch Föderalisierung?», en: OFFE, *Demokratisierung* (nota 38), p. 169 (175 ss.); F.W. SCHARPF, *Föderalismusreform*, 2009, pp. 46 y siguiente; HELMS, «Institutionalisierung» (nota 93), pp. 201 y siguiente; fundamental G. LEHMBRUCH, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 3. ed., 2000.

[151] Cfr. GRANDE, «Parteiensysteme» (nota 132), pp. 201 y siguiente.

[152] Cfr. H. SCHULZE-FIELITZ, *Der informale Verfassungsstaat*, 1984.

nen que simplificarse), en el marco de las condiciones básicas que señala la Ley Fundamental, dentro de foros de negociación de los partidos políticos; en esos foros se adoptan (tienen que adoptarse) acuerdos que hacen aparecer a cada parte como parcial vencedora de la negociación, antes de que se llegue a los cauces formales constitucionalmente previstos, con los peligros específicos que de esta «trampa del entramado de la política» [153] se derivan para la capacidad de reforma y de actuación de la República Federal Alemana como Estado federal [154]. Éstos pueden, obviamente, valorarse de manera muy diferente según la precompresión de teoría democrática de la que se parta [155].

4.3.a) *¿Crecientes bloqueos por parte del Bundesrat?*

Las modalidades de votación dentro del Bundesrat han estado siempre sometidas a las exigencias de la competencia entre partidos [156] y complicarán de manera creciente la capacidad de actuación del legislador federal [157]. En el marco de un sistema de seis partidos [158] fuertemente fragmentado en pleno desarrollo, partidos políticos que a nivel federal no forman parte de la mayoría de Gobierno sustentan con cada vez mayor frecuencia Gobiernos regionales como socios de coalición. Como consecuencia de lo anterior, el comportamiento de votación en el Bundesrat en virtud de acuerdos de coalición a nivel regional conduce a que los Gobiernos de los Länder se abstengan en el Bundesrat en caso de desacuerdo; tales abstenciones provocan, sin embargo, el mismo efecto que los votos negativos, dada la ne-

[153] Fundamental F.W. Scharpf, «Die Politikverflechtungsfalle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich», *PVS* 26 (1985), pp. 323 ss.

[154] Una visión general en Helms, «Institutionalisierung» (nota 93), pp. 204 ss.; Benz, «Demokratiereform» (nota 150), pp. 178 y siguiente.

[155] Jekewitz, «Wettbewerbsföderalismus» (nota 124), pp. 1134 y siguiente.

[156] Una crítica en H. Abromeit, *Der verkappte Einheitsstaat*, 1992, pp. 59 ss.

[157] Cfr. K. Niclauß, «Die Bundesregierung im Verfassungssystem», *APuZ* 18-19/2009, p. 33 (39 y siguiente).

[158] Cfr. recientemente U. Jun, «Wandel des Parteien- und Verbändesystems», *APuZ* 28/2009, pp. 28 ss.

cesidad de mayoría absoluta en el caso de las leyes en las que el voto favorable del Bundesrat es imprescindible para su aprobación («Zustimmungsgesetze»). La pluralización del sistema de partidos complicará o bloqueará de este modo cada vez más la producción legislativa federal y promoverá el incrementalismo político [159].

4.3.b) *Problemas de entrelazamiento*

Con ello se agudiza el problema del «entrelazamiento político», por mucho que éste sea un rasgo característico general e inevitable de los sistemas federativos [160], también en los países anglosajones [161]. Este entrelazamiento se funda sobre la dependencia mutua de la Federación y los Länder en especial a la hora de legislar. En el caso de las competencias legislativas, la Federación ha podido ampliar la competencia federal mediante reformas constitucionales, pero esto ha ido acompañado desde el principio de amplios derechos de aprobación del Bundesrat en el caso de las leyes que necesitan del voto favorable de este órgano para salir adelante («Zustimmungsgesetze»). También en la Constitución financiera depende la Federación, para las leyes de recaudación, del voto favorable del Bundesrat o de una planificación conjunta o de acuerdos administrativos con los Länder. Por otra parte, los Länder no tienen prácticamente ninguna competencia propia en materia de legislación tributaria, de modo que, comparativamente, existe un complejo entramado recaudatorio [162]. La Federación y los Länder dependen de esta manera los unos de los otros en todas las cuestiones esenciales de política interna. La renuncia, ahí susten-

[159] BENZ, «Knoten» (nota 150), pp. 17 y siguiente; véase también BRYDE «Grundgesetz» (nota 1), p. 476; K. DETTERBECK/W. RENZSCH, «Symmetrien und Asymmetrien im bundesdeutschen Parteienwettbewerb», en: U. JUN/M. HAAS/O. NIEDERMAYER (eds.), *Parteien und Parteiensystem in den deutschen Ländern*, 2006, pp. 39 ss.

[160] GRANDE, «Parteiensysteme» (nota 132), p. 197.

[161] Cfr. lo afirmado hace ya muchos años por M. BOTHE, «Die Entwicklung des Föderalismus in den angelsächsischen Staaten», *JöR* 31 (1982), p. 109 (166).

[162] GRANDE, «Parteiensysteme» (nota 132), p. 199.

tada, a posibilidades autónomas de actuación favorece, como se puede demostrar empíricamente [163], una falta de efectividad por ejemplo en la política coyuntural y estructural.

Estos problemas de entrelazamiento se agudizan en supuestos de mayorías partidistas divergentes en el Bundestag y el Bundesrat, lo cual es normal en la República Federal Alemana. Esto lleva a una instrumentalización partidista del Bundesrat, como muestra el nacimiento, en la época de la coalición socioliberal en los años setenta, de la diferenciación hasta hoy habitual entre Länder A y Länder B (= Länder gobernados por el SPD o gobernados por la CDU/CSU), y dificulta el logro de un compromiso en las cuestiones fundamentales que se discuten, aunque los intereses institucionales propios de los Länder pueden atenuar tal apropiación del Bundesrat por parte de los partidos políticos [164]. Vinculada a este específico «dilema alemán» (Roland Czada) como parte del lado oscuro del Estado federal [165] está la consecuencia de un significativo aumento de las intervenciones de la Comisión Mixta de Bundestag y Bundesrat que, naturalmente, en la actualidad son escasas debido a las mayorías asociadas a la Gran Coalición [166], y que si bien, por lo general, no llevan a bloqueos completos del procedimiento legislativo federal, sí que conducen a acuerdos subóptimos y, por tanto, siempre criticables. Sus resultados se apartan ampliamente en ocasiones de la intención inicial del Gobierno federal como consecuencia de una competición popular para ver quién da más, o conducen a soluciones contradictorias fruto de compromisos con una escasa capacidad de resolución de problemas [167]. Algunos consideran que ello provoca una incapaci-

[163] SCHARPF, *Föderalismusreform* (nota 150), pp. 30 ss.

[164] GRANDE, «Parteiensysteme» (nota 132), p. 202.

[165] En este sentido DECKER, «Parlamentarismusverständnis» (nota 85), pp. 548 y siguiente.

[166] Véase, no obstante, respecto a la Ley de la Oficina Federal contra el Crimen (BKA) tras un procedimiento de mediación: «BKA-Gesetz kann in Kraft treten», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 20 de diciembre de 2009, p. 2.

[167] S. BURKART, *Blockierte Politik: Ursachen und Folgen von «Divided Government» in Deutschland*, 2008, pp. 127 ss.; respecto al ejemplo de la fase final del Gobierno Kohl (1997/98) durante la decimotercera legislatura LEHMBRUCH, «Verhandlungsdemokratie» (nota 134), pp. 414 ss.

dad de la política alemana para llevar a cabo reformas, lo que es posible demostrar (sólo) limitadamente; más bien diría que se sobrevaloran los déficits que en el entramado político se derivan de los altos costes decisionales [168]. La esperanza de que se lleven previsiblemente a cabo reformas político-constitucionales fundamentales parece en todo caso más bien vana. Reformas en profundidad de la estructura federal, incluidas reorganizaciones territoriales de los Länder, las ha habido en el federalismo alemán hasta ahora única y exclusivamente en situaciones de crisis después de conflictos bélicos: en 1815, en los años 1867 a 1871, en 1918 y después de 1945 [169].

4.3.c) *La intransparencia de la responsabilidad política*

Un problema (derivado) adicional de este federalismo participativo alemán es la intransparencia de la responsabilidad política. La fuerte posición del Bundesrat al colaborar en la legislación lleva con frecuencia a compromisos legislativos «en el último minuto», en concreto en reuniones a puerta cerrada de la Comisión Mixta de Bundestag y Bundesrat, de cuyos resultados no se puede atribuir la responsabilidad a nadie de manera clara. Los ciudadanos no pueden extraer ninguna conclusión para su comportamiento electoral y no pueden de esta manera imponer sanciones políticas. Asociado a ello está un proceso de concentración de las decisiones dentro del Bundesrat en manos de los Gobiernos de los Länder que apremia a los Parlamentos de éstos a ratificarlas y que los condena a la ineficacia políti-

[168] En este sentido BENZ, «Lehren» (nota 144), pp. 392 y siguiente; en un sentido similar GRANDE, «Parteiensysteme» (nota 132), p. 202. Eso no las hace carentes de importancia: así, por ejemplo, las elecciones anticipadas en Schleswig-Holstein el 27 de septiembre de 2009, con la concreta perspectiva de un relevo de la Gran Coalición en Kiel por una mayoría de Gobierno de CDU y FDP, habrían estado motivadas también por el intento de asegurarle a un eventual Gobierno de CDU/CSU y FDP a nivel federal una mayoría también en el *Bundesrat*, cfr. en detalle S. FUNK / S. HASELBERGER, «Mit der Mehrheit rechnen», *Der Tagesspiegel*, 17 de julio de 2009.

[169] Cfr. LEHMBRUCH, «Bundesstaat» (nota 133), pp. 70 y siguiente.

ca. Tampoco los foros federales que se orientan a la toma de decisiones por unanimidad, como las Conferencias Ministeriales, permiten con frecuencia identificar en el acuerdo «de mínimos» las estructuras de compromiso y las responsabilidades que hay detrás. Esta intransparencia del Estado federal afecta en este sentido a la capacidad funcional de las elecciones en el sistema parlamentario de Gobierno, tanto a nivel federal como de los Länder.

4.4. **Resumen**

La construcción que del Estado federal hace la Ley Fundamental conduce a un fuerte entrelazamiento de los niveles de decisión. Lleva desde hace décadas por un lado a soluciones cooperativas negociadas con compromisos ampliamente consensuados de una con frecuencia «informal» Gran Coalición, y parece debilitar por otro, al mismo tiempo, la capacidad de reforma y de actuación de la República Federal Alemana porque la búsqueda de un consenso lleva a grandes coaliciones sobre la base en cada caso de un mínimo común denominador; dificulta, a la vista de la intransparencia de los conflictos y de las responsabilidades de los partidos políticos, el que se identifiquen alternativas, y convierte de esta manera en poco claras las alternativas democráticas en las elecciones.

5. **PERSPECTIVA: EL CONOCIMIENTO DE LAS DEBILIDADES COMO PRESUPUESTO DE LA VIRTUD**

Sesenta años de desarrollo de la Ley Fundamental siguen el camino que les marca una lógica histórica que no se deja modificar (por no decir invertir) fácilmente, sino, como mucho, reconducir con cuidado, en colaboración con la política y la jurisprudencia constitucionales. Pero es tarea específica y crítica de la ciencia mencionar y anticipar los problemas. En eso se diferencia de la política, que persigue sobre todo proporcionar legitimidad. Los tres ejemplos deberían hacer explícitos tales problemas; algunos otros aspectos del «lado oscuro» han tenido que dejarse de

lado [170]. En este sentido puede uno, no obstante, desear que la Ley Fundamental siga también en el futuro demostrando su valor, especialmente en épocas de crisis de las cuales hasta ahora, durante la vigencia de la Ley Fundamental, se ha librado la República Federal Alemana. Pero de la Ley Fundamental se puede decir lo mismo que de cualquiera: sólo quien conoce sus debilidades podrá tomar conciencia de sus virtudes y hacerlas valer.

Resumen:

¿Hay en la Ley Fundamental de Bonn un «lado oscuro»? Ésa es la pregunta que se plantea el autor al comienzo de este trabajo, en el que se hacen patentes ciertas particularidades características de la Ley Fundamental que han contribuido a la positiva valoración que de la misma se hace tras sesenta años de éxitos, pero que a la vez encierran el germen de presentes desarrollos defectuosos y de futuros peligros. Se abordan a modo de ejemplo tres ámbitos particularmente problemáticos: la relación entre los elementos democráticos y los propios del Estado de Derecho en la Ley Fundamental; la posición constitucional de los partidos políticos en Alemania; y el diseño del Estado Federal alemán. En cada caso el autor describe el problema, explica cómo se ha llegado a la situación actual, y menciona finalmente algunos de los problemas resultantes y de los potenciales peligros, a la luz siempre de ejemplos actuales. En el fondo, como afirma el autor, de la Ley Fundamental se puede decir lo mismo que de cualquiera: sólo quien conoce sus debilidades puede tomar conciencia de sus virtudes y hacerlas valer.

Palabras Clave: *República Federal de Alemania, Ley Fundamental de Bonn, principio democrático, Estado de Derecho, Tribunal Constitucional Federal, control de constitucionalidad de leyes en abstracto, dimensión objetiva de los derechos fundamentales, reforma constitucional, partidos políticos, distribución autocrática de cargos públicos, Estado federal, Länder, Bundesrat, federalismo ejecutivo.*

[170] Piénsese en la petrificación de la función pública a través de los «principios tradicionales del funcionariado» a los efectos del artículo 33.5 GG tal como han sido conformados por la jurisprudencia y la doctrina, cfr. recientemente, muy crítico, J. KÜHLING, «Hergebrachte Grundsätze», Myops 6/2009, pp. 55 ss.; SCHNEIDER, «Herr» (nota 34), pp. 1026 y siguiente; en detalle J. MASING, en: DREIER, *GG* II (nota 62), Art. 33, marginales 59, 71 ss.

Abstract:

¿Is there in the Fundamental Law of Bonn an «obscure site»? The author proposes that question in the beginning of this paper, in which he shows some characteristics of the Fundamental Law, that have contributed to the positive evaluation that we make of it after sixty years of success, but, in the same time, they contain the germ of the present defective developments and future dangers.

In this paper the author takes into consideration, as examples, three particularly problematic areas: the relationship between the democratic elements and the individual of the State of Law in the Fundamental Law; the constitutional position of political parties in Germany; and the design of the German Federal State. In each case, the author describes the problem, he explains how we have got to the current situation, and, finally, he mentions some of the problems derived and the potential troubles, referring to current examples. Basically, as the author states, we can say regarding the Fundamental Law of Bonn the same thing that of the others: only those who know their weakness are able to become aware of their virtues and to assert them.

Keywords*: Federal Republic of Germany, Fundamental Law of Bonn, democratic principles, State of Law, the Federal Constitutional Court, abstract judicial review of the constitutionality of Law, the objective dimension of the fundamental rights, constitutional reform, political parties, autocratic distribution of the public office, Federal State, Länder, Bundesrat, executive federalism.*

LA UNIÓN EUROPEA Y LA SOBERANÍA DE ESPAÑA

JAVIER ROLDÁN BARBERO *

SUMARIO:

1. CUESTIONES HISTÓRICAS Y GENERALES
2. LA SOBERANÍA ECONÓMICA
3. LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y LA SOBERANÍA ESTATAL MÁS ALLÁ DEL ÁMBITO ECONÓMICO

Unas pocas palabras para presentar esta panorámica y sencilla aproximación a las relaciones entre el proceso de construcción europea y la soberanía de España como Estado. Confío en que lo que se pierde en profundidad y especificidad (los «árboles») se gane en perspectiva (el «bosque») y en carácter divulgativo acerca de un tema evidentemente complejo y opinable. En cualquier caso, me alegra que esta incursión de un internacionalista en una revista, joven pero ya consolidada, de Derecho Constitucional, pueda modestamente ayudar a superar los compartimentos estancos y corporativos en el estudio de la integración europea, que a todos nos concierne, cada cual desde su óptica y experiencia, todas ellas complementarias y necesarias: ¡El Derecho de la Unión Europea para quien lo trabaja! El estudio está estructurado en tres partes: 1. Unas «Cuestiones históricas y generales»; 2. El análisis del contenido esencialmente económico del tema; y 3) El análisis de otras vertientes no estrictamente económicas.

* Catedrático de Derecho internacional público. Universidad de Granada

ReDCE. Año 6. Núm. 12. Julio-diciembre/2009. Págs. 239-282.

1. CUESTIONES HISTÓRICAS Y GENERALES

La adhesión de España a las Comunidades europeas tuvo lugar con efectos de 1 enero de 1986, si bien la asunción del Derecho comunitario fue en muchas materias sólo paulatina, ordenada en periodos transitorios, ya vencidos desde hace mucho tiempo [1].

La base constitucional para la adhesión fue el artículo 93, ya pensado en el periodo constituyente para tal acontecimiento y sólo operativo posteriormente para las reformas y ampliaciones acaecidas en la integración europea, con la excepción de la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional [2].

La unanimidad parlamentaria concitada para autorizar la adhesión a las Comunidades Europeas, y las amplias mayorías obtenidas después para las reformas del derecho primario, han disipado el efecto práctico de las justificadas reservas planteadas a la mera mayoría absoluta exigida en el artículo 93 [3]. A pesar de la índole meramente «orgánico-procedimental» que erróneamente el TC español le adjudicó en pronunciamientos primerizos [4], lo cierto es que el artículo 93 encierra una naturaleza sustantiva inequívoca al constituir el fundamento continuo para todas las consecuencias dimanantes de la introducción del Derecho comunitario en España [5]. En su

[1] Los textos correspondientes fueron publicados en el BOE de 1.1.1986.

[2] El Consejo de Estado ya había dictaminado que el fundamento constitucional apropiado para obligarse por este tratado era el artículo 93. Dictamen 1374/99, de 22.7.99. Y así se hizo mediante la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre. BOE de 5.10.2000.

[3] Así, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa cosechó 19 votos en contra en el Congreso y 6, más una abstención, en el Senado cuando las Cortes Generales autorizaron su ratificación mediante la LO 1/2005.

[4] STC 28/1991, de 14 de febrero. En su Declaración 1/92, de 1 de julio, el Alto Tribunal insiste en este calificativo.

[5] Acerca de este género de cuestiones, es ineludible la referencia al libro, ya clásico, de A. Mangas Martín *Derecho comunitario y Derecho español*. Madrid, 1987. Más recientemente, entre una nutrida bibliografía, puede apuntarse ahora A. Ruiz Robledo: «Las implicaciones constitucionales de la participación de España en el proceso de integración europeo». *Noticias de la UE*. núm. 183. Abril-2000. pp. 9-21.

Declaración posterior 1/2004, atinente al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el TC da un giro a su interpretación del artículo 93, admitiendo «una dimensión material que no cabe ignorar» y considerando que este precepto «es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido» [6]. A propósito de la Declaración precedente, emitida con motivo del Tratado de Maastricht, Araceli Mangas pudo hablar, con razón, de una «reforma insuficiente o innecesaria», dada la relectura de numerosas disposiciones constitucionales a que conduce el proceso de construcción europeo [7].

El tenor de este artículo omitió en su versión definitiva la previsión inicial, desafortunada, de imponer un régimen de paridad. En su redacción se habla de atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Se entiende, pues, que el pueblo español conserva su soberanía y que el Estado retiene la titularidad de las competencias, cuyo ejercicio puede recuperar. La cláusula contenida en el Tratado de Lisboa relativa a un derecho de retirada que asiste a los Estados miembros [8] confirma desde la óptica europea este punto de vista, además de una cierta tendencia indeseada para España y observable especialmente en el ámbito agrícola, hacia una mayor renacionalización de alguna política comunitaria.

[6] Véase sobre esta decisión, de 13 de diciembre de 2004, G. C. Rodríguez Iglesias: «No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional». *RDCE*. vol. 20. 2005. pp. 5-17; J. Martín y Pérez de Nanclares: «La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional: un giro jurisprudencial en la concepción del artículo 93 de la Constitución española». *RGDE*. Editorial del núm. 6. Enero-2005.

[7] A. Mangas Martín: «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente». *REDI*. 1992-2. pp. 381-393.

[8] Art. 50 TUE. Conviene en esta primera mención al Tratado de Lisboa indicar que su entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009. Desde la perspectiva española, su ratificación fue autorizada mediante la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, y el instrumento de ratificación del tratado y el texto completo del mismo figuran en el BOE de 27 de noviembre de 2009. Como referencia doctrinal general, puede verse. J. Martín y Pérez de Nanclares (Coord.): *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*. Iustel. 2008.

Por otra parte, la precitada Declaración 1/2004 ha venido a confirmar la amplia corriente doctrinal que admitía unos límites al alcance de la integración que el artículo 93 de la Constitución puede consentir. Esos límites materiales «se traducen —según los términos empleados por el TC— en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1)». De hecho, como hipótesis, aunque extravagante, el TC se ha reservado una intervención de emergencia frente a una evolución del Derecho europeo que llegase a resultar inconciliable con la Constitución española, sin que los propios mecanismos articulados por la UE remediaran tal estado de cosas. Se podría hablar en este caso de una acepción singular de la expresión «patriotismo constitucional» [9]. En realidad, ambos órdenes, el constitucional español y el comunitario europeo, se han ido fertilizando mutuamente, de manera que se ha hablado de una «comunitarización de la Constitución española» y de una «constitu-

[9] Esta reserva al principio general de primacía del ordenamiento comunitario, que tuvo sus precedentes en la doctrina de los tribunales constitucionales alemán e italiano, ha sido recientemente refrendada por el TC checo, de manera que se puede hablar, aunque con cierta cautela, de una jurisprudencia constitucional compartida. *Vid.* P. NEMECKOVA: «La sentencia del Tribunal Constitucional checo de 26.11.08 sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución de la República Checa». *RDCE*. Vol. 32. 2009, pp. 239-258. Más recientemente aún, la Decisión del TC alemán atinente al Tratado de Lisboa, fechada el 30.6.09, ha condicionado la ratificación de este tratado a una reforma legal interna, ya completada, que regule la autoridad del parlamento nacional sobre las normas europeas, reforzando las competencias de las dos cámaras parlamentarias. Por añadidura, ha insistido en la posibilidad de un control judicial interno sobre normas europeas que transgredan el ordenamiento constitucional del Estado. Por su parte, el *Conseil Constitutionnel* francés, interpretando la expresión de la Carta magna del país «nociones esenciales de la soberanía», ha provocado hasta tres reformas constitucionales en Francia, con motivo de los Tratados de Maastricht, Amsterdam y el que establecía una Constitución para Europa. Con carácter general, la jurisprudencia francesa atinente al Derecho comunitario ha sido rigurosamente reseñada por A. SEGURA SERRANO en «La primacía y el control de constitucionalidad del Derecho comunitario en Francia». *RDCE*. núm. 20. 2005, pp. 93-132.

cionalización del Derecho comunitario» [10]. En efecto, la nonata Constitución europea recogía la cláusula afirmadora de la primacía del derecho europeo —que finalmente ha desaparecido expresamente en el Tratado de Lisboa—, situada no por azar inmediatamente después de la proclamación de la estructura y los valores constitucionales de cada Estado miembro (art. I-5). Así pues, la democracia europea transfigura y remodela la democracia interna, pero también se convierte en un pilar de su preservación [11]. No es de extrañar que algún litigio jurídico haya sido sometido, paralela o consecutivamente, al criterio del TJUE y del Tribunal Constitucional español. Tal cosa ha sucedido, singularmente, con las penas de alejamiento, sin posible condonación por parte de la víctima, en las condenas de maltrato, así como con la imposición normativa en España de que las cadenas de televisión destinen un porcentaje de sus ingresos a producir películas españolas.

El reconocimiento de esos límites, la omisión de la UE en el texto de nuestra Constitución y la redacción algo confusa del artículo 93 han aconsejado, incluso al Gobierno socialista presidido por Rodríguez Zapatero en su primera legislatura (2004-2008), proponer en un eventual proceso de reforma de la Carta Magna una «cláusula Europa» situada, además, en su Título Preliminar. Se conoce que los avatares políticos posteriores han llevado a aparcar indefinidamente esa pretendida reforma [12]. Sin embargo, las

[10] P. Pérez Tremps ha condensado su pensamiento doctrinal acerca de esta materia, recogido en una obra abundante, en el trabajo «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía». *REDC*. núm. 71. 2004, pp. 339-364.

[11] *Vid.* J. Roldán Barbero, E. Díez Peralta: «Tribunal constitucional español y Derecho comunitario (2003-2005)». *RDCE*. Vol. 23, pp. 87-133. Una nueva crónica sobre el mismo objeto está en prensa para su publicación en la misma revista. Ha sido concienzudamente hecha por C. López-Jurado y F. Cuesta Rico, y cubre el periodo 2006-2008.

[12] Desde el ámbito doctrinal, se puede ver la propuesta de M. Herrero Rodríguez de Miñón en «Desde el «mientras que» hasta el «sí, salvo» (la jurisprudencia constitucional ante el derecho europeo)». *REDI*. 2005, pp. 89-103. En el criterio de este eminente jurista el nuevo artículo debería suprimir la forma de ley orgánica para la autorización parlamentaria y enunciar explícitamente los límites a que está sujeta, desde nuestro ordenamiento constitucional, la integración europea.

reformas de los Estatutos de Autonomía, adelantadas a esa reforma constitucional, han introducido profusamente cláusulas referidas a la integración europea [13].

Conviene añadir que el alcance de la cesión de competencias hecha por el Estado a favor de las instituciones europeas, a la cual está circunscrito el principio de primacía, queda, hasta cierto punto, indeterminado — a pesar de la mayor clarificación aportada en este terreno por el Tratado de Lisboa [14]— a causa de de una pluralidad de razones que tienden a expandir y, en otros supuestos, a contraer las políticas europeas. Esa confusión favorece la instrumentalización ventajista y discrecional, en términos políticos, de las decisiones europeas por parte de los Gobiernos nacionales. Veamos esos factores expansivos y limitativos de las políticas europeas:

Entre los vectores expansivos figura la cláusula recogida hoy en el artículo 352 del TFUE (primitivo 235 del TCE), que corrige el principio de especialidad con una fórmula de imprevisión, flexible; también la tendencia a incrementar las funciones de la Unión observada en las sucesivas reformas del derecho primario, si bien el Tratado de Lisboa apenas incorpora novedad en este aspecto (esta circunstancia, obviamente, sí conocida y consentida por las Cortes); el carácter transversal de varias políticas europeas (como la protección del medioambiente o la cooperación para el desarrollo), cuyos objetivos han de mediatizar las demás políticas; la amplia-

[13] Es el caso de la LO 2/2007, de 19 de marzo, por el que se reforma el Estatuto de Autonomía de Andalucía. BOE de 20.3.07. En su primer artículo, apartado 4, ya hay una cláusula general que erige a la UE en el marco de referencia de la autonomía andaluza. Las relaciones específicas con las instituciones europeas son objeto de los artículos comprendidos entre el 230 y el 239. En relación con otro Estatuto, el de Cataluña, y en el plano doctrinal, véase M. PALOMARES AMAT: «Las relaciones entre la Generalitat de Cataluña y la UE en el Estatuto de Autonomía de Catalunya del 2006». *REEI*. núm. 13. 2007.

[14] Arts. 4 y 5 TUE y arts. 2-6, principalmente, del TFUE, que distinguen entre competencias exclusivas, compartidas, de coordinación y complementarias o de apoyo. En el terreno doctrinal, esta cuestión está analizada en D.J. LIÑÁN NOGUERAS (dir.) y C. LÓPEZ-JURADO (coord.): *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*. Granada, 2003; y L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ: *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*. Valencia, 2006.

ción (ya generalización) de asuntos regidos por la regla de la mayoría cualificada en el Consejo, circunstancia que favorece el desarrollo efectivo y más ambicioso de las competencias comunitarias; la labor judicial desplegada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, con el Tratado de Lisboa, ya TJUE), dotada desde siempre de un sesgo primordialmente integracionista, etc.

Por el contrario, estas fuerzas expansionistas conviven con otras que provocan la contención de las competencias europeas. En primer lugar, cabe citar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, entendidos preferentemente, como su propia definición indica, en tanto que criterios correctores y limitadores de una producción normativa excesiva («legislar menos para legislar mejor», se repite desde las instancias europeas). También cuentan en este sentido la austeridad presupuestaria; el predominio de competencias compartidas con los Estados y también la existencia de competencias meramente complementarias o de apoyo; las propuestas, antes referidas, tendentes a una cierta renacionalización de políticas (ya sea en la fase ascendente —su elaboración— o descendente —su ejecución legislativa y administrativa—); incluso algunas resoluciones recientes del Tribunal de Luxemburgo, caracterizadas por una concepción más restrictiva de los poderes europeos (por ejemplo, en el dictamen 1/94, relativo a la Organización Mundial de Comercio, en lo atinente al principio del paralelismo de competencias internas y externas); la incertidumbre, en fin, que despiertan los mecanismos de cooperación reforzada (sobre todo, si son implementados al margen de las disposiciones marcadas en el derecho primario), aunque estas iniciativas restringidas tienden más tarde a ser compartidas por el resto de Estados inicialmente renuentes; o bien las consecuencias y perspectivas derivadas de la ampliación (en el entendimiento de que ampliación, uniformidad y profundización del Derecho comunitario son conceptos básicamente incompatibles).

En el plano doctrinal han menudeado los estudios que escrutan la naturaleza jurídica y política profunda de la construcción europea y su incidencia en la soberanía y configuración de España como Estado [15]. Sin em-

[15] Entre otros títulos, se pueden mencionar ahora estos dos de la década de los 90: S. MUÑOZ MACHADO: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid,

bargo, este tipo de análisis ha brillado por su ausencia en el terreno político y judicial español, como explica que un instrumento tan trascendente como el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen pasara casi desapercibido en su tramitación parlamentaria y, mucho más lógicamente, en el debate ciudadano. Desde el prisma jurisprudencial la primera reflexión general sobre las características y consecuencias de la integración europea se produce en la precitada Declaración 1/2004 del TC. Otros altos tribunales habían hecho ya antes análisis de más calado, como es el caso del TC alemán en su decisión sobre el Tratado de Maastricht, donde sostiene, por cierto, una visión trasnochada de la soberanía estatal [16]. El mismo Tribunal de Karlsruhe, a propósito del Tratado de Lisboa, ha vuelto a reflexionar sobre la naturaleza de la integración europea, en Decisión tomada el 30 de junio de 2009.

2. LA SOBERANÍA ECONÓMICA

Hay que constatar, en primer término, que la propia UE experimenta y alienta, ella misma, la interdependencia, rechaza la autarquía y entabla unas relaciones exteriores cada vez más tupidas (fundamentalmente, en lo que ha sido hasta ahora el pilar comunitario). La coyuntura internacional apunta hacia un desplazamiento del eje central de las relaciones internacionales, en especial en el campo económico, hacia la región Asia-Pacífico, dato que obliga a la Unión a multiplicar su cohesión y sus iniciativas internas y externas para no quedar postergada en la gobernanza mundial. Precisamente,

---

1993; y A. López Castillo: *Constitución e integración*. Madrid, 1996. Ya en el siglo XXI, son reseñables los siguientes trabajos: R. Alonso García: «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía». *REDC*. Vol 73. 2005, pp. 339-364; y A. López Castillo, A. Saiz Arnaiz, V. Ferreres Comella: *Constitución española y Constitución europea*. Madrid, 2005.

[16] Cfr. U. Everling: «The *Maastricht* Judgment of the German Federal Constitutional Court and its Significance for the Development of the EU». *Yearbook of European Law*. 1994, pp. 1-19.

la Gran Recesión desatada en 2008, aunque generada en Estados Unidos, puede también perjudicar el peso y la influencia europeos. La filosofía liberal que rezuman los principios rectores de la integración europea ha sido exportada en general al escenario internacional en distintos órdenes, alimentando de alguna forma, y juridificando, la propagada globalización [17]. Es muy notable a este propósito la multiplicación de zonas de libre cambio que la Unión ha establecido o proyectado con terceros Estados o regiones, en la dirección, tomada a escala planetaria por la OMC, de extender el librecambismo [18]. La excepción a esta tendencia se encuentra en el terreno agrícola, en el que la Unión es tildada frecuentemente de proteccionista, tanto en el escenario mundial de la Ronda Doha como en las conversaciones interregionales (así, ese tema supone el principal escollo para la conclusión de la Ronda del Milenio en la OMC y para el anunciado acuerdo de libre comercio con el Mercosur). Esta política comercial provoca, a su vez, inquietud y malestar en distintos sectores productivos de la economía española, como en el textil o en el agrario; este último viene denunciando públicamente los perjuicios que le causa esta competitividad galopante frente a la que esgrime el principio de la preferencia comunitaria y la observancia de una competencia leal (así sucede con las negociaciones comerciales entabladas periódicamente con Marruecos) [19]. La propia OMC

[17] Puede citarse en el terreno de la aeronáutica el Acuerdo de transporte aéreo, de 2007, entre los Estados Unidos de América, por una parte, y la CE y sus Estados miembros, por la otra. En su preámbulo se dice que los contratantes están «deseosos de promover un sistema internacional de aviación basado en la competencia entre líneas aéreas con mínima interferencia y regulación por parte del Estado». BOE de 19.6.08.

[18] El carácter exclusivo de la política comercial común de la CE, matizado en lo que se refiere al ámbito de la OMC por el dictamen 1/94, no obsta para que España tenga una cierta presencia en las negociaciones internacionales en la materia, conducidas por la Comisión según el mandato impartido por el Consejo. Véase la Orden ITC/2531/2008, de 17 de julio, por la que se crea la Comisión Consultiva de Negociaciones Comerciales Internacionales. BOE de 6.8.08.

[19] Las últimas han desembocado en un acuerdo, aún pendiente de ratificación y entrada en vigor, firmado el 17 de diciembre de 2009, que, entre otras cosas, amplía el contingente de tomates marroquíes que pueden penetrar en el territorio comunitario libres de aranceles. El sector ha denunciado que la cuota aprobada ha sido tradi-

ha desaprobado diversas organizaciones comunes de mercado (OCM) de la política agrícola comunitaria (PAC): las relativas al azúcar, al algodón o al plátano. Las reformas consiguientes acometidas por la Unión han supuesto perjuicios y reducciones sustanciales en el cultivo de estos productos [20]. En términos generales, España rechaza el recorte de ayudas agrícola-

cionalmente rebasada, así como el precio mínimo de entrada —ahora fijado para el kilo de tomates en 46 céntimos— ha sido sorteado, lo mismo que los requisitos fitosanitarios que la Unión impone en su mercado único. Desde instancias oficiales, se arguye que una buena parte de esas exportaciones de frutas y hortalizas marroquíes proceden de propietarios y empresas españoles. Por otra parte, como contrapartida, las exportaciones europeas de productos agrícolas transformados se ven favorecidas con el nuevo acuerdo. Como argumento general, se repone la necesidad política de buscar un codesarrollo entre las dos orillas del Mediterráneo.

[20] En el sector del azúcar, las Comunidades Autónomas afectadas han debido proceder a un proceso y esfuerzo de reconversión. Véase, por ejemplo, la Orden de 15.7.09, por la que se establecen para el año 2009 ayudas en el término municipal de La Rinconada como municipio afectado por la reestructuración del sector del azúcar en Andalucía. BOJA de 23.7.09. Como testimonio doctrinal de las vicisitudes de este sector, puede verse A. Manero Salvador: «Las razones de la reforma de la organización común de mercado del azúcar». *RDCE*. vol. 33. 2009, pp. 567-590.

El prolongado expediente del plátano (segundo producto alimenticio mundial) ha dado lugar a gran número de controversias, decisiones judiciales (internas e internacionales) y reformas jurídicas que tienden a acoplar su OCM a las exigencias multilaterales del libre comercio y la no discriminación. España, y en especial Canarias, como primer productor de la Unión, han seguido con particular atención y preocupación este fenómeno, orientado a compensar a la producción de la *zona dólar*. Un acuerdo firmado por todas las partes implicadas el pasado 14 de diciembre parece haber puesto fin a este largo contencioso comunitario.

El algodón también ha estado en el punto de mira de la OMC y de la PAC en los últimos años. Su régimen de ayudas comunitarias de 2004 fue anulado, a instancia de España, por el TJCE el 7.9.06. España, desde entonces, ha apremiado a la Comunidad para ejecutar este fallo judicial. Finalmente, en 2008, se ha adoptado el nuevo reglamento sobre la reforma de la ayuda del sector, que asegura respetar los compromisos internacionales al tiempo que contempla medidas de reestructuración nacional para favorecer la reconversión. Este estado de cosas ha dado lugar a la aprobación por parte de España de ayudas específicas al cultivo del algodón, como se recoge en la Orden APA/402/2008, de 18 de febrero (BOE de 20.2.08). Aun sin pronunciamiento

las de la Unión [21], por otra parte muy poco equitativas socialmente en su reparto [22], y pretende salvaguardar los fundamentos de la PAC hasta su re-

expreso de la OMC, otros sectores agrarios han sido objeto de ayudas paliativas por parte de la administración española ante las estrecheces impuestas por la PAC. Es el caso del mercado del vino, cuya reforma, por cierto, dividió a productores y cooperativas. Véase el Reglamento (CE) núm. 479/2008, de 29 de abril, con el régimen de la nueva OCM y el RD 244/2009, de 27 de febrero, para la aplicación de las medidas del programa de apoyo al sector vitivinícola español (BOE de 28.2.09). Igualmente, el RD 486/2009, de 3 de abril (BOE de 17.4.09). En otras ocasiones, como con motivo de la reforma de la OCM de frutas y hortalizas, la disensión se ha ocasionado entre el Gobierno, que apoyaba la reforma, y el sector entero, que la denostaba. El caso de la leche es muy peculiar, pues durante años España ha sido penalizada por exceder la cuota de producción adjudicada (la llamada «leche negra»). En cambio, ahora el problema es el inverso: la caída de la producción láctea nacional y su encarecimiento se ven contrarrestados con la importación desde países europeos, contribuyendo al aminoramiento de los precios y las ganancias. Véase a este propósito la Orden ARM/3023/2008, de 20 de octubre, por la que se establece un plazo de presentación de solicitudes de autorización de cesiones temporales de cuota láctea para el periodo 2008/2009. BOE de 23.10.08. Asimismo, el RD 1012/2009, de 19 de junio, por el que se convoca una asignación directa de cuotas lácteas integradas en la reserva nacional y se modifica el RD 347/2003, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de gestión de cuota láctea. BOE de 20.6.09. También el RD 1257/29, de 24 de julio, por el que se modifica el RD 754/2005, de 24 de junio, por el que se regula el régimen de la tasa láctea. BOE de 25.7.09. añadamos que, con vistas a resolver la crisis, la Comisión aceptó, el pasado 19 de octubre, desbloquear una ayuda de urgencia de 280 millones de euros a favor de los productores de leche.

Naturalmente, la suerte que corre la regulación del aceite de oliva interesa sobremanera a España, primer productor mundial. En este sentido, tras las peticiones del Gobierno y de asociaciones agrícolas, la Comisión autorizó el 25.5.09 conceder a los productores una ayuda a fin de practicar el almacenamiento privado del aceite en espera de que los precios remonten desde sus posiciones mínimas de entonces, aunque finalmente el almacenamiento permitido se ha reducido a 4.990 toneladas de aceite. En total, Andalucía percibe alrededor de 850 millones de euros anuales en concepto de ayudas al sector, el cual tendría rentabilidad negativa sin la financiación proveniente de «Bruselas».

[21] Además, estas ayudas se encuentran cada vez más disciplinadas y condicionadas. Así se explica que la Comisión, el 9.7.08, adoptara una decisión que impone a nueve Estados miembros, entre ellos España, la obligación de reembolsar un mon-

forma, probablemente profunda, prevista para 2013, y asegurar un escenario estable para el próximo septenio, que llega hasta 2020, aunque esta tesis vaya lógicamente en contra de los intereses de otros países o regiones exteriores, en su mayoría en vías de desarrollo. Todo ello se desarrolla en un escenario de crisis por la subida de los costes y la caída de los precios en numerosos cultivos. En cambio, el sector agroalimentario conecta con la propagada búsqueda de una economía sostenible, más atenta a los principios ecológicos y al mundo rural [23].

Ciertamente, a través de la política exterior propia y de la europea, España condiciona su crecimiento económico y sus cifras de desempleo. La economía europea y la mundial se entreveran y repercuten en el estado de la Nación: ejemplos como el destino de Opel ilustran esta interacción de sistemas e intereses económicos. La globalización, que genera pingües beneficios para el mundo occidental industrializado, también supone un desafío para él en algunos ámbitos (piénsese en la deslocalización de empresas, en el llamado «dumping» social y ambiental…). De ahí que la Unión Europea, y con ella España, se hayan equipado jurídicamente para hacer frente a sus estragos, últimamente en forma de Gran Recesión [24]. Frente a

---

tante total de 410,3 millones de euros de gastos agrícolas estimados irregulares. Con fecha 29.9.09, la Comisión ha anunciado su decisión de recuperar 31,7 millones de euros de España por la insuficiencia de los controles y mala aplicación de las sanciones en el sector de la producción del aceite de oliva. Uno de los signos distintivos de la reforma de la PAC ha sido el desacoplamiento de las subvenciones respecto a la producción a fin de que ésta se oriente más hacia el mercado.

[22] Los datos relativos a 2006 son elocuentes: los 900.000 beneficiarios españoles recibieron un total de 2.252 millones de euros en este campo, aunque el 22% fue a parar al 1% de los agricultores solamente.

[23] Sobre esta cuestión, véase el informe de R. Compés López, J. M. García Álvarez-Coque «La reforma de la PAC y la agricultura española: alternativas y oportunidades para España». *Documento 40/2009 de la Fundación Alternativas*.

[24] Al objeto de paliar el fenómeno de la pérdida de puestos de trabajo causada por la galopante competencia planteada por otras áreas, la Comunidad se ha dotado de un Fondo europeo para el ajuste de la globalización. Este Fondo ya ha dado ayudas a España. El caso más relevante ha sido el de la ayuda de 10,5 millones de euros para recolocar a los 1.589 obreros despedidos de la factoría Delphi sita en Puerto Real

esta crisis desatada en 2007, y agudizada después, la Unión y España han ido adoptando una batería de medidas más o menos coordinadas y coherentes con las reglas del mercado interior europeo [25]. Por su parte, la Comisión Europea se ha mostrado más indulgente con ciertas decisiones españolas ante el escenario de emergencia económica padecido [26]. La propia Unión ha impulsado medidas excepcionales con motivo del «crash» económico [27].

---

y trasladada a Tánger en el transcurso de 2007. Para adecuar este Fondo a los males provocados por la Gran Recesión, el Parlamento y el Consejo han adoptado, con fecha 18.6.09, el nuevo Reglamento (CE) núm. 546/2009, que modifica el anterior, el 1927/06.

[25] Puede servir de ilustración el Real Decreto-ley 6/2008, de 10 de octubre, por el que se crea el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros BOE de 14.10.08, convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 20 de octubre (BOE de 25.10.08). En su Exposición de Motivos se habla de la posición sólida que las entidades de crédito españolas, pese a la severa crisis financiera originada en Estados Unidos, y se señala que la decisión se enmarca «en las líneas de actuación establecidas por el Consejo de Ministros de Economía y Finanzas de la Unión Europea, dada la importancia que el Gobierno concede a la coordinación de estas políticas entre los Estados miembros». Otro ejemplo de esta situación nos lo ofrece el Real Decreto-ley 7/2008, de 13 de octubre, de Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro. (BOE de 14.10.08, convalidado mediante Resolución del Congreso de los Diputados publicada en el BOE de 25.10.08). Este Real Decreto-ley ha sido, a su vez, desarrollado mediante normas de menor rango: por ejemplo, la Orden EHA/3364/2008, por la que se desarrolla su art. 1 (BOE de 24.11.08), que invoca asimismo su respeto hacia el Derecho comunitario.

[26] Así, la Comisión Europea dio su autorización, el 4.11.08, al plan concebido por España para estabilizar los mercados financieros, inyectándoles liquidez. La Comisión asegura que ese plan es conforme a su Comunicación relativa a las ayudas de Estado destinadas a superar la crisis actual. Posteriormente, con fecha de 23.12.08, vuelve a autorizar las nuevas medidas tomadas por el Gobierno español al respecto. También ha dado luz verde a las ayudas proporcionadas por el Estado a determinados sectores en crisis como el automovilístico (Decisión tomada el 2.3.09) o el textil (Decisión tomada el 24.3.09).

[27] Cfr., por ejemplo, el Reglamento (CE) núm. 85/2009 del Consejo de 19 de enero, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1083/2006 por el que se establecen

En general, también a consecuencia de la recesión, el Consejo ha contemplado con benevolencia los déficits públicos nacionales, que, en todos los casos, han superado ampliamente el límite fijado del 3%. Así, a España le ha concedido un periodo de gracia hasta 2013 para que corrija el déficit excesivo [28], el cual ha sucedido en 2008 a periodos de superávits. Curiosamente, el Gobierno español se mostró contrariado por la relajación, en 2002, de estas reglas macroeconómicas contenidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, suavización que benefició especialmente entonces a Alemania y Francia.

Ciertamente, la idea matriz y aún la naturaleza esencial de la construcción europea es marcadamente económica (se ha dicho tantas veces que la Unión es un gigante económico y un enano político…). La manifestación más avanzada e ilustrativa de esta naturaleza ha sido la consecución de la unión económica y monetaria, aunque en el primer ámbito se debe hablar más propiamente de coordinación que de unión [29]. Precisamente, con motivo de la severa contracción económica se han puesto de manifiesto los costes de la no-Europa en esta vertiente: la necesidad de un tesoro (ministerio de hacienda) y presupuesto únicos. En el terreno específicamente mo-

las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, por lo que se refiere a determinadas disposiciones relativas a la gestión financiera (DOUE de 20.1.09).

[28] Dictamen del Consejo de 10.3.09 relativo a los programas de estabilidad actualizados de varios países, entre ellos España para el periodo 2008-2011. Este Dictamen establecía el plazo para reconducir el déficit español por debajo del 3% a fines de 2012. Pero en un Dictamen posterior, tomado a propuesta de la Comisión en noviembre de 2009, se reconocen los esfuerzos hechos en este sentido por el Gobierno español y se fija el nuevo plazo a fines de 2013. Aun así, el Reino de España queda apercibido para contener especialmente los gastos ocasionados por comunidades autónomas y ayuntamientos.

[29] Algún aspecto central de la política económica de los Estados sigue residiendo, sustancialmente, en manos de ellos, sólo sujeto a una tenue coordinación. Es el caso de la Seguridad Social. Véase el Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sectores de seguridad social. DOUE de 30.10.09.

netario, el proceso ha dado lugar a la implantación (de momento, entre 16 Estados) del euro como moneda única y la constitución de un Banco Central independiente, si bien en este punto conviene reseñar la reiterada petición francesa, secundada por España, de fortalecer el gobierno económico en la «eurozona», como contrapeso político al poder monetario ejercido por el BCE. Este Banco compone junto con los bancos centrales de los Estados miembros, cuya autonomía ha sido igualmente impuesta, el Sistema Europeo de Bancos Centrales.

Estatutariamente, el BCE tiene como prioridad la estabilidad de los precios. Se entiende, como ya se arguyó en 1999 a propósito de España, que su política monetaria no sea la más favorable para la coyuntura económica de un determinado país, dado que los Estados del «eurogrupo» pueden vivir situaciones disímiles. Con la Gran Recesión, desatada en 2008, la política del Banco se ha situado en el punto de mira y en el centro de muchas críticas (y elogios), tanto por su iniciativa de inyectar liquidez al sistema —poniendo en marcha la máquina del dinero— [30] como por su mayor circunspección, respecto a su homólogo estadounidense el FED, a la hora de bajar el tipo de interés del dinero. Desde el Gobierno español se ha insistido en que el objetivo esencial debería ser reactivar la economía, máxime cuando se ha conocido el fenómeno de la deflación. En esta dirección parece ir el precitado llamamiento de la Presidencia española de 2010, consistente en dotar a la Unión de un gobierno económico mucho más sólido: mediante el reforzamiento de los poderes y herramientas del Consejo de Ministros de la zona euro. Esta Presidencia, dadas las penurias económicas generales, es comprensible que centre en este campo gran parte de sus esfuerzos.

Con relación a la moneda única europea, España pierde ciertamente la disposición del instrumento monetario para manejar el curso de la economía, así como un símbolo de la soberanía nacional [31], al tiempo que vincu-

[30] Según datos de julio de 2009, la deuda contraída por las entidades españolas con el BCE se elevó en un 48,3% en el plazo de un año, alcanzando la cifra de 73.283 millones de euros.

[31] Se entiende, pues, esta despedida sentimental a la peseta en la Exposición de motivos de la Ley española sobre introducción del euro: «Es indudable que el Reino

la más su suerte a la de resto de Estados de la zona euro (por ejemplo, el gigantesco déficit griego nos afecta a los demás); en cambio, comparte una misma moneda llamada a ser fuerte, una moneda de reserva, a pesar de sus flaquezas iniciales, y quedan bajo mejor control los movimientos del mercado [32]. Con motivo de la profunda crisis económica se han avivado las voces, incluso provenientes de insignes economistas, favorables a una salida del euro, de modo que España recuperase su soberanía cambiaria, pudiera dejar depreciarse su moneda nacional y dinamizar así las exportaciones y la economía en general. Sin embargo, esta tesis ha sido refutada, razonablemente, desde otros sectores, preponderantes, de la clase económica y política del país [33]. En cualquier caso, sobre la cotización del euro también puede haber visiones e intereses disímiles entre los Estados miembros.

Las penurias económicas sufridas en los últimos tiempos, en términos generales, han mentalizado más sobre la interdependencia económica en que se sitúa el país y, en concreto, los determinantes y condicionantes económicos de nuestra pertenencia a la UE. Hemos hablado ya de las pautas presupuestarias, de la política comercial común, de una unión monetaria… Precisamente, la impotencia de la UE frente a la crisis le ha originado impopularidad entre los ciudadanos y ha hecho despertar a muchos del sueño europeo. Es indudable que la integración europea se ha construido, y sigue edificada, sobre unas bases fundamentalmente liberales, pese al acen-

---

de España y sus ciudadanos, que dan el impulso primordial a sus instituciones, tienen una acreditada vocación europeísta y que han promovido y acogido muy favorablemente tanto la unión monetaria como los demás avances de la construcción europea. Sin embargo, el saludo de bienvenida al euro no impide la evocación afectuosa de una moneda, la peseta, que ha dominado la vida económica española durante trescientos años, se ha introducido en la literatura y en los dichos populares y ha servido para cifrar el trabajo, los negocios, los impuestos y las ilusiones de muchas generaciones de españoles». Ley 46/1998, de 17 de diciembre. BOE de 18.12.98. Sobre la Unión Económica Monetaria en el contexto internacional, es indispensable consultar M. López Escudero: *El euro en el sistema monetario internacional*. Madrid, 2004.

[32] Puede consultarse, ya con carácter retroactivo, casi histórico, el número monográfico dedicado por el *ICE* a las consecuencias que entrañaba para España la consecución inminente de la tercera y última fase de la unión económica y monetaria.

[33] P. Isbell, F. Steinberg: «Mejor dentro del euro que fuera». *El País*. 5.2.09.

to social que se le ha querido imprimir en las últimas reformas. Con la adhesión a las Comunidades y a sus reformas y la pertenencia a un mercado único europeo, la economía española ha ido experimentando y acentuando un proceso de liberalización y de control exterior [34]. Bajo la presidencia de Aznar, incluso el Gobierno español intentó imprimir un sesgo aún más liberalizador a la economía española [35]. El sello más característico de esta filosofía se encuentra en la llamada Estrategia de Lisboa, diseñada por el Consejo Europeo de marzo de 2000 con la iniciativa y el apoyo del Gobierno español. Se trata de una agenda de reformas llamada a convertir a la Unión en 2010 en la «economía basada en el conocimiento más competitiva del mundo». Su formulación no está articulada jurídicamente de acuerdo con el Derecho comunitario, pero requiere un ejercicio de coordinación de las políticas nacionales [36]. Es evidente que las trabas burocráticas y políticas, así como la contracción económica, han hecho fracasar parcialmente, en todo caso posponer, este plan de reformas. En todo caso, España, en virtud de esta Estrategia ha tenido que hacer ejercicios —«sin precedentes en la historia de la política económica de nuestro país»— de rendición de cuentas sobre los indicadores y objetivos principales de su economía y ha cubierto algunos de los ejes centrales de la Estrategia [37]. Añadamos que la Estrategia de Lisboa sigue presente y ha sido retomada por el Gobierno español en su programa presidencial del Consejo de la UE, con vistas a relanzar sus objetivos, esta vez para 2020.

Obviamente el objetivo primigenio y aún hoy la principal seña de identidad de la construcción europea es el mercado interior, que «implicará un

[34] Puede verse sobre este proceso histórico J. ESTEFANÍA: *La larga marcha*. Madrid, 2007.

[35] F. GRANELL. «Europe's Evolving Economic Identitty: Spain's Role». *Mediterranean Politics*. Vol. 5. Summer-2000, pp. 63-75.

[36] Sobre el origen, evolución, procedimientos y contenidos de la Estrategia de Lisboa, cfr. M. ROBLES CARRILLO: «La reactivación de la estrategia de Lisboa». *REDE*. Vol. 16. Oct-dic 2005, pp. 497-546.

[37] C. MULAS-GRANADOS: «La actualización del Programa Nacional de Reformas para alcanzar los objetivos de la Estrategia de Lisboa: ¿Cumple España con Europa?». *ARI*. núm. 38. Dic-06. pp. 9 y ss.

espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados» [38]. Este espacio está sustentado en el principio medular de la no discriminación por razón de la nacionalidad. En este mercado único se desarrolla aproximadamente dos tercios del comercio español, de manera que la crisis ajena, especialmente de nuestros dos principales clientes —Alemania y Francia—, sólo puede perjudicar las posibilidades de reanimación de la economía nacional, así como los primeros «brotes verdes» en esas economías sólo pueden favorecer esas posibilidades [39]. La consecución del mercado interior entraña, pues, una liberalización de la economía y las fronteras españolas, pero la UE pretende al mismo tiempo una «economía social de mercado», de manera que no es justo acusarla de practicar políticas antisociales [40].

En este orden de ideas, la directiva «servicios» supone el más formidable esfuerzo de transposición y adaptación jurídica del derecho estatal provocado por una directiva comunitaria; en palabras del entonces Vicepresidente económico del Gobierno español, Pedro Solbes, «un cambio cultural y conceptual» de los servicios en España, sector que supone dos tercios de la riqueza y del empleo nacionales. Para el 31 de diciembre de 2009 el Estado estaba obligado a adoptar, modificar o derogar alrededor de 7.000 normas, entre estatales, autonómicas y locales, teniendo en cuenta que el propósito inicial es ir más allá de la mera obligación comunitaria y utilizar la nueva normativa como una palanca más de dinamización y competitividad de la economía española. Así, la llamada Ley «Ómnibus» ha acarreado la modificación de cuarenta y siete leyes estatales en las siguientes áreas: ad-

[38] Art. 26.2 del TFUE establecido por el tratado de Lisboa.

[39] Puede verse como referencia la Resolución de 27.1.09, de la Presidencia de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para la elaboración de las estadísticas de intercambios de bienes entre Estados miembros (sistema Intrastat). BOE de 11.2.09. Asimismo, la Orden EHA/3422/2009, de 4 de diciembre, por la que se fijan umbrales relativos a las estadísticas de intercambios de bienes entre Estados miembros de la UE para el año 2010. BOE de 21.12.09.

[40] Sobre este género de cuestiones, puede verse G. Maestro Buelga: «El Tratado de Lisboa y la Constitución económica». *ReDCE*. núm. 9. 2008. pp. 37-68.

ministración pública, consumo, servicios profesionales, empleo, servicios industriales y construcción, energía, transporte y comunicaciones, medioambiente, agricultura y sanidad [41]. Si se cumplen las previsiones del Gobierno —creación de 200.000 empleos e incremento del PIB en un 1,2%— la directiva y la liberalización que conlleva y que añade el Gobierno habrán merecido la pena, y hasta habrá que preguntarse por qué tanto retraso en adoptarse tal directiva y en su transposición en España. Aun así, distintos colectivos e instancias, como la Comisión Nacional de la Competencia, han lamentado que los textos definitivos hayan quedado por detrás de la directiva en cuanto a la liberalización de la sector. Sin embargo, no soslayemos los perjuicios que a determinados sectores va a ocasionar el nuevo régimen jurídico. Es indudable que este proceso debe delimitar la apropiada responsabilidad de los Gobiernos nacional y autonómicos y, correlativamente, acentuar la imputación política a la Unión Europea, cuando corresponda, de las decisiones que nos afectan (para bien o para mal).

Evidentemente, a pesar de su consagración en el derecho originario, el objetivo del espacio económico unificado no es todavía una realidad y, de hecho, se ve distorsionado también por la Gran Recesión, que agudiza las tendencias proteccionistas. En general, España no es un virtuoso cumplidor de la normativa referente al mercado único ni del Derecho comunitario, en general. Las denuncias y condenas judiciales en materia de medioambiente son especialmente numerosas y preocupantes, y también en aspectos más concretos, como los relativos a la contratación administrativa [42]. Otro dato: a finales de 2007, España era el Estado de la Unión

[41] Se trata de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. BOE de 23.12.09. Con anterioridad, había sido ya promulgada, también con vistas a la transposición de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. BOE de 24.11.09. Según se ha señalado, la Directiva comporta igualmente una ingente reforma normativa en el plano subestatal. Véase a tal efecto la Ley 7/2009, de 17 de diciembre, adoptada en la Comunidad de Castilla-La Mancha, también para su adaptación a la referida Directiva.

[42] Puede verse el artículo crítico de J.E. Soriano en el diario *El Economista*, de 29.4.09, con el título «Contratos y sector público». La nueva Ley 30/2007, de 30

con más ayudas estatales ilegales pendientes de recuperación, un total de 15, el 30% del total en la UE.

El episodio más trascendente políticamente de infracción de las normas del mercado interior, en concreto de la libertad de establecimiento y de circulación de capitales, ha girado en torno a la política de energía, de electricidad más en particular. Si bien el «caso Endesa» ha sido el más noticiable, conviene significar primero que España ya fue condenada por el TJCE en 2006 y 2007 por no haber transpuesto a tiempo las directivas de liberalización del mercado del gas y de la electricidad, respectivamente. Por otra parte, la llamada «Ley Rato» (por el nombre del entonces Vicepresidente económico del Gobierno), adoptada originariamente en 1999, mereció la declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario por el TJCE, en Sentencia dictada el 13 de mayo de 2003 [43]. La normativa española, en efecto, vulneraba la libre circulación de capitales al establecer limitaciones (la llamada «acción de oro») a la entrada de empresas públicas en las compañías españolas del sector de la energía. Ulteriormente, el TJCE, al considerar insuficientes las modificaciones introducidas por España, condena a España mediante Sentencia de 14.2.08. Finalmente, el Gobierno español, mediante RD aprobado el 29 de abril de 2009, deroga definitivamente la desautorizada ley.

Evidentemente, este estado de cosas gravitó en torno al largo y proceloso expediente sobre la venta de Endesa, que ha dado lugar a hasta tres sentencias de la justicia comunitaria. La primera, dictada por el Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General), confirmaba el criterio de la

---

de octubre, de Contratos de Sector Público, fue adoptada al objeto expreso de adaptar la normativa española a la normativa comunitaria europea. El desarrollo reglamentario parcial de esta Ley se llevó a cabo mediante el RD 817/2009, de 8 de mayo, BOE de 15.5.09. Sin embargo, la Comisión sigue apreciando en el régimen jurídico español de contratación pública una vulneración de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia, por lo que ha decidido demandar al Reino de España ante el TJUE.

[43] Cfr. M. Urrea Corres: «El régimen de autorizaciones administrativas previas en las empresas privatizadas (Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de mayo de 2003, Asunto C-463-00, Comisión c. España)». *RDCE*. 2003. vol. 15. pp. 683-697.

Comisión de que la primitiva OPA de Gas Natural sobre Endesa (dos empresas españolas) carecía de dimensión comunitaria [44]. En la segunda sentencia, ésta dictada por el TJCE, se concluye que España infringió el derecho comunitario al no retirar las condiciones impuestas para la adquisición de Endesa por parte de la empresa alemana E.ON [45]. Finalmente, el TJCE vuelve a constatar, mediante sentencia de 17 de julio de 2008, el incumplimiento de España al someter a la autorización previa de la Comisión Nacional de la Energía la adquisición de participaciones en empresas del sector de la energía [46]. Las tribulaciones españolas con la justicia comunitaria a propósito de la energía parece que continúan, pues España ya ha recibido una carta de emplazamiento, lo mismo que muchos otros Estados miembros, por parte de la Comisión por el incumplimiento de los reglamentos comunitarios acerca de los intercambios transfronterizos de gas y electricidad (lo que constituye el segundo paquete de liberalización adoptado en 2003). En fin, el resultado provisional de esta saga judicial y política (con indudables rasgos de «high politics» al enfrentar a Gobiernos nacionales y al Gobierno español con el primer partido de la oposición) ha sido que la compañía pública italiana Enel se ha hecho con el 92% de Endesa, después de que la fórmula auspiciada por el Gobierno español de la titularidad conjunta entre esta empresa y la constructora española Acciona se disolviera, al vender la promotora su participación a la eléctrica italiana tras la crisis económica (y particularmente inmobiliaria). Por tanto, estas ope-

[44] P. Goicoechea, L. Ortiz Blanco: «TPI - Sentencia de 14.7.06. Endesa c. Comisión. T-417/05. El TPI confirma que la OPA de Gas natural sobre Endesa carece de dimensión comunitaria». *RDCE*. 2006. pp. 1003-1015.

[45] Sentencia de 6.3.08. C-196/07. Com. c. España. El incumplimiento se constata pese a que la operación de concentración había sido abandonada con fecha de 10.4.07, tras las trabas impuestas por el Gobierno español, que provocaron el malestar del Gobierno alemán, pues la situación se aprecia en el momento en que expira el plazo dado por la Comisión a España en su dictamen motivado.

[46] As. C-207/07. Com. c. España. El Tribunal vuelve a establecer la violación en este caso de la libertad de establecimiento y de circulación de capitales, y considera que el argumento de la seguridad pública argüido por el Reino de España para justificar el nuevo régimen jurídico, concebido para cerrar el paso a E.On, no resulta suficiente para exceptuar en este caso las libertades propias del mercado interior.

raciones se han saldado con un fracaso económico, político y jurídico para España, que ha perdido la oportunidad de crear un «campeón nacional de la energía» y ha suscitado con sus maniobras dirigistas y obstruccionistas la desconfianza en el funcionamiento del mercado interior y entre los inversores extranjeros.

Como no podía ser de otra manera, las reglas del mercado interior, en cambio, favorecen en otras ocasiones las aspiraciones españolas; así, cuando la Comisión autorizó el 16 de septiembre de 2008 la adquisición de Alliance & Leicester por el Banco Santander, que ya había comprado, con la autorización de la Comisión en 2004, el Abbey National, estimando en ambos casos que la operación no obstaculizaría de manera significativa la competencia efectiva en el Espacio Económico Europeo (al que pertenecen, además de los 27 Estados de la UE, Islandia, Noruega y Liechtenstein), aunque la fuerte implantación del banco español en el Reino Unido ha suscitado recelos nacionalistas en las islas británicas. En otros supuestos, los intereses españoles han tropezado con el proteccionismo opuesto por otros países comunitarios: fue el caso de la abortada compra, pactada por las dos empresas y desistida en 2006, de la sociedad italiana Autostrade por parte del concesionario de autovías español Abertis, después de que el Gobierno italiano entorpeciera la operación con tretas políticas y administrativas. Estas operaciones confirman el espíritu inversor de empresas españolas en el mercado único. Este espíritu ha estado animado, desde luego, por el Estado al dispensar un trato fiscal privilegiado y excepcional, ahora denunciado por la Comisión como constitutivo posiblemente de ayudas ilegales de Estado, a las empresas nacionales que adquieran compañías foráneas. Evidentemente, la internacionalización (particularmente, europeización) de la actividad económica provoca que los intereses españoles estén de por medio en asuntos aparentemente ajenos. Así se entiende que Telefónica —ella misma fuertemente multada por la Comisión en 2007 con 152 millones de euros por abuso de posición dominante [47]— estuviera interesada y afectada en la condena judicial por el mismo motivo contra France

[47] La Decisión sobre la multa está fechada el 5.7.07 y está motivada por su política de precios mayoristas en el mercado de ADSL. Este abuso —se sostiene— ha dañado a los consumidores españoles y a la economía española y europea. Es intere-

Télécom, hecha por el Tribunal de Primera Instancia y confirmada en casación el 2 de abril de 2009 por el TJCE [48].

Íntimamente vinculada a la consecución del mercado interior está la política comunitaria de libre competencia, cuya supervisión corresponde a la Comisión, institución que, por tanto, vigila la observancia de una competencia leal en y entre las empresas y en el plano estatal. Pues bien, este ámbito también ha experimentado una importante renovación normativa con la promulgación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que «parte —según palabras de su Exposición de Motivos— de la experiencia adquirida en los últimos quince años mediante la aplicación de las normas nacionales y comunitarias» en este sector, y que pretende alinearse, en concreto, con el Reglamento (CE) 139/2004, sobre el control de concentraciones entre empresas y, sobre todo, con el Reglamento (CE) 1/2003, en la modernización de la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia [49]. En términos generales, se trata de establecer el tamaño y el comportamiento óptimos del sector empresarial; ese objetivo explica también la fusión operada entre Iberia y British Airways. Como se

---

sante añadir que Telefónica se atuvo a las normas nacionales fijadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, circunstancia que no la eximía de responsabilidad, dada la primacía de que disfruta el Derecho comunitario.

[48] De la misma forma, Iberdrola se ha visto perjudicada por la Sentencia dictada el 15.12.09 por el Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-156/04. En esta resolución se anula la Decisión de la Comisión, apoyada por Iberdrola, que declaraba incompatible con el mercado único una ventaja fiscal de la que se beneficiaba en Francia EDF desde 1997.

[49] BOE de 4.7.2007. La Comisión Europea, en su Libro Verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, había denunciado que las legislaciones nacionales de los veinticinco Estados miembros de entonces se encontraban en un «estado de total subdesarrollo». Véase S. Santos Lorenzo, P. Turner-Kerr: «¿En estado de total subdesarrollo? La aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España». *GJ* núm. 245. 2006. pp. 42-56. La Ley anterior española en la materia era la 16/1989, de 17 de julio. Un desarrollo de la nueva Ley de 2007 se contiene en el RD 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia.

ha dicho, empresas españolas han sido objeto de fuertes sanciones económicas por parte de la Comisión Europea por contravenir la libre competencia [50], o bien el Estado español ha sido obligado a restituir ayudas indebidamente otorgadas o consentidas, como sucede ahora con las medidas tomadas en 2000 por el Gobierno español a favor del sector agrícola, sacudido por el alza del coste del carburante. Tal es el caso asimismo, muy significativo políticamente, de las ventajas fiscales concedidas por entidades territoriales del País Vasco, consistentes en concreto en la reducción de la base imponible del impuesto de sociedades (las llamadas «Vacaciones fiscales»). Aunque su misma existencia ha sido convalidada por la justicia comunitaria, las sentencias dictadas por el TPI el 9 de septiembre de 2009 confirman que el reconocimiento de la autonomía fiscal de las haciendas forales, reconocida y amparada por la Constitución española, no exime a estas entidades de respetar la normativa europea atinente a las ayudas de Estado. En consecuencia, se ordena restituir las ayudas abonadas [51]. No causa extrañeza que ante la conflictividad judicial, también la de orden interno suscitada por las comunidades limítrofes, se pretenda ahora blindar el Concierto Económico vasco, que fija las relaciones tributarias y financieras entre la administración de Euskadi y la estatal española [52].

Se constata, pues, que la política y el sistema jurídico españoles se encuentran fuertemente condicionados o determinados por el ordenamiento jurídico de la UE, de manera que la soberanía española, aunque formalmente íntegra, se ve limitada o compartida sustancialmente en lo tocante a la economía, también en lo que hace a las relaciones bilaterales con otros

[50] Éste fue también el caso de la multa impuesta a Repsol y Cepsa, el 3 de octubre de 2007, por valor de 164 millones de euros por concertar los precios del asfalto.

[51] Se trata de tres sentencias que resuelven recursos presentados por los territorios históricos de las tres provincias vascongadas y por el propio Gobierno vasco.

[52] Efectivamente, la normativa autonómica ha de acomodarse al régimen europeo de ayudas públicas. Puede verse, como ejemplo, el Decreto 432/2009, de 11 de diciembre, por el que se regulan las ayudas regionales a la inversión y al empleo en la Comunidad Autónoma de Galicia en aplicación del Reglamento (CE) 800/2008, de la Comisión, de 6 de agosto, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del tratadote. *Diario oficial de Galicia* de 14.12.09.

Estados miembros [53]. Evidentemente, junto a problemas económicos compartidos con sus socios, como es el caso de la deuda pública, la economía española encierra algunos hechos diferenciales, especialmente la alta tasa de desempleo. Sin embargo, no olvidemos que la pertenencia a la Unión ha supuesto el más formidable factor de modernidad en nuestro país, aunque sólo fuera porque España ha sido el destino de «la mayor operación de solidaridad financiera de la historia». «Este récord español —se ha escrito— representa una cifra tres veces superior a lo que supuso el Plan Marshall para todos los Estados beneficiados tras la II Guerra Mundial» [54]. De manera que España llegó tarde a Europa, pero en muy buena hora. Este balance justamente exultante no desconoce, por supuesto, que algunos sectores productivos hayan resultado perjudicados y quejosos o que se pueda fundadamente debatir si tal o cual capítulo del Acta de Adhesión estuvo bien o mal negociado, o bien si alguna política en particular ha salido mejor o peor parada con la gestión comunitaria de ella en comparación con la gestión estatal precedente [55]. A continuación, sin abandonar del todo el pa-

[53] Es indudable, en efecto, que la cooperación con determinados países de la UE, sobre todo los más próximos, se ha acrecentado a consecuencia también del «factor comunitario». Creo que puede servir de ilustración el Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre el mantenimiento recíproco de reservas de crudo y productos del petróleo, hecho el 8.3.07. BOE de 16.7.08. Este tratado hay que enmarcarlo en la embrionaria y fragmentaria política energética común.

[54] J.L. González Vallvé, M. Á. Benedicto Solsona: *La mayor operación de solidaridad de la Historia. Crónica de la política regional de la UE en España*. Luxemburgo, 2006. La última frase entrecomillada corresponde a la página 9 del libro.

[55] En este orden de ideas es interesante referir la jurisprudencia del TS que deniega que el Estado haya contraído responsabilidad patrimonial a causa de la adhesión a las Comunidades Europeas y del establecimiento del mercado interior. Tal reclamación fue singularmente efectuada por los Agentes de Aduana. Cfr., por ejemplo, la STS (Sala 3.ª) de 18.9.97. También en el orden europeo se ha rechazado la responsabilidad extracontractual por este motivo. Véase la Sentencia del TPI de 15.6.00. As. T-614/97. Aduanas Pujol Rubio S.A. y otros c. Consejo. En el plano normativo, y últimamente, véase el RD 1513/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social por los trabajadores de agencias de aduanas que resultaron afectados por la incorporación de España al Mercado Único Europeo. BOE de 22.10.09.

norama económico, haré unas reflexiones más generales y político-jurídicas acerca de la repercusión que tiene la construcción europea en la soberanía, formalmente conservada e íntegra, del Reino de España.

3. LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y LA SOBERANÍA ESTATAL MÁS ALLÁ DEL ÁMBITO ECONÓMICO

Es indudable que la integración europea testimonia mejor que cualquier otra cosa la extraversión que afronta el Estado español, la fuerza centrífuga de carácter supranacional que coexiste con otra de signo inverso: la descentralización política interna. Precisamente, las Comunidades Autónomas aspiran, razonablemente, a implicarse en el proceso de construcción europea al objeto de que este proceso no desvirtúe el Estado de las autonomías.

No es casual, pues, que en ambos planos —el interno y el europeo— se abogue, desde algunas instancias políticas y doctrinales, por el modelo federal como el más idóneo para la redefinición «ad intra» y «ad extra» del Estado. De momento, el término «federalismo» queda desterrado en ambos órdenes, si bien en algunas políticas o instancias comunitarias, como la ciudadanía de la Unión [56] o la unión monetaria [57], o bien el sistema judicial [58], se ha advertido un germen federalizante.

[56] D. J. Liñán Nogueras: «La ciudadanía de la Unión». *GJ de la CE*. D-17, 1992. p. 73. Honradamente, el mismo autor, al referirse recientemente a la evolución de este estatuto, complementario y no sustitutivo de la condición de nacional de un Estado, se ha referido a esta figura en los siguientes términos: «este estatuto que define los derechos del ciudadano de la Unión Europea, y al que algunos le supusimos un potencial federador sin parangón, ha mostrado una importante lentitud en su implantación y un carácter problemático en su desarrollo, ha acusado la falta de autonomía y ha resultado especialmente estático». D. J. Liñán Nogueras: «Superar la crisis institucional profundizando en la integración europea: cuatro propuestas». En G. C. Rodríguez Iglesias, C. T. Powell y J. I. Torreblanca (coord.): Título del libro. Junio-07.

[57] A. Olesti Rayo: «El proceso de integración europea, la Unión Monetaria y la soberanía de los Estados miembros». *GJ de la CE*. D-28. 1997. pp. 137-185.

[58] D. Sarmiento: *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo judicial para la Unión*. Madrid, 2004.

Tampoco causa extrañeza que conviva en el orden autonómico y en el europeo otro género de planteamientos análogos, como sucede con el reparto y emplazamiento de los inmigrantes irregulares o, más claramente, con el sistema de financiación. En el ámbito europeo, España ha sido tradicionalmente el principal beneficiario neto de sus recursos. En el Marco financiero plurianual 2007-2013, aún mantiene esta condición, aunque lógicamente en mucha menor medida que antaño, a consecuencia de la ampliación de la UE hacia países mucho más menesterosos, del propio crecimiento continuado durante quince años de España por encima de la media europea y del mantenimiento de similares recursos (que apenas si sobrepasan, como tope, el 1% del PNB de los Estados miembros) [59]. Será muy difícil, en cambio, que para las nuevas perspectivas financieras (2014-2020) se mantenga como beneficiario neto [60]. En todo caso, España aboga por fortalecer las finanzas europeas, principalmente dedicadas todavía a dos conceptos que le son favorables: la PAC y la cohesión económica y social. Añadamos que esas finanzas europeas dependen, a su vez, del nivel económico y sistema impositivo de cada Estado miembro, pues un porcentaje,

[59] Cfr. M. Espasa Queralt: «Les perspectives financeres de la Unió Europea 2007-2013: Conseqüències per a Espanya i Catalunya». *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*. 2006-3. Pp. 187-222. De hecho, el presupuesto de 2008 arrojó un ligero excedente de ingresos respecto a los gastos, —estimado en 1,79 millares de euros— sobre un presupuesto total de 115,771 millares de euros. Este excedente fue restituido a los Estados, correspondiéndole a España la cantidad de 153,2 millones.

[60] En efecto, relacionado con las vicisitudes vividas por el modelo de financiación estatal, la reducción del grifo europeo, estimado en 24.500 millones de euros respecto al septenio anterior, ha abierto otro frente entre el Estado y sus Comunidades Autónomas para compensar esta merma de ayudas, en especial en lo tocante a las infraestructuras. En este orden de ideas, Francia desplazó en 2006 a España como primer receptor de los fondos europeos, si bien el país vecino mantiene su condición de contribuyente neto. Como referencia normativa reciente, puede citarse la Orden TIN/2965/2008, de 14 de octubre, por la que se determinan los gastos subvencionables por el Fondo Social Europeo durante el periodo de programación de 2007-2013. BOE de 18.10.08. Esta orden es el resultado de lo preceptuado en el art. 56,4 del Reglamento (CE) núm. 1083/2006: las normas sobre subvencionalidad del gasto se establecen a escala nacional. La normativa anterior, en cambio, disponía unas reglas de subvencionalidad comunes a todos los Estados miembros.

pequeño, del PNB y de la recaudación en concepto de IVA va a parar a las arcas comunitarias. Por lo que hace a los recursos, España es partidaria de reducir el porcentaje destinado por el IVA e incrementar el relacionado con el PNB, así como de eliminar el llamado «cheque británico» (la compensación obtenida por el Reino Unido desde los años 80 por su condición de contribuyente neto a las finanzas europeas).

Precisamente, se tiende en los últimos años a valorar nuestra europeidad en términos fundamentalmente económicos, postergando, injustamente, el calado político e histórico que ha supuesto nuestra adhesión al proceso de construcción europea. Es evidente que el acervo comunitario europeo contiene disposiciones, de diversa profundidad y ambición, concernientes a competencias regalianas del Estado, tales como la política exterior o la migratoria (esta última incentivada por España en su comunitarización). Ambos órdenes, por cierto, al igual que sucede con la política monetaria, quedan reservados a la competencia exclusiva del Estado en la Constitución de 1978 (aunque hay una perceptible tendencia hacia la asunción de facultades en el ámbito migratorio por parte de las Comunidades Autónomas). Algunas resoluciones de la justicia comunitaria, por su parte, han entrañado importantes consecuencias para nuestros principios jurídicos en materias no económicas. Por ejemplo, la Sentencia «García Avello», pronunciada el 2 de octubre de 2003, elimina la condición de «orden público» que ha acompañado siempre al sistema español de doble apellido, de modo que un ciudadano español podrá ostentar un único apellido si es hijo de padres de distinta nacionalidad [61]. No pasemos por alto tampoco un fenómeno ajeno formalmente al Derecho europeo, pero derivado de la interdependencia y de las sinergias entre sus Estados miembros: la influencia que la regulación jurídica en «países de nuestro entorno» puede ejercer en de-

[61] A. Quiñones Escámez: «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? A propósito de las Sentencias del TJCE, asuntos K.B. y García Avello). *RDCE*. 2004. Vol. 18. pp. 507-529. De esta manera se incide en el artículo 9.9 del Código Civil y se respalda el derecho de los binacionales a elegir su apellido de acuerdo con la ley y costumbre de un Estado miembro en el que nunca han residido.

terminados sectores de nuestro ordenamiento jurídico interno. Tal cosa ha sido muy visible en relación con la reforma de la «ley del aborto».

Debe aclararse que, aun con la desaparición de los pilares y la plena absorción de la Comunidad Europea por la UE, fenómenos ocasionados por el Tratado de Lisboa, en la Unión conviven y se entremezclan fórmulas digamos de integración supranacional con otras más próximas a la cooperación intergubernamental clásica. Así sigue ocurriendo en materia de política exterior, a pesar de la mencionada supresión de pilares, el reforzamiento institucional y la concentración de la normativa internacional en torno a un solo título. Naturalmente, el ámbito económico, propio hasta ahora de la CE, y el ámbito político, asignado formalmente a la PESC, no han sido nunca compartimentos estancos, impermeables y perfectamente acotados.

Es evidente que los logros del Derecho comunitario son muy valiosos y sin parangón en el ordenamiento propiamente internacional. Justamente, a fin de remarcar esa identidad singular se han acuñado conceptos de sentido ambiguo como «supranacionalidad» o «derecho de la integración». Es indiscutible que España, al participar de este proceso, cede al medio exterior muchas más atribuciones que el resto de Estados de la comunidad internacional no miembros, ni estrechamente asociados a la UE. Se ha llegado a decir que el europeísmo es el gran proyecto nacional de este siglo y que ha de ser entendido como una refundación de España [62]. La refundación de Europa acometida por la Constitución europea, por su parte, ha quedado prolongada, pero descafeinada, en el Tratado de Lisboa, signo de la Europa de los Estados todavía predominante; en ellos reside aún el poder constituyente y el instrumento originario y reformador de la construcción europea sigue siendo el tratado internacional. En el marco de una conferencia pronunciada en 2002, el entonces Presidente José María Aznar se refirió en estos términos a la construcción europea: «La Unión Europea es y deberá seguir siendo una unión de Estados nacionales, que tienen personalidades distintas, historias distintas y culturas diferentes (…), dispuestos a

[62] J.M. Beneyto: *Tragedia y razón. Europa en el pensamiento español del siglo XX*. Madrid, 1999. p. 13.

ampliar y perfeccionar su integración» [63]. Los gobiernos socialistas, sobre todo los presididos por Felipe González, están considerados como más europeístas que los encabezados por Aznar. El Presidente Rodríguez Zapatero no ha escatimado declaraciones públicas de apoyo a la UE y defensa de una unión política europea, aunque la práctica es más matizada en cuanto al verdadero europeísmo. Así, en un reseñable discurso sobre la política exterior española, se expresó en estos términos: «Hoy es el mundo el que necesita una Europa más fuerte. Y hay que decirlo claro: esa Europa fuerte, esa Europa capaz de tomar decisiones con eficacia y de pesar en el mundo, debe ser una Europa integrada, donde se renuncie al derecho de veto y se admita que unas instituciones, que no funcionarán sobre la base de una representación nacional, podrán tomar decisiones importantes (…). Queremos estar desde ahora mismo con los que más creen en Europa y quieren hacer avanzar el proyecto de unión política, hacia una Europa fuerte y flexible, que preserve la solidaridad comunitaria» [64].

Lo cierto es que la soberanía estatal se ve, incontestablemente, remodelada, tanto «ad intra» como «ad extra», donde la UE aspira a ejercer un «soft power». Se impone en este punto corregir la separación tradicional y frontal entre el Estado, como sujeto omnipotente de las relaciones jurídicas internacionales, y la organización internacional, dotada de facultades funcionales de atribución y mera coordinación. Sin embargo, estoy persuadido de que el protagonismo estatal en la construcción europea sigue siendo la mejor guía para desentrañar este fenómeno, cuyo horizonte último, es verdad, se desconoce y que ni siquiera apunta inexorablemente hacia una integración creciente y uniforme. Es decir, la soberanía formal, en algunos casos varias veces centenaria, no es cuestionada seriamente de

[63] Conferencia pronunciada el 20.5.02 en el St. Anthony's College de la Universidad de Oxford. Reproducida en «Actividades, textos y documentos de la política exterior española». 2002-I. p. 201.

[64] Extractos de su discurso «En interés de España: una política exterior comprometida», reproducido en el ARI de julio-08. núm. 55. pp. 4-12. Asimismo, es interesante su intervención ante el pleno del Parlamento Europeo el 28.11.07, que fue saludada en general por los diputados a causa del compromiso europeo que emanaba.

momento, ni hay clamor popular ni estatal para ello, desde luego [65]. El mismo Tratado de Lisboa, que profundiza, agiliza y democratiza la integración en muchas vertientes, no enerva esencialmente este estado de cosas; en algún caso, incluso lo refuerza, por ejemplo cuando consagra por primera vez en el derecho primario el derecho de retirada. Este derecho no empece, por supuesto, que el abandono o desmantelamiento de este proyecto de concordia y progreso supusiera —y a la vez fuera la consecuencia de— un cataclismo político para España.

La preponderancia del interés nacional en la Unión Europea se aprecia asimismo en el caso de España, país catalogado habitualmente de europeísta. Esta condición, sin embargo, se practica de forma fundamentalmente selectiva, oscilante e interesada, y ha decaído algo en la clase política y más aún en la ciudadanía [66]. En otro informe del Real Instituto Elcano se aprecian tres motivos de división y erosión en las bases europeístas de España: la divergencia entre las élites y los ciudadanos; el eje ideológico izquierda-derecha; y la cuestión territorial [67].

[65] Sobre el carácter predominante internacional del Tratado de Ámsterdam, de 1997, J. ROLDÁN BARBERO: «Las bases estatales del Tratado de Ámsterdam». En J.M. de Faramiñán Gilbert (Coord.): *Reflexiones en torno al Tratado de Ámsterdam y el futuro de la Unión Europea*. Granada, 2000. Pp. 49-68. Un planteamiento más actual, del mismo autor, en «Soberanía del Estado y Derecho de la Unión Europea». En *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al prof. J.A. Carrillo Salcedo*. Universidad de Sevilla, 2005. Pp. 1215-1232. F. BALAGUER CALLEJÓN, por su parte, ha señalado expresivamente que «el proceso de integración ha sido hasta ahora una manifestación evidente de la fortaleza del Estado nacional. El proceso de integración no ha supuesto una merma de la soberanía del Estado sino que ha hecho posible un reforzamiento de la soberanía del Estado». En «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea». *ReDCE*. Núm. 7. 2007. p. 335.

[66] Los resultados arrojados por el referéndum celebrado el 20.2.05 en torno al Tratado Constitucional europeo ilustran esta vocación, pero no fervor, europeísta. La participación fue sólo del 42,32%, si bien entre los votantes predominó ampliamente el Sí (un 76,73 %). Puede verse al respecto G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, J. I. TORREBLANCA: «El futuro de la Constitución Europea: opciones para España». *Estudios del Real Instituto Elcano*. Enero-07. En particular, pp. 38 y ss.

[67] Ch. POWELL, J. I. TORREBLANCA, A. SORROZA: «Construir Europa desde España: los nuevos desafíos de la política europea». *Informe de 2005*.

Veamos algunos casos de este europeísmo preponderante, pero errático. Así, en materia de turismo, tras oponerse al principio a su regulación comunitaria, ha terminado siendo defensora de que la UE ejerza esta competencia, si bien con carácter complementario. Detrás, por ejemplo, del apoyo del Gobierno socialista, y los eurodiputados socialistas españoles, a la candidatura digamos de «centro-derecha» de Barroso para repetir como Presidente de la Comisión en 2009 o del apoyo incondicional a la adhesión de Turquía parecen esconderse más intereses nacionales, o acaso de partido, que propiamente comunitarios. Desde luego, entre el pueblo español se ha perdido gran parte de ese entusiasmo primigenio por la integración europea [68], como han confirmado las elecciones europeas celebradas el 7 de junio de 2009, que han contado sólo con un 45% de participación. Por otra parte, la postura española responde a la de su Gobierno básicamente, y no tiene por qué identificarse con el interés «general» de los ciudadanos y consumidores españoles, y sí con el de un gremio o un territorio en concreto, como puede ocurrir, según algún punto de vista, cuando se retrasa la elaboración o aplicación de la normativa tendente a liberalizar un sector [69]. En este orden de cosas, el empecinamiento del Gobierno de Aznar por mantener la formación de la mayoría cualificada establecida por el Tratado de Niza en el Tratado constitucional europeo se puede interpretar, bien como una defensa heroica del interés nacional, bien como una posición obstruccionista y, a la postre, contraproducente. Por el contrario, recién tomada posesión de la Presidencia, Rodríguez Zapatero admitió, acaso con precipitación, la regla de la doble mayoría de ciudadanos y Estados para reunir la mayoría cualificada. Precisamente, fue Polonia la que defendió, en interés propio e indirectamente en interés español, la prolonga-

[68] Véase J. ROLDÁN BARBERO: «Enamorarse de la Unión Europea». *Ideal*. 24.6.08.

[69] En efecto, aun antes de llegar al Gobierno en 1996, desde el Partido Popular se había anunciado que no se iba a defender a ultranza la integración europea como había ocurrido durante el «felipismo». Cfr. R. ARIAS-SALGADO: «La política europea de España y la Conferencia Intergubernamental de 1996». *Pol. Ext.* núm. 47. 1995. pp. 38-46. Sobre la cambiante posición española al respecto a fines del siglo pasado, E. BARBÉ: *La política europea de España*. Madrid, 1999.

ción hasta 2014, incluso hasta 2017, de las reglas de Niza en el nuevo Tratado de Lisboa. Es evidentemente que en la Unión funciona el «quid pro quo» o, dicho en lenguaje más castizo, el «hoy por mí mañana por ti» o, si se quiere, el «arrieros somos…».

Al Estado le conviene, por interés propio —por patriotismo rectamente entendido—, vigorizar la integración europea en muchos terrenos, contribuir a «hacer más y mejor Europa», como rezaba el eslogan de la Presidencia española del Consejo durante el primer semestre de 2002. Lo acabamos de comprobar con las finanzas de la Unión, inclusión hecha de la protección de los intereses financieros de la UE, que España debe alentar como factor de legitimidad de sus propias vindicaciones en este campo [70]. Lo mismo podríamos decir en otro ámbitos, como el reforzamiento del espacio de libertad, seguridad y justicia (España fue la promotora del Consejo Europeo extraordinario y monográfico celebrado en Tampere en octubre de 1999, la lucha antiterrorista fue la principal divisa de su Presidencia del Consejo en el primer semestre de 2002, ha sido impulsora y adelantada en la aprobación e implantación de la orden europea de detención

[70] Sobre este tema, tan importante para fortalecer las aspiraciones españolas a un mejor tratamiento financiero futuro, véase J.M. TERRADILLOS BASOCO (coord.): *La protección de los intereses financieros en la Comunidad Europea*. Madrid, 2008. Especial resonancia, extendida al duelo entre las dos principales formaciones políticas, ha adquirido el «caso del lino», consistente en un fraude generalizado en las subvenciones cobradas por el falso cultivo de este producto en los últimos años del siglo XX. A tal efecto, el Tribunal de Primera Instancia confirmó el 1.7.09 la multa impuesta en su día impuesta en 2005 por la Comisión, cifrada en 129 millones de euros, que España habrá de restituir. En lo tocante al sector agrario, el Ministerio del ramo y las Comunidades Autónomas ponen en marcha anualmente planes de control para supervisar el cumplimiento de las condiciones exigidas por la Comisión Europea para la concesión de los más de 7.000 millones de euros que España percibe, por ejemplo en 2009, de la PAC. Pero estas inspecciones, en realidad, sólo van a afectar a un 10% de las 900.000 peticiones de ayuda que desde este sector se cursan en España. El delito de fraude a los intereses financieros de la UE, tipificado en nuestro Código Penal, ha dado lugar a procesos judiciales en España, como el denunciado por la OLAF y desembocado en una Sentencia de absolución para 18 personas, acusadas de falsedad en documento mercantil y de obtención indebida de fondos comunitarios, dictada por la Audiencia Nacional el 25.4.07.

y entrega, la cuestión se presenta como prioritaria en la nueva Presidencia del Consejo en el primer semestre de 2010, etc.). En materia de inmigración, por ejemplo, España apela siempre a la regulación y la solidaridad europeas, incluso ha abanderado algunas de sus iniciativas al respecto [71], si bien la regularización masiva de «sin papeles» decretada en 2004 fue precisamente censurada por algunos de sus socios por no haber sido consultada ni avisada previamente (algunos de los críticos, por cierto, procedieron después de semejante manera) [72]. Asimismo, el tema de la energía, y en concreto, el de la electricidad, en el que España es una isla, ilustra gráficamente, físicamente, la necesidad de conexión de España con sus socios comunitarios, en particular sus vecinos [73]. En este mismo ámbito de la energía no se trata ya de una cuestión subjetiva y particular, sino objetiva, rigurosamente promovida en su europeización, como los expertos de la Agencia Internacional de la Energía han puesto de manifiesto al argu-

[71] *Vid.* C. Jiménez Piernas: «La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España». *RDCE*. Vol. 13. 2002, pp. 857-894. De hecho, el Pacto europeo sobre inmigración, presentado por la Presidencia francesa en el Consejo Europeo de 16.10.08, fue concertado previamente, en el plano bilateral, con España antes de ser elevado a la cumbre europea. Este estado de cosas llevó a la Secretaria de Estado del ramo, Consuelo Rumí, a declarar que «la UE ha asumido la política de inmigración española».

[72] La compatibilidad entre este proceso de regularización español y los principios y normas comunitarios ha sido abordada por E. Crespo Navarro: «The Incipient Immigration Policy of the European Union and Regularisation of Aliens in Spain». *SYIL*. 2004, pp. 97-121. En otras ocasiones, como cuando la Italia de Berlusconi ha tomado medidas tendentes a criminalizar a los «sin papeles», la propia España ha denunciado que este género de medidas no sea consultado previamente con los socios comunitarios, dado el efecto de atracción hacia otros países que la estigmatización de estas personas en Italia puede acarrear.

[73] La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, ya establecía, en su artículo 13, los principios generales que rigen los intercambios intracomunitarios e internacionales de electricidad. El Reglamento (CE) 1228/2003, de la Comisión, de 26 de junio, regula los procedimientos empleados para asignar la capacidad de intercambio en las interconexiones entre países de la UE. La normativa española se adaptó a las reglas de este Reglamento mediante la Orden ITC/4112/2005, de 30 de diciembre, cuyo anexo III es actualizado en la Orden ITC/1549/2009, de 10 de junio. BOE de 13.6.09.

mentar las ventajas que comportaría comunitarizar las compras de energía exterior en detrimento de los acuerdos bilaterales hoy persistentes. En algunos ámbitos, como el medioambiental, la normativa europea ha promovido una importante mejora en los niveles españoles (a pesar de que los incumplimientos son numerosos al respecto). Alguna norma concreta, como el Reglamento «REACH», relativo al registro, evaluación, autorización y restricción de las sustancias y preparados químicos, constituye, pese a haber perdido fuerza respecto a la propuesta originaria, una garantía indispensable para la salud pública española [74].

La Presidencia española del Consejo de la Unión, ejercida en el primer semestre de 2010, constituye una formidable oportunidad, y a la vez desafío, para la imagen e intereses españoles en la integración europea, si bien el flamante Presidente del Consejo Europeo puede opacar algo la visibilidad pública del Presidente del Gobierno español, al tiempo que el Consejo de Asuntos Exteriores pasará a estar presidido por la Alta Representante para la Política Exterior y de Seguridad. La envergadura del reto ha provocado algo absolutamente extraordinario en la vida política española: la conclusión de un pacto entre los principales partidos a fin de respaldar y dotar de cohesión y coherencia a la presidencia española, a su vez concertada con la saliente y con las dos posteriores, de Bélgica y Hungría. En el programa de la Presidencia figuran importantes aspiraciones europeístas, como el avance en la creación de un Servicio Exterior y en la articulación de la iniciativa legislativa popular. Es evidente que el Estado cuenta con los medios y la voluntad necesarios para llevar a buen término esta responsabilidad. Indudablemente, una Presidencia exitosa producirá, en sí misma, importantes réditos para la «marca España». Sin embargo, y como es natural, esta misma responsabilidad será aprovechada también a discreción, interesadamente, para impulsar algunos asuntos (como los relativos a las regiones ultraperiféricas o a las relaciones con Latinoamérica) o frenar otros

[74] Reglamento (CE) 1907/2006 del Parlamento Europeo y el Consejo, modificado por Reglamento (CE) 987/2008, de 8 de octubre, de la Comisión en lo que atañe a sus anexos IV y V. Actualmente, está en fase de proyecto de ley la norma española destinada a establecer el régimen sancionador que ha de acompañar al reglamento comunitario.

(como el llamado «turismo sanitario» europeo). No sólo para defender intereses, sino también para defender valores propios, como la lucha contra la violencia de género.

Hay que señalar que el «factor comunitario» puede servir también de coartada para encubrir o justificar decisiones [75]. No han faltado, incluso, algunas propuestas imaginativas emanadas originariamente desde España, y no relacionadas de modo directo con su interés nacional, finalmente plasmadas en el derecho primario. El ejemplo más notorio es el estatuto de ciudadano de la UE [76]. También en algunas ocasiones y materias la propia UE ha asumido el modelo interno español, tal como ha sucedido en 2009 al exigir a la banca más provisiones en tiempo de bonanza para prevenir futuras crisis financieras, de acuerdo con el sistema implantado en España en 2000. Hay que añadir el dato importante de que España se ha situado normalmente en la vanguardia, en la primera velocidad, de las políticas diferenciadas, como ilustra su adopción del euro, su vinculación al espacio «Schengen» o su impulso al Tratado de Prüm, firmado inicialmente en 2005 por siete países, y ampliado al resto en 2007, y generalizado luego, al objeto de intercambiar sus registros de antecedentes penales. Últimamente,

[75] Para seguir con el mismo ejemplo de la inmigración, es reseñable una respuesta dada, el 1.10.07, por el Gobierno a una pregunta planteada en el Congreso sobre la no ratificación de la Convención sobre la Protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias. En la respuesta se dice que se está buscando una posición común europea al respecto, y que por entonces ningún Estado miembro de la UE había manifestado su consentimiento para obligarse por ese tratado.

[76] J. Díez Hochleitner: «Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política: Propuesta sobre ciudadanía europea». *REDI*. 1991, pp. 262-265. Naturalmente, las propuestas españolas sobre cuestiones específicas se han multiplicado, tanto de manera informal (por ejemplo, solicitando en octubre de 2008 un debate sobre la publicación de las listas de los pasajeros de las compañías aéreas en caso de accidente, a fin de facilitar su comunicación rápida y rigurosa, propuesta provocada por el accidente de avión de Barajas del 20.8.09), bien formales, al tomar, junto a Bélgica y Francia, la iniciativa en una Directiva aprobada por el Consejo en 2004 orientada a reforzar la vigilancia transfronteriza establecida en el Convenio de aplicación del Convenio de Schengen. DO L 260 de 11.10.03.

el Gobierno español ha apoyado y saludado el impulso dado a la cooperación reforzada en el marco del Tratado de Lisboa, y viene promoviendo la primera articulación de la misma, en torno al reconocimiento de las decisiones en materia de divorcio, de acuerdo con las reglas primarias europeas. La propia admisión, y encauzamiento, de la flexibilidad en el TUE confirma la existencia de concepciones e intereses disímiles entre los Estados miembros sobre la idea y el alcance de Europa.

Desde el Gobierno español se acostumbra a decir que el interés español y el europeo no han de diferir, sino que en la mayoría de los casos coinciden [77]. Hacer más y mejor Europa es, como regla general, un axioma para España. Europa, en términos generales, ha sido y sigue siendo la solución y no el problema para España, como ya señaló Ortega y Gasset [78]. Es indudable que, en términos generales, la política social europea ha fortalecido, pese al mercantilismo de que se acusa a la Unión, más que adelgazado el Estado social y democrático de Derecho en España [79]. España es sensible al coste que acarrea la no-Europa. Desde dentro se puede velar mejor por los propios intereses, como se demostró con el adelanto del periodo transitorio abusivo fijado en materia pesquera en el Acta de Adhesión (la previsión inicial señalaba 2002 como fecha de plena incorporación a la Política Pesquera Común, y este plazo fue adelantado a 1996.

[77] Véase, como ejemplo, la Comunicación del Gobierno sobre la Presidencia española del Consejo, ejercida por España en el segundo trimestre de 1995. En *Meridiano CERI*. Julio-95, pp. 20-30.

[78] En nuestros días, A. Mangas Martín sigue sosteniendo que «el proyecto político y cultural de España, lo que nos une profundamente a los españoles, es la construcción europea misma. El *ser* de España, el sentido y la existencia misma de nuestra identidad colectiva, al menos tras fracasar la aventura imperial desde la segunda mitad del siglo XVII, es el reencuentro de España con Europa». «Por qué merece la pena ir a votar el 7 de junio». *El Mundo*. 4.6.09.

[79] Los ejemplos se pueden multiplicar. Añadamos ahora otro, centrado en un tema muy sensible: la Resolución de 5.6.09 de la Dirección General de Transporte terrestre modifica una anterior por la que se establecen los controles mínimos sobre las jornadas de trabajo de los conductores en el transporte por carretera. Esta resolución incorpora al ordenamiento jurídico español dos directivas de 2009: la 2009/4/CE y la 2009/5/CE. BOE de 25.6.09.

También ha sido muy importante que España, ya como Estado miembro, haya intervenido en las grandes reformas implantadas de los tratados constitutivos: el Acta Única Europea (bien es verdad que al poco de formalizarse la adhesión ibérica), el Tratado de Maastricht, el de Amsterdam, el de Niza y el Tratado de Lisboa, reforma este último de la malograda Constitución europea, que España se apresuró a aprobar en referéndum (el 20 de febrero de 2005), a ratificar y a impulsar dentro del «Grupo de Amigos» partidarios de su entrada en vigor o, en último término, del mantenimiento esencial de su estructura en el Tratado de Lisboa, salvaguardando su componente político, y no sólo el puramente económico. Aun dentro de este Tratado, España también ha suscrito junto con otros quince Estados miembros una declaración que reconoce y asume los símbolos de la UE (la moneda, la bandera, el himno y la divisa «unida en la diversidad»).

Sin embargo, en otros terrenos y oportunidades, España apuesta por soluciones más estatistas, al propugnar, pongo por caso, el mantenimiento de la regla de la unanimidad para la regulación de los fondos estructurales y el Fondo de Cohesión en el periodo 2007-2013, lo que equivalía a seguir disponiendo de un derecho de veto sobre su reforma [80]. En materia de medioambiente, España se ha distinguido negativamente, como ya he señalado, por su renuencia a la aprobación y aplicación de numerosas iniciativas comunitarias. El contencioso bilateral de Gibraltar ha provocado, por su parte, el bloqueo temporal de determinados actos jurídicos europeos por parte de la representación española. En algunos temas más específicos, como el mantenimiento de las corridas de toros y las costumbres pirotécnicas, España ha invocado el respeto «a nuestras fiestas, tradiciones y cultura popular». Desde luego, en materia de política exterior España ha manifestado y defendido abiertamente sus intereses y preferencias

[80] Incluso, en algún proceso judicial ha defendido la base jurídica que requería la unanimidad. Es el caso *España/Consejo* (C-36/98), que dio lugar a una Sentencia de 30.1.01 del TJCE. En este asunto España defendía, sin duda pensando en la política interna de la CE, que el Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio, debía haberse aprobado, desde la perspectiva comunitaria, según una disposición que exigía la unanimidad en el Consejo. El recurso fue desestimado.

(América Latina o el Mediterráneo, y mucho menos hacia los países ACP en el marco de la Convención de Lomé, ahora de Cotonú) o incluso ha extrapolado consideraciones de política interna (el no reconocimiento de Kosovo) o ha sentido la falta de solidaridad comunitaria en sus contenciosos internacionales (isla de Perejil [81], Estai…)

Es indispensable, en este orden de ideas, referirse a la posición española en torno a la mayoría cualificada, regla generalizada de toma de decisiones en el Consejo luego de las últimas reformas. Este estado de cosas tiende a perfilar a la Unión más como un centro independiente de imputación política y jurídica de decisiones, y no como una mera yuxtaposición de las voluntades de sus Estados miembros. El alcance y la configuración de la mayoría cualificada, como el TC alemán ha venido a señalar en su decisión de 30 de junio de 2009 relativa al Tratado de Lisboa, determinan en buena medida la limitación de soberanía consentida por un Estado a favor de las instituciones europeas (en concreto, del Consejo, que sigue siendo la institución más relevante). Distintos expedientes de la vida comunitaria, como la reforma de la PAC o de algunos productos —como el olivar— en particular, ponen de relieve ante la opinión pública interesada la trascendencia que tiene para España esta técnica de adopción de decisiones.

El Gobierno español venía desde mediados de los años 90 del pasado siglo propugnando una revisión del sistema de ponderación de votos entre los Estados miembros en el seno del Consejo a fin de remodelar la mayoría cualificada en una dirección más democrática, más acorde con el peso demográfico de cada país. El compromiso de Ioannina, reconocido y prorrogado por el Tratado de Amsterdam de 1997, supuso una primera modificación en el sentido querido por España, al facilitar la formación de una minoría de bloqueo frente a decisiones indeseables para ella [82].

[81] Sin embargo, la Declaración emitida por la Presidencia de turno del Consejo de la UE no era ambigua, pues expresaba «su total solidaridad con España» e instaba «a Marruecos a retirar inmediatamente sus fuerzas». Actividades, textos y documentos de la Política exterior española. 2002-I, pp. 1122.

[82] El propio Presidente J. M. AZNAR reflexionó públicamente por escrito sobre la reforma finalmente culminada en el Tratado de Amsterdam en un artículo apareci-

El temor español de ver sus intereses y criterios confinados asiduamente se agudizó con el referido incremento de las materias regidas por la mayoría cualificada —y por tanto no necesitadas de la unanimidad— y, sobre todo, ante la perspectiva cercana de una considerable ampliación del número de Estados miembros de la UE. Se daba, efectivamente, la circunstancia de que esta ampliación, finalmente articulada en 2004 y 2007, se proyectaba en esencia a países en varios sentidos distintos y distantes de España (salvo los países mediterráneos de Chipre y Malta), con una renta sensiblemente inferior a la media comunitaria y, por tanto, llamados a ser beneficiarios netos del presupuesto europeo. En lo que a la población se refiere, salvo en el caso de Polonia, se ha tratado de países de menos de 10 millones de habitantes y, consiguientemente, llamados a ser mejorados con arreglo al reparto de votos del Consejo fijado a fines de siglo.

Así pues, en el marco de la Conferencia Intergubernamental inaugurada en 2000 a fin de revisar el derecho primario vigente, España insistió en este planteamiento, que resultaba muy razonable, como el propio Tratado de Ámsterdam admitía tácitamente al hablar para estos asuntos del «caso especial español» [83]. Por otra parte, España no era partidaria para la reforma que desembocó en el Tratado de Niza de una extensión indiscriminada, sino caso por caso, de los asuntos sometidos a la mayoría cualificada (finalmente, la extensión de esta regla abarcó a 29 materias). Por ejemplo, España se alineó con el criterio, triunfante, de mantener asuntos como la fiscalidad, la protección social, la aprobación de las siguientes perspectivas financieras o parcialmente el medioambiente bajo el imperativo de la unanimidad. Por otra parte, España fue partidaria de someter la coopera-

do cuando aún era jefe de la oposición: «La reforma de la UE». *Pol. Ext.* núm. 43 1995, pp. 165-176. Un balance desde la óptica española de este tratado se ofrece en el libro *España y la negociación del Tratado de Amsterdam*. Madrid, 1998.

[83] Declaración núm. 50 aneja a este tratado. Desde la doctrina española se arropó este criterio. Así, A. Mangas Martín lamentaba en 1998 que España, Grecia e Italia, con un total de más de 100 millones de habitantes, no pudieran por sí solos, con arreglo a las disposiciones entonces en vigor, impedir la aprobación de una medida que les afectara gravemente. «La reforma institucional en el Tratado de Amsterdam». *RDCE*. 1998, p. 26.

ción reforzada a determinadas condiciones y limitaciones marcadas por el propio Derecho comunitario.

El resultado de la formación de la nueva mayoría cualificada fue claramente —desproporcionadamente, se podía decir— favorable para España, pues tiene asignados en el Tratado de Niza 27 votos, al igual que Polonia, y sólo dos por debajo de los cuatro grandes Estados de la Unión (que en el caso de Alemania casi duplica la población española). España multiplicó sus votos respecto al régimen anterior (que fijaba 8 votos para España) en un 3,37%, mientras que los 4 grandes sólo lo hicieron en un 2,9%, y los medianos y pequeños en porcentajes inferiores. De este modo, quedaba con un peso similar al de los más grandes a fin de constituir la minoría que permite bloquear una norma desaconsejable para nuestro Gobierno [84].

Como quedó apuntado más arriba, la formación de la mayoría cualificada, una vez acordada su extensión a más asuntos todavía, se convirtió en el tema central de las negociaciones finales que llevaron a la adopción del «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», firmado en 2004, señal inequívoca del predominio del interés nacional en la estructura de este tratado constitucional. El Gobierno aún presidido por Aznar llevó su obstrucción a la reforma de este tema hasta sus últimas consecuencias, de manera que fue el nuevo Gobierno presidido por Rodríguez Zapatero el que desbloqueó la aprobación de la Constitución al admitir, con algunas modificaciones, la propuesta de la doble mayoría para formar la mayoría cualificada: un 65% de ciudadanos representados en los Gobiernos anuentes y un 55% de Gobiernos nacionales a favor. Curiosamente, la cuestión siguió planteándose para la firma del ulterior Tratado de Lisboa, más a consecuencia de la presión ejercida por Polonia que por Espa-

[84] Aparte de referencias más profundas, puede verse en *El País* de 21.12.00 el artículo «La batalla de Niza», firmado por el principal negociador español, Javier ELORZA, que fue desde 1994 hasta julio de 2000 el embajador representante permanente ante la Unión Europea. En un plano más propiamente doctrinal, J.M. DE AREILZA, M-J-.TAROT: «España y la reforma constitucional europea». En el libro *Perspectivas exteriores 2004. Los intereses de España en el mundo*. Editado por *Política exterior*, FRIDE, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos y Biblioteca Nueva. Madrid, 2004, pp. 89-97.

ña. Indirectamente, pues, se puede decir que a España le ha convenido la prórroga de las reglas de Niza conseguidas por el Gobierno polaco. Esta prórroga radica en que las nuevas reglas sólo serán de aplicación a partir del 1 de noviembre de 2014, e incluso más allá, hasta el 31 de marzo de 2017, cuando cualquier miembro del Consejo así lo solicite [85].

Añadamos que «el caso especial español» reconocido en el Tratado de Ámsterdam en relación con la mayoría cualificada quedó entrelazado a la contrapartida de que los cinco grandes (incluida España a estos efectos) perdieran el segundo comisario nacional que habían tenido hasta la Comisión nombrada en 2004 (la Comisión designada en 2009 ha prorrogado la fórmula más intergubernamental de que cada Estado conserve un comisario de su nacionalidad). Asimismo, España pasó a tener en las elecciones europeas del mismo año 50 diputados, perdiendo 14 (tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, España aspira a tener 54 escaños). Estos datos confirman que el Gobierno español le dio prioridad al peso del país en la formación de la mayoría cualificada del Consejo que en el seno de las otras dos instituciones políticas, de signo más supranacional, cuyos miembros no están formalmente vinculados en su actuación al Estado del cual son nacionales y que encierran menor trascendencia que el Consejo (y también que el Consejo Europeo, convertido en institución, que también puede resolver en determinadas ocasiones establecidas en el Tratado de Lisboa por mayoría cualificada). De todos modos, conviene recalcar que el peso de un país en el seno de la UE no obedece sólo a criterios jurídicos, sino también a un «poder blando» que funciona a base de inteligencia política, de capacidad de seducción o de alianzas políticas más o menos coyunturales. En este sentido, una batalla librada, y en parte perdida, ha sido la defensa de la lengua española como idioma de trabajo entre las instituciones y órganos europeos [86]. Otro aspecto en el que se dirime el interés nacional vin-

[85] Véanse el artículo 16 del TUE, el artículo 238 del TFUE y el artículo 3 del Protocolo sobre las disposiciones transitorias, en todos los casos según lo dispuesto por el Tratado de Lisboa.

[86] R. Bermejo García, L. San Martín Sánchez de Muniáin: «Las lenguas de trabajo en las Comunidades Europeas: ¿el español en peligro?». *REDI*. 2001 1-2, pp. 711-716.

culado al sistema institucional es el concerniente a la sede de los diversos órganos, alguna de las cuales, como la Agencia de Control de la Pesca en Vigo, ha sido asignada a España; o también en la nacionalidad de sus funcionarios, sobre todo los de más alto rango [87]. En cambio, resulta alentador el gran número de quejas provenientes de España dirigidas al Defensor del Pueblo Europeo. Aunque respecto a un buen número de ellas el «Ombudsman» se declara incompetente por no afectar a la administración europea, es indudable que responden a una saludable cultura de la reclamación que es bueno para nuestro Estado de Derecho que se extienda al ámbito europeo [88].

Resumen:

El estudio analiza, desde una perspectiva general pero con abundantes ejemplos concretos y prácticos, la remodelación de la soberanía española a consecuencia de su pertenencia al proceso de construcción europeo. Si bien formal y nominalmente la soberanía permanece inalterada, y la UE la respeta expresamente, es indudable que nuestro país se ve condicionado y determinado por el Derecho de la Unión, por lo que su autonomía decisoria se ve recortada, especialmente en el ámbito económico, objeto del epígrafe II del artículo (los otros dos epígrafes, el I y el III, tienen un carácter más genérico). Es, en efecto, en el plano económico donde la integración europea ha alcanzado avances más significativos. Sin embargo, esta soberanía limitada o compartida es querida y alentada por España, pues resulta saludable y hasta necesaria para hacer frente a los retos y funciones, tanto internos como externos, que tiene por delante el Estado.

Palabras Clave: *Unión Europea, España, Soberanía, Economía, Tratado de Lisboa.*

[87] En Sentencia pronunciada por el TJCE el 13.1.05, en el asunto España c. Eurojust (C-160/03), se declara inadmisible el recurso contra diversos puntos de siete convocatorias de candidaturas para la contratación de agentes temporales publicadas por Eurojust.

[88] Según el informe del Defensor correspondiente a 2008, presentado el 27.4.09, España es tras Alemania, con el 10% de las quejas, el segundo país reclamante.

Abstract:

The study analyzes, from a general perspective but with plenty of specific and practical examples, the changes that have characterized Spanish sovereignty as a consequence of its membership in the process of European construction. Although formally and nominally this concept remains unchanged, and the European Union respects it explicitly, it is evident that the Law of the Union conditions and affects our State. For this reason, its decision-making autonomy is reduced, especially in the economic framework, subject of the epigraph II of the essay (the other two, the I and the III, have a more generic character).

It is, really, in the economic sphere where the European integration has achieved more significant progresses. However this sovereignty, limited or shared, is wanted and encouraged by Spain, so it becomes healthy and even necessary to affront the challenges and the functions, those internals as those externals, which the State has in front.

Keywords*: European Union, Spain, Sovereignty, Economy, Treaty of Lisbon.*

SOBRE EL «DERECHO A LA VIDA»

TOMÁS REQUENA LÓPEZ *

SUMARIO:

1. LA DERIVA DE LOS PREJUICIOS
2. SIGNIFICADO DEL «DERECHO A LA VIDA»
3. EL ASPECTO ECONÓMICO
4. EL ABORTO
5. LA DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA. LA EUTANASIA
6. CONCLUSIONES

1. LA DERIVA DE LOS PREJUICIOS

El objeto de este trabajo [1] es la búsqueda y la determinación del significado del «derecho a la vida» del art. 15 CE. Como en toda indagación jurídica similar, no prospectiva, lo apropiado para ello es la aprehensión de una mínima comprensión previa de la realidad concernida y la utiliza-

* Letrado del Consejo Consultivo de Andalucía. Profesor asociado de Derecho constitucional. Universidad de Granada.

[1] Quiero expresar mi gratitud a Francisco Balaguer Callejón por hacer posible que este trabajo se publique precisamente en este núm. de la *RDCE*; un trabajo que quiero dedicar a mis interlocutores permanentes: Miguel Azpitarte (que me ha hecho un marcaje de cerca en este caso) y a Enrique Guillén (bastante más benévolo). Gracias a Ricardo Martín Morales y Juan Fuentes, que me hicieron llegar sus impresiones, inquietudes y críticas.

ción de un método de trabajo jurídicamente aceptable; esto, se puede decir con razón, es obvio y por ello de innecesaria explicitación [2], y así es, si no fuese porque el debate, también el jurídico, sobre las implicaciones del artículo 15, en particular sobre el aborto y la eutanasia, pero que creo que alcanza a la comprensión del llamado «derecho a la vida», está tan moralmente cargado que la puerta a la irreflexión está más abierta que de costumbre. Ese esfuerzo por huir de la intensa gravedad ética no es una ruptura del «razonamiento» de que se vale el «sentido común» para comprender la realidad, para alcanzar «la verdad», sino un intento plausible de evitar el abandono justamente del «sentido común» en aras de la opinión no confrontada o, lisa y llanamente, del producto del «alma», sin apoyo del «intelecto» [3]. Por tanto, esto no es una reivindicación de una supuesta pureza del Derecho, lo que sería alejarse del «sentido común», sino un proyecto plausible por evitar que la negación de esa pureza lleva a posiciones de servidumbre moral y, por ende, irracionales. Interpretar el derecho según la propia convicción no es destruirlo, pero interpretarlo según la propia convicción cuando el Derecho no admite esa interpretación sí lo es. Sencillamente, no vale todo. No es posible, ni sería, de serlo, racional ni razonable, prescindir de las propias convicciones. Pero no se desprende uno de ellas porque haya que renunciar a imponerlas cuando tal imposición conduce a resultados inadmisibles jurídicamente, ni tampoco por someterlas al proceso de interpretación jurídica, que puede exigir, no, claro está, la corrección de la convicción, pero sí su sacrificio total o parcial [4].

[2] Aunque en nuestro país el ejemplo, entre no pocos, de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla) sobre la asignatura «educación para la ciudadanía», de 4 de marzo y 30 de abril de 2008, parece refutar tal idea. Para una crítica breve, pero certera, de la primera, que también vale para la segunda, véase E. Guillén López, «La libertad religiosa: los discursos del fiel y del ciudadano. Una aproximación desde la teoría constitucional», *RFDUGr*, núm. 11, 2008, pp. 50-53.

[3] Para todos estos conceptos, H. Arendt, *The Life of the Mind. Thinking*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1977, en particular pp. 30 ss.

[4] Sobre el control de la precomprensión, T. Requena López, *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Comares, Granada, 2001, pp. 145 ss.

Dejando al margen interpretaciones «originalistas», que en el mejor de los casos son interpretaciones actuales de lo «original» [5] y, por tanto, respecto al significado actual del reconocimiento del derecho a la vida, es pues evidente que, en términos generales, no existe una línea nítida que permita, cuando la problemática hace irrumpir las valoraciones con más fuerza, separar lo que nuestra carga moral o ideológica impone de lo que podría considerarse como fruto de una mera tarea intelectiva, entre otras cosas porque esta última no es, en muchos casos, sino la presentación racionalizada de nuestros prejuicios morales o ideológicos. Quién no es capaz de someter el concreto reflejo de sus propias convicciones a la posible erosión de la tarea de la interpretación jurídica, debería admitir, al menos, que desde un punto de vista jurídico, tan válida es su concepción tergiversadora como cualquier otra, y que, por ello, el Derecho autoriza cualquiera de ellas. Y si eso es así, el Derecho no tiene entidad autónoma, sino que es sólo el reflejo de la concepción que ha logrado imponerse, lo que llevado a su extremo más radical, equivale a decir que la Constitución es sólo papel mojado.

De lo que se trata, en definitiva, es de presentar al «derecho a la vida» de una forma sostenible constitucionalmente hablando. Por eso, en lo que sigue se intentarán someter a crítica los elementos (que constituyen en sus piezas polémicas fundamentalmente presupuestos de su comprensión) de la concepción actual del derecho fundamental a la vida, proponiendo a la vez, el papel que ha de tener el artículo 15 CE cuando proclama que «todos tienen derecho a la vida», reflexión que puede extenderse al artículo 2.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [6], conforme al cual «toda persona tiene derecho a la vida», dicción diferente (a la que luego brevemente se aludirá) de la española, pero que no va a llevar

[5] La interpretación originalista tiene mayor sentido para las Constituciones que para las leyes, respecto de las que tal interpretación puede, en cierto modo, aunque no con exactitud, identificarse con la llamada interpretación conforme a la voluntad del legislador. En el caso de las leyes, como la experiencia ha demostrado, indagar la *voluntas legislatoris* es en muchos casos perturbador, cuando no simplemente inane.

[6] Sobre los derechos en la Unión Europea, véase F. Balaguer Callejón, «Derecho y Derechos en la Unión Europea», en J. Corcuera Atienza (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.

a una pacificación de los problemas que se suscitan hoy sobre el derecho a la vida.

2. SIGNIFICADO DEL «DERECHO A LA VIDA»

2.1. La prohibición de atentar contra la vida ajena, en tanto que existencia física

Si se piensa en lo que es un derecho y en lo que es la vida, es posible caer en la cuenta de que hay algo filosófica o poéticamente [7] difícil en el «derecho a la vida», consecuencia de una primera e inevitable imagen fisiológica [8], de necesidad, de un lado, y de la contemplación del paisaje de la vida humana, de otro, que por tosco que sea muestra que esa imagen es sólo un reflejo de una realidad cierta —mínima— de la vida humana, no sólo definida por la carga de la necesidad, con independencia del mayor o menor desarrollo o grado de civilización pues el desarrollo técnico es una cosa y otra es «la vida del espíritu» [9]. No parece que pueda hablarse de un «derecho a las necesidades fisiológicas» o un «derecho a pensar» (como actividad puramente interior del hombre), o «a querer» (voluntad) o «a juzgar» (también interiormente, claro), pues como tales derechos parecen casar poco con lo racional.

La vida, además, no entraña la potencia de una facultad, sino que identifica la existencia física humana [10], a la que se llega y de la que se va (nor-

[7] Filosofía (pensamiento) y poesía se valen de la metáfora como vehículo de lo visible a lo invisible (*vid.* H. ARENDT, *The Life of the Mind, op. cit.*, pp. 98 ss., 102 ss. y 110 ss.), pues «the metaphor, bridging the abyss between inward and invisible mental activities and the world of appearances, was certainly the greatest gift language could bestow on thinking and hence on philosophy, but the metaphor itself is poetic rather than philosophical in origin» (p. 105).

[8] Vida y muerte se presentan como dos opuestos, y las necesidades fisiológicas son en nuestro mundo cargas inevitables.

[9] H. ARENDT, *The Life of the Mind, op. cit.*, pp. 3 ss. y 53 ss.

[10] En mi opinión es mejor hablar de «existencia física» que de realidad biológica, que es la expresión que utiliza J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucio-*

malmente) al margen de la voluntad. El hombre no viene al mundo por voluntad propia y en la inmensa mayoría de los casos tampoco se va de él por su voluntad. Lo opuesto a la vida no es la muerte, que identifica más bien un acto (el de morir) y no un estado, o más bien, culturalmente, una sucesión de actos o una situación transitoria (al fallecer una persona se dice que está muerta y cuando es enterrada que murió), de ahí que se diga de alguien que dejó de vivir, no que esté muerto, sino que murió. Lo opuesto a la vida es nada o, mejor dicho, la vida no tiene contrario y en su «ejercicio», si es que puede hablarse de tal, no puede uno optar por la muerte. El ejemplo de un auténtico derecho fundamental puede ayudar a entenderlo: lo opuesto a la libertad de expresión es «no poder» expresarse y en el ejercicio de ella alguien «puede elegir» no expresarse, y luego puede volver a cambiar de actitud. Esa persona puede luchar por expresarse, «puede» actuar para ello, o «puede» decidir expresarse. Y ese no es el caso de la vida [11], pues no se «puede elegir no vivir» y luego pretender vivir, pues ese «no vivir» no es vida, es nada, y el «no expresarse» sí es algo, es vida.

Dicho lo cual, puede ya notarse que el reconocimiento constitucional del derecho a la vida no forma parte del acervo jurídico constitucio-

---

nal, Marcial Pons, Madrid, 11.ª edición, 2007, p. 276. Y lo es porque ésta última hace referencia a un conjunto de funciones biológicas (comer, dormir, etc), cuya afectación ya tendría que ver con la integridad física o moral, y aquí se quiere presentar la existencia desnuda, si bien en el caso del autor citado, la terminología que utiliza es por un lado coherente con su idea de que tal integridad forma parte del derecho a la vida, y contradictoria con la autonomía que confiere a la integridad física y moral constitucionalmente protegida respecto a la vida. En sentido similar, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 15. Derecho a la vida», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II, Cortes Generales/EDERSA, Madrid, 1997, pp. 271, que habla de «existencia fisicobiológica».

[11] Aunque la finalidad es mostrar que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales no contempla un derecho a una muerte digna, es significativo a los efectos expuestos, el lenguaje empleado por la STEDH *Pretty v. Reino Unido*, de 29 de abril de 1992, según la cual a diferencia de las libertades [y de cualquier derecho fundamental, cabría decir], como la de asociación del art. 11, que comprende la libertad de asociarse o de no hacerlo, que implican alguna medida de elección sobre cómo se ejercitan, el art. 2 es enunciado en diferentes términos.

nal [12]. Con independencia de las razones históricas y políticas de tal omisión, desde el punto de vista lógico la existencia como tal de un derecho a la vida y su construcción constitucional resulta problemática, haya sido esto o no la razón de tal ausencia. Incluso si se acude al hombre medio (al «average man» del Common Law; quizás el «buen padre de familia» del Código Civil) y se le interroga acerca de qué sea el derecho a la vida, la respuesta habitual será que es el derecho a que se le respete la vida (a que nadie atente contra ella) y en algunos casos, se añadirá (o sólo se dirá), significa que se prohíba el aborto, o (aquí el grado de respuesta inmediata será menor y a buen seguro también el número de respuestas) que se prohíba la eutanasia. Hay, como se puede comprobar, tanto en un caso como en otro, una evocación inmediata a la existencia de una prohibición, algo que no es equivocado como a continuación se verá, y es que, al fin y al cabo el Derecho se vale del sentido común como instrumento del razonamiento para acercarse a la realidad.

El «derecho a la vida» supone, indica e implica (todo ello), podría decirse en una frase tan incorrecta ontológicamente como tan imprecisa para captar la realidad, la existencia misma de la situación cuya continuidad se protege. Por tanto, propiamente no se tiene derecho a la vida, ni siquiera el derecho a «seguir viviendo». Piénsese en la persona enferma o anciana que sabe que va a morir (o, simplemente, en cualquier persona que sabe que, como ser mortal, morirá); esa persona no puede reclamar jurídicamente la continuación de su vida, como tampoco puede hacerlo el «nasciturus». En realidad, la vida difícilmente puede configurarse como un derecho, sino como la realidad descriptiva de la existencia de las personas, que son las titulares de los derechos. La vida no identifica «una» realidad, es «la» realidad; la vida es la existencia; es, por ello, el presupuesto, no sólo de los demás derechos, sino también del mundo humano, de modo que sólo tiene sentido hablar de cualquier cosa si se está vivo. Por eso el significado del «derecho a la vida» resulta extraño a la configuración de una posición de

[12] Del que forma parte por antonomasia la idea de la limitación del poder. En efecto, las constituciones históricas no solían hacer referencia al derecho a la vida, según G: RODRÍGUEZ MOURULLO, porque «su reconocimiento se daba por sobreentendido» (*op. cit.*, p. 271).

poder desde la que el ser humano ejerza facultades que permitan identificar el «ejercicio del derecho a la vida» [13].

Desde dentro del sistema jurídico, puede afirmarse que el «derecho a la vida» no incorpora facultades propias, sino exclusivamente obligaciones ajenas. Es cierto que todos los derechos fundamentales llevan consigo un contenido negativo proscriptivo de obstaculizaciones y lesiones ajenas, y que incluso en algún caso es sólo ése su contenido, como sucede, por ejemplo, con las libertades «ex» artículo 17 CE. Pero además de que en muchos existe un haz de facultades que el sujeto puede ejercitar (lo que no se da propiamente en el caso del derecho a la vida), en todos los casos de derechos fundamentales (si no, no serían tales) existe la posibilidad de acudir a los tribunales reclamando tutela judicial y en última instancia (para algunos de ellos) en amparo al Tribunal Constitucional. La posibilidad de reaccionar por el sujeto titular del derecho y con ello obtener la reparación correspondiente, en orden a eliminar los obstáculos para el ejercicio de su derecho o para que se respeten las circunstancias determinantes del estado que define el mismo, es esencial para que podamos hablar de la realidad de un derecho fundamental, es más, para que se pueda hablar incluso de derecho subjetivo [14].

Piénsese, por ejemplo, en un atentado exitoso contra la vida, es claro que el fallecido ya no podrá reaccionar ante los tribunales. Es el Estado a través del Derecho penal, quien debe actuar, y con el «ius puniendi» no se protege el derecho a la vida del que ha fallecido, algo por lo demás obvio,

[13] Eso lleva a que se afirme, aún sosteniendo que es un derecho, que «el derecho a la vida no se ejerce» y que «el ejercicio del derecho a la vida consiste en el ejercicio de los demás derechos fundamentales» (J. PÉREZ ROYO, *op. cit.*, p. 289).

[14] Sobre el concepto de derecho fundamental: P. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *REDC*, núm. 25, 1989, pp. 39-41; J. JIMÉNEZ CAMPO, «Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, op. cit.*, tomo IV, 1996, pp. 443-450, en particular la 447 (también en *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999), aunque en este caso aparece la necesidad de desarrollo legislativo.

Es cierto que junto a la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales existe una dimensión objetiva, pero también lo es que sin aquélla no puede hablarse de tales.

sino la vida como bien jurídico penalmente protegido. Si el atentado ha sido frustrado, el individuo afectado podrá reaccionar, pero no para restablecer su derecho a la vida, sino para castigar al sujeto que ha intentado matarle, aunque de todos modos lo va a hacer el Estado [15]. Y si es éste el criminal [16], resulta difícil incluso que esta vía tenga éxito. En todo caso, qué sentido tendría hablar de reacción judicial por el titular si éste vive y no en otro caso o, mejor dicho, de un derecho cuya lesión imposibilita su reacción judicial porque la misma supone la inexistencia.

Así pues, las personas no pueden reaccionar contra los ataques al «derecho a la vida», como si se tratase de un derecho, porque, como se ha explicitado, no lo es. En el estado actual del sistema de protección, penal por definición, las personas, y no sólo los perjudicados, sólo pueden ejercer la acción penal o simplemente denunciar los hechos para activar el «ius puniendi». Algo que, evidentemente y por lo demás, no puede hacer el «nasciturus». Esto no es sino consecuencia de que no estamos ante un derecho fundamental, sino ante la protección de un valor que por tratarse de un puro prevalor, no se puede configurar como tal.

Incluso en los casos para los que en las sociedades democráticas avanzadas funciona (activamente sobre todo) el reconocimiento del derecho a la vida, que no son sino el del aborto y el de la eutanasia (dicho sea de paso también en las sociedades no democráticas sucedía lo mismo incluso sin reconocerlo como derecho fundamental), tampoco la fisionomía del llamado derecho a la vida es la propia de un derecho. En el primer caso (el

[15] En realidad con la acción penal no se hace valer una exigencia punitiva. El acusador no ejercita el derecho subjetivo de penar, lo ejercita el Tribunal, por primera vez, en la sentencia. Pero con independencia de todo ello, el caso es que no se puede hablar como objeto del proceso penal de la tutela judicial del derecho a la vida reclamada por su titular. Es cierto que el perjudicado puede ejercer una acción civil, pero ésta sólo tiene una finalidad reparatoria del daño, de contenido puramente económico, pero no puede tener el significado de la defensa del derecho a la vida.

[16] Ciertamente, *societas delinquere non potest*, ni el Estado tampoco. Me estoy refiriendo, como se comprenderá, a la involucración completa del Estado en un sistema que alienta o tolera tales actos por parte de sus ciudadanos y funcionarios, y a la creación por el Estado de un sistema en el que sus piezas son piezas están principalmente ordenada para la delincuencia.

aborto), el «nasciturus» no podría ejercer ese hipotético derecho a la vida, ni por sí (es evidente), ni por nadie, pues se trataría de algo personalísimo, que no puede ser hecho valer ajenamente. Si el Estado actúa, lo hace, no en nombre del «nasciturus», por la razón expuesta, sino de la sociedad, para proteger el bien jurídico vida, y si lo hace cualquier otra persona, es con el mismo carácter y finalidad. En el segundo caso (eutanasia), no se ejerce el derecho a la vida ni, por tanto, su supuesto contrario, como el derecho a morir, que ni aparece en la Constitución ni es posible deducir de ella, sino que se elije libremente (partiendo, lógicamente, de lo que significa la libertad humana) no seguir viviendo.

Cuando se comete el error de concebir el derecho a la existencia física como tal derecho subjetivo, como derecho fundamental, se dicen cosas como que el derecho a la vida constituye una garantía de libertad que forma parte del «núcleo clásico de las conquistas liberales del Estado de Derecho burgués y garantiza al individuo, antes que nada, una protección frente a la reglamentación y tutela estatales» [17]. ¿El derecho a la vida frente a la reglamentación y tutela estatales? Parece más bien que es esta tutela la que es necesaria para proteger la vida en un Estado constitucional, sin que en esta crítica sea posible hablar de una confusión del derecho a la vida con la vida como principio ontológico de existencia [18], pues cabría entonces

[17] J. P. SCHNEIDER, «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *REP*, núm. 7, 1979, p. 18 (en sentido similar, del mismo autor, «Contenido y método en las sentencias comparadas sobre el aborto», A. LÓPEZ PINA (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 197). El llamado derecho a la vida no es ninguna garantía de libertad, pues el «derecho a la vida» no se ejerce, sino que se vive, sin más.

Algo de esto parece rezumar en la jurisprudencia constitucional (SSTC 120/1990, FJ 7; 137/1990, FJ 5; y 11/1991, FJ 2), cuando se afirma que «la vida es un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad». Pero más bien parece que la libertad es la que se integra en el círculo de la vida, pues ésta es antes que la libertad y la vida digna comprende la libertad. Digamos que se puede estar vivo y no ser libre, pero no se puede ser libre y estar muerto.

[18] Como denuncia G. CÁMARA VILLAR, *Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 135.

preguntar en qué consiste el derecho a la vida primariamente si no es en la existencia misma, sin perjuicio de otros contenidos.

No se trata sólo de que el derecho a la vida no se acomode a las categorías dogmáticas, sino que esto es una consecuencia del hecho, y esto es lo decisivo, de que la propia naturaleza de lo que se quiere proteger no puede configurarse como derecho. La dogmática no puede domeñar la realidad, y en este caso es ésta la que hace precisamente inviable la categoría «derecho». Resulta curioso que la STC 53/1985, de 11 de abril, para la que «los derechos fundamentales no incluyen solamente [«pero también, claro está»] derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste», y cita los artículos 9.2, 17.4, 18.1 y 4, 20.3 y 27 (FJ 4), parta de que «el derecho a la vida» es un derecho fundamental, cuando resulta que en él falta el elemento «derecho subjetivo de defensa de los individuos».

El «derecho a la vida» no es sino la prohibición de que alguien atente contra la vida ajena; prohibición que no genera derecho alguno; ¿alguna persona puede acudir a un juzgado para que se proteja su vida y si no se le satisface, acudir en amparo al TC?; la respuesta es no. El «derecho a la vida» en cuanto existencia física es, por tanto y en puridad, una prohibición; sencillamente no puede ser otra cosa. Y a la existencia de una prohibición constitucional no puede oponerse argumento alguno de dogmática constitucional. Existen otros ejemplos (el propio del art, 15 CE sobre la pena de muerte y el del artículo 117.6 CE —se prohíben los Tribunales de excepción—), pero tal existencia es sólo indiciaria y no significativa de tal posibilidad; si no hubiese otros casos la conclusión no variaría. Esa prohibición opera frente a todos, el Estado y los particulares, y corresponde al Estado la garantía de su virtualidad.

Ciertamente, el «derecho a la vida», o mejor, lo que sea la concreta vida de los ciudadanos, depende de condicionamientos políticos, económicos y sociales. Así, por ejemplo, de la existencia y funcionamiento de un sistema de libertades, o del establecimiento y funcionamiento de un sistema de salud y de un sistema de seguridad social. Pero, dado que el «derecho a la vida» no puede imponer a tales realidades un contenido determinado exigible, si se quiere que tenga un sentido autónomo y que no

sea una mera proclamación vacía, sólo puede concebirse en los términos vistos.

A todo lo expuesto se podría formular una objeción resultante del hecho mismo de que el artículo 15 CE, que inaugura la sección 1.ª del capítulo II del título I («derechos fundamentales y libertades públicas»), expresa que «todos tienen derecho a la vida», que aparece así formalmente como derecho fundamental (a los efectos del artículo 53.2 y 81 CE, tal y como los ha entendido el TC). Sin embargo, eso no es suficiente para desvirtuar lo hasta aquí expuesto.

En primer lugar, negativa y normativamente, porque la literalidad de una norma no puede «per se» enervar el significado que el sistema jurídico le impone, un sistema para el que sólo se puede hablar de derechos fundamentales si, al menos, son derechos subjetivos, aunque sean además otra cosa (dimensión objetiva). Que la Constitución utiliza la palabra derecho (como si se tratase de un derecho subjetivo) en otros sitios y que eso no ha sido obstáculo alguno para considerar que no está contemplado derechos subjetivos, es algo que por conocido no debe dejar de mencionarse (en general, cada vez que se reconoce un derecho en el capítulo III, «Principios rectores de la política social y económica», del título I, «De los derechos y deberes fundamentales»: arts. 43.1, 44.1, 45.1, 47, párrafo primero).

En segundo lugar, positivamente, porque el sentido de una norma no puede llegar a ser inconciliable con la realidad que contempla. Como se ha expuesto con anterioridad, es un contrasentido lógico hablar del derecho fundamental «a» la vida, de un derecho fundamental «a seguir» viviendo, o siquiera de un derecho a que «se respete» la vida, porque la vida es la existencia, y en ese sentido es todo, y éste no puede configurarse como derecho, so pena de que precisamente pierda por eso su valor. Los derechos designan realidades parciales que sólo son posibles en la vida, pero no el todo, que sólo tiene sentido en sí. Más prosaicamente, no puede existir un derecho (subjetivo y por ende fundamental) a la vida porque lisa y llanamente no cabe articular una tutela judicial actuable por el supuesto individuo titular. Que el afectado pueda acudir a los tribunales en busca de amparo, presentándose así el «derecho a la vida» como un auténtico derecho, no tiene respaldo normativo y resulta difícil pensar en otra vía que no sea la penal, donde entonces sería no ese hipotético «derecho a la vida»,

sino el «ius puniendi» [19], el que se desenvolvería como reacción del Estado contra la infracción de una prohibición. No es fácil imaginar qué se dilucidaría en el amparo constitucional y cuál sería su resultado, como tampoco lo es también identificar la vía judicial previa; si es la penal hay que olvidarse de la identificación de un derecho fundamental, porque en éste sólo se ejerce el poder penal del Estado.

En tercer lugar, porque si se considera que el artículo 15 CE consagra un derecho fundamental a la vida, los problemas que se susciten jurídicamente en relación con la existencia física van a tener que abordarse fundamentalmente con otros instrumentos jurídicos, como un tal «valor vida» que perviviría junto a una inane derecho a la vida (inane como tal derecho, claro) o a través del derecho fundamental a la integridad física y moral. Expresado de otra forma, por un lado, la concepción de que el artículo 15 CE consagra un derecho a la vida produce ocasiona problemas más que proporciona ventajas, al menos desde el punto de vista jurídico, como sucede con el aborto, y así se verá más tarde, y por otro, no permite otorgar al artículo 15 CE un valor sustantivo propio, pues recurriendo a los temas habituales del juego del precepto, en el caso del aborto, es el valor vida y no, por tanto, el derecho fundamental del art. 15 CE el protagonista, y en el caso de la eutanasia, es otro supuesto derecho (a morir) u obligación (la de vivir), deducidos pero nunca identificados en el art. 15 CE los que tienen protagonismo.

También se puede argumentar contra lo aquí expuesto que las concepciones jurídicas se deben a la realidad y que si el concepto de derecho fundamental aquilatado en la cultura jurídica no se acomoda a una nueva realidad es porque es preciso transformar aquél. Cualquier proyecto de la heurística jurídica ha de ser racional (satisfacerse internamente como construcción lógica) y razonable (servir a un fin relacional). Lo que sucede es que en el presente caso es que tal realidad sobre la que construir un «dere-

[19] Por tanto, si bien es verdad que en el proceso penal, aunque no se actúen por su titular derechos fundamentales, pueden protegerse estos, protección que, por otro lado, realiza el sistema punitivo a través de su función preventiva, traducción aquí de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, en el caso del derecho a la vida, la función preventiva lo es respecto de la prohibición de atentar contra la vida ajena, puesto que no cabe fuera de él (ni en él) el ejercicio de un derecho a la vida.

cho a la vida» no existe y así la idea de que el Derecho no puede dar la espalda a la realidad, pues no es sino una transformación de ésta, sirve justamente para justificar la negativa a considerar derecho fundamental al derecho a la vida. El derecho recoge fragmentos de la realidad y los dispone en útiles para esos fragmentos, pero no recoge «toda» la realidad misma o, casi mejor dicho, no puede comprender, en un todo aprehensible, la existencia misma. La realidad tiene sentido a partir de la vida. La realidad se construye viviendo, no con la vida. Expresado de otra forma, el Derecho no puede abordar realidades inexistentes, y la vida no es una realidad, es «la realidad, el todo». Pero hay algo más, el concepto de derecho fundamental se podrá configurar como se quiera, cualquier institución jurídica se podrá construir de una forma u otra, en hipótesis. Pero todo resultado será, para la realidad, para la que tiene sentido el Derecho, baldío, un mero ornato, si no tiene virtualidad, y esa virtualidad falla en un derecho subjetivo, si no se puede reaccionar legítimamente y ante una instancia imparcial frente a ataques a ese derecho. Todo esto, como se ha visto, falla en el caso del derecho a la vida.

En consecuencia, respecto a la existencia física, el art. 15 CE no configura un derecho a la vida como tal derecho, siendo el primero y más general significado del art. 15 CE no la existencia de un auténtico derecho a la vida ni, por ende, de un derecho fundamental a la vida, sino la existencia de una prohibición constitucional de atentar contra la vida ajena. Esa prohibición constitucional no lleva a considerar que exista una obligación constitucional impuesta al Estado de proteger la vida de cada persona más allá de la genérica adopción de medidas para garantizar tal prohibición a través, por ejemplo, de la función preventiva del «ius puniendi». No se trata exactamente de que exista un derecho fundamental (un derecho subjetivo) y que, por tanto, sea su correlativa obligación, pues no toda obligación surge como contrapartida necesaria de un derecho subjetivo, sino, con más precisión, que la prohibición constitucional supone que ni los particulares ni el Estado pueden privar de la vida a las personas [20]. Si en cuanto a la existencia física algún sentido puede tener el empleo de la palabra «derecho»

[20] Como no hay nada absoluto, ello tiene sus matices, como las causas de justificación penales revelan, ni siquiera en el caso del Estado, pues a pesar de proscrip-

en el art. 15 CE, sólo puede significar que no existe obligación de vivir. No obstante, no es éste el único significado que cabe extraer del «derecho a la vida» «ex» art. 15 CE. Como se tratará de mostrar a continuación, el art. 15 CE no sólo alberga esa prohibición, sino que también permite hablar de derechos fundamentales.

2.2. El derecho fundamental a la vida como derecho fundamental a determinada integridad física y moral

2.2.A) *La integridad física y moral contenido de la vida ex artículo 15 CE*

La vida constitucionalmente protegida tiene por contenido, «prima facie», y si es que es adecuado hablar de «contenido», la existencia física. Empero, no sólo puede tener ese contenido [21], porque lo que distingue al ser humano de otros seres vivos es la espontaneidad [22]. Llevan razón, pues, quienes afirman [23], que éste no puede tener por contenido sólo esa realidad. Debe de integrarse por algo más, exigencia de la propia dignidad humana, cuya raíz es esa espontaneidad, no necesariamente derivada de la integración del individuo en una sociedad avanzada, salvo que por ésta se entienda a toda sociedad organizada en un Estado constitucional. Pero el problema es determinar qué es ese algo más que la dignidad humana exi-

---

ción general de la pena de muerte, las leyes penales militares pueden establecer otra cosa para tiempo de guerra; como es sabido, la Ley Orgánica 11/1995 suprimió también la pena de muerte para tiempo de guerra.

[21] H. Arendt, *La condición humana*, (trad. esp. de Ramón Gil Novales), Círculo de Lectores, Barcelona, 1999.

[22] Esa idea, entendida como «la posibilidad [del hombre] de empezar algo nuevo con sus propios recursos», aparece, en general, en las obras de H. Arendt.

[23] J. Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional, op. cit.*, p. 276; N. Martínez Marín, «El derecho a la vida en la Constitución Española de 1978 y en el Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, 1979, p. 147. Aunque de esa afirmación creo que no extraen todas sus consecuencias; y por supuesto aluden a un derecho a la vida.

ge. El ejemplo de los campos de concentración nazis permite apreciar qué se quiere decir, pues muestra quizás como ningún otro, la existencia de personas que no puede considerarse que estuviesen viviendo, aunque tenían una existencia física. En ellos antes de la muerte física se mataba al individuo al privarlo de toda su dignidad. Como Hannah Arendt ha expuesto magistralmente, en ellos se mataba a la persona jurídicamente entendida [24] y a su individualidad [25], esto es, se asesinaba a la persona moral y a la persona «jurídica» [26]. No obstante, aún haciendo visible la idea, no por ello permite o facilita generosamente la determinación referida, máxime cuando se vive en un sistema que no es el que implantó los campos de concentración.

En todo caso, si eso es así, si la vida constitucionalmente protegida debe ser algo más que la desnuda existencia física, por exigencias de la propia dignidad humana y el ejemplo expuesto muestra qué puede ser ese algo más, no parece difícil llegar a la conclusión que «determinada integridad física y moral» forma parte del contenido de la vida constitucionalmente protegida [27]. Nada empece a tal afirmación el hecho de que el art. 15 CE establezca dos «derechos fundamentales» [28], pues el derecho fun-

[24] H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, edición de Schocken Books, New York, 2004, p. 577.

[25] *Ibídem*, p. 585.

[26] *Ibídem*, p. 586. En sus palabras: «*Actually the experience of the concentration camps does show that human beings can be transformed into specimens of the human animal, and that man's «nature» is only «human» insofar as it opens up to man the possibility of becoming something highly unnatural, that is, a man*».

[27] Dice la STC 53/1985, que el derecho a la vida está «reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución», y que «es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional, la vida humana» (esta última conceptualización es discutible; véase voto particular de F. Tomás y Valiente). Aunque con la finalidad de abordar la asistencia sanitaria no consentida y los supuestos de urgencia vital, son interesantes las consideraciones de G. Arruego sobre la jurisprudencia constitucional en «La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de urgencia vital», *REDC*, núm. 82, 2008, pp. 53-82.

[28] Si es que los establece, pues, literalmente, el artículo referido expresa que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral», no que «todos» tengan derecho a la vida, por un lado, y derecho a la integridad física y moral, por otro.

damental a la integridad física y moral no tiene por qué proteger toda integridad física y moral o, mejor dicho, toda integridad física y moral protegida constitucionalmente. Lo contrario sería sostener que en nuestra Constitución el derecho a la vida es sólo el derecho a la existencia física, algo que, como ya se ha apuntado, la referencia constitucional a la dignidad humana (art. 10.1 CE) no autoriza. Lo único que supone el art. 15 CE es que el «derecho fundamental a la integridad física y moral» no coincide con «el derecho a la vida». Pero resulta en todo caso claro que si se afirma que del contenido de la vida forma parte no sólo la «existencia física», sino también la individualidad humana que encierra la espontaneidad, esto es, el poder del hombre para comenzar algo nuevo a partir de sus propios recursos, por utilizar las ya referidas palabras de Hannah Arendt [29], «determinada integridad física y moral» tiene que ser contenido del derecho a la vida [30].

Lo anterior hace necesario determinar la integridad física y la integridad moral objeto de protección constitucional a través del «derecho a la vida» para distinguirla de la propia del «derecho a la integridad física y moral» y a aquéllas las llamaré «integridad física vital e integridad moral vital». La «integridad física vital» es, sin duda, la más abordable, aunque no por ello es una tarea fácil fijar de modo preciso su contenido a efectos constitucionales.

a) *La integridad física vital*

Respecto de la integridad física, en general, puede hablarse de una concepción absoluta, de modo que aquélla la compondrían todos y cada uno

[29] H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism, op. cit.*, p. 586.

[30] De ahí que afirmar que la integridad física y moral forman parte del derecho a la vida, para inmediatamente destacar que eso no significa que no sean derechos autónomos, y dejarlo ahí, no deja de ser impreciso; imprecisión que no se corrige, en mi opinión, afirmando que se trata de derechos que se complementan, pero que son distintos, pues esto sucede si no con todos, con casi todos los derechos fundamentales (*vid.* J. Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 276 y 283), y si se quieren encontrar grados de complementariedad, resulta difícil no ver el mismo grado entre los dos derechos referidos y entre el derecho a la integridad moral y el relativo a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE), por poner un ejemplo.

de los elementos que físicamente forman parte de nuestro cuerpo, de modo que la integridad física se afecta por cualquier lesión del mismo, esto es, de cualquiera de sus componentes, por minúsculo que éste sea. Estamos formados por brazos, piernas, cabeza, etc., pero también por pelos y de forma más minuciosa y microscópica, por millones de células. Pero si se concluye que esa integridad física es la que protege el derecho fundamental, no cabe duda que todos los días tendrían lugar, por una u otra causa, millones de atentados a ese derecho fundamental (con o sin consentimiento del afectado), y esa conclusión sería, para la mejor de las opiniones, absurda. No parece que tenga mucho sentido considerar que cualquier intervención en el cuerpo, la más mínima, supondría un atentado contra el derecho fundamental a al integridad física. El entendimiento, por ejemplo, de que un solo pelo es parte integrante del cuerpo a los efectos constitucionales del derecho fundamental a la integridad física, y que, por tanto, cuando, siendo niños, alguien nos ha dado un tirón de pelos (o nosotros lo hemos hecho), ha (hemos) cometido un atentado contra el derecho fundamental en cuestión, ese entendimiento —repito— es inatendible, como lo es pensar que el acto de extraer sangre para un análisis también lo es. Como también lo es la idea, verbigracia, de que la bofetada de un padre a su hijo (y ni siquiera de quien no sea su padre) sea un ataque a la integridad física protegida por el art. 15 CE, y poco importa (o nada, mejor dicho) a estos efectos la reciente reforma del Código Civil [31] que, por lo demás, al menos a simple vista, choca con el sentido común.

Eso no significa que, siguiendo con alguno de esos ejemplos, se nos pueda extraer sangre sin más, pues, como regla general, no se puede hacer

[31] Antes de la reforma realizada por el apartado 2 de la disposición final primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, el art. 154 del Código Civil, no hacía referencia al respeto de la integridad física y psicológica, pero, en lo que aquí interesa señalar, se disponía (último párrafo), que los padres podían «también corregir razonable y moderadamente a los hijos». Quizás con el añadido del párrafo segundo (respeto a la integridad física y psicológica) hubiera bastado, pero si a él se le añade la supresión realizada, el resultado parece ser el que los padres no podrán corregir moderada y razonablemente a los hijos, lo que además de que lisa y llanamente no va a suceder, es, por utilizar una palabra suave, absurdo. Asimismo, de seguir la «lógica» del reformador, cabría deducir que los hijos sí pue-

contra la voluntad del individuo afectado. Pero la clave está entonces en el consentimiento del afectado, de modo que es éste y no la integridad física lo que está en juego. En efecto, como esta última exigencia denota, no es la integridad física el obstáculo a tal acción, sino sólo la decisión del individuo basada en su libre voluntad para decidir sobre su propia salud y por ello sobre su integridad (y su vida, esto luego se verá). Esa decisión no es exactamente consecuencia del ejercicio de ningún derecho fundamental, ni tampoco de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1), pues no parece que un valor superior se pueda ejercer, pero sí pueden actuarse las concreciones y expresiones de esos valores así como aquellas facultades que sin ser precisas realizaciones de los mismos, encuentren en ellos un respaldo adecuado. En todo caso, debe decirse que no existe en nuestra Constitución un «derecho fundamental a la libertad», sino libertades concretas configuradas como derechos fundamentales, aunque sí un «valor superior libertad» o un «principio general de libertad» (arts. 1.1 y 10.1 CE) (SSTC 83/1984, FJ 3; 89/1987, FJ 2; 113/1994, 179/1994, FFJJ 5 y 7; FJ 11; 107/1996, FJ 9; 46/2001, FJ 11; 154/2002, FJ 12; 225/2006, FJ 3, entre otras), o una «cláusula general de libertad» (art. 10.1 CE)» [32]. Precisamente por no ser un derecho fundamental el fundamento de tal proscripción, es posible admitir intromisiones legítimas en la integridad física

---

den atentar contra la integridad física y psicológica de los padres, pues nada se dice en el art. 155 (deberes de los hijos) al respecto; ciertamente esa idea sería absurda, pero tanto como la que ha inspirado la reforma.

[32] En nuestra Constitución sólo hay libertades específicas, aunque sean amplias, como la deambulatoria *ex* art. 17 CE y la de desplazamiento del art. 19 CE, si bien suele hablarse de un *principio general de libertad* (J. Jiménez Campo, «Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales», en O. Alzaga Villaamil, *op. cit.*, pp. 455 y 456, y en particular la 464, y también en *Derechos Fundamentales, op. cit.*, pp. 15-46; J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 202; M. Beladíez Rojo, «La vinculación de la Administración al Derecho», *RAP*, núm. 153, 2000, pp. 333 ss.), de un *principio de libertad* (F. Rubio Llorente, «Principio de legalidad», en *La forma del poder*, CEPC, Madrid, 1993, p. 353), o de una *cláusula general de libertad* (L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005, p. 70).

si razones de salud pública lo imponen, pues entonces estarían en juego la salud o la vida de otras personas. En puridad, incluso, no debería hablarse de la prevalencia de esos bienes sobre la libertad propiamente dicha, sino sobre la voluntad del sujeto, respaldada por un valor superior [33].

Así pues, no cualquier acto de violencia física es relevante constitucionalmente hablando, esto es, ese acto afecta a la integridad física, pero no necesariamente a la integridad física que protege el derecho fundamental a la integridad física «ex» art. 15 CE y por tanto no será ineludiblemente un atentado al mismo. Por ello, los argumentos de la STC 207/1996, FJ 2, no pueden ser compartidos y la idea de la STC 120/1990, FJ 8, de que la Constitución protege la inviolabilidad de la persona contra toda clase de intervenciones que carezcan de consentimiento de su titular, es sólo correcta si se considera que esa protección no es siempre resultado del derecho fundamental a la integridad física, por las siguientes razones. La primera, porque, como se ha dicho, en la prohibición de injerencias sobre el cuerpo humano que no afecten a la integridad protegida por el art. 15 CE, no es la integridad lo concernido, sino la libre voluntad del individuo. Si fuera la integridad, ésta se protegería con independencia del consentimiento del individuo, que sería así irrelevante. Sin embargo, es precisamente esa voluntad la que determina la licitud o ilicitud constitucional de la intervención. La segunda, porque no se protege esa inviolabilidad con carácter absoluto, y también se han puesto ejemplos en los que la voluntad del individuo (es ésta y no la integridad la involucrada) se doblega, por razones de salud pública o puesta en peligro de la vida de los demás. La tercera porque en todo caso, la Constitución no proscribe cualquier intervención física, sino sólo la intervención «relevante» en el sentido expuesto. Así que

[33] Incluso si se aceptase que el conflicto pudiera plantearse con la libertad, en rigor debería considerarse que en ese caso en realidad no hay conflicto, pues no habría libertad. Pero este entendimiento es tributario de una determinada concepción acerca de la delimitación de los derechos fundamentales, y aunque es también predicable de cualquier otra figura jurídica (su razón de ser opera siempre), no conviene hacer extrapolaciones innecesarias y apresuradas, pues ya se sabe que esa delimitación de los derechos fundamentales tiene su base en la necesidad de convivencia pacífica del núcleo de la Constitución, el sistema de derechos fundamentales.

no toda intervención física no consentida es contraria a la Constitución. Lo contrario sería no sólo desconocer el mundo vital humano, sino también el sentido de la garantía constitucional.

Eso significa que las agresiones a la integridad física que sí esté protegida por el derecho fundamental del art. 15 CE, serán atentados contra este derecho, se realicen aquéllas con o sin consentimiento del sujeto afectado [34].

[34] En el caso de la STC 207/1996, el afectado sufrió un «tonsurado de axilas y cabeza»; si hay lesión de la integridad física la hay hubiese o no consentimiento; otra cosa es que en el primer caso el sujeto no hubiese accionado. Sobre las otras razones dadas por la STC no es posible entrar aquí, pero de antemano, no se comparte la idea (recogida en el art. 8.2 del CEDH), de que toda injerencia singular en los derechos fundamentales haya de estar prevista por Ley, ni siquiera las de la autoridad pública (T. Requena López, «La Administración frente a la inactividad del legislador. Posibilidades de actuación en los distintos niveles», en E. Guillén López, R. Martín Morales y T. Requena López, *El Régimen Constitucional de «La Movida»*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2001, pp. 95-138, las 126 a 135 en coautoría con R. Martín Morales), y el propio TC la desmiente, pues admite que la intervención para la obtención de cabello no está prevista en la Ley, bastando sólo con la resolución judicial, por lo demás impuesta por la Ley en el curso de un proceso penal.

De ahí que no puede considerarse acertada la doctrina acerca de la relevancia constitucional del consentimiento informado por su ligazón con la integridad física protegida por el art. 15 CE, doctrina que acoge acríticamente la jurisprudencia constitucional. Entre los trabajos más recientes, véase, A. Rovira Viñas, *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Aranzadi, 2007, del mismo autor, «Dignidad, autonomía, libertad y consentimiento informado», *RCG*, núm. 67, 2008, pp. 8-53.

Piénsese en que el Código Penal castiga el delito de lesiones aún con consentimiento del lesionado (art. 155), que sólo funciona (y sólo la del mayor de edad y capaz) para minorar la pena, disponiendo que «se impondrá la pena inferior en uno o dos grados». Esto, claro está, no se trae aquí a colación como refrendo de lo expuesto, sino sólo como prueba de la irrelevancia del consentimiento para desterrar la idea de lesión, pues las infracciones constitucionales no tienen por qué convertirse en tipos penales, de modo que puede haber (y los hay) lesiones de derechos fundamentales que no merecen reproche penal. Por lo demás, es claro que las lesiones castigadas penalmente no son cualquier atentado a la integridad física, por más que el concepto jurisprudencial de lesión sea muy amplio, entendiéndola como cualquier detrimento de la integridad corporal, lo que por otro lado, muestra la inadecuación del Derecho penal para resolver los problemas constitucionales.

Hasta aquí este pequeño «excursus» sobre el derecho fundamental a la integridad física. Volviendo al derecho a la vida, y partiendo de lo expuesto, puede decirse que dentro de las agresiones constitucionalmente significativas, que como se ha visto no son todas las agresiones, sólo aquellas que puedan afectar a la idea de «individualidad» expresada, pueden considerarse como agresiones, no a la integridad física o moral, sino como lesiones del derecho a la vida. Es el caso de determinadas agresiones prolongadas o realizadas bajo determinadas circunstancias o con concretas condiciones. El ejemplo de los campos de concentración nazis es significativo, aunque ese ejemplo extremo no es el único posible e imaginable, y no debería serlo en un Estado constitucional.

En la búsqueda de una delimitación adecuada de tales supuestos en un Estado constitucional, la tortura o los tratos inhumanos degradantes proscritos también por el art. 15 CE, aunque no pueden considerarse automáticamente como supuestos de la integridad física vital si es que esa interdicción ha de tener un sentido autónomo respecto del derecho a la vida, sí pueden servir para construir un criterio (quizás mejor, como modelo) que permita identificar los supuestos en que la integridad física afectada es la integridad vital de utilidad. Todo ello, por supuesto, va a depender del concepto de tortura y de trato inhumano o degradante, pero si se tiene en cuenta la definición que del mismo se ha acogido por el TC (SSTC 120/1990, FJ 9, y 137/1990, FJ 7) [35], que no es sino la prevista en el art. 1.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de Nueva York, de 10 de diciembre de 1984 (ratificada por España el 19 de octubre de 1987), no es difícil llegar a la consideración expuesta. En efecto, el citado precepto dispone que «se entenderá por (…) tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obte-

[35] El TC considera que «torturas», «penas o tratos inhumanos» y «penas o tratos degradantes», «son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales sean fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente».

ner de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dicho dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, con su consentimiento o aquiescencia». Es claro que pueden infligirse dolores o sufrimientos graves, lesionando así la integridad física (o moral) protegida por el derecho fundamental a la integridad física (o moral), sin afectar la integridad física vital tal y como se ha definido. Debe señalarse que esa definición de tortura exige como elemento subjetivo activo la intervención de un funcionario público o persona que ejerza funciones públicas, pero los actos en que consiste pueden ser realizados por otros sin esa intervención, en cuyo caso no se tratará técnicamente de tortura, pero sí debe hablarse de afectación de la integridad física o, en su caso, de la integridad física vital.

En todo caso, debe reconocerse que es difícil definir los términos bajo los que subsumir, cual silogismo, todos los casos en los que puede hablarse de lesión de la integridad física vital y no de lesión de la integridad física objeto de protección por el derecho fundamental a la integridad física, pudiendo definirlos sólo como aquellos que se refieren a una situación en que el individuo haya perdido toda espontaneidad. Pero también ha de reconocerse el carácter especular que en último término presenta el problema, dado que el sujeto se halla protegido en todo caso y que tal protección debe llevar a la eliminación de la situación que lesiona la integridad física, sea cual sea ésta, formando parte de la vida protegida por el art. 15 CE, o como objeto del derecho a la vida u objeto del derecho a la integridad física.

En definitiva, la vida protegida por el art. 15 CE no es sólo la existencia física, sino también la integridad física vital, esto es, la integridad física en los términos vistos.

b) *La integridad moral vital*

Como sucede con la integridad física, algo también de la integridad moral forma parte del derecho a la vida. El qué sea parece teóricamente identificable con aquélla parte sin la que no puede hablarse de la dignidad

humana. Y otra vez el ejemplo de los campos de concentración nazi es sumamente ilustrativo. Es más, es el que permite aseverar que sólo en casos tan extremos se puede hablar de afectación de la integridad moral a los efectos de considerar en juego al derecho a la vida. Pero otra vez también, es difícil, al margen de tal supuesto, que no debe ser pensable en circunstancias normales, identificar los casos en que tal integridad moral vital se puede apreciar y resulta afectada. Es cierto que, de forma paralela a la integridad física, puede afirmarse que un trato degradante prolongado también afecta al derecho a la vida, pero los actos que atentan a la integridad física, precisamente por lo físico, son más fácilmente identificables que los actos que afectan a la integridad moral, pues en este caso tal afectación puede depender en mayor medida de la persona receptora. Así que, aquí, más que en el caso de la integridad física, cada supuesto concreto manda, o mejor dicho, sólo éste sin construcciones rígidas previas permitirá identificar si hay agresión moral y con qué alcance. En todo caso, lo expuesto para la integridad física vital es igualmente predicable de la integridad moral vital.

2.2.B) *El derecho fundamental a la vida como derecho fundamental a la integridad física y a la integridad moral vitales*

Si por lo que se refiere a la existencia física no es posible hablar de un derecho a la vida y, por tanto, tampoco de un derecho fundamental a la vida, no puede decirse lo mismo cuando se está ante la integridad física y moral que forman, junto a aquélla, la vida. Ya no se está aquí ante la existencia física, respecto de la que, como se dijo, no encaja el concepto de derecho, y por eso cabe pensar, no sólo como plausible sino como perfectamente posible y ello con independencia de que la práctica haya refrendado esto más o menos, en la facultad de recabar la tutela judicial en el caso de menoscabo de tal integridad física y moral. A la identificación de tal integridad física y moral y las dificultades para ello, ya se ha aludido, como también al casi interés especular en ella. Sólo resta señalar que ese derecho fundamental se tiene frente a todos, particulares y Estado, y puede tener las siguientes finalidades, no excluyentes: poner fin al estado o circunstancias que determinan la lesión del derecho a la vida por afectar a esa in-

tegridad física y moral; obtener la reparación, incluyendo la económica, por los daños producidos por haberse encontrado el individuo en tal situación o circunstancias; poner fin a la situación de riesgo para esa integridad.

En efecto, en el caso de que el individuo se encuentre en alguna situación cuyas condiciones no permitan hablar de vida humana digna, en los términos vistos, ese individuo sí estaría legitimado, en principio, para reclamar de los tribunales la cesación de tales condiciones o para reparar los daños sufridos. Todo ello, claro está, siempre bajo el presupuesto de la existencia real de un Estado constitucional, dentro del cual son posibles las lesiones de derechos fundamentales, pero en el que también es posible reaccionar jurídicamente contra ellas, y de que las condiciones en que se encuentre el afectado todavía le posibiliten tomar esa iniciativa, y no me refiero a que se halla incapacitado, sino a que haya perdido toda posibilidad de rehabilitar su espontaneidad. Otro sería el caso, lógicamente, de que la perversión estatal fuese tal que el orden constitucional no fuese sino mero ornato, pero en ese caso no habría Estado constitucional y no tendría sentido entonces plantearse todo esto; entonces es difícil pensar que algún aparato del Estado pudiera utilizarse como instrumento de garantía, ni siquiera el judicial.

De la descripción antes referida sobre la finalidad de la reparación, hay una, la de poner fin a una situación de riesgo para la integridad, que no es sólo tal, sino que otorga una configuración distinta al derecho, ampliando cuantitativa y cualitativamente su contenido, y que plantea una serie de problemas a los que se aludirá en el siguiente apartado.

2.3. **El derecho fundamental a la vida como protección frente a un riesgo concreto de perderla. Una alternativa plausible**

En el apartado anterior se aludió, como uno de los supuestos en que el individuo podía reaccionar, al consistente en la existencia de una situación de riesgo concreto para la integridad física y moral que forman parte de la vida. Eso pone en alerta sobre si podría articularse una suerte de derecho fundamental cuando de tal integridad física y moral se trata, a pesar de lo expuesto sobre el llamado derecho a la vida como existencia física, en el

sentido de que no es tal derecho. El tratamiento separado que se hace de este posible contenido del derecho a la vida responde precisamente a que iría en contra de la idea de que la existencia física no puede constituir el objeto de ningún derecho y a que presenta una problematicidad que sólo autoriza a hablar, en mi opinión, de un proyecto plausible, necesitado de una mayor precisión y compleción, y del que aquí sólo se quieren dar unas pinceladas. Es necesario también hacer notar que lo sigue a continuación se entiende sin perjuicio, y con independencia, pues, de la respuesta penal que pueda darse a tales riesgos, si es que integran algún tipo penal.

Ese derecho fundamental a la vida consistiría en el derecho a ser protegido frente a los riesgos para la vida propia, bien mediante la adopción por el mismo de medidas de protección frente a una determinada situación, bien mediante la eliminación de tal situación o de sus consecuencias; derecho que juega tanto respecto del Estado (y en ese sentido y sólo en él se puede hablar de la existencia de una obligación constitucional por el Estado de proteger la vida), como por los particulares. Ciertamente en este último caso (la exigencia frente a particulares de la adopción de medidas de protección frente al riesgo vital) se podría pensar que a través de qué vía, pero la misma pregunta habría de hacerse respecto del Estado, y la respuesta está en la misma Constitución. Si se trata de un derecho fundamental, éste opera «ope constitutionis» sin necesidad de desarrollo legal, aunque éste pueda resultar conveniente. Por dar una respuesta práctica, piénsese, por ejemplo, en la institución de la responsabilidad civil como cauce a través del cual arbitrar la vía judicial. En efecto, si el riesgo vital puede proceder de particulares, por qué no reclamar de estos la adopción de medidas de protección o de eliminación del riesgo (piénsese en una central nuclear o, por utilizar el caso de la STC 62/2007, aunque aquí fue la integridad física la concernida, en una empleada embarazada cuya actividad pone en peligro su vida), y ello al margen del eventual juego del ámbito penal, que, como regla general, no permite articular derecho subjetivo alguno y que aquí, por tanto, no interesa [36].

[36] Una excepción puede considerarse que son las medidas cautelares que puedan adoptarse en determinados procedimientos, tendentes a la protección de las per-

Por otro lado, como se puede comprobar, la identificación de cuándo estamos ante la integridad física o moral, o ante el derecho a la vida (existencia física), o ante el derecho a la vida (integridad física y moral) puede presentar contornos difusos, pero si bien esto puede tener importancia teórica, en principio no parece tenerla práctica, pues en todo caso se trataría de la protección del individuo (útilmente fungible para cualquiera de esos derechos) o de la eliminación de la situación lesiva consiguiéndose así también una finalidad válida para cualquiera de ellos. Por lo que se refiere a este derecho, debe ya adelantarse algo que se perfilará más adelante, y es que no se trataría de un derecho de protección frente a cualesquiera riesgos, sino que subjetivamente, no podría ser frente a padecimientos propios, convirtiendo, por esa vía, verbigracia, el derecho a la salud en un derecho fundamental, lo que no es coherente con la Constitución en la que tal derecho a la salud es sólo un principio rector de la política social y económica, aún reconociendo que esto puede presentar problemas de identificación de lo propio frente a lo ajeno, pues muchas enfermedades pueden tener su origen (y de hecho lo tienen) en factores externos, pero eso es algo que ha de dejarse al examen de cada caso.

En cuanto a la existencia de un derecho a la vida como derecho de protección frente al riesgo de su pérdida, debe tenerse en cuenta la STEDH «Kilic contra Turquía», de 28 de marzo de 2000. En ella el TEDH recuerda, recogiendo lo ya dicho en su Sentencia «L.C.B. contra Reino Unido», de 9 de junio de 1998, apartado 36, que «la primera frase del artículo 2.1 exige que el Estado no solamente se abstenga de quitar la vida ilícita e intencionadamente, sino que también tome las medidas adecuadas para salvaguardar las vidas de aquéllos bajo su jurisdicción» y ello, además del ejercicio del «ius puniendi, «se extiende también, en circunstancias adecuadas a la obligación positiva de la Administración de tomar las medidas operativas preventivas para proteger a un individuo o individuos cuya vida

---

sonas, como son las previstas en el capítulo IV («medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas») del título V («tutela judicial») de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre , de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

esté en peligro de sufrir actos criminales por parte de otro individuo» (lo que ya se decía en la Sentencia «Osman contra Reino Unido», de 28 de octubre de 1998, apartado 115, y que después se recuerda en la Sentencia «Pretty contra Reino Unido», de 29 de abril de 2002). Eso sí, el TEDH reconoce que «teniendo presentes las dificultades en controlar a la sociedad moderna, la imprevisibilidad del comportamiento humano y la elección operativa que debe realizarse en términos de prioridades y recursos, el alcance de tal obligación positiva debe ser interpretado de forma que no suponga una carga imposible o desproporcionada para las autoridades». Sobre esa base, según el TEDH, «para que surja una obligación positiva, debe probarse que las autoridades sabían o debían saber en la época, de la existencia del riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o individuos concretos e identificados de sufrir actos criminales por parte de terceros y que no tomaron las medidas a su alcance que, consideradas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo».

Sin prejuzgar la disposición de nuestro sistema de derechos fundamentales para la admisión de tal construcción ni, en particular, del derecho a la vida, pero desarrollando la lógica de su argumentación, podría decirse que si el TEDH admite que el art. 2 del Convenio [37] lleva consigo tal obligación positiva, parece razonable (y, aún más, racional) aceptar que el derecho a la vida protege frente a otros riesgos concretos contra la vida, aunque no procedan de actos indudablemente criminales, como, por ejemplo, los que procedan de una actividad empresarial de riesgo o, simplemente, de actividades o situaciones que sin ser por definición de riesgo, por las circunstancias concretas de la persona afectada o por otras concurrentes ajenas a éste, supongan un riesgo para su vida [38] (por supuesto aunque las mismas no tengan respuesta penal; como ya se ha advertido y se seguirá subrayando, no debe buscarse una correlación simétrica entre Derecho constitucional y Derecho penal).

[37] Sobre este precepto y su interpretación por el TEDH, véase J. Barcelona Llop, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, Civitas, Madrid, 2007.

[38] La terminología que sigue es ajena a la penal, pero en parte es lógico, pues aquí no se formula ningún juicio penal, sino puramente constitucional.

La configuración de un derecho del alcance referido plantea problemas de diverso calado o, quizás sea mejor decir, produce perplejidades, algunas de las cuales podrían considerarse como puramente derivadas de la idea de que existe un «nuevo derecho» derivado de la Constitución y, por tanto, del hecho de que haya de perfilarse su contenido, que muta en extraño lo que ya ha sido superado en otros derechos, y otras cabría entenderlas como resultado de la necesaria reconsideración de conceptos o entendimientos ya interiorizados. No obstante, antes de nada ha de decirse que se está hablando del derecho fundamental a la vida y no del bien jurídico vida como objeto de protección penal, de modo que no todo atentado al derecho a la vida tiene por qué merecer respuesta penal, que está orientada sólo como reacción ante determinados ataques a la vida.

Así pues, la configuración del derecho referido plantea los siguientes problemas concretos:

1.º Es necesario definir el riesgo frente al que se solicita protección a través del derecho a la vida y que, sin merma alguna de la economía de la tesis estudiada, podría llamarse «riesgo vital». Es evidente, por tautológico, que ha de tratarse de un riesgo para la vida, pues el mismo puede que sólo tenga entidad parar pone en peligro la integridad física o ni tan siquiera ella. Ahora bien, el que sea obvio tal rasgo, no por ello plantea pocos problemas su identificación práctica, siendo difícil de solventar con carácter previo las dudas que puedan surgir, originándose inevitables problemas de deslinde respecto a los riesgos para la integridad física protegida por el derecho fundamental a la integridad física. Estos problemas, sin embargo, como se ha dicho, presentan un marcado carácter especulativo. En cualquier caso, y en términos genéricos, puede decirse que existe riesgo vital cuando la actividad o la situación afectan a la salud del individuo de forma que su vida está en peligro, si se trata de una actividad o situación que afectan a la salud, o si las circunstancias de tal situación (amenazas por parte de un grupo terrorista que suele cumplirlas y que es capaz de concretarlas) son tales que puede afirmarse, razonablemente, que la vida de una persona está en peligro.

Una vez realizada tal precisión, se hace necesario caracterizar ese riesgo para la vida para que sea vital, pues no todos los que pongan en peligro la vida pueden considerarse vitales a los efectos referidos, so pena de absor-

ber bajo el derecho fundamental a la vida contenidos constitucionalmente diferentes. En ese orden de cosas, y valiéndome de una clasificación tradicional, debe exigirse que se trate de un riesgo concreto y no de un riesgo abstracto. Además, la doctrina referida del TEDH puede ser de utilidad a estos efectos. Esa doctrina considera que el derecho a la vida previsto en el art. 2 del Convenio lleva consigo la obligación del Estado de proteger al individuo frente a un riesgo «real e inmediato» para la vida. Pero que haya de ser «real» parece tautológico, pues si no es «real» (si es imaginario) es que no hay riesgo. En cuanto a la inmediatez, éste sí es un rasgo que permite ya delimitar el tipo de riesgo que puede calificarse como vital. La protección, por tanto, sólo podría recabarse frente a un riesgo inmediato para la vida, esto es, la idea del TEDH es que es necesaria la existencia de un riesgo inmediato para la vida a fin de que surja la referida obligación positiva estatal [39].

Si los criterios explicitados y elaborados a partir de la razón de ser de la doctrina a que se alude, se consideran suficientemente indiciarios del camino a seguir para perfilar el concepto de riesgo vital y, en todo caso, para apreciar éste, cabe plantearse, primero, si los mismos se presentan con la suficiente potencialidad como para marginar cualquier otra búsqueda, y segundo, si el resultado conseguido, dada la realidad concernida por esos rasgos, esto es, el que sólo se pueda demandar protección frente a un riesgo inmediato para la vida (esto es que sea tan intenso como para poner en riesgo ésta) como parte del contenido del derecho a la vida, ha de considerarse razonable. La respuesta a ambas interrogantes ha de ser positiva. En el primer caso, ciertamente es necesario reconocer que los términos barajados no dejan de plantear interrogantes, como lo harían cualesquiera otros que se utilizasen y que, en todo caso, la búsqueda del término o términos

[39] Se podría pensar que también la inmediatez es inherente al riesgo, pero quizás eso sea más propio de la intensidad del riesgo que de la inmediatez, aunque sólo sea por la usual distinción entre riesgo mediato e inmediato. En todo caso, si la intensidad se refiere al riesgo y no a la afección de la vida, es claro que se confunde con la inmediatez. Si, por el contrario, alude a tal afección, ya tiene que ver con la existencia misma del *riesgo vital* y está ínsito, pues, en su propio concepto, como a continuación se verá.

precisos sería una búsqueda sin fin, y es que lo limitado del lenguaje aparece aquí como siempre que la creación está en juego, pero ha de señalarse que cualesquiera otros términos empleados tendrían que representar, de cualquier modo, el carácter dibujado por los aquí utilizados, si se quiere evitar la entrada en juego de un riesgo inadmisible. Y aquí adquiere protagonismo la respuesta a la segunda pregunta, y es que de no realizarse tal acotación, el derecho a la vida absorbería contenidos de otros (no) derechos como, por ejemplo, el derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE). Puede decirse, verbigracia, que la contaminación derivada de la circulación implica un riesgo concreto, pero que en general no ofrece la intensidad suficiente como para hacerla merecedora de integrar este significado del derecho a la vida. Por poner otro ejemplo, vivir cerca de una central nuclear no implica la existencia de un riesgo, sino la probabilidad de que tenga lugar un riesgo, y si este se produce por una fuga radiactiva, entonces dependerá de la intensidad de la fuga el que la misma pueda determinar la existencia del derecho a la vida.

2.º El segundo problema consiste precisamente en cómo medir el riesgo a fin de determinar si es o no inmediato, y ello sólo puede llevarse a cabo ante cada caso concreto. No obstante, puede decirse que en los casos de actividades potencialmente peligrosas, sólo cuando se hiciese realidad ese peligro (por algún fallo en los mecanismos de protección y seguridad a que se somete la actividad) en principio sólo potencial podría hablarse de inmediatez. Asimismo, en el caso, por ejemplo, del peligro que representan actividades terroristas, sólo cuando el conjunto de circunstancias (relativas, por ejemplo, al afectado, u objetivas, como la existencia de reiteradas amenazas de muerte) permita apreciar tal inmediatez podrá reclamarse protección; todo ello partiendo, claro, de que el riesgo represente un peligro para la vida, no para otro bien jurídico protegido.

3.º El tercer problema tiene que ver con el origen del riesgo. Existen riesgos para la vida, concretos e inmediatos que, sin embargo, no legitiman para recabar protección frente a ellos a través del derecho a la vida. Así, si bien sí se han de incluir los procedentes de la actividad o comportamiento de terceras personas dirigidas intencionadamente a poner fin a la vida de persona o a condicionarla de forma que hacen de ésta una vida no humana, como también los que tienen su origen en actividades no orienta-

das a tal fin, pero que pueden producir tal resultado, como es el caso de determinadas actividades económicas, resulta dudoso que puedan considerarse concernidos los que tienen su origen inmediato en fenómenos de la naturaleza, tales como huracanes, tornados, terremotos. En efecto, cabría preguntarse, en este último caso, ¿qué tipo de medidas de protección sería exigible? Podrían distinguirse unas «ex ante» y otras «ex post», pero ¿es posible configurar un derecho fundamental con esos mimbres? No parece que sea dable el surgimiento del derecho fundamental a la vida en esos casos. En todo caso, lo que sí debe decirse es que ha de tratarse de un «riesgo exterior al individuo», en sentido estricto, pues en un sentido amplísimo siempre se fallece por intervención de algo o alguien y no es posible por ello hablar de riesgo vital. Las condiciones de vida impuestas por la sociedad, por la situación vital concreta del individuo, que no depende de él totalmente (incluso en el caso de enfermedad, ésta normalmente viene determinada, si no totalmente, al menos en un grado, por mínimo que sea, por factores externos) no autorizan a hablar de un riesgo vital, tal y como se ha definido.

Como se comprenderá, ello resulta de que carece de sentido reclamar protección frente a riesgos que uno mismo genera (en última instancia, frente a la voluntad de suicido). Ahora bien, en el caso de personas cuya voluntad no pueda tener virtualidad (como los menores), en particular, enfermos psíquicos con tendencias suicidas, sería posible hablar en este caso de un derecho fundamental a pedir protección frente a los riesgos de tal tendencia, en el bien entendido que el mismo surgiría o tendría virtualidad cuando el sujeto, en momentos de lucidez o si su incapacidad permite la conciencia del peligro, aunque no evitarlo, actúe tal solicitud, o lo haga su representante legal [40].

4.º El cuarto problema, a diferencia de los anteriores, no tiene que ver con el riesgo, sino con el contenido del derecho, consistente en obtener protección frente al riesgo, y con el alcance y extensión de tal protección. En efecto, si de lo que se trata es de que el Estado proteja al individuo frente al riesgo vital o adopte las medidas oportunas para poner fin a la situación de riesgo vital, es necesario plantearse cómo se articula tal protección. Para empezar, esa protección parece que sólo puede recabarse del

[40] Véase STEDH, *Renolde versus France*, de 16 de octubre de 2008.

Ejecutivo y de la Administración Pública, y no de cualesquiera otros poderes u organizaciones públicas, pues sólo ellos están en disposición de adoptar las medidas en que consista tal protección. También parece que por exigencias de la propia Constitución, en concreto de la configuración por ésta de un derecho fundamental, no cabe sostener que sólo sea posible solicitar de la Administración las medidas a las que le obligue o le posibilite adoptar el ordenamiento jurídico (vinculación positiva), sino todas las necesarias para el fin perseguido, que el ordenamiento jurídico no le prohíba adoptar (vinculación negativa), y si la prohibición se considera obstaculizadora de la realización del derecho fundamental, debería revisar o derogar la norma reglamentaria que la estableciese, o impugnarla si es de otra Administración, o si se trata de una norma legal, realizar las actuaciones necesarias para que se promueva su derogación, o impugnarla ante el Tribunal Constitucional o, si el plazo ha transcurrido y se dan las condiciones para ello, suscitar la cuestión de inconstitucionalidad. En cualquier caso, el alcance de las medidas que la Administración deba adoptar dependerá de la situación concreta de que se trate, algo por lo demás obvio cuando no hay desarrollo legal.

Junto a todos esos problemas, es necesario señalar un problema dogmático. Y es que el derecho a la vida como derecho a obtener protección frente a un riesgo vital, sería un derecho reaccional, pues consiste justamente en reaccionar ante una determinada circunstancia que puede suponer un riesgo concreto para la vida. Esto es, la posibilidad de reacción jurídica pasa de ser un elemento de la efectividad o, si se quiere, de la existencia del derecho, a la existencia misma del derecho. Esto es, el derecho a la vida se ejercita y aparece sólo cuando se reacciona jurídicamente ante un riesgo concreto para la vida propia. ¿Es posible configurar así un derecho? Es cierto que los derechos subjetivos, y los fundamentales también, se caracterizan porque su existencia y realización se producen sin necesidad de tal reacción, previamente y al margen de la misma, sin perjuicio de que ella (una clase de ella, la judicial) sea un elemento sin el que no puede hablarse de derechos fundamentales, ni siquiera de derechos. Ahora bien, que esos rasgos sean los que normalmente caractericen un derecho es una cosa, y otra que no sea posible configurar un derecho fundamental al estilo expuesto. Un derecho fundamental es la tutela judicial efectiva (art. 24

CE) y nada se ha opuesto a su consideración como tal. Expresado de otra forma, en el caso de los derechos fundamentales, con excepción del derecho a la tutela judicial efectiva, la reacción para su protección no forma parte de su ejercicio, mientras que en este caso el derecho consiste justamente en esto.

También es verdad que muchos derechos fundamentales consisten en una situación ante cuya alteración se reacciona, caso del derecho a la intimidad, pero no estamos ante un derecho del mismo carácter. Claro que podría decirse que el derecho a la vida se ejerce mientras se vive, y que sólo cuando existe un riesgo vital se recaba la tutela judicial. Pero, como se ha visto, no es posible, ontológicamente, hablar del derecho a la vida como derecho a la existencia física y sí lo es hablar, por ejemplo, del derecho a la intimidad. Puede decirse que las personas disfrutan todos los días de su derecho a la intimidad, pero no que las personas disfrutan todos los días de su derecho a la vida, sino simplemente que viven. Y eso puede decirse también, como ya se ha visto, de todos los derechos fundamentales, con excepción de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que, además, a diferencia del aquí estudiado, es un derecho de articulación judicial (con matices, como en el caso del procedimiento administrativo sancionador) sin finalidad específica (la protección de la vida), sino genérica (la defensa de los derechos e intereses) y, además, su satisfacción no requiere de la estimación de la pretensión del actor, algo que sí es necesario en el caso de la exigencia de protección frente a un riesgo vital, como es lógico.

De cuanto antecede puede ya concluirse que el «derecho a la vida» del art. 15 CE comprende: la prohibición de atentar contra la existencia física ajena, que no es un derecho; el derecho fundamental a la integridad física y moral ajenas vitales; y —aunque esto sólo se plantea con mucha prevención— el derecho fundamental a obtener protección frente al riesgo vital.

3. EL ASPECTO ECONÓMICO

Se ha afirmado que el derecho a la vida tiene un contenido económico [41]. Sin embargo, dado que, como se ha expuesto, por lo que se refiere a

[41] G. Rodríguez Mourullo, *op. cit.*, pp. 271 y 272, recogiendo la idea de Maunz-Durig-Herzog: *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1970, pp. 80 y 92.

la existencia física se trata en rigor de una prohibición de atentar contra la vida y no propiamente de un derecho a la vida, resulta difícil apreciar un contenido económico. Claro está que no parece muy «científico» construir el concepto y acomodar luego la realidad a él, haciéndolo irrefutable, aunque ese haya sido y sea, curiosamente, el modo de proceder de omnicomprensivas teorías políticas y sociales infructuosas. No obstante, tampoco es posible incardinarlo en los derechos fundamentales que implica el art. 15 CE, ni es posible considerar ese contenido económico como el propio de otro derecho fundamental derivado del art. 15 CE. Sin embargo, es necesario recordar que un derecho fundamental es un derecho subjetivo tutelable judicialmente, primero (si no, no sería siquiera derecho), y que ha de ser, segundo, respetado por el legislador [42], de modo que no es admisible elaborar un irrealizable derecho a la vida, que no sea posible ni identificar, ni defender, ni proteger, porque entonces ya no será derecho a la vida, sino un brindis al sol. Si eso es así, el pretendido contenido económico no puede configurar un derecho ni, por tanto, convertir en derecho al «derecho a la vida». Un ligero escrutinio de esa afirmación con la realidad muestra su desacierto. Y así lo muestra la pregunta, ¿qué es, en términos que el sujeto pueda reivindicar y defender como derecho a la vida, ese contenido económico? ¿Es el establecimiento por el Estado de un salario mínimo? ¿Y en qué cantidad? Como se puede comprobar, la idea propuesta por esa doctrina se desvanece en cuanto se pretende dar una respuesta que haga real ese contenido económico. Todo esto es trascendente, pues tiene que ver con si se trata de un auténtico derecho fundamental, pues sólo lo será aquella facultad o faz de facultades susceptibles de tutela judicial y que hayan de respetarse por el legislador. Precisamente, cuando se trata de dotar de contenido a tal mínimo económico, es cuando se repara en su inexigibilidad. Así, se dice, que «no se puede requerir al Estado el remedio universal de todas las necesidades vitales del ciudadano», sino que «se trata de garantizar únicamente la asistencia mínima absolutamente indis-

[42] P. Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *op. cit.*, p. 39. El autor alude al «contenido esencial», al que se refiere el art. 53.1 CE. Críticamente sobre ese «contenido esencial», puede verse T. Requena López, *op. cit.*, pp. 117 ss.

pensable, en su caso, para asegurar la misma existencia física, sin cuyo soporte no es imaginable, lógicamente, el disfrute del derecho a la vida» [43], pero entonces, ¿«eso sí es exigible al Estado»? ¿El particular puede acudir a un tribunal para pedir ese mínimo? ¿No será que se confunden obligaciones del Estado derivadas de su deber de proteger la vida, con un derecho fundamental?, y aquí vuelve a aparecer el problema de la fisionomía del «derecho a la vida».

En todo caso y para empezar, resulta difícil ver en el derecho a la vida la razón de una determinada orientación social estatal. ¿El Estado ha de procurar ese contenido mínimo o más bien ha de remover los obstáculos para su satisfacción? Por otro lado, habría que fijar que se entiende por vivir dignamente en el mundo civilizado actual, ¿sólo la procura de alimentos?, e incluso esto resulta algo impreciso. Una cosa es que, como es normal en Derecho, haya de analizarse cada caso para ver si hay lesión de un derecho fundamental y otra distinta la fijación a nivel general de lo que se entiende por ese contenido económico, que se antoja tarea bizantina, de gran carga subjetiva (para una persona aquél se integra, entre otras cosas, y por ejemplo, por conducir un automóvil de lujo y para otro bastaría con la indispensable alimentación diaria), y por ello de resultados poco conciliables con la proscripción de los arbitrario, y más bien cercanos a los caprichoso, cuando no quizás discriminatorio. Es cierto que el legislador podría fijar ese contenido económico vital, pero entonces resultaría difícil admitir que estemos ante un derecho directamente derivado de la Constitución, esto es, ante un derecho fundamental.

Lo que sí tendría sentido sería relacionar el contenido económico con la integridad física pues, ciertamente, en la idea de la integridad física está el de una alimentación necesaria para vivir. Pero el problema se reconduciría, entonces, a la definición de integridad física que forma parte del derecho a la vida o, mejor aún, a un problema de determinar cuándo la obstaculización a la consecución de lo necesario para el mantenimiento de una integridad física resulta integrante del derecho a la vida. Eso, y no la

[43] G. Rodríguez Mourullo, *ibídem*, p. 288, basándose en el citado comentario alemán.

fijación del contenido económico, es lo que permite dotar de sentido al derecho como tal. Pero no se puede ir más allá, hasta el punto de incluir, por ejemplo, el mantenimiento de un salario mínimo por el Estado dentro del derecho a la vida o afirmar que incluye el derecho a los medios o recursos indispensables económicos, pues eso es simplemente igual que no saber hasta dónde llega el derecho a la vida.

El derecho a vivir en condiciones correspondientes con el nivel de vida económico de un país, no forma parte del derecho a la vida. Si eso fuese así, sería imposible delimitar su contenido, de modo que el mismo, con excepción de la existencia física, sería un brindis al sol.

En definitiva, no puede considerarse que pueda formar parte del derecho a la vida el llamado «derecho a la renta básica», reconocido como «derecho» en diversos Estatutos de Autonomía [44], por las siguientes razones. La primera, porque no participaría de los requisitos propios de un derecho fundamental, ya expuestos, esto es, que surja directamente de la Constitución y que sea pues invocable judicialmente con ella sin necesidad de desarrollo o regulación legal. Es más, ni siquiera puede considerarse como «derecho estatutario» [45], dado que a pesar de que en la mayoría de los casos se recoge la vinculación a los poderes públicos a tal «derecho» y su tutela judicial [46], hay que tener en cuenta que su reconocimiento siempre se hace en los términos previstos en una Ley [47], por lo que no puede ha-

[44] EC (art. 24.3), con el nombre de «renta garantizada de ciudadanía», EA (art. 23.2) como «renta básica», EV (art. 15), como «renta de ciudadanía», ECL (art. 13.9), con el mismo nombre que el catalán, EB (art. 21), como «renta mínima de inserción», EAR (art. 23.1), como «renta básica».

[45] Y aunque así fuese, eso no los asimilaría a los derechos constitucionales, pues si bien los Estatutos forman parte del bloque de constitucionalidad, eso es así, en rigor, en tanto que delimitan competencias (art. 28.1 de la LOTC).

[46] Arts. 37.1 y 38.2 EC, 38 y 39 EA, 17.1 ECL, 13.2 EB (aquí sólo se habla de vinculación a los poderes públicos); en el caso del EAR se configura como principio rector de las políticas públicas.

[47] «Con las condiciones que legalmente se establezcan» (EC), «con arreglo a lo dispuesto en la ley (EA), «en los términos previstos en la Ley» (EV), en las condiciones determinadas por el ordenamiento (ECL), «en los términos previstos en la ley» (EB), «en los términos previstos por la ley» (EAR).

blarse de un derecho estatutario, esto es, de un derecho para cuya existencia baste sólo el Estatuto. Por supuesto, que su establecimiento legal [48] no confiere tal carácter estatutario ni mucho menos constitucional. La segunda, porque si el contenido del derecho a la vida se amplía incluyendo tal aspecto, la lógica lleva a considerar comprendidos en él otros muchos que tienen que ver con una vida digna, pues contribuyen a ella, pero que no parecen casar bien con la Constitución, llevando en último término a pervertir el sistema constitucional de derechos. Así, por ejemplo, sería el caso del «derecho a la salud» «ex» art. 43.1 CE, que no es un derecho constitucional. La tercera, porque minaría la idea, consustancial al pluralismo (valor superior del ordenamiento jurídico, art. 1.1 CE), de que la Constitución debe ser un programa abierto. Forma parte del espíritu constitucional, porque acompaña al pluralismo que impregna aquél, su consideración de marco en el que pueden tener lugar opciones posibles, obviamente constitucionales. Pero justamente para ello es necesario que lo que caracteriza lo constitucional, la limitación del poder, se mantenga siempre, y que determinadas opciones que no encuentran refrendo constitucional no puedan considerarse integrantes del sistema constitucional y más en particular de su sistema de derechos.

[48] «Renta de integración social» (Ley 9/1999, de Galicia, modificada por la Ley 16/2004), «renta básica de inserción» (Ley 3/2007, de Murcia), «renta básica» (Ley Foral 9/1999), «prestaciones sociales de carácter económico» (Ley 13/2006, de Cataluña), «renta básica» (Ley 10/2000, del País Vasco), «renta social básica» y «prestación económica de emergencia social» (Ley 2/2007, de Cantabria), «renta garantizada de ciudadanía» (Ley 9/2007, de Valencia), «prestación de inserción» (Ley ½007, de Canarias), «renta mínima de inserción» (Ley 15/2001, de Madrid).

En este orden de cosas, debe aludirse a la prestación por razones de necesidad prevista en la Ley 40/2006, del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, para quienes carezcan de rentas o ingresos suficientes para atender sus necesidades básicas. En la Ley 8/2006, de comunidades andaluzas asentadas fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, se habla tan sólo de programas de ayuda a los mayores, en el supuesto referido (para quienes carezcan de rentas o ingresos suficientes para atender sus necesidades básicas).

4. EL ABORTO

Lo hasta aquí expuesto tiene una repercusión inmediata en uno de los temas habituales en torno al art. 15 CE, el aborto. Y es que si se considera que el art. 15 consagra un derecho fundamental a la vida, como derecho fundamental a la existencia física, entonces, la solución al problema del aborto es clara, pues sólo las personas son titulares de derechos, de modo que no siendo el «nasciturus» titular de un derecho a la vida, puede ponerse fin a su existencia sin más (algo que, lejos de admitirse en la doctrina constitucional, ha sido resuelto en la forma que luego se verá). El art. 2.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como se indicó, proclama que «toda «persona» tiene derecho a la vida», y en ese sentido quizás debiera zanjar la cuestión, cualquiera que sea el alcance que se le dé [49], pero es claro que eso no va a ser así. Si, por el contrario, se entiende, como aquí, que el art. 15 CE no consagra un derecho a la vida, sino la prohibición de atentar contra la vida humana ajena, entonces el Estado tiene que arbitrar medidas para proteger, en términos generales, la vida del feto. Obviamente, todo esto tiene sentido porque la Constitución no establece expresamente el derecho al aborto, ni expresamente prohíbe el aborto, ni es posible admitir que implícitamente tal derecho o tal prohibición resultan de la propia Constitución; sólo son derechos fundamentales los que como tales pueda considerarse de los establecidos en el capítulo II del título I de la Constitución o que resulten claramente de sus enunciados [50].

[49] Sobre ello, E. Guillén López, «The impact of the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Spanish Constitution Law (make a virtue of necessity)», *inédito*. Véase también L. Martín-Retortillo Baquer, «La doble funcionalidad de la Ley Orgánica por la que se autorizaba la ratificación del Tratado de Lisboa (la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el "Boletín Oficial del Estado")», *REDE*, núm. 30, 2009, pp. 137-158.

[50] Como se comprenderá, nuestros sistema constitucional no puede ser en este punto (como en otros) como el estadounidense. En todo caso, es llamativo, que aunque por razones diversas, sucede aquí en cierto sentido como allí en cuanto a la cultura de

En efecto, la concepción actual acerca del art. 15 ha llevado a que la titularidad del «derecho a la vida» haya sido el tema central y casi exclusivo y excluyente de los estudios de este «derecho». El debate se ha centrado en el «todos» del art. 15 CE, que sin duda incluye a los españoles y a los extranjeros, discutiéndose acerca de si se refiere sólo a las personas o incluye también al «nasciturus». En realidad, como se ha apuntado, no cabe ninguna duda de que si el «derecho a la vida» fuese un derecho sólo las personas podrían ser titulares del mismo. La titularidad de los derechos sólo corresponde a las personas. La titularidad es algo jurídico. Y eso no es claudicación del Derecho constitucional al Derecho privado (como se ha dicho por algunos) [51], pues la idea de que sólo la persona es titular de derechos, aunque se recoja en el Código Civil, no es privatista, sino jurídica sin más, pues lo jurídico es una creación del hombre, y no un «prius», y sólo a él puede atribuirse. Por lo demás, esto se muestra con claridad en el caso de los derechos personalísimos, y éste sería el caso, en que no es posible pensar en el ejercicio en nombre de otro, en el ejercicio en nombre del «nasciturus». Los derechos se ejercen porque se quieren ejercer y es difícil (imposible, vamos) decir que el «nasciturus» quiera nacer. Que los debates constituyentes reflejen que la introducción de «todos» tuvo la finalidad de proscribir, constitucionalmente, el aborto, es de poca utilidad. Como se indicó al inicio, no es necesario un excurso sobre la interpretación para saber que la llamada «intención del legislador» es uno más de los criterios interpretativos, usualmente insuficiente por sí solo, y en muchos casos inútil. Es el «sentido normativo» de la disposición lo que ha de indagar el intérprete [52], búsqueda donde pueden producirse inevitables tensiones entre los diferentes resultados que arrojan los diversos criterios de interpre-

---

los derechos, de modo que todo parece plantearse en términos de derechos, supuestos o ficticios; véase al respecto, M.A. GLENDON, *Rights Talk: The impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991.

[51] G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, utilizando el argumento de MAUNZ-DURIG-HERZOG, p. 275.

[52] *Vid.* K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1980, p. 315.

tación, pero que en todo caso ha de marginar los que sean absurdos. Pero el debate, inconsecuente una vez afirmado el «derecho a la vida», resulta, por otro lado inevitable justamente por las consecuencias de tal afirmación.

Ahora bien, toda esa discusión sobre la titularidad resulta totalmente estéril si se piensa, como se defiende, que, en cuanto a la existencia física, el «derecho a la vida» no es tal derecho, sino una prohibición constitucional de atentar contra la vida. No lo sería totalmente si en este supuesto tuviera sentido hablar de que está en juego la integridad física y la moral vitales, porque en ese caso, como se ha visto, sí puede hablarse de un derecho fundamental a la vida, o de protección frente a un riesgo vital, pero no sólo es que no es el caso, sino que, dado que sólo las personas son titulares de derechos, el «nasciturus» no podría ser titular de ninguno de ellos, cualquiera que sea el estado de la gestación. Es claro que es la existencia física de lo que se trata en el caso del «nasciturus».

Por consiguiente, la cuestión pasa por cambiar el tema del debate, de discutir sobre la titularidad de un derecho ha de pasarse a determinar el alcance de la prohibición constitucional de atentar contra la vida ajena. Podría pensarse que al final el resultado es el mismo y de que se trata de un diferente itinerario conceptual que conduce a las mismas soluciones que el que se repudia. Pero no es así, por varias razones: en primer lugar, porque si está claro que sólo las personas pueden ser titulares de derechos, lo es también que la vida humana comienza antes de que la persona exista, lo que significa que la prohibición del art. 15 CE protege al feto; y en segundo lugar, porque precisamente por lo expuesto, de admitir un derecho a la vida y, por tanto, que sólo la persona es titular del mismo, es necesario, de no llegar a resultados inconcebibles, desde el punto de vista de la vida de la persona (que, verbigracia, se pueda eliminar un feto de 8 meses) [53] idear un sistema doble, donde se distingue entre un derecho a la vida del que sólo son titulares las personas y la vida, valor constitucional predicable del «nasciturus», con el argumento, loable, pero en cierta medida insuficiente (pues aquélla siempre es un paso necesario, como la concepción también

[53] Y se está prescindiendo de si el aborto debe o no permitirse, pues parece fuera de toda duda razonable que con 8 meses la vida del feto debe ser protegida.

lo es y no se protege constitucionalmente, creo, sino sólo religiosamente) de que la vida del «nasciturus» es un paso necesario para la vida protegida por el art. 15 CE como derecho, esto es, para la vida como derecho de las personas.

La vida del «nasciturus» no es un valor constitucional diferente de la vida de las personas, es el mismo valor, la vida del feto y la de la persona tienen el mismo valor. No hay nada en la Constitución que permita afirmar otra cosa. El TC ha optado por considerarlo como tal valor diferente del derecho a la vida de las personas (que también es reflejo de ese valor, pero que es, lógicamente, algo más), dado que ha configurado el «derecho a la vida» como un auténtico derecho, y de ahí la obligación del Estado de protegerla, lo que al final no es sino una perturbación del sistema.

La vida humana es un valor, sin más, la del «nasciturus» y la de la persona. No es un valor superior del ordenamiento, pues sólo lo son los que como tales proclama el art. 1.1 CE, y eso ni es ni puede ser minusvaloración de su trascendencia, sino sólo que no es «valor superior del ordenamiento jurídico». Habría que decir, quizás, que es el valor básico y no sólo del ordenamiento, sino de todo lo humano; sin vida no hay mundo humano. Es más, en puridad, más que un valor, es un prevalor, en tanto que los valores tienen su sentido dentro del mundo humano y este no existe sin la vida; la vida es la condición para todo lo humano.

Lo anterior lleva a considerar que la Constitución prohíbe atentar contra la vida humana y tal es la del concebido pero no nacido, sin ninguna duda al menos durante sus etapas finales. Y he aquí el problema fundamental, el de determinar cuándo, durante la gestación, puede hablarse de vida humana y cuando no puede hablarse de ella. Sobre ello no se tiene intención de discernir aquí. Sólo se dirá que se discute «científicamente» [54] sobre el momento en que puede hablarse de «vida humana», aunque sí hay

[54] Las comillas no son retóricas, sino que expresan el hecho de que la cientificidad no es muchas veces, sino una coartada para imponer determinadas concepciones, al margen de que la llamada exactitud de la ciencia no es un calificativo correcto para la actividad científica. Véase sobre esto, K. Popper, *Conjectures y Refutations*, reimpresión de 2004, Routledge, Londres.

consenso sobre el hecho de que ésta comienza antes del nacimiento [55]. Por tanto, no puede afirmarse que lo constitucionalmente relevante es sólo si está justificado constitucionalmente poner fin a la vida, al margen del significado del art. 15 CE, porque tal justificación dependerá justamente de ello.

Por tanto, la vida humana está protegida por la Constitución, que prohíbe atentar contra ella. Pero de ello no cabe inferir la prohibición absoluta del aborto. Y no por alguna razón especial, sino lisa y llanamente porque no existe nada absoluto, ni siquiera lo que absolutamente se acaba de afirmar, ni en la realidad ni, como entonces no podía ser de otra forma, en el Derecho; lo absoluto es justamente opuesto a la vida misma. De esa prohibición del art. 15 CE, pues, tan sólo resulta la obligación del Estado de establecer un sistema para garantizar que tal prohibición se cumpla, previniendo los ataques contra la vida y castigándolos.

La consecuencia de ello es que el aborto debe estar, en general, prohibido, lo que no significa que haya de estar penalmente castigado, pues el Derecho Penal no es el único medio estatal para establecer prohibiciones y sancionar sus incumplimientos; también el Derecho Administrativo sancionador puede realizar tal tarea. Pero el legislador puede permitirlo en casos en que justamente la vida protegida constitucionalmente (la existencia física, la integridad física y moral vitales), esté en juego: la vida digna del feto en ese momento y (o) cuando nazca, o la vida de la madre y también cuando colisionara con algún derecho fundamental, como puede ser el derecho de la madre a reclamar protección frente al riesgo vital o para su integridad física, cuando el embarazo y parto, o el parto, lo suponen, de acuerdo precisamente con lo antes expuesto, y alguno de los supuestos de despenalización del aborto tiene que ver con ello. Ahora bien, debe advertirse que, por más que se pretenda, la libertad como tal no es un derecho fundamental, sino sólo un valor superior (art. 1.1 CE) que se refleja en las diferentes libertades constitucional y específicamente garantizadas. La decisión de abortar «podría» encontrar respaldo en esa libertad, pero ni

[55] Afirma la STC 53/1985 que la vida humana es un proceso que comienza con la gestación (letras a) y c) del FJ 5).

es un derecho (constitucional) (no se trata de una específica libertad constitucional) ni es ejercicio de ese valor superior (los valores superiores no se ejercen). Expresado de otra forma, en nuestro Derecho [56] ni la mujer (ni el hombre) tiene una libertad constitucional sobre la que fundar su decisión a abortar.

Así pues, el legislador está limitado por el hecho de que, dado que la vida humana es un valor protegido constitucionalmente y que la misma existe durante la gestación, no puede admitir el aborto indiscriminadamente, sino sólo en casos justificados constitucionalmente. De ahí que los tres casos que actualmente contempla el legislador sean posiblemente aceptables, pero esto es algo que no se va a considerar aquí, pues sólo interesa saber lo que significa el art. 15 CE.

5. LA DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA. LA EUTANASIA

Junto al aborto, este es el otro tema típico que se suscita cuando se trata el «derecho a la vida», si bien son cuestiones radicalmente distintas (algo que parece desconocerse por determinados sectores), pues en el primer caso se trata de poner fin a una vida humana ajena y en el segundo de poner fin a la propia, ciertamente que con posible ayuda de terceros, pero por decisión propia [57]. La concepción que se defiende aquí sobre el alcance del art. 15 CE en cuanto a la vida como existencia física no conduce necesariamente a resultados distintos a los que conduciría la posición habitual, pero sí permite clarificar el debate, pues si no existe un derecho fun-

[56] Otra cosa, como es sabido, es el modelo americano con *Roe v. Wade (1973), 410 US 113*, pero en este, como en otros casos, poco paralelismo podemos ver entre ese modelo y el español.

[57] En la medida en que se alude a tal disponibilidad, no es incorrecta, pero sí poco precisa, la idea de R. Dworkin, de que «tanto el aborto, que significa matar deliberadamente a un embrión humano en desarrollo, como la eutanasia, que significa matar deliberadamente a una persona por benevolencia, son supuestos en los que se elige la muerte» (*El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 9).

damental a la vida, en ese aspecto, tampoco se puede hablar de un derecho a la muerte, y si lo que consagra el citado precepto es la prohibición constitucional de atentar contra la vida ajena, es claro que a la vida propia no alcanza dicha prohibición, lo que por otra parte sería absurdo [58]. La discusión sobre la eutanasia y el llamado «derecho a una muerte digna» cometen el error común de partir de que el derecho a la vida es técnicamente un derecho fundamental y que por tanto también como un derecho debe configurarse la facultad de poner fin a la propia vida en cualquiera de las modalidades de las que se habla; taxonomía que también tiene su origen en ese malentendido. Aquí, como en el caso del aborto, es la existencia física la concernida.

Es doctrina del Tribunal Constitucional que el derecho fundamental a la vida no incorpora el derecho a poner fin a la propia vida. Esta afirmación es correcta, pero sólo en cuanto a esto último, porque lo contrario podría llevar a admitir (puede ya realizarse esta precisión) la existencia de una facultad ejercitable ante los poderes públicos con el fin de solicitar la ayuda o asistencia del poder público para dejar de vivir, y de ahí que se haya afirmado que se es titular del derecho a la vida con independencia de la voluntad del sujeto. Pero no es tan correcta en cuanto al punto de partida, pues no hay tal «derecho a la vida», sino la prohibición de atentar contra la vida ajena (y, por tanto, se vive porque nadie debe atentar contra la vida ajena, no porque nadie deba no poner fin a su existencia), como en cuanto —tal y como se sigue de ello— a que se quiera extraer de esa aseveración la conclusión de que constitucionalmente no es legítima la privación de la vida propia. De la Constitución no se desprende que eso sea así, pues no hay nada en ella que legitime al Estado a proteger la vida de una persona contra su voluntad. Es indiscutible que tal facultad no está proscrita por el derecho a la vida o por cualquier otro contenido constitucional, pues en otro caso, resultaría la idea absurda de que existe obligación de

[58] No creo que sea necesario reconocer un derecho a la propia muerte para considerar que «es harto dificultoso pretender anclar en la Constitución prohibiciones de comportamiento de disposición sobre el propio cuerpo», en la frase de R. Chueca Rodríguez, «El marco constitucional del final de la propia vida», *REDC*, núm. 85, p. 105.

vivir. Y eso vale tanto para el suicidio, como para la eutanasia, sea pasiva o indirecta, o sea activa. El individuo es, constitucionalmente hablando, libre de seguir viviendo o no, y no existe ni derecho fundamental, ni principio, ni valor alguno en la Constitución que autorice una afirmación contraria. De manera más precisa puede decirse que el tema es irrelevante desde el punto de vista constitucional. Otra cosa es que por razones morales, religiosas o las que sean, se pretenda que de la Constitución se puede extraer otra conslusión, pero ninguna de esas razones tienen cobertura constitucional. Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el tema venían condicionadas por el entorno donde se producían los hechos sometidos a su consideración, la cárcel. Aún así, no son convincentes: si alguien no quiere alimentarse no puede forzarse a ello. No existe problema constitucional alguno; puede haber otros problemas, pero ninguno constitucional [59].

Ciertamente las SSTC (120/1990, 48/1996 y 154/2002) parten de que la base constitucional del rechazo por la persona de tratamientos médicos [60] (aunque en el caso de los presos en huelga de hambre, las circunstancias del caso mandaron, como se ha dicho) se encuentra en la integridad física y moral del art. 15 CE, lo que por otra parte es compartido por la doctrina y jurisprudencia alemanas y por la jurisprudencia americana, y por alguna doctrina española [61]. Sin embargo, no es correcto afirmar que tal rechazo

[59] La legislación penitenciaria establece la obligación de la Administración de proporcionar alimentación a los internos (art. 21.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria), no la obligación de estos de comer (y si lo estableciese sería inconstitucional); es más, el art. 311 del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) prevé la renuncia del interno a su ración. Ciertamente, el art. 4.2 del Reglamento Penitenciario el derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas. Pero como se comprenderá ello no añade nada a lo que aquí se sostiene, pues se trata de un derecho (no de una obligación), resultado del sistema de derechos fundamentales, y, en todo caso, lo que dijese sería irrelevante desde la Constitución.

[60] Esto ha sido considerado al tratar de la integridad física, pero claro está, en la medida en que es la vida la que está en riesgo, ha de ser tratado aquí.

[61] C. Tomás-Valiente Lanuza, «La disponibilidad de la propia vida: aspectos constitucionales», en *El derecho a la vida*, Actas de las VIII Jornadas de la Asocia-

al tratamiento médico tiene que ver con ese derecho fundamental. Como se ha visto, la propia vida en convivencia hace lógicamente imposible considerar cualquier injerencia como atentado a la integridad física y el rechazo de las no consentidas tiene su base precisamente en la voluntad del sujeto, que puede encontrar amparo en el «principio general libertad» o en el «valor libertad», si es que se quiere encontrar ahora un respaldo constitucional. La decisión de no someterse a un tratamiento médico determinado encuentra amparo en ella porque ahora se reconoce expresamente y no tiene sentido una búsqueda cuando la respuesta se encuentra fácilmente en el ordenamiento, pero si no se reconociese habría que encontrarla en la idea de que se hallan en juego decisiones personalísimas que sólo el individuo puede adoptar, espacio de la libertad (fáctica) de la persona que era respetado incluso por el Derecho preconstitucional [62]. Es más, ni siquiera puede decirse que ese rechazo sea expresión de la libertad religiosa [63], aunque el mismo pueda venir motivado por razones religiosas, o de la ideológica, por razones de tal carácter, porque sencillamente su proscripción general (no absoluta, esto es importante; nada hay absoluto) no tiene su base en ellas, como lo prueba el que el rechazo de un tratamiento médico por razones que no tengan nada que ver con ningún derecho fundamental, o lisa y llanamente porque a alguien «no le dé la gana» someterse al mismo, es igual

---

ción de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 65; F. Rey Martínez, *Eutanasia y derechos fundamentales*, CEPC/TC, Madrid, 2007, 120; R. Chueca Rodríguez, «Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia», *Derecho y Salud*, vol. 16, 2008, p. 7.

[62] En sí misma, esa decisión no es ni siquiera y exactamente expresión de la *libertad constitucional*, pues también en el régimen preconstitucional (que era *no constitucional*) la regla general era que nadie era forzado a un tratamiento médico y no parece que pudiera decirse que ello encontraba amparo en la libertad *constitucional*.

[63] Así también el TC (154/2002, de 18 de julio), que centra en el derecho de autodeterminación (FJ 9) la base para el rechazo de la asistencia sanitaria cualesquiera que sean los motivos en que tal rechazo se funde. Otra cosa es que la exigencia a los padres de determinada conducta lleve finalmente a la condena penal de estos y a afectar su libertad religiosa.

de legítimo, desde el punto de vista constitucional, y así es en la práctica. El sujeto afectado puede invocar las razones que se le antojen, o ninguna, pues tales razones son absolutamente irrelevantes a efectos constitucionales. Lo trascendente es que no quiere someterse al tratamiento médico en cuestión y esa desnuda voluntad de rechazo al tratamiento médico es lo que cuenta.

Precisamente porque la legitimidad constitucional del rechazo se encuentra en la voluntad plena y no en un derecho fundamental [64], puede sostenerse que el menor de edad no está legitimado para rechazar, con riesgo para su salud o su vida, un tratamiento médico. El menor de edad no es equiparable al mayor edad, ni siquiera constitucionalmente hablando (piénsese, por ejemplo, que sólo se puede votar si se es mayor de edad). La mayoría de edad determina la plena capacidad (art. 315 del Código Civil), con independencia de que aquélla dependa de la realidad, que el Derecho puede intentar asumir o, simplemente, de ciertas determinaciones normativas, razonablemente fijadas, pero en todo caso de base ficticia, como lo es la afirmación de que se es mayor de edad a partir de cierta edad, cuando no arbitrarias, pues la edad de 18 años del art. 12 CE puede sustituirse fácilmente por la de 17 o 19. Ciertamente, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, viene a establecer una serie de previsiones de las que parece deducirse el necesario consentimiento del menor, pero emancipado o con dieciséis años cumplidos, para poder ser intervenido (art. 9.3.c), pero eso en nada empece a lo aquí expuesto, no sólo porque la Ley, como es lógico, está pensando, como de su propio espíritu se desprende, en intervenciones que de por sí resultan físicamente relevantes para el paciente con posibles indeseables consecuencias, sino porque el propio art. 9.2 de esa Ley establece (para mayores y menores de edad, sin distinción) que se pueden llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin ne-

[64] Sobre la titularidad y ejercicio por los menores de edad de los derechos fundamentales, véase B. ALÁEZ CORRAL, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, op. cit.*, pp. 93-96.

cesidad de contar con su consentimiento (art. 9.2), tanto cuando exista grave riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley (letra a), como cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él (letra b). Pero en todo caso, y esto es realmente lo trascendental, poco importa lo que diga la referida Ley respecto a la virtualidad de la voluntad del menor, pues constitucionalmente es claro que ni esa voluntad, ni la de los padres o representantes legales de éste, puede eludir las intervenciones necesarias para la protección de la salud de aquél. Y esta última afirmación viene al caso de un enfrentamiento que me parece equivocado, cual es el de la vida «versus» autonomía del paciente, y lo es, porque la vida es el bien que forma parte del objeto de una prohibición constitucional y el derecho a la autonomía del paciente es un derecho de configuración legal que por ello en mi opinión no es útil para solventar los problemas que se plantean. Como se ha expuesto antes, el consentimiento informado carece de la relevancia constitucional que se pretende, dado que nada tiene que ver con la integridad física constitucionalmente protegida, sino con la libertad en el sentido expuesto, esto es, como reflejo, ahora, de un valor superior del ordenamiento (no como derecho fundamental) [65].

Lo contrario llevaría a afirmar, por ejemplo, que un menor de tres años está constitucionalmente legitimado para rechazar una transfusión sanguínea porque sus padres, sobre la base de una determinada creencia, le han inculcado esa idea. Son los padres, en tanto que titulares de la patria potestad, los que pueden rechazar y sólo, además, entre dos alternativas, los tratamientos que supongan un riesgo para el menor o un sufrimiento sin posibilidades razonables de éxito, pues aquélla ha de ejercerse siempre en beneficio (medido objetivamente, claro está) de los hijos (art. 154 del Código Civil). Esto es, en el famoso caso de las transfusiones sanguíneas con relevancia para la vida del menor, ni éste ni sus padres están legitimados

[65] Ver nota 34.

para rechazar la transfusión, cualesquiera que sean los motivos que se aleguen al efecto [66].

Todo lo expuesto significa que la persona puede poner fin a su existencia sin que el Estado esté legitimado para prohibírselo. Ahora bien, como también se deduce de lo expuesto, no existe un derecho constitucional (fundamental) a poner fin a la propia vida y para ello no es necesario ningún esfuerzo intelectivo, sobre todo si se considera que tampoco hay un «derecho fundamental a la vida». Lo que tiene el sujeto es la «libertad fáctica» de poner fin a su propia vida, que no es propiamente, al igual que se dijo con el rechazo a tratamientos médicos, la actuación de la «libertad constitucional» (valor «ex» art. 1.1 CE, principio general «ex» arts. 1.1, 10.1 y 25, o cláusula general derivada del libre desarrollo de la personalidad), sino una «libertad fáctica», que encuentra amparo en el valor libertad [67]. El empleo de la expresión «libertad fáctica» se hace intencionadamente, en orden a responder al planteamiento que considera que el suicidio y la eutanasia activa directa son actos derivados del ejercicio de una libertad fáctica, no prohibida por el Derecho, y no una libertad amparada constitucionalmente [68]. Si con ello se quiere decir que no se trata de una libertad

[66] La STC 154/2002, de 18 de julio, no permite adivinar con certeza cuál hubiera sido la posición del Tribunal si al menor se le hubiera realizado la transfusión, aún en contra de la voluntad del menor y de sus padres.

[67] Claro que de la libertad como valor no es susceptible de convertirse en reglas concretas, pero ello no obsta a la idea que se defiende, de que la decisión de poner fin a la propia vida no supone (no puede técnicamente suponer) el ejercicio de un valor, principio, o cláusula libertad, sino sólo que encuentra amparo en él.

[68] F. Rey Martínez, *op. cit.*, p. 87. Además, una precisión en cuanto a lo fáctico. Todos los derechos y libertades se ejercitan fácticamente. También cuando se expresan opiniones públicamente sobre temas de actualidad, se está fácticamente expresando opiniones; una facticidad que constituye en este caso el ejercicio de una libertad fundamental. Así que lo decisivo, constitucionalmente hablando no es lo fáctico, sino el hecho de que tal actuar no esté prohibido por la Constitución o pueda constituir el resultado del ejercicio de un derecho o libertad fundamental. La posición de F. Rey Martínez es la del TC. En efecto, para el TC «siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, [puede] aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte», si bien, «esa disposición constituye una manifes-

específicamente recogida como tal [69], eso parece obvio; como se acaba de decir, y es lo mismo, en la Constitución no se contempla un derecho fundamental a poner fin a la propia vida. Si se quiere decir que la decisión libremente adoptada de poner fin a la propia vida «no está amparada por el valor libertad del art. 1.1 CE», no comparto tal idea [70]. La pregunta es ¿por que esa decisión no puede estar amparada en el art. 1.1 CE, en el sentido en que aquí se ha expuesto, esto es, no como ejercicio de esa libertad, que no tiene sentido, sino como cobertura de la que hace legítima la decisión del sujeto? De hecho, se afirma que se trata de una libertad fáctica «no prohibida por el Derecho». Lo cierto es que no hay respuesta constitucional y, desde luego, ésta no puede estar en el art. 15 CE que, reconociendo el derecho fundamental a la vida, no establece sino la prohibición de atentar contra la vida ajena, no de atentar contra la propia; si para algo ha de servir el que se hable de derecho aún cuando técnicamente no lo sea, y no de obligación, es justamente para no considerar prohibidas por la Constitución ni el suicidio ni la eutanasia [71]. Así, se dice, que la Constitución no impone el deber de vivir. En este orden de cosas, se ha puesto de relieve que «la autodeterminación personal, aún no siendo un derecho fundamental, tiene cobertura constitucional en la cláusula de libre desarrollo de la

---

tación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir» (SSTC 120/1990, FJ 7; 137/1990, FJ 5; y 11/1991, FJ 2).

[69] Esa idea podría derivarse de la idea de que de «la Constitución no se deriva la facultad de disponer de la propia vida») (*ibídem*).

[70] Más difícil resulta considerar que se trata de algo que encuentra amparo en «el libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 CE), se deduzca de aquí una «cláusula general de libertad» o un «principio general de libertad», pues parece algo contradictorio afirmar que alguien, en el libre desarrollo de la personalidad, alguien pone fin a su vida. *Vid.* por el contrario, L. M. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit.*, p. 225.

[71] En efecto, la palabra «derecho» sería así un mero opuesto a la «obligación». Si se dice que se tiene derecho a la vida es que no se tiene la obligación de vivir sino sólo la libertad de vivir.

personalidad del art. 10.1 CE; lo que implica que hay un precepto constitucional idóneo para modular el alcance del deber del Estado de sancionar penalmente las agresiones a la vida humana» [72], y así «la eutanasia activa podría ser vista como una colisión entre dos valores o bienes jurídicos de rango constitucional: vida humana y libre desarrollo de la personalidad, ambos predicados del enfermo incurable» [73], de modo que «dista de ser claro que el Estado esté constitucionalmente obligado a castigar siempre la eutanasia activa» [74]. En realidad, no hay colisión entre dos valores, pues el art. 15 CE no protege la vida humana sin más, sino que, se insiste, protege al individuo frente a los ataques ajenos, por lo que es claro que el Estado tiene constitucionalmente vedado castigar la eutanasia activa, con la matización que luego se expondrá.

Si tras esa concepción que desliga el hecho de poner fin a la propia vida con la libertad, se esconde un celo especial por la vida que lleva a extremar cautelas (de modo que sólo cabe excepcionalmente despenalizar la eutanasia activa), éstas deberán serlo hacía la eutanasia activa, no para el suicidio sin más, pues si no, ¿cautelas respecto a qué o frente a quién? Pero si son cautelas frente a la eutanasia activa, creo, primero, que el riesgo de encubrir un homicidio no es tan alto como se cree, y segundo, que ello no puede llevar a adoptar posturas que no casan con la Constitución. Ciertamente, en este último caso como en general en el caso de la cooperación al suicidio, se plantea el problema de que en realidad estemos ante un homicidio o asesinato. Pero la solución no es sancionar penalmente la cooperación al suicidio, algo que no tiene respaldo constitucional, sino perseguir seriamente los casos de homicidio y asesinato. El art. 143 del Código Penal debiera ser derogado o declarado inconstitucional, pues una «interpretación conforme» se me antoja difícil, dada su literalidad. Así, en el caso de la eutanasia activa o pasiva, si es sin el consentimiento del paciente, parece claro que entra dentro del tipo delictivo homicida o del asesinato (quizás, considerando cada tipo, de este último), y entonces se estaría

[72] L. M. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit.*, p. 225.
[73] *Ibídem*, p. 225.
[74] *Ibídem*, p. 225.

bajo el imperio del art. 15 CE; si es con su consentimiento, el Derecho debería abstenerse de intervenir en cuanto a una posible represión de la cooperación [75].

Pero hay por encima de todo ello, una razón nuclear. Lo que justifica y da sentido al Derecho, a la Constitución, su suprema expresión, y a la política, el campo de las relaciones humanas, en términos globales, es lo relacional, lo trascendente al propio yo. En palabras más bellas: «Las leyes regulan el ámbito "político", es decir, el ámbito del entre del mundo humano. Dondequiera que se atraviesa ese entre, que establece la distancia y a la vez la unión, y como tal constituye el espacio en el que nos movemos y comportamos los unos con los otros, por ejemplo, en el amor, las leyes dejan de tener validez, pierden su importancia. Las leyes no pueden dictarse para un ámbito cualquiera fuera del estrictamente "político". Me protegen de la injusticia del otro, y protegen al otro de la injusticia que yo pueda infligirle. Pero nunca han de pretender protegerme a mí mismo de mí mismo (…) Toda irrupción de la moral o del razonamiento moralizante en la política que va más allá del concepto de la injusticia cometida contra el otro, es siempre un ataque a la libertad» [76]. He aquí el por qué carece de legitimación política y, por ende, jurídica, cualquier intervención sobre la

[75] El Código Penal no castiga el suicidio, algo por lo demás lógico (¿a quién castigar?), pero tampoco el intento de suicidio. Sobre esto, *vid.* C.M. Romeo Casabona, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 106 ss.

[76] H. Arendt, *Diario Filosófico. 1950-1973*, trad. esp. de Raúl Gabás, Herder, Barcelona, 2006, p. 144 (versión original: *Denktagebuch. 1950-1973. Erster Band*, Piper, München, 2002, p. 150). Esta idea de H. Arendt aparece habitualmente en sus obras: véanse las páginas 15 y ss. y 153 y ss. de ese *Diario*, así como *The Promise of Politics*, edición de Schocken Books, New York, 2005, pp. 95 ss y 108 ss.

También puede verse J. S. Mill, *On Liberty*, edición de Hackett, Indianapolis, 1978, pp. 9 ss, para quien la injerencia en la libertad de las personas sólo se justifica para evitar un daño a otros o a la comunidad, nunca un daño físico o moral propio.

En el caso de H. Arendt, aunque de expresión más individualista que la que se refleja en su obra, cuando trata de la libertad, esa reflexión se inserta en su habitual preocupación por la libertad política; para ella sólo existe política en el pluralismo, no en la unidad, y la política sólo tiene sentido en el mundo relacional.

decisión de una persona de poner fin a su existencia, pero he aquí también radicado parte del argumento de que sólo quien está impedido para tal acto puede pedir la ayuda de otros y estos libremente pueden prestársela, como luego se razonará.

Expresado en términos más prosaicos, aunque sirviéndome de la misma forma expresiva, sólo en la medida en que existiese la posibilidad de «infligir una injusticia al otro» podría el legislador intervenir en esa decisión, prohibiéndola, por ejemplo, limitándola, o podría intervenirse singularmente para impedir tal acto. En efecto, en tanto que no se trata de un derecho fundamental, es claro que el legislador puede prohibir tal acto si están en juego, si pueden resultar afectados, otros derechos o bienes constitucionales [77], además de la posibilidad incuestionable (salvo que se confundan reserva de ley y principio de legalidad) de intervenir singularmente aunque no existiese una limitación o prohibición establecidas legalmente [78]. Pero el caso es que no existen otros derechos o bienes constitucionales implicados. No lo es la vida protegida por el art. 15 CE, como se ha visto, ni ningún otro derecho o principio constitucional. Por eso, comparto la opinión de que una prohibición del suicidio sería inconstitucional porque castigaría una conducta que no supone un perjuicio para bienes jurídicos ajenos [79], pero no comparto la idea de que una prohibición de la eutanasia como la que lleva a cabo el art. 143.4 del Código Penal no sería una restricción arbitraria de la libertad del art. 1.1 CE porque perseguiría evitar riesgos de abuso y el interés estatal en controlarlos es un interés público de primer orden [80]. Lo primero por lo que se ha expuesto, a lo que habría que añadir que la prohibición constitucional del suicidio sería fundamentalmente un «brindis al sol», por razones obvias. Lo segundo porque, como se deduce de lo expuesto, si es la prohibición de atentar contra la vida ajena lo que se quiere garantizar (parece que eso debe ser lo que se alude bajo las expresiones «riesgo de abusos» o «sospecha ante la eutana-

[77] Es el caso del llamado «botellón» que, en mi opinión, puede prohibirse sin matización alguna y sin que ello suponga ningún problema constitucional.

[78] Ver nota 31.

[79] C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *op. cit.*, p. 68.

[80] *Ibídem*, p. 69.

sia», y no al libertinaje antirreligioso de un derecho ilimitado a la muerte voluntaria por utilizar una expresión teológica, pues ésta es, debe ser, ajena por ello absolutamente al examen que se está haciendo, puramente constitucional) en última instancia, eso se consigue con tal prohibición y su castigo penal, pero no se puede tipificar penalmente (ni de ninguna otra forma) la ayuda a quien libremente ha decidido poner fin a su vida con el pretexto de que se puede estar cometiendo un homicidio, porque eso se consigue con la tipificación de éste y su persecución y castigo, lisa y llanamente.

La idea de que de la Constitución se pueden deducir cuatro modelos distintos y válidos de interpretación jurídica al respecto [81] es excesivamente generosa, pues con ellos resulta que la Constitución permitiría cualquier opción. En efecto, estos son, se dice: el de la eutanasia prohibida, el de la eutanasia como derecho fundamental, el de la eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable y el de la eutanasia como excepción legítima a la protección jurídica de la vida por el Estado. La Constitución tolera, pues, cualquier interpretación. Sin embargo, no comparto esa posición. Es claro que es imposible sostener, racional y razonablemente, que la Constitución prohíba la eutanasia porque exista una protección absoluta de la vida en el art. 15 CE, tanto si se parte de la presuposición unánime de que el art. 15 CE consagra un derecho fundamental, porque si es así no cabe idear un deber de vivir, como si, de acuerdo con lo aquí sostenido, se considera que el art. 15 CE en realidad establece una prohibición, pues ésta, como se ha argumentado (y su literalidad es una razón) es sólo una prohibición de atentar contra la vida ajena. En cualquier caso, toda idea absoluta es ajena al Derecho.

El modelo de que la eutanasia es un derecho fundamental cuenta a su favor con la suposición de que existe un derecho fundamental a la vida, en el sentido de que si tienes derecho a la vida, tienes derecho también a poner fin a ella. Pero el argumento tampoco puede admitirse, pues al margen de que como regla general (una excepción es el derecho de asociación —STC 5/1981, FJ 19—, y también la libertad religiosa —art. 2 de la Ley Orgáni-

[81] F. Rey Martínez, *op. cit.*, pp. 12, 13 y 81 ss.

ca de Libertad Religiosa—), el no ejercicio de los derechos fundamentales no es un derecho fundamental, no existe, como se ha tratado de mostrar, un derecho fundamental a la vida. Se pueden ver aquí las implicaciones absolutamente perturbadoras de concebir el derecho a la vida «ex» art. 15 CE como un derecho, pues quien no quiere asociarse sigue vivo, pero sin asociarse, y puede asociarse cuando quiera, y el que no quiere seguir ninguna confesión sigue vivo, pero sin profesar religión alguna, esto es, siempre cabe la posibilidad de elegir, pero el que no quiere vivir y pone fin a su vida, ha cerrado el mundo, ya no puede cambiar su decisión, ha extirpado la libertad de opción que está implícitamente en la base del sistema de derechos fundamentales.

Tampoco la eutanasia es una excepción legítima a la protección estatal de la vida. Desde el punto de vista constitucional lo trascendente, huelga decirlo, es la Constitución, y una protección estatal también incluye la legal (en este caso el Código Penal), lo que supone prejuzgar el resultado. Y lo que la Constitución dispone es la prohibición de atentar contra la vida ajena. Pero es que incluso sosteniéndose, como se hace habitualmente, que el art. 15 CE consagra el «derecho fundamental a la vida», la idea de derecho se arrumba radicalmente si no se incorpora esa idea de ajenidad.

El modelo que más se ajusta a la Constitución es el de considerar a la eutanasia como libertad constitucional, aunque en rigor sea más bien una decisión que encuentra cobertura en el «valor» o «libertad» constitucional, como se ha expuesto. Lo que no se puede compartir es lo de la necesaria limitación o restricción legislativa a esa supuesta libertad, no porque teóricamente no sea posible, sino porque no existe ninguna justificación constitucional para ello.

Ahora bien, al margen de todo ello y una vez afirmada la idea de que la eutanasia es un acto que encuentra su amparo en la libertada humana, debe subrayarse que forma parte de la propia libertad con que se adopta el acto, la responsabilidad de su realización por el sujeto que adopta la decisión, si no está físicamente impedido para ello. En efecto, sólo son actos verdaderamente fruto de una decisión libre los que se realizan por uno mismo si se está en disposición de hacerlos. La libertad implica responsabilidad, aquí para con uno mismo. Eso significa que el Derecho no debe aceptar como plausible que quien fallece como consecuencia de la acción u

omisión de otra persona, estando aquél físicamente capacitado para poner fin a su propia vida, haya tomado la libre decisión para ello, y por tal razón, es legítimo constitucionalmente que el Derecho castigue a quien afirme que se ha limitado a cumplir la voluntad de tal sujeto, pues es razonable que el Derecho piense que tal voluntad libre no existía y que, por tanto, se ha infringido la prohibición constitucional del art. 15 CE.

Además, como ya se ha dejado apuntado, la intervención de un tercero, estando el sujeto plenamente facultado físicamente para adoptar los actos en orden a poner fin a su existencia, hace que el asunto ya no sea exactamente «de uno mismo», sino que ya hay una pluralidad y la puerta para la intervención jurídica (política) queda abierta. Esta aseveración, además, no admite matización alguna, de modo que si aún limitado físicamente, el individuo dispone de alguna posibilidad de realizar por sí mismo su decisión, debe hacerlo él. Aunque se puede ver en esto una finalidad también «preventiva» al estilo de la antes indicada, lo cierto es que esto es más bien un resultado que un objetivo perseguido derechamente. De lo hasta aquí expuesto, puede deducirse lo siguiente:

— No existe un derecho fundamental a la muerte (ni propia ni ajena), ni digna ni indigna [82]. Además, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, está claro que las injerencias sobre el cuerpo, con la intensidad de que se trataría en estos supuestos, requieren para ser lícitas el consentimiento del paciente o de sus familiares o allegados; en otro caso se trataría de un delito de lesiones. Así lo impone, no el derecho a la integridad moral y física, sino la integridad física o moral integrante del derecho a la vida, pues se supone que estamos ante tratamientos que no van a impedir la muerte de una persona. En otro caso más bien debería hablarse del derecho a una incapacidad digna, y aquí sí, el derecho fundamental involucrado sería el derecho a la integridad física o moral. Otras muchas injerencias médicas menores no suponen atentado alguno a la integridad física o moral y su legitimidad sólo depende de la voluntad del sujeto, como se ha señalado.

— El derecho a los cuidados paliativos no es un derecho fundamental, sino que cuando se recoja por Ley (sea esta orgánica o no, se trate o no de

[82] Ver STEDH *Pretty contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2002.

los Estatutos), será legal, y en todo caso, está relacionado con lo que aquí se trata, pero no resuelve los problemas que se consideran. Aún más, si cabe, puede decirse eso del llamado «testamento vital» [83].

— No existe una libertad constitucional a poner fin a la propia vida. No existen más libertades constitucionales que las establecidas en la Constitución de forma expresa o las que de éstas y de forma específica se pueden deducir vía interpretación del Tribunal Constitucional.

— El individuo puede poner fin a su vida, actuando no una libertad constitucional, que no existe, sino su libertad y esa decisión encuentra amparo en el valor (o principio general) libertad, y lo debe hacer por sí mismo, si está capacitado físicamente para ello o con ayuda de terceros si no lo está.

La consecuencia de todo ello es que no es posible acudir a los tribunales solicitando el auxilio para poner fin a la propia vida, pues no es un derecho subjetivo. Ahora bien, en contra de la jurisprudencia constitucional, sí puede solicitar «el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir». En efecto, a la citada jurisprudencia se pueden hacer las siguientes objeciones. La primera es que no es constitucionalmente legítimo impedir el referido acto que el individuo adopta libremente, como ya se ha expuesto. Luego si no es legítimo, no se puede legitimar «la resistencia que se oponga a la voluntad de morir». La segunda, que si bien es verdad que los actos amparados, que no actuación, del valor (o principio general) libertad, se pueden prohibir, limitar o impedir, también lo es que la prohibición, limitación u obstaculización tiene que tener su justificación en un derecho, principio rector o bien constitucional, y en el presente caso no hay nada en la Constitución que justifique tal limitación o prohibición.

Por tanto, si bien el individuo no puede solicitar que el poder público le asista en el acto de poner fin a su propia vida, sí puede, aquél que quiera poner fin a su propia vida, ir contra los actos de quienes (públicos o priva-

[83] O «voluntades anticipadas», como se hace en la mayoría de las CCAA (Cataluña, Aragón, País Vasco, Valencia, Baleares), o «instrucciones previas» (Madrid), o «expresión anticipada de voluntades» (Extremadura), o «declaración de voluntades anticipadas» (La Rioja) o «declaración de voluntad vital anticipada» (Andalucía).

dos), obstaculicen su decisión. Así, por ejemplo, un enfermo que no pueda poner fin a su propia vida por sí mismo no puede solicitar el amparo judicial para que la Administración le ayude a ello, pero si puede hacerlo no podrá ser obstaculizado y podrá reaccionar contra tales actos obstativos.

Ciertamente, se dirá, poca diferencia hay, entonces, entre el ejercicio de esa decisión adoptada libremente y algunos derechos fundamentales, en concreto con aquellos que no requieren una actividad prestacional (como es el caso de la libertad de expresión), es decir aquellos cuya realización depende de la libre decisión, lo que no es sino consecuencia de que justamente tanto las decisiones que aquí se estudian como las referidas libertades tiene su origen en la libertad del individuo. Pues bien, puede decirse que hay, sin lugar a dudas, un ámbito de coincidencia, pero no existe una identificación total. En primer lugar, la diferencia entre esas decisiones, libremente adoptadas, y los derechos fundamentales, es clara respecto a los que imponen tal actividad (como el derecho fundamental a la educación), pues respecto de aquéllas ni existe ni, por ende, se puede reclamar tal actividad. En segundo lugar, como es sabido y ya se ha señalado, los derechos fundamentales presentan una «doble dimensión» (SSTC 25/1981, 114/1984, 53/1985, 64/1988, entre otras), como derechos subjetivos y como valores objetivos, dimensión objetiva que, en general, implica la existencia de un deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por los poderes públicos (recurso de inconstitucionalidad, interpretación conforme) y que lleva a la llamada «fuerza expansiva de los derechos fundamentales» [84]. Pues bien, nada de esa dimensión objetiva puede predicarse de las decisiones sobre uno mismo adoptadas con plena capacidad. En fin, y en todo caso, no es posible saber si derechos fundamentales (o libertades públicas) que ahora son típicamente no prestacionales, requerirán en el futuro de la actuación positiva pública, algo que tampoco es posible plantear de las acciones que aquí se consideran.

Cuando se iniciaron estas páginas se dijo que había algo filosóficamente difícil en la invocación de un derecho a la vida. Debe reconocerse que si la

[84] Véase sobre ello, M. A. Presno Linera, «La estructura de las normas de derechos fundamentales», en *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 50 ss.

vida es dada al hombre y nunca tomada por éste, resulta aparentemente extraño que éste pueda disponer de ella. Sin embargo, no se trata de que la vida sea dada al hombre, sino que la vida es el hombre mismo, y si la libertad del hombre consiste en forjar una secuencia, un nuevo eslabón (Kant), en su espontaneidad (Arendt), eso significa que también puede renunciar a ello.

6. **CONCLUSIONES**

Primera.—El art. 15 CE no establece un derecho fundamental a la vida, como existencia física, sino la prohibición constitucional de atentar contra la vida ajena.

Segunda.—El art. 15 CE consagra el derecho fundamental a la integridad física y moral vitales, que son aquellas sin las que no puede hablarse de vida humana digna.

Tercera.—El art. 15 CE puede servir de base para la construcción de un derecho fundamental consistente en recabar, ante los particulares o el Estado, protección frente a un riesgo concreto vital.

Cuarta.—El «nasciturus »no puede ser titular de ningún derecho, sino que su vida se haya protegida por la prohibición constitucional de atentar contra la existencia física ajena.

Quinta.—El individuo puede poner fin a su propia vida, no en ejercicio de derecho fundamental alguno, sino actuando su voluntad, por lo que si bien no puede recabar el auxilio del poder para llevar a cabo su voluntad, sí puede legítimamente oponerse a interferencias ajenas en su realización.

Resumen:

Este trabajo tiene por objeto principal la determinación del significado del «derecho a la vida», especulando acerca de si verdaderamente es un derecho o no, y analizando las consecuencias, si no lo es, para algunos de los problemas que se plantean en torno al mismo, como el aborto o la eutanasia.

Palabras Clave: *Derecho a la vida, aborto, eutanasia.*

Abstract:

The purpose of this paper is to discuss the meaning of «the right to life,» speculating as to whether or not it is truly a right, and if it is not, analyzing the consequences of some typical problems related to the topic, such as abortion or euthanasia.

Keywords: *The right to life, abortion, euthanasia.*

Perfiles

LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

MARKUS KOTZUR *
LOTHAR MICHAEL **

I. «La construcción del Derecho constitucional europeo» es el objeto central, el objetivo, el motivo impulsor y la perspectiva científica de la «teoría constitucional europea» del Profesor Haberle, cuya sexta edición apareció en el año 2009. El antiguo Profesor ordinario de Bayreuth y Profesor Visitante en St. Gallen, siete veces doctor honoris causa y todavía director del «Instituto de investigación de Bayreuth para el estudio del Derecho constitucional europeo», que fundó con la ayuda del «Premio a la Investigación por la cooperación internacional del Instituto Max-Planck» (1998), celebró el 13 de mayo de 2009 su setenta y cinco cumpleaños. Con motivo de esta ocasión, F. Balaguer Callejón, titular de la Cátedra Jean Monnet en la Universidad de Granada, en cooperación con el Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía» y la Cátedra «Fernando de los Ríos» (dirigida por G. Cámara), organizó un coloquio internacional de celebración, con el tema general indicado en este título. No se trató solamente —como señaló Balaguer en su intervención— de honrar «a uno de los juristas europeos más influyentes» y «pionero del Derecho constitucional común europeo», sino de desarrollar su pensamiento en el contexto de la reforma de Lisboa y la finalidad permanente del proceso de integración europea. Por tanto, no fue casualidad que Granada, fruto de su «genius loci» multicultural y

* Catedrático de Derecho Público. Universidad de Leipzig.
** Catedrático de Derecho Público. Universidad Heinrich-Heine de Düsseldorf.

ReDCE. Año 6. Núm. 12. Julio-diciembre/2009. Págs. 345-350

multireligioso, fuese el lugar de encuentro. Desde hace ya tiempo, un grupo en torno al Profesor Balaguer Callejón se ha ocupado de desarrollar el acercamiento cultural del Profesor Häberle, y han logrado con éxito construir una escuela häberliana en España, que a partir de ahí se extiende a Iberoamérica (véase al respecto M. García-Pechuán, Die Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Spanien, en A V. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P.M. Huber (editores), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Vol. II, 2008, + 37, marginal 22). No en vano, hace diez años se publicó «Derecho constitucional y cultura», fruto de otro encuentro, cuyo resultado fue ampliamente documentado en JZ 2000, 353, así como DVBl 1999, 1258 y ss. A partir de entonces, la Facultad de Derecho de Granada puede considerarse a la vanguardia del desarrollo del Derecho constitucional europeo. Además, a través de su participación en un Master de Derecho constitucional europeo se traslada a las nuevas generaciones el pensamiento abierto del Profesor Häberle.

II. En su Laudatio introductoria, P. Ridola (Roma) no sólo desarrolló un panorama completo de los paradigmas häberlianos, desde «la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales» hasta el «ius commune Europaeum», pasando por el «Derecho constitucional común europeo», sino que también esbozó su constante recepción a través de la comunidad científica italiana. La fructífera discusión de los italianos con los clásicos de la tradición de la teoría del derecho del Estado de Weimar, según P. Ridola, encuentra una «profunda renovación» en el discurso con Häberle —y antes con Hesse—.

En un primer bloque se trató el tema de los derechos fundamentales en Europa. M. Kotzur (Leipzig) ofreció un marco general sobre los derechos fundamentales en sus distintos niveles dentro del espacio constitucional europeo, a la vez que contrastó los «derechos humanos, los derechos fundamentales y las libertades fundamentales»: L. Michael (Dusseldorf) se preguntó si el contenido esencial podría funcionar como elemento común de los derechos fundamentales en Europa. Y J.J. Vasel (Bayreuth/Würzburg) afirmó que el «margin of appreciation» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es más un fenómeno de complementariedad que una consecuencia del principio de subsidiariedad. Finalmente, H. Schulze-Fielitz (Würzburg)

subrayó, en cuanto que cauteloso moderador, la necesidad de una dogmática consistente, sobre todo a la luz de los distintos niveles de tutela. Al respecto no hay duda de que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el Tribunal de Justicia y los Tribunales estatales deben realizar una tarea comparada.

El segundo bloque temático, bajo la dirección de F. Lanchester (Roma), estuvo dedicado a la democracia en Europa. J.J. Gomes Canotilho (Coimbra), cuyas tesis, en su ausencia, fueron leídas por Mariana Rodrigues Canotilho, que desarrolla su investigación doctoral en Granada, destacó las consecuencias administrativas del principio democrático, y propuso un concepto de legitimidad constitucional que incluyera aspectos relativos a la efectividad o la justicia material y procedimental. La idea de «cadenas estrictas de legitimidad» no haría justicia ni a la realidad ni a posibles construcciones metafóricas. M. Azpitarte Sánchez (Granada) amplió todavía más el aspecto de la legitimidad, pues trajo a la luz la integración social y la no discriminación propias de la ciudadanía europea como fundamento de la democracia en Europa, de modo que desarrolló la idea de la democracia como «la igualdad en libertad». J. Luther (Alessandria) propuso la conexión entre el concepto de «soberanía estatal» del Derecho internacional y el concepto constitucional de «soberanía popular», para luego analizar las más importantes teorías democráticas (hasta llegar al concepto de C. Möllers sobre la «democracia expresiva») y ocuparse finalmente de las formas de democracia directa en Europa.

El momento social fue el puente de conexión en la tercera mesa redonda, que trató sobre el significado de la globalización para la integración europea. C. de Cabo Martín (Madrid) por encima de todo subrayó la cuestión social que plantea la globalización. La constitucionalización de Europa es más una cuestión cualitativa que cuantitativa. La expansión geográfica y sustancial de Europa, fue el tema que ocupó a J.F. Sánchez Barrilao (Granada) cuando analizó la ampliación y profundización de la Unión. La dirección jurídica del proceso de globalización dentro y fuera de Europa depende de la fuerza constitucional de los Estados miembros por un lado, y por otro del derecho constitucional europeo. «Una filosofía de la globalización» fue propuesta por R. Agapito (Salamanca) en apoyo del cosmos ideológico de Kant: la idea de la paz eterna (1795), de la Re-

pública mundial y, sobre todo, del ciudadano del mundo, todo ello ordenado por el imperativo categórico como base racional universal del derecho a la ciudadanía mundial. El presidente de la mesa redonda, A. D'Atena (Roma) se reservó una advertencia importante: a la luz de la creciente economización de todos los ámbitos vitales —pese a la actual crisis financiera—, el ethos de la ciudadanía mundial corre el riesgo de estar en retirada y dejar que el ser humano se pierda en el mercado.

En el cuarto bloque temático, bajo la dirección de P. Cruz Villalón (Sevilla/Madrid), Presidente emérito del Tribunal Constitucional español, se trataron los perfiles históricos del Derecho constitucional europeo. En cierta medida, tomar conciencia del desarrollo histórico era una obligación del homenajeado, para quien la historia del derecho es «la comparación en el tiempo». G. Cámara Villar (Granada) subrayó la compensación de los déficits democráticos mediante un incremento paulatino de la participación y valoró —pese a todas las posibles críticas— la historia de la integración europea como una historia de avance democrático. Las posiciones presentadas por J.M. Porras Ramírez (Granada) y C. Pérez Villalobos (Granada) destacaron, entre otros, los avances históricos del debate constitucional europeo y los hitos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La contribución de G. Zagrebelsky (Turín) respecto a la «identidad Europea», leída por Angelo Schillaci, unió lo filosófico y lo jurídico, antes de pasar al quinto bloque temático, que ligó el derecho constitucional europeo con el derecho constitucional iberoamericano, una sugerente idea que P. Häberle siempre ha intentado desarrollar, en analogía diferencial con el «ius commune Europaeum», en sus múltiples viajes a México, Argentina, Brasil y Perú. Por ello a nadie puede sorprender que el Presidente del Tribunal Supremo de Brasil, G. Ferreira Mendes (Brasilia), lo señalara como el más famoso e influyente de los teóricos (alemanes) del Derecho del Estado en toda Latinoamérica. La idea de Häberle del Estado constitucional iberoamericano es un «proyecto universal que trasciende las fronteras culturales» y tiene efectos inspiradores en procesos supranacionales, tanto en Centroamérica como Sudamérica. Para I.W. Sarlet (Rio Grande do Sul), la protección frente a las involuciones en las protecciones sociales, es uno de los problemas centrales en la idea de integración. En este contexto, remite a dos principios elaborados por Häberle en su teoría constitucional: el prin-

cipio esperanza de E. Bloch y el principio de responsabilidad de H. Jonas. M. Carbonell (Ciudad de México), finalmente, introdujo la perspectiva mexicana en el «derecho constitucional común iberoamericano en formación». M.L. Balaguer Callejón (Málaga) entendió que su función de moderación ha de ser la construcción de un puente entre el viejo y el nuevo mundo.

III. El último bloque temático fue el mayor homenaje, pues se centró material y metodológicamente en la gran contribución de Peter Häberle al desarrollo del Derecho constitucional europeo. F. Balaguer Callejón subrayó que el Derecho constitucional común europeo en el sentido del homenajeado es una parte del Derecho constitucional europeo, entendido éste no solamente como el Derecho constitucional de la Unión, sino como el Derecho constitucional de los distintos niveles y espacios constituicionales en Europa. Para la compenetración metodológica de esta mixtura de estructuras fragmentadas, «el derecho comparado como método interpretativo» es un instrumento irrenunciable. R. Miccú (Roma) hizo suya la idea de Häberle sobre las Constituciones parciales. E. Guillén López (Granada) se dedicó a prolongar las tesis de Balaguer, potenciando el pluralismo metodológico en el desarrollo del derecho constitucional europeo. Se basó en la teoría de los principios, que es alimentada a través del derecho comparado. J.A. Montilla Martos (Granada) subrayó finalmente que el desarrollo ulterior del Derecho constitucional europeo depende de un diálogo constante entre los tribunales nacionales y europeos.

***Resumen**:*

En estas páginas se resumen y analizan los principales argumentos sostenidos en el Congreso en honor del profesor Häberle que se celebró en Granada en la primavera de 2009. De esta forma, se explica cómo las conexiones entre las diferentes mesas redondas permiten un enfoque sistemático para la comprensión de las posiciones generales sobre Derecho Constitucional Europeo.

***Palabras clave:** Derecho Constitucional Europeo, pensamiento de Häberle*

Abstract:

This essay tries to resume and analyze the main arguments held in the Congress in honor of Professor Häberle that took placed in Granada in the spring 2009. Therefore the paper explains the connections between the different round tables making a systematic approach that enables to understand the general positions on European Constitutional Law

Keywords: *European Constitutional Law, Häberle's thought*

Textos Clásicos

¿TIENEN ESPAÑA Y EUROPA UNA CONSTITUCIÓN?

PETER HÄBERLE *

Traducido del alemán por MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE: CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN, COMPRENSIONES DE LA CONSTITUCIÓN, CONTENIDOS DE LA CONSTITUCIÓN —EL MARCO TEÓRICO, EL ACERCAMIENTO CIENTÍFICO-CULTURAL—

1. UNA CUESTIÓN PREVIA CIENTÍFICO-CULTURAL
2. CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN —«EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN MIXTO»—
3. LA PLURALIDAD DE CONTENIDOS, TEMAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

SEGUNDA PARTE: 25 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UNA HISTORIA DE ÉXITO EN EUROPA

1. EL TEXTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL ENTRE LA RECEPCIÓN CREATIVA Y LA INNOVACIÓN CONGENIAL

INCISO: ¿UN ARTÍCULO SOBRE EUROPA PARA LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA?

TERCERA PARTE: ¿TIENE EUROPA UNA CONSTITUCIÓN?

1. LA «VIEJA» COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y LA POSTERIOR UNIÓN EUROPA/COMUNIDAD EUROPEA
2. LA NUEVA UE/CE
3. CONTENIDOS CONSTITUCIONALES EN EL NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA

CUARTA PARTE: UNA RESPUESTA: ESPAÑA Y EUROPA TIENE EN COMÚN UNA CONSTITUCIÓN («LA COMUNIDAD CONSTITUCIONAL» EUROPEA/ESPAÑOLA)

1. LA TESIS FUNDAMENTAL

* Catedrático emérito de Derecho Público. Universidades de Bayreuth (Alemania) y St.Gallen (Suiza).

Este trabajo fue publicado por la Fundación El Monte en 2004. Agradecemos la autorización de la Fundación para incorporarlo a este número de la Revista en homenaje al profesor Häberle.

2. Europa como comunidad jurídica —la Europa de los juristas— la responsabilidad de las comunidades científicas nacionales y común europeas
3. Resumen

INTRODUCCIÓN

Los 25 años de la Constitución española no son meramente una ocasión festiva para España, también son razón para que el espacio público europeo en conjunto se alegre del «retorno de España» a Europa. Honrar a la «España europea», así como T. Mann, bien temprano, promovió la «Alemania europea», es para un jurista alemán una fortuna especial, siendo además motivo de gran agradecimiento poder hablar sobre el tema propuesto en Granada, esto es, en Andalucía. Dos modelos nos pueden inspirar: por un lado la gran figura de Alexander von Humboldt, a quién alguien calificó como «el secreto ministro de la cultura europea»; por otro lado, la Constitución de Cádiz (1812) que desde hace mucho se ha convertido en un texto clásico de la historia constitucional europea (quizás habría de reforzarse el recuerdo de la Segunda República española y con ella, el recuerdo de M. Azaña).

El hecho de que España sea cada vez más consciente de sus raíces, que surgen de un patrimonio multicultural ibérico, romano, cristiano, judío y árabe/musulmán, le hace disponer de un inmenso marco plural y eficaz para el consenso fundamental y el conflicto, para la pluralidad y la homogeneidad, a saber, su Constitución de 25 años. No sólo han probado su eficacia la democracia pluralista, los derechos fundamentales, la monarquía constitucional, el Tribunal Constitucional en Madrid (sobre todo el recurso de amparo) y las Comunidades Autónomas con su pluralidad regional, al margen de las heridas abiertas del País Vasco, sino que también la función de puente hacia Latinoamérica (donde muchos encontraron asilo durante el tiempo de Franco) es una valiosa «dote» para Europa, que la ha de aprovechar en su difícil y paulatino proceso de constitucionalización. Así como el Premio Cervantes es un pilar del puente lingüístico y cultural hacia toda Latinoamérica, del mismo modo el premio Príncipe de Asturias es una especie «de premio europeo»; es parte del espacio público europeo del arte y la ciencia, del derecho constitucional nacional y europeo.

Alemania, desde el punto de vista artístico y científico, mira a España con agrado y agradecimiento, e indaga sobre su «identidad nacional», no sólo en virtud de su «siglo de oro», sino también merced a Lorca, Picasso, Miro y Dalí, Falla y Buñuel, y también gracias a la comunidad científica española que se ocupa del Estado constitucional, y del derecho constitucional europeo. La nueva y fructífera escuela jurídica de Granada nos remonta al desiderátum de una «nueva escuela de Salamanca», que hoy sería indispensable para el desarrollo del derecho internacional. El «mundo del Estado constitucional» se debe en parte a las Naciones Unidas y su defensa de los derechos humanos y los derechos de las minorías, en parte a los nuevos fundamentos del mandato en favor de la paz, así como al Tribunal Penal Internacional, que ha reforzado el derecho internacional como derecho de la humanidad: lo «interior» y lo «exterior» crecen juntos, la soberanía es relativa. La guerra de Irak, especialmente criticada en España en relación con la posición del Gobierno de Aznar, aparentemente contraria a la opinión de su pueblo, ha puesto todas estas preguntas en la palestra. Durante 25 años el marco constitucional ha excluido estos conflictos, e incluso una revisión, que ahora comienza, del tiempo de Franco. Ahora bien, ¿cómo están conectadas la vigente Constitución española y la «naciente Constitución» europea?

PRIMERA PARTE: CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN, COMPRENSIONES DE LA CONSTITUCIÓN, CONTENIDOS DE LA CONSTITUCIÓN —EL MARCO TEÓRICO, EL ACERCAMIENTO CIENTÍFICO-CULTURAL—

1. UNA CUESTIÓN PREVIA CIENTÍFICO-CULTURAL

El tema exige reflexiones sobre qué es una Constitución (nacional, europea), qué función realiza, cómo se debe «comprender». Pero, antes, se presenta una pregunta previa: ¿por qué tiene hoy la idea de «Constitución» una legitimidad tan alta en casi todo el mundo y en todos los procesos de recepción y producción?, ¿por qué provoca en casi todas las personas tanta confianza (¿ilimitada?)?, ¿qué hay detrás de este «optimismo constitucional?, ¿no luchan casi todos los Estados por una Constitución escrita,

sean Estados grandes o pequeños, del este o del oeste, del norte o del sur? Incluso los Estados islámicos «de derecho divino» se dan una Constitución (desde hace poco existe un proyecto en Somalia); incluso en el derecho internacional se habla parcial o totalmente de «Constituciones» (también en el derecho europeo gracias al TEDH), y ya con Verdross (1926), la «constitucionalización» se había convertido en una palabra clave.

Probablemente reside en la perspectiva científico-cultural la razón para reputar, e incluso popularizar, la Constitución en su analogía con la naturaleza escrita de las tres religiones monoteístas del libro. A ello se une la contribución histórico-espiritual de la hermenéutica, el alto valor de la «interpretación» como elemento y fermento protestante. Los ciudadanos, los grupos y la comunidad en conjunto se pueden reencontrar en la Constitución y en sus valores orientadores; la Constitución combina el recuerdo del patrimonio cultural y su profunda fuerza identificadora con la esperanza en el futuro y un quantum irrenunciable de utopía propio al Estado constitucional, como ocurrió con la reunificación alemana y ocurre hoy con Europa. De ahí la fuerza expresiva del clásico texto de Goethe/Heller*:* la Constitución es «una forma acuñada, que se desarrolla vitalmente». Las Constituciones han organizado instrumentos y procedimientos específicos para capturar el «tiempo»: sus «procesos de crecimiento» se ejecutan ya sea en la reforma total, en la parcial, en las enmiendas o en la prospectiva del voto particular emitido por el juez constitucional. Pero también hay formas sutiles para los efectos del tiempo: pensemos en el llamado «cambio constitucional» y en el obiter dictum.

Sobre todo, la referencia científico-cultural de la Constitución es la clave de su «exitosa historia» regional y universal: la dimensión cultural de la Constitución se manifiesta de la mano del preámbulo, de las libertades culturales, de los bienes jurídicos culturales, de la garantía del día de descanso, del régimen constitucional de la religión, de la protección de las minorías culturales y de las otras formas de manifestación del derecho constitucional de la cultura y, cómo no, también a la luz de los objetivos de la educación escolar: por ejemplo, la democracia, el respeto a la dignidad humana y la tolerancia. Ejemplos al respecto encontramos desde Bayer a México, de Guatemala a Perú (¡los derechos fundamentales como objetivo educativo!), o en los nuevos «Bundesländern» (también la cuestión del

medio ambiente). Últimamente, el nuevo proyecto constitucional del Perú de 2002 nos ofrece variados textos y contextos culturales (por ejemplo, el preámbulo, el catálogo de principios o los artículos 7, 8, 9, 20). La reputación y la capacidad de transformación de una Constitución se muestran igualmente en otras Constituciones como la polaca, la sudafricana o las suizas (la federal y la cantonal). En definitiva, todos estos países cobran la identidad cultural esencialmente de sus Constituciones. Sin excepción, en todos estos nuevos textos se impone la «primacía de la Constitución».

En esta perspectiva, las Constituciones no son sólo textos «positivos», jurídicos, textos constitucionales en sentido estricto. Los textos constitucionales están además «contextualizados» en la extensión y en la profundidad del tiempo y el espacio, de ahí que los llamados «textos clásicos» sean textos constitucionales en sentido amplio; me refiero a pensadores como Aristoteles, Montesquieu, y I. Kant, actualmente J. Rawls y H. Jonas. Podemos leer muchas Constituciones «con los ojos» de estos viejos y nuevos clásicos. Y esto vale también para lo dispuesto en el art. 16 de la Declaración francesa de 1789: una sociedad que no garantiza ni los derechos ni la división de poderes no tiene Constitución. Y respecto al texto de 1792: una Constitución que no es aceptada por el Pueblo no es una Constitución. ¿Qué significa esto para la «Constitución europea»? Y: ¿quién «da» una Constitución: el ciudadano, el Pueblo? ¿O un ente trascendente? («invocatio dei» como en Sudáfrica o en Suiza).

Si este primer acercamiento cultural a la comprensión de la Constitución sólo puede ser abstracto y en trazos gruesos, la imagen se concreta y gana colorido tan pronto como se observan, sobre todo en Alemania, las controversias sobre los distintos conceptos constitucionales. Cómo, por quién y de que modo una Constitución se realiza en la vida cotidiana, no es sólo una cuestión festiva.

2. CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN —«EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN MIXTO»—

La cuestión sobre si Europa y España tienen una Constitución depende de las concepciones constitucionales que se apliquen como criterios

orientadores. Es un mérito de la teoría del Estado alemana que, desde el punto de vista de la comparación europea, bien pronto y con gran riqueza haya desarrollado teorías relevantes. Ejemplos especialmente significativos son las expresiones que hablan de la Constitución como «impulso y límite» (R. Smend), como «norma y función» (U. Scheuner) y como «orden jurídico fundamental del Estado» (según el suizo W. Kägi) y como «límite del poder y garantía de un proceso vital libre y abierto» (H. Ehmke). Sin embargo, una desventaja común a estas y otras teorías constitucionales es que han dado naturaleza absoluta a lo que son meramente aspectos parciales de la Constitución. En realidad, la Constitución es un «ensamble mixto» de muchas concepciones: sea por su pluralidad de ámbitos y grupos de artículos, sea por las diversas posiciones que ha ocupado en el curso de la historia de una concreta comunidad política. No se puede afirmar «de una vez y para siempre» qué es una Constitución; aquello que puede y debe realizar una Constitución depende de la historia de desarrollo del tipo Estado constitucional y del país concreto. Algo que, por otro lado, rige tanto en el nivel nacional como en el europeo.

De acuerdo con lo dicho se pueden distinguir diversas «funciones»: la Constitución autoriza el poder y al mismo tiempo lo limita. La «creación de órganos constitucionales» como los Parlamentos, los Gobiernos y los Tribunales Constitucionales y la atribución a estos mismos de determinadas funciones, es una tarea de la Constitución (función de organización). Hay tanto Estado como la Constitución constituye, no hay (ni en Europa ni en España) un poder estatal preconstitucional, como le gustaba reivindicar al (último) absolutismo. La «división del poder» horizontal y vertical es una tarea central en la Constitución del pluralismo. Mientras la división horizontal del poder es desde Montesquieu casi universal, la división vertical del poder la encontramos en diversas formas: sea en el clásico federalismo (desde los «Federalist Papers» de los Estados Unidos), sea en el reciente crecimiento del regionalismo a partir de Estados centrales (Gran Bretaña y su «devolution», Francia), en el que España es un ejemplo clásico. La «autorización del poder y su limitación» ocupa un lugar primordial en la parte orgánico-institucional de una Constitución, pero también conforma muchos artículos referidos a los derechos fundamentales. En el clásico «status negativus» se trata de la limitación del poder estatal, sin em-

bargo, en los nuevos textos de derechos fundamentales se encuentran a menudo otras figuras y funciones: la objetiva y prestante, y la dimensión social de los derechos fundamentales que atribuye al Estado constitucional determinados instrumentos para la configuración activa de los derechos fundamentales. Cláusulas de «realización» de los derechos fundamentales como en el art. 9.2 de la Constitución española, o cláusulas de «desarrollo» de los derechos fundamentales como en el párrafo 10 de la Constitución de Estonia (1992) o en el proyecto constitucional del Perú (art. 53 de 2002) exigen la acción del Estado constitucional, autorizan el ejercicio del poder al mismo tiempo que lo legitiman, algo que en general resulta de la organización de la democracia. Con ello se sitúan en el horizonte la función de «organización (y de «estabilización), las funciones de «legitimación», «limitación» y «protección», siendo esta última especialmente visible en la figura de «los deberes de protección» creada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, así como en la conformación de la protección de la minoría o del medio ambiente. Una palabra sobre la función de orientación de las Constituciones: sus valores fundamentales se hallan en los artículos culturales, especialmente en el preámbulo, en los principios, en las cláusulas referidas al patrimonio cultural, así como en los objetivos educativos. La «función de espacio público», equilibrada a través de la protección de la privacidad mediante los derechos fundamentales, aparece en muchos artículos referidos a la publicidad (desde la naturaleza pública de los partidos hasta a la publicidad del Parlamento o de la ley). De ahí que recientemente la transparencia se haya convertido en un concepto clave. Cierro así provisionalmente el canon —abierto— de las concretas funciones constitucionales, a partir de las cuales se pueden ordenar los distintos grupos de artículos. La «pluralidad de funciones» de las Constituciones debería estar abierta en el tiempo a los nuevos desarrollos, de modo que recogiera toda la lista de temas constitucionales materiales. Y ha de ser así tanto para las Constituciones nacionales, como la española, como igualmente en la perspectiva europea. Las funciones y los correspondientes temas de una Constitución se muestran tanto a nivel nacional como a nivel europeo.

3. LA PLURALIDAD DE CONTENIDOS, TEMAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

3.1. Inventario

Los conceptos constitucionales mencionados se deben probar mediante ejemplos prácticos, y al revés, el material constitucional que comparamos en el tiempo y en el espacio sólo se puede comprender a la luz de ciertas teorías. Esta mirada que camina hacia adelante y hacia atrás aquí sólo la podré realizar en medida moderada. Deben bastar algunas palabras claves para desvelar en los textos constitucionales (así como en las normas no escritas y en la jurisprudencia) el Estado constitucional «típico» del actual estadio de desarrollo. Para ello debemos partir de la forma, la configuración y el contenido que una Constitución da a una nación. En un paso posterior podemos preguntarnos en qué medida, la paleta de temas del Estado constitucional nacional encuentra una correspondencia total o parcial en el nivel europeo.

De antemano, podemos encontrar, sobre todo en los preámbulos, una referencia a Dios, aunque no es necesaria que sea «textualizada». En una comparación de rango mundial hallamos en parte la clásica «invocatio dei», y en parte otras formulas, por ejemplo la cláusula de responsabilidad ante Dios. A menudo los artículos sobre la dignidad humana abren las nuevas Constituciones. La tarea de protección de la dignidad humana y de los derechos humanos se convierte en la «base general» de los catálogos detallados de derechos fundamentales que le siguen. Los preámbulos, en su condición de introducciones solemnes y cercanas a los ciudadanos, como texto anticipado y concentrado de la Constitución, en términos culturales comparables a la «ambientación» de una obertura o un prólogo, son un medio estilístico a menudo practicado, pero no de presencia obligatoria en la Constitución del Estado constitucional. Sin embargo, su típico tratamiento del pasado, su bosquejo de las esperanzas de futuro, a las cuales también pertenecen las utopías, son un standard normal del poder constituyente contemporáneo. A menudo, sus secciones nos conducen a principios, como los valores fundamentales de libertad y democracia, pero también a objetivos estatales como los diseñados por la unidad europea o latinoamericana.

Los derechos fundamentales (y a veces los deberes fundamentales) son, en toda la variedad de sus temas y dimensiones un parte ulterior e irrenunciable de las Constituciones (a veces ligadas a la nacionalidad). En parte se formulan como derechos subjetivos, en parte como principios (la familia, la propiedad), ora como derechos de prestación (el derecho a un mínimo económico existencial), ora como mandato de protección o «deber de protección» (como ha afirmado el Tribunal Constitucional alemán desde la decisión E 39, 1 (42 y sigs.)). Abarcan siempre nuevos ámbitos, por ejemplo el derecho a la identidad cultural, la protección de las minorías, de la tercera edad, de los discapacitados o de la infancia, y ofrecen un amplio material ilustrativo sobre la tesis del «desarrollo abierto de los derechos fundamentales» en el Estado constitucional, y no sólo allí donde el constituyente ha mencionado expresamente cláusulas de desarrollo de los derechos fundamentales. Los artículos que recogen valores fundamentales y principios fundamentales son otra parte, ni mucho menos extraña, de la Constitución, a menudo vinculados a los preámbulos. Baste mencionar la justicia social, el mandato de «solidaridad», el pluralismo político, la sociedad abierta, la paz, la primacía de la Constitución o la democracia pluralista. La rica variedad de artículos sobre la democracia (a menudo emparejado al artículo sobre los partidos) constituyen un elemento irrenunciable del Estado constitucional, algo que también vale para la división vertical y horizontal del poder unida a su realización a través de los órganos estatales o el estado de necesidad. Los objetivos constitucionales y estatales enriquecen los nuevos textos con especial fuerza. En este sentido se han de mencionar los campos de la economía y de lo social («economía social de mercado»), la cultura y el medio ambiente. Otra categoría constitucional común, la constituyen los objetivos constitucionales explícitos (con palabras claves: derechos humanos como objetivo educativo, tolerancia o protección del medio ambiente). Finalmente, como temas preferentes de las Constituciones se han de mencionar la judicatura, particularmente la jurisdicción constitucional, el procedimiento de revisión constitucional, incluso el poder constituyente (por ejemplo en Suiza) y los artículos sobre Europa. Como categoría propia encontramos a menudo las disposiciones transitorias y finales, que no se han de minusvalorar. Otros puntos a tener en cuenta son el federalismo, el regionalismo u otras formas más débiles

de descentralización, cláusulas sobre el territorio del Estado, catálogos de tareas estatales, así como los artículos sobre las relaciones internacionales (mandato de paz, cláusula de homogeneidad y solidaridad, delitos bélicos). Considero que este inventario es sumario pero suficientemente expresivo. Por un lado encontramos temas clásicos del derecho constitucional, y por otro se abre la paleta de temas en el tiempo, como por ejemplo con los nuevos instrumentos para la protección de las generaciones venideras.

3.2. **Resultado provisional**

Esta somera ojeada sobre los textos constitucionales permite reconocer un rico ensamble que no se puede reducir a una sola estructura y que contiene muchos standard comunes. Junto a la pluralidad de variantes nacionales se encuentra la pluralidad de temas constitucionales «clásicos», «neoclásicos» o completamente novedosos. Su verdadero significado se abre a menudo sólo a partir de su contexto cultural que funciona como trasfondo. Y es posible reconocer los muchos efectos del paradigma textual en el tiempo y en el espacio nacional, regional (europeo y latinoamericano) y universal. Algunos de los ejemplos de los textos han sido ya mencionados en las secciones sobre los distintos conceptos constitucionales. Por lo demás, se ha desglosado estructuralmente tanto material teórico, que ahora vemos más cerca la claridad de la pregunta: ¿tienen España y Europa una Constitución? Ya reconocemos entre ambos «círculos constitucionales» —el nacional y el europeo— paralelismos, analogías, intersecciones, concurrencias y osmosis. Si invocamos por un lado los textos de la Unión y de la Comunidad Europea junto a la Carta de los derechos fundamentales (2000) y el proyecto de Tesalónica (2003) y, por otro lado, la Constitución española de veinticinco años, se impone ya la imagen de la «simbiosis constitucional». Más tarde trataré esta ««partición de las Constituciones» y sus consecuencias, esto es, sobre la recepción de teorías constitucionales en el nivel europeo.

SEGUNDA PARTE: 25 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UNA HISTORIA DE ÉXITO EN EUROPA

1. EL TEXTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL ENTRE LA RECEPCIÓN CREATIVA Y LA INNOVACIÓN CONGENIAL

1.1. El texto de los derechos fundamentales, en especial las cláusulas relativas a la realización efectiva de los derechos fundamentales, el contenido esencial, conformidad con los derechos humanos, apertura internacional, derechos fundamentales culturales y sociales, el régimen constitucional de la pluralidad en los medios

En toda Europa, actualmente en todo el mundo, se hallan procesos intensivos y extensivos de desarrollo de los catálogos de derechos fundamentales. Las nuevas Constituciones actualizan los derechos fundamentales clásicos, conectan los derechos de defensa con las estructuras de prestación incluyendo el «status activus processualis», y al mismo tiempo reciben los sólidos estándar europeos relativos a los derechos, como ocurre, por ejemplo, con la cláusula del Habeas corpus. Los textos, las teorías y la jurisprudencia forman una espesa ligazón que fomenta la vigencia de los derechos fundamentales. En el fondo, se puede observar una especie de «tarea común para optimizar la defensa de los derechos fundamentales», sobre todo en Europa, que cuenta con dos tribunales constitucionales europeos, el Tribunal de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos. Todo esto prueba el paradigma textual: aquello avanzado en el contexto de una ciencia y práctica constitucional más antigua, se decanta en las nuevas Constituciones como un texto constitucional concluyente. La propia España ha trasladado creativamente principios, textos y conceptos, que habían sido desarrollados en Estados constitucionales más antiguos como Italia y Alemania. La innovación y la recepción mantienen el equilibrio, algo especialmente válido para los derechos fundamentales.

A continuación sólo es posible realizar una selección. Se considerarán algunos conceptos claves de la «teoría general de los derechos fundamentales», y unas pocas de las garantías especiales, como por ejemplo la estructura plural de los medios de comunicación.

La cláusula de realización efectiva de los derechos fundamentales prevista en el art. 9.2, tiene su modelo en el art. 3.2 de la Constitución italiana (1947), que también trata de la libertad real y de la tendencia en favor de estructuras de prestación. España ha logrado una mejora, no solamente en el texto, sino también en el contenido. Lo mismo ocurre en el caso del mandato de conformidad previsto en el art. 10.2, en el que se documenta la apertura del Estado constitucional español a la universalidad de los derechos humanos y se conceptúa una pieza del «Estado constitucional cooperativo». La misma tendencia marca la generosidad con el disfrute por parte de los extranjeros de los derechos fundamentales (art. 13.1). Cuando el art. 11.3 construye especiales puentes con los países de Iberoamérica por la vía de la doble nacionalidad, nos encontramos con un logro pionero y una afortunada relativización de la tradicional exclusividad de la nacionalidad —el concepto de «nacionalidad» en el marco de una teoría constitucional comparatista debe ser eliminado urgentemente, pues el ciudadano no pertenece a la nación; en Europa especialmente, la Unión Europea extiende la ciudadanía de la Unión en un sentido similar. La cláusula del contenido esencial del art. 53.1, por un lado recepciona la garantía clásica del art. 19.2 de la Ley Fundamental, y de otro lado abre el camino a la regulación (conformación) legislativa de los derechos fundamentales. Desde 1978, sin duda, la protección del contenido esencial se ha refinado, sobre todo en Suiza: con la mención de ejemplos y la inclusión del principio de proporcionalidad (art. 28 Constitución de Berna, de 1993). En el Este de Europa existe una pluralidad de «imágenes gemelas» del art. 19.2 de la Ley Fundamental y del art. 53.1 de la Constitución española, de ahí que se le pudiera aconsejar a la praxis española que se dedicara, en el campo de la comparación jurídica, a aquellos lugares donde se hallan muestras más refinadas. En general, hay un tesoro del derecho común europeo en los elementos del contenido esencial de los derechos fundamentales.

En el ámbito de la protección formal de los derechos fundamentales encontramos junto al recurso de amparo (art. 53.2, art. 161.1) un ejemplo de protección en sentido amplio, el Defensor del Pueblo, art. 54. Aquí también la Constitución española se ha colado en el «taller» europeo de los derechos fundamentales. El Ombudsmann primero en Escandinavia y tras la caída del muro en el Este de Europa, se ha convertido en un instrumento muy apreciado.

Una mención especial merece la estructura pluralista de la regulación constitucional de los medios en el art. 20.3, que ha sido redactado bajo el espíritu de la relevante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán —que cuenta hasta ahora con nueve decisiones al respecto—. El constituyente español ha trasladado a la claridad del texto lo que en Alemania se había elaborado anteriormente con una jurisprudencia pretoriana, y que más tarde también sería «copiado» en Alemania (por ejemplo, en el art. 111 a, tras la reforma de la Constitución de Bayern en 1984). La necesidad de un espacio público plural de dimensión europea cobra gran actualidad, como nos muestra el irritante caso Berlusconi.

Mención especial merecen también los derechos fundamentales culturales y sociales. Aquí es digno de mención cómo el derecho a la personalidad ha asegurado un objetivo educacional a través del «soft law» (en el contexto del derecho a la educación: art. 27.2). Los «derechos fundamentales como objetivos educativos» es un concepto clave en el Estado constitucional democrático. El art. 22.3 de la Constitución del Perú (1979) y el art. 72 de la Constitución de Guatemala (1985) hace ya tiempo que nos ofrecen un ejemplo en este sentido. Entre los derechos sociales llaman la atención el derecho a la salud (art. 43) y también el derecho al medio ambiente (art. 45.1). Estos temas están especialmente desarrollados en las Constituciones del Este de Europa, por ejemplo en Polonia. Y lo mismo se puede decir del derecho al disfrute de una vivienda adecuada (art. 47). Lo que en muchas ocasiones aparece solamente como un fin estatal, en España ha encontrado una formulación de derechos fundamentales, algo que puede convertirla en un elemento de apoyo hacia el Este de Europa. La cláusula referida al patrimonio en el art. 46 es modélica y debería ser igualmente un «bien de exportación» en dirección a los países en desarrollo y a las nuevas Constituciones.

Cuando el art. 38 reconoce «la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado», la Constitución española ha superado incluso a la Ley fundamental. Ésta, ni ha reconocido expresamente la libertad de empresa, ni ha garantizado la exitosa «economía (social) de mercado». España ha trasladado a un expresivo texto, lo que en Alemania había crecido en la realidad constitucional desde la Ley Fundamental —otra prueba del paradigma textual—.

1.2. Las Comunidades Autónomas («Regionalismo»,»Federalismo»), el modelo español

España, con su vivo sistema autonómico ha elaborado un modelo que ilumina a muchos otros países e incluso debería ser «copiado» más a menudo. Ciertamente, tampoco España comenzó de la «nada». Al margen de su historia, los padres de la Constitución pudieron partir del modelo italiano de 1947. También, algunos elementos federales recibieron la influencia del texto y la práctica de la Ley Fundamental de 1949, como, por ejemplo, el reparto competencial. Mas, pese a esa recepción, la Constitución española de 1978, precisamente aquí, en el regionalismo, ha logrado algo nuevo, propio. Tras 1978, el desarrollo constitucional ha reforzado esta singularidad del regionalismo español, incluso cuando el Tribunal Constitucional ha realizado cuidadosamente la adaptación de soluciones «extranjeras»: por ejemplo, con la construcción del principio de la «confianza federal», conocida invención de R. Smend ya en el año 1916 y que más tarde desarrollaría el Tribunal Constitucional alemán (E 6, 309 (362 y sigs.) y últimamente E 101, 158 (221 y sigs.) «comunidad solidaria). España dio una ejecución tan fuerte a su regionalismo, que ya en el año 1983 se podía plantear si no se trataba de un bosquejo de federalismo. Hoy se puede hablar del regionalismo como «incipiente principio estructural» de Europa, así como a nivel nacional, por ejemplo en Gran Bretaña (Gales, Escocia e Irlanda del Norte), y puede valer como «hermano pequeño» del federalismo, incluso en el plano de la Unión Europea (siendo la palabra clave el Comité de las Regiones), lo que muestra, una vez más, la vitalidad del modelo español. La «vieja» Italia invoca en este tiempo un «nuovo regionalismo», esto es, busca su camino hacia un embrión federal. Se podría inspirar por un lado en España y, por otro, en Estados federales como Alemania y Suiza. España ha creado con su sistema autonómico un modelo de éxito que, aparte de la irresoluta cuestión vasca, es un ejemplo en el contexto común europeo. En la medida en que el Regionalismo y el Federalismo destacan por ser una división vertical del poder, se conecta con el pensamiento clásico de la división de poderes de un Montesquieu. El modelo regionalista tiene futuro por delante, sobre todo en Europa del Este, que todavía está fuertemente orientada al centralismo y donde los textos, la teoría y la práctica española podrían ser orientadores.

En concreto, se pueden destacar como ejemplares los siguientes grupos de artículos: el reconocimiento de la pluralidad lingüística en el art. 3, que incluso se señala como bien cultural —la comunión con Suiza es clara—, el equilibrio entre autonomía y solidaridad en el art. 2, la fórmula de la igualdad del art. 138.3 que señala al mismo tiempo la «solidaridad» y, finalmente, la creación de un «proceso autonómico» a partir de criterios como «características históricas, culturales y económicas comunes». Para terminar, los elementos mínimos de los Estatutos de Autonomía son, en una perspectiva comparada, una gran realización gracias a la conexión con la «identidad histórica». En el fondo, los Estatutos se asemejan a una «pequeña Constitución» o prototipos de Constitución. La teoría comparada del regionalismo en Europa recibe en estos tiempos su mejor impulso de España, pese a que todavía no existan uno «Regionalist Papers» que puedan yuxtaponerse a los «Federalist Papers» de los Estados Unidos. Además, en una comprensión material, la distribución competencial podría entenderse, tomada más allá de un entendimiento formal, en el sentido de una teoría moderna de los fines estatales (por ejemplo, el fomento de la cultura, art. 148.1.17).

1.3. **Jurisdicción constitucional**

La jurisdicción constitucional experimenta hoy un triunfo mundial. Más allá del caso pionero de Austria (1920) surge en muchos Estados constitucionales, por ejemplo Italia, tras 1945, algo que no es casual. Tras el derrumbe del socialismo totalitario (1989), la jurisdicción constitucional ha sido incluida en todos los Estados del Este de Europa, y también hay «Tribunales Constitucionales» a nivel europeo, el Tribunal de Justicia y el TEDH, en la medida que sus textos de referencia son «Constituciones parciales» —principalmente los Tratados de Amsterdam y Maastricht y el Convenio Europeo de Derechos Humanos—. La protección de los derechos fundamentales a través de la jurisdicción constitucional es hoy un elemento estructural común a toda Europa, sin duda con muchas variantes (Suiza, por ejemplo, no tiene un jurisdicción constitucional autónoma, sino una sala de derecho público en el marco del Tribunal federal de Lausana). Italia destacó con su Corte en Roma en 1947, Portugal (1976) y España (1978) le

siguieron. Mientras tanto, y aun teniendo competencias bien distintas, la jurisdicción constitucional de estos dos países se ha curtido en el día a día. Sobre todo, los países que han introducido el recurso de amparo (España y Portugal, más tarde, tras el cambio de 1989, muchos países de Europa del Este) tienen la oportunidad de convertir su jurisdicción constitucional en un «tribunal ciudadano» por excelencia. El encuentro periódico de los Tribunales Constitucionales europeos, con ponentes como K. Hesse (1978), en el que se ha incluido hace poco Polonia, componen un foro muy singular, que practica informalmente la comparación jurídica.

El Tribunal Constitucional en Madrid, desde sus inicios y a través de una jurisprudencia inteligente, se ha ganado un alto respeto en el círculo de los restantes Tribunales Constitucionales. Fue dotado con suficientes competencias por el constituyente (¡no es casual que hasta ahora sólo haya habido una reforma constitucional de tipo formal!), mientras que el Consejo Constitucional ha tenido que ir extendiendo, una y otra vez, sus competencias. En la práctica, sobre todo en Alemania, cuyo modelo han seguido algunos países del Este de Europa, se muestra especialmente problemática la selección de los jueces, dominada por los partidos —en Italia, por fortuna, el Jefe del Estado tiene la posibilidad de elegir a un tercio de los candidatos (por ejemplo, A. Baldassare y G. Zagrebelsky). En un punto, España ha escrito historia constitucional: en la institucionalización a nivel constitucional del voto particular. En Alemania, la posibilidad del voto particular, que se la debemos a los Estados Unidos, fue introducida por la legislación ordinaria. Sin duda, entretanto, se ha desarrollado una gran tradición del voto particular como «jurisprudencia alternativa» y algunos de ellos se han transformado más tarde en mayoría dentro del Tribunal Constitucional, lo que confirma la tesis de la «Constitución como proceso abierto» y muestra la ausencia de una referencia al voto particular a nivel constitucional. En esto, la Constitución española ha realizado un trabajo pionero en su art. 164.1, pues la posibilidad del voto particular es un tema del propio texto constitucional. El voto particular muestra la apertura de la Constitución en el eje temporal y enriquece tanto la jurisprudencia como la doctrina. Provoca un momento de integración, ya que «realza» a la parte perdedora y crea paz jurídica. Sirve al desarrollo constitucional, siempre que el magistrado disidente sea creativo.

Hasta ahora, aparentemente, la Constitución española no ha encontrado muchos seguidores entre las nuevas Constitución surgidas tras 1989 en la regulación del voto particular prevista en el art. 164.1. La mayoría adopta el voto particular a través del legislador o de la praxis: en Italia se discute sobre su inclusión desde hace mucho tiempo.

El art. 161.1.c posibilita el conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o entre éstas. Tal garantía del regionalismo (en camino hacia el federalismo) no puede dejar de ser valorada suficientemente. Tiene el mismo fin que el conflicto Bund/Ländern de la Ley Fundamental: el aseguramiento de la división vertical del poder. La cualidad de ente constitucional de las Comunidades Autónomas es un modelo que deberían tomar todas aquellas naciones que quieran reforzar efectivamente el regionalismo. En cuanto que España vive de su regionalismo cultural —en paralelo al federalismo cultural alemán— necesita de una garantía jurídica de este tipo. Sin duda, la siempre precaria cuestión del régimen financiero (cfr. art. 157 y 158) no se puede subestimar. En Italia, el régimen financiero es el eterno punto hiriente en la lucha entre las regiones y el tradicional centralismo de Roma.

1.4. **Otros conjuntos normativos de naturaleza ejemplar**

Desde la perspectiva común europea serían destacables, en términos de comparación, una pluralidad de temas constitucionales, como, por ejemplo, el mandato de motivación de las sentencias (art. 120.3), la consideración de las consecuencias del «error judicial» (art. 121), el feliz uso del concepto «libertades públicas» como rúbrica del Título I, Capítulo segundo, Sección primera —que se conecta con la plenitud significante de «Res publica»—, sin olvidar la temprana y ejemplar protección de los discapacitados, en el art. 49, que años después sería adoptada por la Ley fundamental (en 1994, art. 3.2). A continuación sólo valoraremos el preámbulo de la Constitución española, su magistral contenido.

Los «preámbulos» se asemejan desde el punto de vista cultural a los prólogos, oberturas y preludios. Se puede hablar específicamente del «arte prologador» de algunos constituyentes. Con un lenguaje cercano al ciuda-

dano, a menudo solemne, quieren «ganar» al ciudadano en favor de la Constitución. Son fundamento y fe, reelaboran el tiempo, hacia atrás y hacia adelante, y bosquejan una «Constitución en la Constitución», son un concentrado general de la obra constitucional, a menudo con claras y reconocibles esperanzas de futuro (por ejemplo, hasta 1990 la Ley Fundamental alemana en la cuestión de la reunificación). Al tratar en la parte final de estas páginas el gran preámbulo de la Constitución española, quiero destacar un punto. La lógica sitúa acertadamente el preámbulo al comienzo, como «razón» de la Constitución. Pero es atractivo valorar el preámbulo al final, pues nos hará comprender, si se trata de una mera promesa platónica o se cumple verdaderamente en los siguientes artículos de la Constitución.

Si se compara el preámbulo de la Constitución española introspectivamente consigo misma, y «hacia fuera» con otros ejemplos europeos, por ejemplo con la nueva Constitución suiza (2000), La Ley Fundamental alemana (1949) o con el más tardío pero significativo preámbulo de la Constitución de Polonia (1997), e incluso si se mira hacia atrás a la Constitución francesa (1958) o incluso a la irlandesa (1937), se puede decir que España ha creado uno de los mejores preámbulos: en el sentido lingüístico-formal, es así porque se ha escrito con palabras concisas, expresivas, comprensibles, literarias que «van al corazón», que suenan solemnes pero al mismo tiempo ordenan el día a día; en cuanto al contenido, porque esboza sucintamente los principios fundamentales de la Constitución que le sigue. Y debemos incluir algunas de las expresiones del llamado «Título preliminar». Contiene formal y sustantivamente principios constitucionales que suenan como los de un preámbulo (del art. 1: «libertad, justicia, igualdad», «pluralismo político», «indisoluble unidad de la nación española», «las banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas», etc.). En concreto: en el preámbulo se toma a la «Nación española» como punto fundamental de referencia, incluso se le «atribuye un alma» («animada por el deseo»); le sigue la triada de valores fundamentales «justicia, libertad y seguridad», así como una cláusula de interés general vinculada a todos los ciudadanos; luego se establece el principio democrático y con alta poesía se postula la estatalidad constitucional, un orden económico y social justo, el imperio de la ley o, lo que es igual, el Estado de Derecho;

incluso se expresa la profunda dimensión cultural de una comunidad constitucional («proteger sus culturas y sus tradiciones, lenguas e instituciones). No sólo se generaliza la protección de los derechos humanos, sino que incluso se señala como objetivo estatal «asegurar a todos una digna calidad de vida». Finalmente, ya en el preámbulo, la Nación española se abre de modo pacífico a «todos los pueblos de la Tierra».

Si pensamos estos grandes principios a la luz de las disposiciones concretas en los artículos de la Constitución, se muestra la efectividad de este preámbulo. Es una «cláusula espiritual» en el sentido verdadero de la palabra, pues anuncia los fundamentos de la obra constitucional que le sigue y es tan rico en su contenido que puede cobrar eficacia normativa en posteriores disputas jurídicas. Los derechos fundamentales y los fines estatales, la cláusula de interés general y los principios estructurales como el Estado de derecho, cultura, pluralidad lingüística, han sido reunidos de tal manera, que este preámbulo valdría como modelo del preámbulo prototípico de un Estado constitucional. Sólo la Constitución de Polonia (1997) y la nueva Constitución Suiza (2000) pueden hacerle competencia. Con algunos símbolos, como la protección del medio ambiente o la protección de las generaciones venideras, estas dos nuevas Constituciones tematizan en el preámbulo nuevos avances textuales. Si se toma el rico Título Preliminar como «con-texto» del preámbulo, brota entonces toda una «Constitución dentro de la Constitución». Esta obra de concentración de los padres de la Constitución de 1978 no se puede minusvalorar. Cuando el art. 1 califica al pluralismo político, entre otros, como «valor supremo del ordenamiento» aparece un concepto clave que inicialmente animó vivamente el debate de los derechos fundamentales en Alemania. Después de 1978 no se puede ya dudar sobre la dimensión valorativa de los principios fundamentales de la Constitución de un Estado constitucional. Los principios constitucionales son para el ciudadano adulto «valores que orientan» y para la juventud escolar ¡»objetivos educativos»! Sin olvidar que la solidaridad, que aparece a menudo en el texto (ejm. art. 2), también debería aplicarse en la dimensión educativa de la Constitución.

El acercamiento jurídico-comparado y científico-cultural elegido en estas páginas se puede apreciar en el texto de derecho comunitario constitucional que habla de la protección de la «identidad nacional» (art. 6.3 TUE,

art. 5.3 Const. Eur de 2003) y, sin duda, también en el ejemplo español. Antes de nada, se de ha decir que la «identidad nacional» ha de entenderse en primer lugar a partir de la autocomprensión de los concretos Estados Miembros. Sin duda, también se deben tener en cuenta las «visiones externas» de otras comunidades científicas nacionales, que en Europa forman 25 «visiones "internas"». Desde el punto de vista alemán la Constitución de 1978 pertenece a la «identidad nacional» de España, en especial su estructura autonómica, que remite a la identidad cultural de las regiones. De lo profundo de su historia cultural se ha de añadir: el «siglo de oro» en el ámbito de la pintura y de la literatura (¡Calderón!), de una actualidad clásica sin duda Picasso, Miro, Dali, Falla o Lorca. De la historia política se han de citar las herencias yuxtapuestas judeo-cristiana y musulmana, sin olvidar los costos de la inquisición, las ganancias y pérdidas del nuevo mundo junto al actual, vivísimo y fructífero ligamen con Latinoamérica, la época de Franco, la Segunda República como el tiempo en el que fue engendrándose esta dictadura (palabra clave: los papeles de Salamanca). Seguramente, la república española de intelectuales podría citar espontáneamente otros elementos. En este sentido, anima ver la reciente protesta de los artistas frente a F. Castro.

Si emprendemos un paralelismo experimental con Austria, nos encontramos con la siguiente imagen. A la «identidad nacional» de este país pertenecen ciertamente el modelo de la tolerancia de la diversidad nacional de los Hamburgo, las dos «escuelas de Viena», desde Haydin a Alban Berg, la Constitución de 1920 con el pionero Tribunal Constitucional de Kelsen, trabajos artísticos y científicos como los de E. Schiele, T. Bernhard y el doctor Freud y su escuela. «Viena» es una magnitud histórico-cultural por excelencia con reflejos en todo el mundo, basta con pensar en el «Burgtheater».

En definitiva, ese todo complejo al que nos referimos con la «identidad nacional» de los Estados Miembros sólo se puede comprender precisamente a partir de la propia autocomprensión «plus» la «comprensión extranjera» de las comunidades científicas y culturales de las restantes 24 naciones. Las «tradiciones constitucionales comunes» (art. 7.3, art. II 52.4) son una parte de la «identidad europea».

1.5. **Resumen**

España tiene una Constitución, incluso una especialmente buena; es una buena Constitución, y es así también si uno se pasea por el contexto europeo. España comparte con la UE muchos derechos fundamentales y funciones estatales. Pensemos en el derecho constitucional económico, social, medioambiental y cultural. El principio de las «competencias atribuidas» no cambia nada.

Las pequeñas Constituciones de Andalucía, Cataluña (que tiene una nueva ley sobre la protección de animales) y el País Vasco deben empujar otros procesos de crecimiento: continúa siendo un desiderátum una teoría constitucional del regionalismo europeo (desde Sicilia a Galicia). Un «Estado Vasco libre», meramente asociado con España, no es deseable desde el punto de vista de la política constitucional europea (sin duda, sí se puede discutir sobre un mayor grado de autonomía). En todo caso, se tendría que desarrollar una teoría constitucional para los Estados multiétnicos y multiculturales, en cierto modo un limitado derecho fundamental a la desigualdad.

INCISO: ¿UN ARTÍCULO SOBRE EUROPA PARA LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA?

En una comparación de derecho común europeo, llama la atención que España todavía no haya incluido en su Constitución un expresivo artículo sobre Europa. Esto sorprende, entre otras razones, porque la realidad constitucional española se ha transformado en una realidad constitucional «europea». Al mismo, tiempo habría muchos modelos para un artículo sobre Europa. El vecino Portugal, por ejemplo, en el art. 7.5 ha «resuelto» de forma modélica la cuestión europea; e incluso encontramos un artículo sobre Europa en un Cantón suizo, en clara oposición a la nueva Constitución federal (2000), pues el art. 54.1 de la Constitución de Berna dispone: «El cantón contribuye al trabajo en común de las distintas regiones de Europa». Este reconocimiento de Europa es todavía más sorprendente, en cuanto que Suiza no forma parte de Europa en el sentido estricto de la UE, si bien

es miembro del Consejo de Europa y del CEDH, por lo tanto, es parte de Europa en sentido amplio.

La categoría «derecho constitucional nacional sobre Europa» propuesto por este autor ya en 1985, busca crear un concepto plástico a partir de la pluralidad de las cláusulas sobre Europa y, sin duda, con el trasfondo de sistematizar la policroma pluralidad de referentes europeos presentes en las Constituciones nacionales. Basta con mencionar a continuación algunos ejemplos para estimular, con los limitados medios de la ciencia comparatística, al poder de reforma para que en un día no muy lejano, se incluya un artículo sobre Europa.

Se ha de recordar la ubicuidad sistemática del preámbulo como lugar oportuno para el reconocimiento de Europa. De esto ya fue consciente la Ley Fundamental de 1949 al incluir las palabras: «servir a la paz del mundo como un miembro igual en una Europa unida». Mucho más tarde se incorporaría en la parte orgánica el art. 23 como cláusula sobre Europa: en el que se fija a Europa como «objetivo estatal», con disposiciones concretas en la cuestión de la UE, que se presenta basada en el «principio democrático, Estado de Derecho, Estado social y federativo»; e incluso se incluyó el principio de la subsidiariedad. Muchas otras Constituciones del este y del oeste han incluido antes o en paralelo al caso alemán, conexiones europeas en su texto. Pionera fue el Sarre, que lo incluyó en el año 1992, en su artículo 60.2. Merece la pena citarlo pues España, como sistema autonómico, puede recibir algunos de sus elementos: «Sarre promueve la unión de Europa y apoya la participación de regiones autónomas en la formación de la voluntad de las Comunidad europeas y la Europa unida. Trabaja con otras regiones europeas y promueve relaciones transfronterizas entre las instituciones y corporaciones vecinas».

Ciertamente, un profesor alemán no puede permitirse proponer a España un artículo sobre Europa, pero sí puede, quizás, destacar algunos elementos textuales manteniendo una visión general. España tiene todos los motivos para incluir la relación con Europa en el preámbulo, y como mucho, relegarla al «Título preliminar». Además, las Comunidades Autónomas deberían constituirse como «regiones europeas»; también se habría de mencionar el aspecto de la «superación de fronteras». Junto a la UE, también se debería mencionar la Europa en «sentido amplio», con el Con-

sejo de Europa y la OSCE, de las que, en todo caso, España también forma parte.

TERCERA PARTE: ¿TIENE EUROPA UNA CONSTITUCIÓN?

1. LA «VIEJA» COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y LA POSTERIOR UNIÓN EUROPA/COMUNIDAD EUROPEA

La «vieja» Comunidad Europa —esto es, el Tratado de Roma (1957), pasando por Maastricht/Amsterdam (1992/1997) hasta Niza (2000/2001)—, pieza a pieza, en un desarrollo textual escalonado, ha ejecutado una «constitucionalización» que no ha podido ser conceptualizada formalmente ni por la comunidad científica nacional ni por la supranacional. No acaba de producirse un consenso sobre lo que haya de ser esta «Constitución incompleta» desde el punto de vista jurídico, aunque el TJ, ya bien pronto, haya hablado continuamente de «Constitución» («Gent und Loos», 1963; «Costa Enel», 1964). Visto formalmente no se ha producido ninguna acción del «poder constituyente» en el sentido clásico-nacional. Se trata siempre de nuevas reformas de los Tratados en base a consensos intergubernamentales previos, incluso cuando el derecho europeo ya existía como ordenamiento autónomo. Entre tanto, ciertos escalones de ese desarrollo han sido aprobados por el pueblo en algunos Estados Miembros —el Tratado de Maastricht en Francia y Dinamarca, «Niza» por Irlanda, o el ingreso de Polonia y Eslovaquia—. Sin duda, se han de añadir también grandes decisiones de concretos Tribunales Constitucionales, incluso la discutida sentencia Maastrich del Tribunal Constitucional alemán (E 89, 155) o las relevantes decisiones de los Tribunales en Madrid o París. Observado desde el punto de vista material se produce así un pedazo puntual de Constitución que se corresponde con la interpretación de los Estados Miembros. Pero en conjunto, el pueblo como comunidad ciudadana permanece «excluido», incluso cuando los temas materiales cada vez maduran más hacia temas constitucionales típicos: del viejo derecho constitucional económico de la clásica Comunidad Económica Europea (Roma 1957) hasta el derecho constitucional social y cultural de la Unión Europea/Comunidad Eu-

ropea de Maastricht/Amsterdam: se han de recordar las cinco libertades económicas, pero también mucho del pretoriano derecho sobre derechos fundamentales de Luxemburgo: de la igualdad a la libertad religiosa, de la garantía de la propiedad hacia la efectiva garantía judicial y la responsabilidad del Estado. El desarrollo del «derecho constitucional común europeo», un concepto de los años 1983/1991, demuestra cada vez más, según mi opinión, que se trata de una «Constitución parcial», de una «Comunidad constitucional». Con todo, se trata de propuestas teóricas que no gozan de la aprobación de la llamada «opinión dominante», si es que hay una opinión que merezca este calificativo. Esta opinión se fragmenta en muchos intentos conceptuales —más allá del concepto técnico de «asociación supranacional de fines», que teorizara el gran comunitarista H.P. Ipsen—: entre otros, «unión de Estados» (BverfG), «orden fundamental europeo de la Unión» (D. Tsatsos), un «sistema de niveles variados», «división de la soberanía», y más aún, la UE/CE como «comunidad jurídica», «comunidad de derechos fundamentales». Aunque, de acuerdo con en el proceso de reforma de los Tratados, el pueblo no tiene que actuar a nivel europeo, el creciente carácter constitucional de su contenido material invita a ello. El muchas veces citado déficit constitucional no puede compensarse con las elecciones europeas directas (1979), ni con la paulatina ampliación de las competencias del Parlamento. Sigue siendo grande, y parece que todavía crecerá más, el contraste entre la ausencia de un poder constituyente formal, y la intensificación y expansión de la Constitución en sentido material, pues aún continúan creciendo los elementos y las dimensiones de la Constitución material en el plano UE/CE. Hemos de pensar en los «principios jurídicos comunes», en las distintas formas del «derecho común europeo», sobre todo en el «Estado de Derecho». Con ello, las naciones ligadas al nivel comunitario ganan temas que habían perdido en el nivel nacional: si sus propias Constituciones «menguan», sin duda, crece la Constitución común. Para acentuar la cuestión, ¿pueden los ciudadanos, en esta Europa de los gobiernos, tribunales, «burocracia de Bruselas», permanecer como meros «titulares de derechos fundamentales», sin mucho que decir? ¿En qué forma, mediante qué procedimientos se ha de desarrollar la Constitución a nivel europeo, más aún en vistas a la gran ampliación con 10 nuevos candidatos?

2. LA NUEVA UE/CE

Se debe hablar de una nueva EU/CE porque el «modelo de la Convención» ha supuesto, en mi opinión, un salto cualitativo en el proceso de desarrollo del derecho comunitario. Decidido en la Declaración de Laeken (2001) y concebido según la imagen del nacimiento de los Estados Unidos (la Convención de Filadelfia, 1787), una vez que realizó su ensayo general en el proceso de elaboración de la Carta de los derechos fundamentales de Nizza (1999/2000), se ha convertido en el nuevo camino constituyente en Europa, alcanzando su punto culmen en la Convención constitucional bajo la presidencia de Giscard y el texto de Tesalónica (junio 2003). El proceso de evolución en la cuestión de la Constitución europea ha logrado, gracias a estas dos Convenciones, un estadio nuevo y transparente. Si la Convención de la Carta de derechos fundamentales tuvo 62 miembros (15 representantes de los gobiernos, 16 miembros del Parlamento europeo, 30 miembros de los Parlamentos nacionales y un miembro de la Comisión), la nueva Convención cuenta con 105 miembros (todavía no suficientemente plurales pese a que el círculo de participantes se ha ampliado). Esta «Convención europea» abarca junto al Presidente y sus dos Vicepresidentes, 15 representantes de los Estados miembros, 30 de los Parlamentos nacionales, 16 del Parlamento europeo y 2 representantes de la Comisión. A estos hemos de añadir los observadores de los Estados candidatos, 3 representantes del Consejo Económico y Social, 3 de y 6 del Consejo de las Regiones. Sin embargo, se puede objetar que esta Convención no es «representativa», pues, como antes, los Estados nacionales, esto es, los Gobiernos continúan siendo los «Señores de los Tratados» de acuerdo con el art. 48 TUE, algo que no deja de ser una ideología (terminología) discutible pues en la democracia no hay «Señores» y en una Comunidad ciudadana y de derechos fundamentales como la UE, con Tribunales Constitucionales independientes, no se puede trabajar con esas metáforas propias del tardío absolutismo: en todo caso, el «modelo de la Convención» transforma positivamente el poder constituyente de la UE. Ciertamente existe déficit. Llama la atención que en el proceso de la Convención no hayan participado como tales científicos nacionales y europeos, ni siquiera como «expertos». Asimismo se ha de hacer notar que han surgido diversos proyectos de Cons-

titución de la Unión Europea, y no únicamente de las exclusivas manos de los partidos políticos o de concretos diputados o personalidades (ya en 1984 hubo un proyecto de Constitución elaborado por el Parlamento, más tarde un segundo en 1994), sino también de algunos teóricos del Estado (por ejemplo el proyecto de Dashwood, R. Scholz o Schwarze/Flauss). En la sociedad abierta de los constituyentes la ciencia debe ser tan sólo una voz, mejor que una consejera, ya que la independencia intelectual está siempre puesta en peligro si va a la zaga de los partidos.

Con todo, la gran crítica, en mi opinión, sigue siendo la necesaria participación del Pueblo. Un referéndum de dimensión europea es irrenunciable. El modelo convencional utilizado, que no estaba previsto en los textos constitucionales (¡!) se ha de elogiar como paso adelante, pero, entre tanto, sólo consiste en un paso previo del «poder constituyente» de la UE y debería como tal inserirse en el derecho vigente (Austria ahora también ha establecido una «Convención»). La cultura constitucional común europea exige la palabra y el acto de sus ciudadanos, de su Pueblo.

3. CONTENIDOS CONSTITUCIONALES EN EL NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. La Carta de derechos fundamentales de la UE (2000) como meritoria Constitución parcial, su trascendencia y reflejo político-constitucional

Sin duda, la Carta de los derechos fundamentales de Niza posee formalmente, hasta ahora, sólo la cualidad del «soft law», si bien ya desarrolla fuerza normativa**,** por ejemplo en una decisión del Tribunal de Primera Instancia, sin olvidar su creciente reflejo, día a día, sobre la judicatura, el constituyente nacional, el legislador y los ejecutivos. Pero la literatura especializada le reconoce ya «pre-efectos», como «una obra de codificación vigente». Por ello no es casualidad que los posteriores proyectos de Constitución oficiales o privados se remitan a ella, mayormente en la forma de una remisión en bloque. Si su historia inicial ha sido un éxito, su historia posterior será también merecidamente todo un suceso. Se trata de un com-

pleto «borrador sobre los derechos fundamentales», ya que todos los temas de derechos fundamentales importantes para Europa han alcanzado el nivel de su tiempo, esto es, se tratan da acuerdo con el actual estadio de desarrollo del Estado constitucional: se encuentran tanto los más importantes derechos fundamentales clásicos como ámbitos temáticos nuevos, también se hallan todas las dimensiones (funciones) importantes de los derechos fundamentales: de la defensiva a la objetiva, pasando por la prestacional y protectivas, así como la procesual. Ciertamente, domina el espíritu de la recepción productiva: muchas fuentes son asimiladas: la CEDH, los viejos textos de la UE/CE, catálogos nacionales de derechos fundamentales, decisiones de los Tribunales Constitucionales nacionales, así como de los dos Tribunales Constitucionales europeos, junto a las distintas voces de la academia. Esa pluralidad en la recepción y en la referencia a fuentes evita que la Carta de derechos fundamentales de la UE se convierta en un trabajo «epilogal». Es innovadora en la fusión de distintos niveles de textos, provenientes de muchas naciones y codificaciones. Pero es también innovadora en la sistematización del casi inabarcable material nacional y europeo referido a los derechos fundamentales, o en algunos temas como el Título IV «Solidaridad» o el art. 41 («derecho a la buena administración»). Se trata de un buen compromiso constitucional en un ámbito del derecho constitucional clásico, que ahora se ha «europeizado» y ha reunido a muchas comunidades de derechos fundamentales, de manera que nadie ve usurpada la identidad de su cultura jurídica y a la vez todos se reconocen en ella, pero al mismo tiempo a través de los derechos fundamentales se crea un elemento vital del derecho constitucional europeo, consolidándolo y desarrollándolo. Los catálogos de derechos fundamentales pueden integrar a los ciudadanos gracias a un lenguaje que es cautivador y cercano a los ciudadanos, pero también preciso y general; son «derecho constitucional de la integración» por excelencia. Por todo ello, es presumible que en el futuro la Carta de los derechos fundamentales sea altamente valorada en atención a sus logros pioneros. Tampoco debería tenerse por casual que la tarea de una Convención para los derechos fundamentales compuesta por 62 miembros fuera confiada a un teórico del Estado alemán —R. Herzog, que además había sido Presidente de la República—, pues Alemania goza de un gran prestigio en los derechos funda-

mentales merced a la jurisprudencia del Tribunal Constitución y a grandes trabajos académicos, sobre todo de la época de Weimar y de los primeros años cincuenta.

A continuación sólo unas palabras claves: en primer lugar el rico y bien tejido preámbulo nos permite comprender que no se trata solamente de una Carta de los derechos fundamentales sino también de una Carta de los «valores» fundamentales («valores universales», «valores comunes bajo el respeto a la pluralidad de las culturas»). Se expresa el carácter principial de muchos temas constitucionales («los principios de democracia y Estado de Derecho»). También el medio ambiente es un tema del preámbulo («un desarrollo equilibrado y sostenible»), las «tradiciones constitucionales comunes» son citadas una vez más y sin timidez, y con esa remisión se entabla relación con el TEDH y el TJ. En definitiva, la Carta adelanta mucho de lo que podría y debería regularse en una Constitución europea. Esto se muestra en el último párrafo del preámbulo, sin duda en el pasaje en el que se recuerda la «responsabilidad y deberes frente a los otros seres humanos, comunidades y generaciones futuras». Sin olvidar que en otras Constituciones actuales, el elemento del medio ambiente está integrado desde hace tiempo (últimamente en Suiza).

En algunos apartados concretos se encuentran novedades puntuales junto a algunas «evoluciones»: sin duda, la clara prohibición de la clonación reproductiva del hombre (art. 3.d), así como el mandato (dirigido sobre todo a Italia) (art. 12.2): «la libertad y pluralidad de los medios debe ser respetada». El régimen constitucional del pluralismo en los medios elaborado por el Tribunal Constitucional alemán se ha insertado una vez más en un texto. También suena muy «alemana» la norma del art. 13: «El arte y la investigación científica son libres. Se respeta libertad de cátedra». En el Título III («igualdad») hay un cierto desorden: junto a una extensiva prohibición de discriminación (art. 21) se hallan de manera muy concisa cláusulas que previamente eran derechos: «La Unión respeta la pluralidad de las culturales, religiones y lenguas». Entre los derechos sociales se incluye la protección de los niños, la tercera edad y los discapacitados (artículos del 24 al 26). En ellos se expresan mandatos de protección o derechos de prestación tal y como ha desarrollado en la literatura y en la jurisprudencia: una prueba más de lo procesos textuales evolutivos.

La «solidaridad» impregna el Título IV, algo que quizás sea dudoso para un pensamiento liberal obsesionado con el status negativus, y que, sin embargo, es plenamente consecuente en el actual estadio de desarrollo. Los temas abarcan desde la protección del trabajador hasta la protección de la salud, el medio ambiente o los consumidores, pasando por la protección de la familia y de los hijos (artículos del 27 al 38). Las tareas contemporáneas del Estado constitucional respecto a los derechos fundamentales, sus deberes de protección fundamentales, han sido aquí codificadas de manera ejemplar.

La Carta alcanza «tierra ignota» en el contexto de los «derechos del ciudadano» (Título V) con el art. 41 y el «derecho a la buena administración». Aquí se detalla la actuación administrativa, descrita hasta llegar a mencionar la necesidad de motivación y la responsabilidad del Estado según «los principios jurídicos generales, comunes a los ordenamientos de los Estados Miembros». Sin duda se ha renovado el derecho común constitucional, pero también el derecho administrativo común.

En el Título VI («derechos jurisdiccionales») encontramos el standard de la cultura jurídica del «aquis communautaire» propia de este ámbito, si bien se proyecta textualmente innovadora en el art. 49.3: «la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

Bajo las «disposiciones generales» del Título VII merece la atención la expresa cláusula del contenido esencial (art. 52). Con ella, por otro lado, este principio, a partir del compendio de la teoría general de los derechos fundamentales, se convierte cada vez más en un principio constitucional común europeo. Pues no sólo los Tribunales Constitucionales alemán o austriaco, no sólo el TEDH o el TJ, trabajan con la cláusula, escrita o no, del contenido esencial, ya que también se invoca en Suiza. Tras recientes decisiones del Tribunal federal de Lausana, casi todos las nuevas Constituciones cantonales han desarrollado una garantía expresa del contenido (núcleo) esencial de los derechos fundamentales. También en la Europa en sentido amplio, sobre todo en los Estados reformados del Este, se encuentran textos relevantes (por ejemplo el art. 31.3 de la Const. polaca de 1997). Significativamente, a la protección del contenido «absoluto» contenida en el art. 52.1 se le une la protección relativa del importante principio de proporcionalidad en el apartado 2. De este modo se aplaca la vieja disputa

(alemana). Además, se ha de hacer notar la aparición del concepto «interés general europeo» («Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades).

Un buen mandato de concordancia se encuentra en el art. 52.4: «Aquellos derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros que se reconozcan en la presente Carta se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones». Con este mandato, de modo mediato se quiere decir que muchos derechos fundamentales surgen de la «producción constitucional común» y al mismo tiempo se exige una conexión interpretativa permanente con esa «producción». Sin embargo, el concepto de «producción» no debería utilizarse como la ocasión para proclamar una nueva teoría constitucional petrificada. Se trata de una conformidad común europea de los derechos fundamentales.

En conclusión: una Carta ciudadana afortunada, madura, un documento lingüísticamente cómodo, una obra de «evolución» que recoge lo anterior y en ocasiones innova. El reflejo de la Carta debería ser continuo en el tiempo y en el espacio. En un único documento es Carta de los derechos y de los valores fundamentales y establece un proceso de desarrollo textual al más alto nivel. Es algo más que una etapa en la «constitucionalización» de la UE.

3.2. El proyecto «final» de Constitución europea (2003) como provisional y último escalón textual

El proyecto constitucional presentado por la Convención en junio/julio de 2003 supone provisionalmente el último «escalón textual». De modo reconocible se alimenta de textos anteriores provenientes de miembros de la Convención, partidos, políticos y círculos de otro tipo, como el círculo (privado) de los científicos; en definitiva, vive de muchas recepciones (creativas), evoluciones —por usar la fiable terminología suiza— y algunas innovaciones. El proyecto de la Convención, al contrario que otros textos anteriores, obtuvo bien pronto un cierto grado de conocimiento; por ello, sólo comentaremos sus conceptos claves. Principalmente: se trata de

un texto inspirador, un documento solemne en el espíritu del compromiso y que es un buen ejemplo para todo constituyente, incluso cuando el ciudadano, el Pueblo, hasta ahora no ha participado. La fórmula «We the people» o «Nosotros, los ciudadanos de la UE», sin una posterior intervención del referéndum sería simplemente una mentira por escrito; de ahí que afortunadamente en el preámbulo sólo se diga: «en nombre de los ciudadanos y ciudadanas». Gracias a la relativa pluralidad de la composición del Convenio, es posible reconocer contribuciones de diversas culturas jurídicas nacionales, no sólo la alemana, sino que también se percibe la «mano» anglosajona o francesa. Se trata, tanto formal como materialmente, de una «Constitución plena» de tipo federal, no en vano el concepto «Constitución» se usa en muchas ocasiones (confrontar art. 1.1, art. 5.2, art. 8.2, art. 9.2, art. 17.1, art. 20.4, art. 25.2, art. 37.1), aunque en principio se habla del «proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa».

En concreto: el preámbulo es una obra magistral dentro de este género literario, tanto en la forma (solemne) como en el contenido lingüístico. Por un lado, se retrata la historia del continente europeo a grandes trazos o con grandes palabras («los valores que sustentan el humanismo: la igualdad de las personas, la libertad y el respeto de la razón»); también se reclama la vitalidad de la «herencia», y por otro lado se tiene en cuenta el futuro («la prosperidad», «abierto a la cultura, el saber y el progreso social»). El preámbulo, que incluso utiliza un lema clásico de Tucídides sobre la democracia (sobe la mayoría, faltando la novedosa protección de la minoría), expone con principios y valores fundamentales el concentrado de los artículos que le siguen (una Constitución dentro de la Constitución): «el lugar primordial de la persona», «el carácter democrático y transparente», «paz, justicia y solidaridad en el mundo», «identidad nacional» de los pueblos de Europa, «garantía de los derechos individuales», «responsabilidad para con las generaciones futuras y la Tierra». En emoción e idealismo este preámbulo no puede ser mejor. Y no es desmentido ni en lo concreto ni en lo general por el texto constitucional que se le anuda. Los elementos del ser humano europeo son inconfundibles.

Se ha de mencionar especialmente la densidad del art. 2 sobre los valores, que se remite casi de manera invocadora a valores como «la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto

a los derechos humanos» y, más allá, caracteriza a todos los Estados por el «pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación» —desgraciadamente falta la cultura—. El art. 3 formula objetivos constitucionales como la paz y el bienestar de los pueblos de la Unión, el medio ambiente, la justicia social y la solidaridad entre las generaciones y el «desarrollo del derecho internacional», garantiza el respeto de la «riqueza de su diversidad cultural y lingüística» y la preocupación por la «preservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo». Ya en el art. 3 se diseña el marco (más tarde desarrollado en los ámbitos políticos) del régimen constitucional de la cultura, la economía, el medio ambiente y el orden social, lectura a la que habría de añadirse la garantía del status de la Iglesia y de las asociaciones religiosas (art. 51). Después del preámbulo y de las cláusulas de los valores fundamentales y objetivos constitucionales, sistemáticamente, aparecen los derechos fundamentales como siguiente gran tema. No sólo se encuentran en la recepción en bloque de la Carta de los derechos fundamentales (art. 7.1), sino también en otros lugares: art. 7.2 remite al objetivo de ingreso en la CEDH y se sirve de la conocida técnica de relación con las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros» o los «principios generales de la Unión». Más allá de esto se garantizan las cinco libertades fundamentales de la Unión y la no discriminación (art. 4), también el derecho de petición (art. 8), así como la protección de datos personales (art. 50), y la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 41) —aquí domina la recepción—.

La democracia, otro tema constitucional típico, está regulada en el Título IV. De antiguos proyectos se ha tomado la expresión «vida democrática de la Unión»(art. 45.3). Parece que se le da preferencia al «principio de la democracia representativa» (art. 44), frente a la llamada «democracia participativa» (art. 46). Se habla de un «diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil (art. 46.2), y el art. 46.4 autoriza —de manera innovadora— la iniciativa popular; el art. 45.3 reclama «decisiones cercanas al ciudadano». En la cuestión de la democracia viva, el texto se queda por detrás de los postulados de antiguos proyectos: los elementos de la democracia directa están infradesarrollados, si bien llama la atención el acento puesto en la transparencia y la publicidad (art. 49) o el «diálogo» (art. 47, 51.3), como intentos de debilitar el

«déficit democrático». Basta con recordar el refuerzo competencial del Parlamento (art. 19). La ya clásica cláusula de solidaridad del art. 42 («el espíritu de solidaridad») o la «cooperación leal» (art. 5.2) nos remiten a una idea prefederal, así como el desarrollo de la «causa austriaca» en el art. 58 (audiencia «previa» frente a la imputación de violación grave). No demasiado típico del Estado federal es la posibilidad de una retirada voluntaria (art. 59). El TJ continúa siendo, por su rango y su competencias, un «Tribunal constitucional europeo». Del resto de órganos constitucionales y en virtud de la cláusula del interés general, sólo mencionaremos la Comisión (art. 25.1 «interés general europeo»), el Comité de las Regiones y el Consejo Económico y Social (art. 31.4 «interés general de la Unión»). Si añadimos a la pormenorizada —y parcialmente nueva— distribución competencial las directrices de la subsidiaridad y proporcionalidad (art. 9, 11 y 17) y además las conectamos con las detalladas políticas de la Unión (Parte III), se confirma la tesis inicial sobre la «Constitución completa». Igualmente se comprueban en grupos de artículos los conceptos de Constitución expuestos anteriormente, desde la función de protección o garantía hasta la función de orientación e impulso ligada a valores, desde la tarea de limitación hasta el carácter normativo, sin olvidar su cualidad de proceso abierto. La versión «definitiva» de la Convención, al igual que las Constituciones nacionales, sugiere partir de un concepto «mixto» de Constitución. La protección de la «identidad nacional» refuerza el derecho constitucional nacional (art. 5.1, el preámbulo), pero a ella se añade el derecho constitucional de la Unión como «otra» Constitución parcial, con su propia identidad. La «cultura constitucional» se hace tangible tanto en el preámbulo como en el art. 1.3. Espíritu, cláusulas relativas al patrimonio cultural y artículos sobre valores hablan una lengua elocuente. Se ha concebido y conformado una «Constitución europea del pluralismo»: congenial con la imagen europea del ser humano. En definitiva, el proyecto es al mismo tiempo una Carta de valores fundamentales.

3.3. **Un balance sobre el proyecto de la Convención**

En general puede realizarse un balance positivo. Sin duda, «la mayor transparencia y cercanía al ciudadano» es algo difícil de alcanzar en un

inabarcable trabajo normativo de «nueve circunloquios» —quizás sólo la concisa Carta de los derechos fundamentales satisface este reto con sus 54 artículos—, no obstante, el derecho constitucional de la Unión ha sido desarrollado en muchos detalles. Se trata de una «evolución» en el sentido suizo, esto es, una mejora lingüística y sistemática, una reelaboración de la realidad constitucional europea que nace y crece de la praxis de los tribunales y de la ciencia, amén de algunas innovaciones. A lo positivo, en mi opinión pertenece principalmente la renuncia a la idea de «un núcleo de Europa en vanguardia», en referencia a la iniciativa europea de J. Habermas y J. Derrida (2003). Una Europa de dos o más velocidades o un eje europeo traería dificultades a los países pequeños, que no deberían verse afectados de ninguna manera en una Europa formada en el pluralismo y la identidad, en un óptimo de diferencia y un mínimo de homogeneidad. Por ello, durante un tiempo habría de mantenerse el principio «de un país un comisario» así como las rotaciones de las presidencias. En definitiva, se trata de encontrar un equilibrio en la relación entre el «método comunitario» («los integracionistas») y la acción intergubernamental. Por otro lado, conviene preguntarse si en el futuro las Conferencias Intergubernamentales han de conservar la primera y la última palabra en la cuestión de la reforma del derecho constitucional de la Unión Europea (cfr. Art. IV.6). Otros puntos críticos son: el déficit de elementos de democracia directa, por ejemplo respecto a la legitimación europea de este nuevo paso en la integración, u otros referenda referidos a temas de gran importancia simbólica que requerirían más democracia (por ejemplo, la elección directa del presidente de la Comisión). Es llamativo que los diez Estados candidatos hayan realizado referenda, mientras que en algunos antiguos países de la UE como, por ejemplo Alemania, el pueblo ha sido excluido (no así en Francia, Dinamarca, Irlanda y Noruega). Incluso la Ley Fundamental de 1949 no ha sido formalmente autorizada por el pueblo, si bien ha sido aceptada y vivida de manera permanente. Por otro lado, hemos de preguntarnos si se insertará una referencia a Dios (en el preámbulo) o al patrimonio religioso, que puede distinguirse como «cristiano» y «judío». Es un logro la existencia de símbolos europeos, sea la bandera de estrellas y el himno de Beethoven, así como la elección del 9 de mayo como día de Europa, circunstancias que la Convención ha comprendido como factores ideales de

integración. Difícilmente volveremos a encontrar tantos logros del constitucionalismo trasladados de modo autónomo al nivel de la Unión Europea: lo que permite renunciar a la vinculación de la idea de Constitución con el Estado. Sin embargo, en mi opinión, no se debería hablar de un «constitucionalismo de varias capas», pues amenaza con una imagen confundida por la jerarquía. Sin duda se ha de lamentar que en el proyecto de Tesalónica no reaparezca la vieja expresión «modo federal» (aparecía en el antiguo texto-Giscard de 2002). La imagen de la UE, tan difícil de calificar, tiene un carácter casi federal. Se trata de una creciente preforma del Estado federal, que sólo, por mor de la animosidad de algunos Estados miembros, no puede llamarse por su nombre. Dicho de otro modo: Europa ya «posee» una Constitución, pero como ahora ha ocurrido necesita una «evolucionada», una «nueva» y mejorada Constitución.

Otro punto débil es la escasa acentuación de la autonomía local (cfr. por ejemplo art. 5.1), que tradicionalmente ha sido una de las formas constitucionales de Europa (recordemos las Repúblicas italianas o los Estados Hanseáticos). También se hubiera requerido con más claridad una política de minorías más efectiva y sensible (el art. 21.1 de la Carta de derechos fundamentales no basta) —bajo prueba está Letonia, futuro Estado miembro que no da un tratamiento justo a su gran mayoría rusa—. Aunque sé que contradigo muchas opiniones, pienso que hemos de saludar favorablemente que la política exterior y de seguridad no se haya sometido al principio de la mayoría: no sólo la guerra de Irak ha mostrado cuánto de grande es el disenso entre las naciones europeas. También correctamente, Alemania ha conseguido que la política de inmigración no sea comunitarizada, esto es, que no se someta al principio de la mayoría. Con acierto se ha desarrollado el principio de «competencias atribuidas».

A Alemania se le presenta especialmente una pregunta delicada: ¿necesita la aceptación de la Constitución la mayoría de dos tercios del art. 23.1.3 o basta la mayoría simple del art. 59.2 de la Ley Fundamental? En mi opinión se trata de un «cambio», de una «compleción». En la medida que de acuerdo con la vigente Ley Fundamental no existe la posibilidad de un referéndum, se debería luchar por un referéndum europeo (un referéndum consultivo sería un error). Además se ha de recordar que el texto se establece en nombre y al servicio de la voluntad de los ciudadanos y de

los Estados Miembros (art. 1.1). Finalmente, no se deben olvidar algunos puntos como el reforzamiento del Parlamento Europeo mediante su participación en la elección de la Comisión o mediante el procedimiento legislativo o presupuestario (a costa del Consejo). El derecho de retirada en favor de los Estados miembros es problemático, pues puede ser instrumentalizado en la política interior. Correcto parece continuar exigiendo la ratificación en las reformas de la Constitución. Otros aspectos son: la reducción y reorganización de las fuentes del derecho, la tríada competencial entre exclusivas, compartidas y complementarias (aún si existe el riesgo de una extensión competencial en favor de la UE y una cierta falta de transparencia), es positiva la inclusión de los Parlamentos nacionales en el control de la subsidiariedad, lo que además supone introducir a los Parlamentos nacionales en al «arquitectura europea».

En conclusión: no se trata de una «nueva fundación constitucional» de Europa, en el sentido de J. Fischer, sino un desarrollo constitucional, una reforma pragmática. La «finalidad» de Europa permanece abierta. Hallarla es cosa de todos los ciudadanos de Europa, de largos y futuros procesos de desarrollo, en los cuales los Gobiernos no puede ser los «señores», sino los servidores de la ¡res publica Europea! («la Europa desde abajo»).

3.4. ¿Dios en Constitución —europea—? La dimensión teológica del poder constituyente

¿Cómo hemos de comprender el lugar de Dios en la Constitución —europea—, lo que responde a un cambio trascendental en el ámbito de los Estados constitucionales nacionales desde 1989? La controversia sobre la relación con Dios es viva en muchos países. La nueva Constitución federal suiza del 2000 se atrevió, muchos críticos dirán que casi de modo «ingenuo» a una «invocatio dei», mientras que la mayoría de las cinco nuevas Constituciones alemanas renunciaron a la referencia a Dios. El preámbulo de la Constitución polaca de 1997 ha encontrado un compromiso ejemplar, refiriéndose a valores universales como alternativa a Dios u otras instancias. La Constitución de Sudáfrica (1997) repite la referencia exclusiva a Dios al igual que otras Constituciones (Ruanda 2003). En mi opinión una

cláusula de referencia a Dios ligada a las tres religiones mundiales monoteístas se adecuaría perfectamente con la «Constitución del pluralismo» y con el correspondiente mandato de tolerancia del Estado constitucional tipo. Pero, porque Europa alimenta su identidad en la pluralidad cultural de sus países, quizás fuese mejor favorecer la «solución» polaca atendiendo así al modelo francés de separación laicista. Sin olvidar que el poder constituyente remite a una dimensión teológica. (Palabra clave respecto a la referencia divina: en la antigüedad el «omne jus a Jove», hoy: «la responsabilidad ante Dios y los hombres, u otras instituciones universales»). Aquí tendríamos que incluir el discurso de Habermas al recibir el premio de la feria del libro en Frankfurt. Pero porque no existe un «Lykurgos» europeo y porque nosotros no queremos arrojarnos al Etna con «Empedokles», debemos esforzarnos en realizar esfuerzos humanos.

CUARTA PARTE: UNA RESPUESTA: ESPAÑA Y EUROPA TIENE EN COMÚN UNA CONSTITUCIÓN («LA COMUNIDAD CONSTITUCIONAL» EUROPEA/ESPAÑOLA)

1. LA TESIS FUNDAMENTAL

España y Alemania viven en una «comunidad constitucional» (así como los otros 14 Estados miembros, pronto 24), tienen con Europa una Constitución común, que se ha desarrollado poco a poco y que aún lo hará más estrechamente en el futuro —Europa significa aquí Europa en el sentido estricto de la UE, y aunque la Europa en sentido amplio de la OSCE todavía no ofrece un tejido tan espeso, muestra igualmente gracias al TEDH estructuras parcialmente constitucionales, como por ejemplo al realizar las funciones de organización, protección, límite del poder u orientación—. El derecho de la Unión Europea penetra en el ordenamiento jurídico nacional, algo de lo que no me atrevo a hablar mucho en atención a las «Fuentes del Derecho» —ya un clásico— de mi amigo F. Balaguer. Para la viva comunidad constitucional de Europa se puede elegir la metáfora de una «un edificio con muchas casas», ¡una de las cuales pertenece a España, pero también a Europa! Al «derecho constitucional común europeo» per-

tenecen los principios generales del derecho, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, «el Estado de derecho europeo», o conceptos teóricos como «representación» y «espacio público» o prácticos como «el interés general comunitario». Gracias al Acuerdo de Schengen (1990) se ha de revisar, de relativizar, sino de eliminar totalmente la clásica teoría de los elementos del Estado de G. Jellinek. El pueblo del Estado, el territorio del Estado y el poder público estatal ya no se dejan definir en primer lugar nacionalmente, sino que se han de pensar europeamente. Todo el poder estatal, también el español, se ha «europeizado». La «identidad nacional» de España permanece, pero la «identidad europea» crece a partir de la española. La identidad europea vive de la pluralidad cultural —así como la Constitución española es una «Constitución del pluralismo»—. En cambio, se puede aventurar hablar de la «hispanización de Europa», donde se hacen también relevantes los puentes hacia Latinoamérica. No se puede imaginar, especialmente, «la imagen del ser humano europeo» sin los clásicos de la cultura española (por ejemplo, Velázquez, Goya, o Don Quijote). Uno tiene la curiosidad de pensar los próximos 25 años de España en Europa. Aunque la finalidad de Europa permanece abierta.

2. EUROPA COMO COMUNIDAD JURÍDICA —LA EUROPA DE LOS JURISTAS— LA RESPONSABILIDAD DE LAS COMUNIDADES CIENTÍFICAS NACIONALES Y COMÚN EUROPEAS

Acertadamente se califica a Europa como comunidad económica y como comunidad cultural. No obstante, desde hace mucho se resalta su dimensión de «comunidad jurídica» (W. Hallstein). A continuación fundaré esto con más fuerza y profundidad. Debemos pensar que existen sobre todo juristas que día a día le dan vida y ponen en marcha la Europa en sentido estricto y la Europa en sentido amplio. Ciertamente, grandes políticos como K. Adenauer y A. de Gasperi, más tarde Mitterand, F. González y H. Kohl han ejecutado y desarrollado los Tratados. Pero los textos que hoy devienen en constitucionales estuvieron una vez simplemente ahí, en el mundo, y sobre ellos trabajaron pioneramente los juristas. Basta con pensar en el TJ como motor de la «Europa des juges» y en otros Tribunales Constitucio-

nales europeos como el TEDH de Estrasburgo. Sin duda, con la mirada puesta en Europa, se puede hablar de una «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales», aunque la posición primaria de los juristas no se reconoce y todavía se ha de explicar (no sólo allí, donde se desarrollan los «principios generales», sino también, por ejemplo, en el art. 7.3 de proyecto de la Convención de 2003).

¿De dónde viene? ¿Cómo se ha de aclarar y legitimar la «especial autoridad del derecho» como tal en el proceso de constitucionalización de Europa? Los elementos de creación judicial y de los juristas en general son especialmente fuertes en el derecho europeo, y en consecuencia en el derecho constitucional y administrativo europeo. Antes de que intelectuales como J. Habermas y Derrida descubrieran a Europa en el discurso (un «núcleo europeo» en contraposición a los Estados Unidos), grandes y pequeños juristas la habían desarrollado en el día a día. ¿Es esto una compensación frente al muy citado «déficit democrático»? ¿es una consecuencia del paulatino desarrollo del espacio público europeo desde la política? Dicho de modo positivo, ¿es expresión de una «cultura jurídica europea» de la que somos nuevamente conscientes? En mi opinión: ¡si! Con ella crece además la responsabilidad de todas las comunidades científicas nacionales por el derecho constitucional europeo. Comunidades que sólo pueden liberar métodos de trabajo científico-culturales/jurídico-comparados. Sin embargo, debería animarnos ver cuánto de grande es hoy la autoridad y dignidad del derecho en el nivel europeo. Sus postulados de justicia y sus contenidos de interés general tienen una gran aceptación, gozan de un gran consenso. Los ciudadanos confían en nosotros. Ellos deben forjar la legitimación diaria.

3. **RESUMEN**

El optimismo científico y el irrenunciable quantum de utopía que ha caracterizado al Estado constitucional desde J. Locke y I. Kant, no puede soslayar ciertos déficit. En la Constitución española permanece la necesidad de un artículo sobre Europa; en muchos países, incluso en Suiza, existen buenos ejemplos sobre «el derecho constitucional nacional sobre Eu-

ropa», referidos a la cuestión de los derechos fundamentales, de las regiones europeas, integración europea o la colaboración fronteriza. Así, el Tribunal Constitucional de Madrid ha de ser en parte alentado, pero también en parte criticado debido a una última tendencia orientada a recortar las autonomías. Igualmente queda saber si España no es una «democracia beligerante», pues siempre hay un límite a la tolerancia de toda sociedad abierta. ¿Pueden los partidos vascos ser «ilegalizados» sin más por el legislador o a través de una interpretación del Tribunal Supremo? Y para mencionar una agenda actual: ¿cómo se ha de ver la relación entre el Estado y la Iglesia en el marco de un derecho constitucional español y europeo de la religión? (Las demandas de profesores frente a despidos motivados por sus relaciones de pareja, la enseñanza obligatoria de la religión, ¿carácter supraconstitucional del Concordato entre España y el Vaticano?) Y finalmente: ¿cómo se ha de valorar el recurso del Gobierno vasco ante el TEDH?

En la medida que desde «Schengen» España ya no es para mí el «extranjero», se me admitirá preguntar si no puede ser que cierta política de Madrid resulta ideológicamente unitaria. Aplausos, sin embargo, debe recibir la política constitucional en la cuestión del «proceso de Barcelona» (al que se han integrado Malta y Chipre). ¿Debo aquí, sin embargo, preguntar si España pertenece a la «vieja» o la «nueva» Europa?

Desde el punto de vista jurídico esto es algo más que una pregunta «platónica» y que ya ha sido respondida en este encuentro: la Constitución española es «nueva» y «vieja», algo que también vale para la Constitución europea, la que existe y la que está naciendo.

Muchas gracias.

Resumen:

El presente trabajo plantea un problema relativo a la situación constitucional del Estado español y de la Unión europea, elaborando una suerte de análisis comparativo. Para realizar este estudio, el autor parte de una serie transversal de conceptos de Constitución que proyecta sobre los distintos elementos del Estado español y de la Unión europea. La conclusión del trabajo presenta los distintos perfiles constitucionales de cada una de las comunidades políticas, pero, sobre todo, señala como ambas comparten el mismo derecho constitucional.

Palabras Clave: *Constitución, derecho constitucional, comparación jurídica, España, Unión europea.*

Abstract:

This paper delivers a problem in relation to the constitutional status of Spain and the European Union, for which it builds a comparative analysis. To reach this point, the author choose to use several concepts of the Constitution, that then are proyected on the several elements of the Spanish State and the European Union. Finally, the paper presents the different constitutional caracteristics of each political comunty and concludes that both political comunities share the same constitutional law.

Keywords: *Constitution, constitutional law, comparative analysis, Spain, European Union.*

Jurisprudencia

LA REGRESIVA «SENTENCIA LISBOA» COMO «MAASTRICHT-II» ANQUILOSADA *

PETER HÄBERLE **

Traducido del alemán por FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

SUMARIO:

1. LAS PRIMERAS REACCIONES EN LOS PERIÓDICOS.
2. UN INTENTO DE VALORACIÓN: ALGO DE LUZ Y MUCHAS SOMBRAS
   2.1. Nota Preliminar
   2.2. Aspectos positivos
   2.3. Aspectos negativos

La estatalista sentencia Lisboa del TCFA [1] como «Maastricht-II»-La Ley fundamental «por encima de todo» («über alles») el TCFA como exclusivo guardián de la soberanía blindada del Estado Nacional.

* Texto cerrado a 13 de agosto de 2009. Publicaciones posteriores: E. PACHE, «Das Ende der europäischen Integration?», *EuGRZ* 2009, pp. 285 y ss.; A. FISCHER-LESCANO, «Bundesverfassungsgericht: Zurück zum Nationalstaat», *Blätter für deutsche und internationale Politik* 8/2009, pp. 15 y ss..

** Catedrático emérito de Derecho Público. Universidades de Bayreuth (Alemania) y St.Gallen (Suiza).

[1] Sentencia de 30-6-2009, *http://www.bverfg.de/entscheidungen/-es200906302 bve000208.html*. La sentencia ha sido publicada también en: *NJW* 2009, pp. 2267 y ss. Como preludio de la sentencia Lisboa se podía leer en la prensa: «Karlsruhe pone a prueba la hidra de Bruselas», *FAZ* de 29 de junio 2009, p. 11; también se planteó la cuestión de si el Bundestag que había dado su visto bueno al Tratado «tenía que ser protegido de sí mismo» *Rheinischer Merkur* 26/2009, p. 4. Digna de atención era la

1. LAS PRIMERAS REACCIONES EN LOS PERIÓDICOS

Ante todo, algunos ejemplos de los primeros ecos en la prensa [2]. El tenor literal de los titulares [3] es claramente expresivo: «Karlsruhe le otorga poder al Bundestag por encima de Europa» [4] o «no al Tratado de Lisboa sin un Bundestag fuerte» [5]. H. Prantl habló incluso de «un momento estelar europeo» («SZ» de 1 de julio 2009, p. 1). R. Müller tituló: «toque de diana desde Karlsruhe» («FAZ» de 1 de julio de 2009, p. 1; *«y»*: «sí, pero»,

---

propuesta de R. VAUBEL/P. BERNHOLZ, por la que el Parlamento Europeo debería repartir en el futuro su poder legislativo con una segunda cámara integrada por diputados de los parlamentos nacionales. Esos diputados no dejarían de formar parte de sus parlamentos de origen para no perder la relación con los parlamentos nacionales (Cfr. la referencia en *FAZ* de 3 de junio de 2009, p. 11).

[2] Sobre las posibilidades y los límites de los criterios que se publican en los periódicos aportando un primer enfoque sobre las decisiones judiciales: P. HÄBERLE, «Recht aus Rezensionen», en, del mismo autor: *Kommentierte Verfassungsrechtssprechung*, 1979, pp. 7 y ss.

[3] La sentencia Lisboa fue comentada también en Francia. Cfr. Le Monde de 2 de julio de 2009, p. 9. A. GROSSER expresó una crítica severa al «Sonderweg alemán» (SZ de 11 de julio). Una visión general instructiva sobre la argumentación en el debate se puede encontrar en el foro del *SZ* www.sueddeutsche.de/service/310/481778/text/ (última visita el 13-8-2009). Otras referencias de prensa de fuera de Alemania (cit. por el *FAZ* de 2 de julio de 2009, p. 2): «la sentencia […] genera sobre todo algo: claridad […] La UE no es un Estado federal sino que sigue siendo una asociación de Estados soberanos […] la sentencia ha situado al Parlamento europeo en su correcta medida desde el punto de vista democrático» (*Züricher Tagesanzeiger*). «Los alemanes como guardafrenos de la EU» (*Warschauer Tageszeitung*). «Más de un clamor» (*Elsässische Tageszeitung*). Notable también T. OPPERMANN: «Los pedantes en la caseta del guardabarreras! - el TCF y la sentencia de Lisboa», *EuZW* 2009, p. 473. OPPERMANN habla de una «visión de Europa de Karsruhe», que quisiera obstaculizar el compromiso de integración alemán con la «absolutización insigne de la Ley Fundamental». Plantea también la cuestión: ¿recogerá el Tribunal de Justicia el «guante» que el TCFA le ha arrojado, cuando «Luxemburgo desde el alto coturno le niega la competencia para el control de los límites de la integración?». También de manera plástica: «La EU estará en el Gueto, rodeada por el muro de la Ley Fundamental».

[4] *SZ* de 1 de julio de 2009, p. 1.

[5] *Die Welt* de 1 julio 2009, p. 1.

Ibidem. p. 3). T. Jungholt enfatizó: «El TCF fija, en una decisión histórica, las nuevas fronteras de Europa, indicando hasta donde puede llegar la integración europea. La línea roja es la identidad constitucional alemana» [6]. G. Nonnenmacher escribió, bajo el título «interpretaciones de Karsruhe» («FAZ» de 10 de julio de 2009, p. 1): «la alabanza de los afectados por la sentencia Lisboa es hipócrita». La CSU bávara fortaleció sus posiciones políticas sobre Europa bajo la indicación: «más control por medio de los parlamentos nacionales». Siguiendo el ejemplo austriaco pidieron que una desviación de la toma de posición del Parlamento nacional o de los parlamentos de los Länder sólo se considere aceptable por motivos imperativos de política internacional o europea [7].

El recurrente miembro del Bundestag, inesperadamente tomado en serio, P. Gauweiler (CSU), advertía lo que sigue en el «Münchner Abendzeitung»: «O se está por la decisión del pueblo o no se está. No se puede estar por la votación popular en el tema de la entrada de Turquía y contra la votación popular en relación con la Constitución Europea. Si la voluntad de la mayoría sólo vale cuando se corresponde con la opinión preconcebida entonces se está tergiversando la verdad».

El autor de este comentario puede recordar en este punto que en su *Europäischen Verfassungslehre* teniendo en cuenta los diversos proyectos constitucionales para la UE se pronunció ya en el año 2004 en favor de elementos de democracia directa en la UE [8].

Estimulante resulta la aportación vivaz de A. Grosser: «Alemania en su Sonderweg» («SZ» de 11 de julio de 2009). Grosser escribió: No hay motivo para el júbilo: la sentencia de Karlsruhe es más bien una expresión del miedo de los jueces a tener que someterse al Tribunal de Justicia de la

[6] *Die Welt* de 1 julio 2009, p. 3.

[7] *FAZ* de 16 de julio 2009, p. 1. Debe mencionarse adicionalmente que la CSU quiere jugar incluso «una carta más alta» que la de Karlsruhe: El gobierno federal debería contar con el consentimiento previo del Parlamento y de los Länder para todos los proyectos europeos. Cito por *SZ* de 4/5 de julio de 2009, p. 1. Anteriormente, la CSU había pretendido incluso que Alemania planteara una reserva al Tratado de Lisboa, cito por *FAZ* de 3 de julio de 2009, p. 1.

[8] *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, pp. 612, 615, 639 y pássim.

UE. Y se plantea entonces la cuestión: ¿se han tomado los alemanes alguna vez en serio a Europa? Grosser habla de «un día negro» y califica a la UE con razón como «un ente jurídico de naturaleza peculiar» planteando con pesar la cuestión de «Alemania como freno». Una editorial del «FAZ» se expresa en términos positivos [9].

El primer profesor de Derecho público alemán que se pronunció acerca de la sentencia, C. Möllers [10], se expresó de manera muy crítica con las palabras «los jueces deciden que es un Parlamento, con inmerecidas alabanzas: La sentencia Lisboa del TCF no puede alegrar a los amigos de la democracia». F. Schorkopf (Bonn) tituló: «El ser humano en el centro» («FAZ» de 16 de julio de 2009, p. 6). El coeditor del «Rheinischen Merkur» y, en su momento, ponente de la Sentencia Maastricht, P. Kirchhof escribió en su artículo «la senda democrática de Europa» [11] que la Sentencia Lisboa en ningún modo pretende hacer depender toda decisión importante del Gobierno alemán en el Consejo Europeo del acuerdo del Parlamento alemán. Por el contrario, lo que hace es promover la previa colaboración del Parlamento alemán, si un órgano de la Unión se atribuye una competencia que el Parlamento alemán no le ha otorgado previamente en el Tratado de la Unión. De manera precisa lo formula con las siguientes palabras: «En definitiva sólo el Parlamento alemán puede construir los puentes sobre el Derecho europeo que fluye hacia Alemania y que se convierte allí en vinculante».

Con gran agudeza se pronuncia el profesor alemán de Derecho Público, actualmente en Suiza, R. Bieber (Lausanne): «autista y farisaica» *(SZ* de 20 de julio de 2009, p. 2). M. Herdegen (Bonn) en contraste, escribió en su prestigioso comentario del «FAZ» «La actualidad» el 24 de julio de

[9] *FAZ* de 15 de julio de 2009, p. 1: «La sentencia del TCF no ha sido un traspié de un molesto tribunal aprisionado por el Estado nacional, sino una renovación jurídica del debate público en los grandes Estados miembros. La idea de que la UE ha asumido poco a poco bastantes competencias y de que la estatalidad alemana finalmente deba tener una condición preferente, es hoy cualquier cosa menos una posición minoritaria en la tierra de Adenauer y Kohl. Ese pensamiento va más allá de la CSU (y del Linkspartei) porque la clase política no puede sobreponerse a la pérdida parcial de poder en favor de la UE».

[10] *FAZ* de 16 de julio de 2009, p. 27.

[11] *Rheinischer Merkur* 30/2009, p. 26.

2009, p. 9, sobre el tema «soberanía en nuestro tiempo». Expone abiertamente su conformidad con la idea de que el TCF ha dado de nuevo impulso en la sentencia Lisboa a la noción de soberanía como fundamento de la democracia. El intento de la sentencia Lisboa de mantener determinados ámbitos como irrenunciables por constituir el núcleo de la soberanía estatal, desde el derecho penal hasta la regulación de los medios de comunicación, lo considera «ciertamente sensato». Con razón indica que en la UE cada pérdida de soberanía se compensa con la participación en el nivel de decisión europeo [12].

En la sección de cartas al Director de los periódicos nacionales se encuentran también aportaciones dignas de mención. Así, se habla de la «sobrevalorada jurisprudencia de Karlsruhe» [13]. Con buen fundamento se recuerda que en la formulación de las leyes complementarias en Berlín se trataba de eludir un mandato imperativo [14] del Parlamento [15].

Con razón se ha criticado la minusvaloración consciente del significado del Parlamento Europeo cuando Karsruhe no representa a la ciudadanía

[12] Cfr. mi *Europäische Verfassungslehre* desde la primera edición de 2001/2002, pp. 220 y ss., 228 y pássim.

[13] *FAZ* de 25 de julio de 2009, p. 15. Cfr. también la sección de Cartas de los Lectores en *Welt am Sonntag* de 19 de julio de 2009, p. 6: «Déjanos discutir sobre Europa» así como otra aportación «Karlsruhe o: nada es tan malo como parece…», *FAZ* de 4 de agosto de 2009, p. 6. Ver también la misma sección de 12 de agosto de 2009, p. 6: «Europa - ni gracia ni pretensión». Muy crítico: M. STEINBEIS: «Karlsruhe no es el Vaticano», *Handelsblatt* de 8 de agosto de 2009.

[14] Con razón crítico: J.-C. JUNCKER, «Los mandatos imperativos son dañinos», *Rheinischer Merkur*, núm. 31/2009, p. 26. Con otro planteamiento, sin embargo, la CSU: que «quiere vincular a los ministros en Bruselas con mandato imperativo» (*FAZ* de 13 de julio de 2009, p. 1). Con razón demandaba incluso el propio ministro de asuntos exteriores austriaco M. SPINDELEGGER (ÖVP): «En la práctica, el ministro necesita en Bruselas algo de flexibilidad» (*FAZ* de 13 de julio de 2009, p. 2). SPINDELEGGER subraya la alta participación del *Nationalrat* y el *Bundesrat* y valora la praxis en Austria como positiva, de todos modos.

[15] Positiva, sin embargo, la posición de M. BERGIUS, *FR* de 1 de julio de 2009, p. 11: «el Bundestag y el Bundesrat tendrán muchas más competencias en las cuestiones europeas. Gracias a Karlsruhe. Quizás también terminen con esto las eternas lamentaciones sobre Bruselas».

y solo puede aportar una legitimidad democrática complementaria. En un cuestionario urgente del «FAZ» (30 de julio de 2009, p. 6) algunos profesores alemanes fueron invitados a aportar unas respuestas rápidas. Resultó llamativo el titular de «la Ley Fundamental por encima de todo» («über alles»), una cita de T. Oppermann. C. Callies expresó la siguiente posición: «Europa se recuperará ciertamente de las concepciones alemanas de la democracia». Aventura incluso la cuestión de hasta que punto Alemania sea «todavía europeísta». M. Nettesheim califica a la sentencia (con razón) como «un retroceso».

Una aportación especialmente crítica procede del que fuera prestigioso Abogado General del Tribunal de Justicia C.O. Lenz («FAZ» de 8 de agosto de 2009, p. 7). Bajo el título: «Ausbrechender Rechtsakt» («acto jurídico infractor») aplica al TCFA un concepto que el tribunal había utilizado previamente. Lo esencial se refleja en el subtítulo de una aportación que es bastante convincente: «la sentencia del TFCA sobre el Tratado de Lisboa interpreta a la abierta Ley Fundamental de un modo unilateral y restrictivo. El Tribunal asume un papel político e impide la creación de una Europa unida». El artículo convence también en sus pormenores, aunque es preciso recordar que el TCFA «per se» desarrolla siempre un papel político limitado [16].

A principios de agosto de 2009 aumentaron repentinamente las «voces críticas» contra la sentencia Lisboa del TCFA, especialmente desde el plano político [17]. El prestigioso dirigente parlamentario N. Röttgen (CDU) expresó su temor de que una vinculación del Gobierno al Parlamento siguiendo el modelo austriaco pudiera marginar el papel de Alemania en la UE. Pidió la máxima flexibilidad para el Gobierno alemán. Con razón rechazó la propuesta de la CSU de que la aprobación de Alemania al Tratado de Lisboa se produjera bajo la reserva del Derecho Internacional, para ajustarse a la sentencia Lisboa. Los 27 Estados miembros de la UE no podrían concluir ningún Tratado si cada uno de ellos consignara una interpretación particular. N. Röttgen opinó también que Karlsruhe se había aventurado de-

[16] Ya clásico: K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, pp. 241, 278: «participación limitada en la dirección superior del Estado».

[17] *FAZ* de 10 de agosto de 2009, pp. 1 y 2.

masiado lejos en relación con el Parlamento. Criticó como problemático que los jueces de Karlsruhe percibieran la soberanía nacional y el ejercicio de autoridad europea como competencias exclusivas. De manera acertada escribió: «debe considerarse anacrónico un concepto de soberanía que se oriente sólo al Estado Nacional». En su entrevista mencionó, con valentía, los aspectos problemáticos de la sentencia. Así, señaló que la LF no acoge, en realidad, el concepto de «identidad constitucional». Manifestó igualmente que algunas conclusiones del tribunal tienen un carácter básicamente político. También indicó que se trasluce la ya conocida competencia entre el TCF y el Tribunal de Justicia (N. Röttgen lideró por la CDU el proceso legislativo de la nueva Ley complementaria). El Ministro-Presidente J. Rüttgers (CDU) pidió un Derecho de iniciativa legislativa serio para las leyes del Parlamento Europeo. Formuló su crítica de manera aguda: «la sentencia sobre el Tratado de Lisboa ha generado más oscuridad que claridad» [18]. En el «FAZ» de 13 de agosto de 2009, p. 1, se incluyeron también voces críticas anónimas que hablaban de una «germanización de Europa» o de un «abuso de poder por parte del TCFA». También son de mencionar, igualmente sin referencia a nombres, planteamientos de científicos, entre ellos los que consideraban que en el proceso ante el TFCA el Gobierno federal y el Parlamento no habían sido representados con completo éxito: según ellos los jueces estarán obligados en el futuro por el legislador a plantear las dudas que tengan en relación con la UE y el Tribunal de Justicia ¿Sería eso justo? ¿No parece una revancha?

2. UN INTENTO DE VALORACIÓN: ALGO DE LUZ Y MUCHAS SOMBRAS

2.1. Nota Preliminar

De antemano, algunas referencias clave. La sentencia se parece ya «prima facie» a un trabajo de habilitación, es demasiado extensa y muy doctri-

[18] *FAZ* de 10 de agosto de 2009, p. 2. También hay que mencionar el llamamiento de 30 juristas que han atacado la sentencia de Karlsruhe por entender que el tribunal ha generado un conflicto con el Tribunal de Justicia. *Ibidem*

nal. Es digna de elogio la intensa labor de comparación jurídica en el terreno de los textos, las sentencias y algunas opiniones científicas, ciertamente muy selectivas. Resulta llamativa la profusión de citas propias. Desgraciadamente, los conceptos de Estado y Soberanía aparecen docenas de veces [19], igualmente es (demasiado) frecuente la metáfora de «señores de los Tratados» (cfr., por ejemplo, número marginal (en adelante: n.m.) 271, 334). La sentencia Maastricht (E 89, 155) se cita a menudo (cfr., por ejemplo, n.m. 175, 180, 216, 217, 233, 236, 240, 251, 271, 312); también por eso la sentencia Lisboa se puede considerar como «Maastricht II».

La expresión «dimensión cooperativa» (n.m. 277) es una acertada reminiscencia del concepto de «Estado constitucional cooperativo» (1978). Pero, ya a primera vista llaman la atención las contradicciones, Así, se encuentra el concepto de «vinculación federal» («föderaler Verbund») de la UE (n.m. 368) ¿elementos «prefederales» [20], en suma? Se reconoce demasiado a la sentencia Maastricht. La cuestión es, de todos modos, la del «espacio público europeo». En su conjunto permanece, sin embargo, en una «teoría general del Estado» de carácter retrospectivo, para siete de los magistrados, sin que se haga presente la «teoría constitucional europea» mas que, a lo sumo, en su fase inicial («espacio público europeo», «europeísmo», «constitución política de Europa»).

Como aspectos «positivos» a destacar hay que mencionar: el excelente concepto de «responsabilidad sobre la integración» (n.m. 240, 243, 245, 320, 330) y la elaboración de una teoría constitucional de las tareas estatales sobre la que la ciencia había anticipado hace años su contribución [21]. Se evidencia aquí como el TCF ha recuperado materialmente, de manera creativa, lo que la LF de 1949 no había formulado de manera escrita y pre-

[19] Cfr. la crítica de *R. Bieber, SZ* de 20 de julio de 2009, p. 2.

[20] «Elementos prefederales» se pueden encontrar, por ejemplo, en la cláusula de homogeneidad (art. 7 en relación con el art. 2 TUE), en la ciudadanía de la Unión, en el principio de lealtad y en la nueva ordenación que se realiza del reparto de competencias, con categorías específicas (arts. 2-6 TFUE), cfr., n.m. 58. Sobre las competencias, cfr. M. Nettesheim, en: A. Von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, pp. 289 y ss.

[21] *Vid. Infra* nota 54.

cisa. Digna de atención es acaso la referencia a las tareas educativas y culturales así como a la posición especial del Derecho Penal (n.m. 249, 253).

Las «tesis fundamentales» de lo que sigue se pueden expresar con las siguientes palabras clave:

La estatalista sentencia Lisboa del TCFA como petrificadora y fosilizada «Maastricht-II» [22]; el TCFA como exclusivo «señor» del Derecho constitucional europeo y guardián de su «soberanía blindada» nacional; la LF interpretada en clave nacional estatal se mantiene «por encima de todo» [23]; falta la perspectiva de la genuina «res publica» europea [24].

2.2. **Aspectos positivos**

Estas Tesis básicas pueden provocar, quizás incluso molestar. La europeización de las constituciones nacionales y de los tribunales constitucionales advertida en 1991 (P. Häberle) y la correspondiente «Ley Fundamental europeizada» (P.M. Huber) no son conocidas en Karlsruhe, o en todo caso, no se consideran específicamente relevantes. El autor de este trabajo había formulado ya, sin embargo, en la sexta edición de su *Europäischen Verfassungslehre* (2009) ocho semanas antes del pronunciamiento del TCF sobre Lisboa, la cuestión de si el TCF no iba a emitir una «segunda» sentencia Maastricht, manifestando su esperanza de que se confirmara «también» como un «tribunal constitucional europeo» (ob. cit., p. 714). Una esperanza defraudada. Sin embargo, ante todo, sobre las cuestiones «positivas»:

(1) De ningún modo puede entenderse sobrevalorado el hecho de que el TCF por primera vez se aventure a derivar el principio democrático de la «dignidad de la persona» (n.m. 211). Ya en 1987 en la literatura alemana se hablaba de un «Derecho Fundamental a la democracia» como desa-

[22] Sobre el peligro de «petrificación» se pronuncia también T. Oppermann, cit. por *FAZ* de 30 de julio de 2009, p. 6.

[23] Siguiendo la aguda crítica de J.H. Weiler: «Der Staat *über alles*», *JöR* 44 (1996), pp. 91 y ss.

[24] A. V. Bogdandy, «Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik», *JZ* 2005, pp. 529 y ss.

rrollo del artículo 1.1 LF[25]. Con ello se establecía hace ya 22 años una nueva visión conjunta del artículo 1 y del artículo 20 LF. En la literatura y en la jurisprudencia dominó durante mucho tiempo la imagen de la «cadena de legitimación» del pueblo a los órganos del Estado. El TCF aventura ahora finalmente que la dignidad de la persona es el punto de partida de la participación democrática, acogiéndola incluso en el ámbito de protección del artículo 79.3 LF (n.m. 211). Con esto se termina la apolítica percepción alemana de la dignidad de la persona que se había mantenido durante muchos años. La «prolongación» de la dignidad de la persona al derecho al sufragio activo y pasivo con arreglo al art. 38 LF nunca será lo bastante encomiada. Ese paso del tribunal debería hacer también escuela en la Europa «foránea». La frase «El Estado está para servir a la voluntad de los seres humanos, no a la inversa» (Art. 1.1 del Proyecto de Herrenchiemsee, 1948) sirve de antecedente a la hermosa frase del TCF (n.m. 224): «El Estado no es ni un mito ni un fin en sí mismo, sino la organización históricamente desarrollada y globalmente reconocida de una comunidad política».

(2) También debe considerarse «positivamente» el uso de la expresión «común europea» («tradición constitucional común europea» n.m. 271), que tiene una larga trayectoria histórica en la literatura alemana[26]. El TCF lo ha utilizado ya en 1987 de la pluma de H. Steinberger (BVerfG E 75, 223 (243): «tradición jurídica común europea»). Afortunadamente se habla también de «espacio público europeo». Al respecto menciona el TCF (erróneamente) una referencia de la sentencia Maastricht (E 89, 155 (185), por otra parte inexacta (n.m. 251, v. también n.m. 290). No toma nota, sin embargo, del amplio debate doctrinal sobre el tema «¿Hay un espacio público europeo?»[27]. Resulta satisfactorio, en todo caso, que el TCF utilice la idea

[25] P. HÄBERLE, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», *HStR* I, 1. Aufl. 1987, § 20, n.m. 67-69 (pp. 815 y ss., 848 y ss.).

[26] Cfr. P. HÄBERLE, «Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive», *JöR* 32 (1983), p. 9 (16 y s., 24 y s.); del mismo autor, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», *EuGRZ* 1991, pp. 261 y ss.

[27] Así, la cuestión (contestada afirmativamente pronto) por P. HÄBERLE, «Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?», *FS Hangartner*, 1998, pp. 1007 y ss. Posterior-

de «un sentido abierto a la integración» (n.m. 248). También salen de su pluma palabras sobre las estructuras cooperativas («dimensión cooperativa supraestatal», «vinculación federal de la UE» (n.m. 277 y 368, *vid.* También n.m. 278: «Asociación con personalidad jurídica propia»). Pero nunca se llama a las cosas por su nombre.

Afortunadamente, se encuentra también una referencia a la «constitucionalidad política de Europa» (n.m. 227) [28]. En sentido contrario, el TCF habla en otro lugar de la UE como «Derecho convencional» (n.m. 242, 339, 348, 409), así como de «asociación de Estados» [línea directriz (en adelante: LD) 1] [29] y de «asociación para la integración europea» (n.m. 332). En cambio, en otro lugar se dice que: «la «Constitución de Europa», el Derecho de los Tratados Internacionales o Derecho primario, sigue siendo un ordenamiento derivado» (n.m. 231). También se hace referencia a la «unión convencional de Estados soberanos» (n.m. 249 así como LD 3), a la «asociación de Estados soberanos» (n.m. 262). En la LD 1 frase 2 aventura como «definición legal» de los jueces constitucionales: «el concepto de asociación comprende una unión estrecha y permanente entre Estados que siguen siendo soberanos y que ejercita poder público sobre una base convencional». Ni el concepto de «unión» ni el recurso abundante al atributo «soberano» van acompañados de referencia específica al texto de la Ley Fundamental.

---

mente, en la doctrina: C. FRANZIUS, y otros (Hrsg.), *Europäische Öffentlichkeit*, 2004. El tribunal cita E 89, 155 (185) aunque no se refiere aquí al concepto de espacio público europeo (*europäische Öffentlichkeit*) sino al de opinión pública *(öffentlicher Meinung*) en Europa (n.m. 250). De manera correcta se menciona, sin embargo, en la n.m. 290, la Declaración de Laeken (2001): la reclamada formación de un espacio público europeo.

[28] La constitucionalidad política de Europa en sentido estricto y amplio es también perceptible desde el punto de vista de los derechos humanos, cfr. J. ABR. FROWEIN, «The transformation of constitutional law through the European Convention on Human Rights», en: *Dialogue between judges*, 2007, pp. 73 y ss.

[29] En la doctrina: P. KIRCHHOF, «Der europäische Staatenverbund», en: A. V. BOGDANDY/J. BAST (Hrsg.), *ob. cit*, pp. 1009 y ss.

El reforzamiento del principio de «atribución competencial limitada» convence, pese a que aparece con especial frecuencia (LD 2a, n.m. 234, 262, 265, 275, 298, 301, 332, 409) [30].

Finalmente una palabra sobre el entendimiento del tribunal del «Art. 146 LF» introducido de modo algo sorprendente. Hace tiempo que la doctrina se plantea la cuestión de como se constitucionaliza en el modelo de Estado Constitucional el poder constituyente [31]. Suiza tiene, al respecto, una larga y acreditada tradición en la que se han precisado y desarrollado los contenidos mínimos y los procedimientos de revisión total [32]. Para Alemania es preciso recordar que el artículo 115 de la Constitución de Brandenburgo estableció un procedimiento «ordinario» con una asamblea constituyente. Es demasiado sencillo hablar, como hace el TCF de un «derecho preconstitucional» de la ciudadanía a dotarse de una Constitución (n.m. 179). La cuestión de si la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 LF «es aplicable también al poder constituyente» la deja el tribunal abierta de manera inteligente (n.m. 217). Es necesario reconocer que aquí se manifiesta algo de «judicial restraint» que en la sentencia es infrecuente. Resulta cuestionable, sin embargo, la tesis (n.m. 180), por la que no se excluye que se pueda invocar una lesión del artículo 146 LF en relación con los derechos fundamentales y derechos equivalentes a los derechos fundamentales mencionados en el 93.1 núm. 4a LF en este caso del artículo 38.1, frase 1 LF. Este (obiter?) dictum va realmente demasiado lejos.

Las primeras reseñas de prensa en relación con las reacciones de los medios de comunicación a la sentencia se pueden resumir con la expresión: «sí, pero» [33] y también se mostraron satisfechas las instancias políti-

[30] Cfr., con carácter general: A. V. BOGDANDY, «Europäische Prinzipienlehre», en A. V. BOGDANDY (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 149 y ss. Cfr. también nota 106.

[31] Cfr. P. HÄBERLE, «Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat - eine vergleichende Textstufenanalyse», *AöR* 112 (1987), pp. 54 y ss.

[32] Cfr. en la doctrina: P. HÄBERLE, «Die Kunst der kantonalen Verfassunggebung», *JöR* 47 (1999), p. 149 (154 y ss.). En la literatura científica suiza: U. HÄFELIN/W. HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6. Aufl. 2005, pp. 511 y ss.

[33] Cfr., *Rheinischer Merkur* 27/2009, p. 3.

cas, en particular en Alemania, pero también, por de pronto, en Bruselas (!) de tal manera que todos los participantes se vieron básicamente como «vencedores», para los juristas sin embargo, tras un estudio detallado y desde la distancia temporal de la ciencia, la sentencia ofrece poca luz y muchas sombras. También los políticos reaccionaron desde principios de agosto de 2009 de una manera cada vez más crítica.

(3) «Sobre las primeras consecuencias y efectos de la sentencia»: ante todo, se debe reconocer abiertamente un efecto de «pacificación», que la sentencia conlleva y que se origina en gran medida gracias a una alta disposición del tribunal al compromiso, digna de todo elogio, como se evidencia por la ausencia de votos particulares (lo que ciertamente, tiene su precio) y sólo un voto no favorable a la fundamentación de la sentencia (presumiblemente el de la Magistrada G. Lübbe-Wolff) [34]. Sin embargo, al Parlamento alemán se le impusieron deberes en relación con la exigida «Ley complementaria» [35]. El Presidente francés N. Sarkozy estuvo algunas semanas molesto, sobre todo porque también la CSU de Baviera quería poner algunas dificultades (visita de Estado del Ministropresidente H. Seehofer a Paris a final de julio de 2009). Una mirada a las leyes complementarias o de acompañamiento ya existentes en los Estados miembros, desde una perspectiva constitucional y comparativa nos muestra una gran diversidad [36]: Así, Austria «vincula» a su gobierno nacional de manera intensa a las directrices del Parlamento (cfr. art. 23d, e y f de la Constitución Federal austriaca); otros países no han optado por la formulación de una mandato imperativo sino que dan a sus gobiernos el necesario margen de maniobra en materia de política europea. Completamente diferente es Dinamarca donde, como en pocos otros países de la UE, la influencia del Parlamento en

[34] Cfr. G. Lübbe-Wolff, «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», *VVDStRL* 60 (2001), pp. 246 y ss. El (desconocido) voto negativo debería haberse articulado como voto particular. Esto habría podido ser enriquecedor, como ha ocurrido a menudo en la historia del TCF a corto y a medio plazo, para todos los participantes.

[35] Como ya ocurrió en la sentencia sobre la Euroorden: BVerfG E 113, 273 (pp. 299 y ss.).

[36] Cfr. la regulación constitucional, por ejemplo, en el art. 29.4 números 3 a 11 de la Constitución de Irlanda; capítulo 10 § 6 de la Constitución de Suecia.

la política europea es muy grande. El «Folketing» vigila con celo la defensa de su soberanía. Todas las actividades europeas tienen que contar con el acuerdo de la comisión europea del Parlamento, que «mantiene una actitud vigilante meticulosa sobre el gobierno» [37]. Para Alemania es muy aconsejable que la ley complementaria intente conseguir un «equilibrio» [38] entre el irrenunciable margen de maniobra en política europea del gobierno, que «también» tiene, por su parte, una «responsabilidad sobre la integración», y el parlamentario del Bundestag, así como el del Bundesrat. Se podría pensar en la afortunada idea de una responsabilidad «mancomunada» sobre la integración [39]. Ante todo, ¡también el TCF tiene su «propia» «responsabilidad sobre la integración»!

La Ley complementaria o de acompañamiento se aproxima en su contenido y su función jurídica a lo que en otras constituciones de Estados miembros se conoce como «ley orgánica» [40] o «ley marco». Este tipo de legislación (n.m. 420) requiere todavía de profundización teórica [41]. El pro-

[37] Así, S. Thielbeer, «Die Einflussreichen», *FAZ* de 3 de julio de 2009, p. 10.

[38] Esto es tanto más necesario si, como sugiere el *FAZ* de 1 de agosto de 2009, p. 2 P. Gauweiler (CSU) tiene ya preparado su próximo recurso en un cajón. Cfr. W. Schmiese, *ibídem*: *en Karlsruhe se puede ver de nuevo como no se permite ni una sola vez la chapuza en la aplicación del Tratado de Lisboa.*

[39] Cfr. E. Friesenhahn, «Parlament und Regierung», *VVDStRL* 16 (1958), p. 9 (38): «en cierta medida, la dirección del Estado corresponde, sin embargo, al Gobierno y al Parlamento conjuntamente».

[40] Cfr. P. Häberle, *VVDStRL* 61 (2002), p. 185 (186).

[41] En Berlín comenzaron a principios de agosto las arduas discusiones sobre la Ley complementaria (*FAZ* de 6 de agosto de 2009, p. 4: «el miedo a la metedura de pata»). Todas las partes quieren salvar la cara. Después de que el TCF haya declarado inconstitucional el proyecto existente de Ley de acompañamiento en sus elementos esenciales, no se puede incurrir otra vez en inconstitucionalidad. De algunos Länder como Hesse se han aportado propuestas concretas de formulación. Las opiniones están bastante encontradas. El Ministro de Justicia y de asuntos europeos de Hesse quiere una exhaustiva ordenación de los derechos de participación del Bundesrat y del Bundesag con una considerable equiparación de ambos. Otro miembro del Bundesrat quiere establecer incluso una exclusiva competencia del Bundesrat (*FAZ* de 30 de julio de 2009, p. 4), Hesse promueve incluso una comisión propia sobre Europa de los Länder (*FAZ* de 10 de julio de 2009, p. 4).

yecto de ley de responsabilidad sobre la integración realiza un buen trabajo de diferenciación en el parágrafo § 10 relativo a los diversos tipos de facultades legislativas o en materia de información (§ 12). El gobierno federal sigue teniendo capacidad de maniobra.

(4) Unas últimas palabras sobre el método y la forma de citar. Es conocida la clásica frase del gran Magistrado del TCF K. Hesse: No podemos dedicarnos a discusiones abstractas de carácter metodológico, debemos concentrarnos, tan pronto como sea posible en el asunto [Cfr. su voto particular en VVDStRL 33 (1981), p. 208] [42]. En la sentencia Lisboa se puede aventurar ciertamente que el Tribunal ha reflexionado de manera intensa sobre el método. En todo caso, resulta digno de elogio que haya atendido tanto al Derecho comparado (n.m. 268-270) [43]. Teniendo en cuenta los planteamientos del autor de este trabajo sobre la «Tríada» de la comparación en materia de textos, jurisprudencia y teorías científicas, es de resaltar que el TCF ha hecho referencia en reiteradas ocasiones a sentencias de otros tribunales tales como el TEDH, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al Consejo Constitucional francés y al Tribunal Constitucional de la República Checa así como a la doctrina extranjera, por ejemplo autores ingleses, españoles y franceses, además de a la Constitución Francesa vigente (n.m. 403). Este «diálogo jurídico común europeo» nunca será suficientemente valorado, especialmente en el ámbito científico atendiendo a la necesidad de cooperación y también de concurrencia entre los tribunales constitucionales europeos [44] [En la sentencia Lisboa falta, sin embargo, algo de la llamada, en E 89, 155

[42] De manera aun más clara, K. Hesse en la entrevista realizada por C. Landa (cit. en *JöR* 57 (2009), p. 548): «en mi Sala, en los 12 años en los que fui magistrado constitucional, no se habló ni una sola vez de la cuestión del método».

[43] En la n.m. 286 se encuentra también una perspectiva comparada en relación con los «Estados federales»; en la n.m. 269 igualmente en relación con el «sistema presidencialista».

[44] Cfr. en la última doctrina: Ferdinand Kirchhof, «Die Kooperation zwischen BVerfG und EuGH – Addierung oder Optimierung des Grundrechtsschutzes?», *FS Herzog*, 2009, pp. 155 y ss.; U. Steiner, «Zum Kooperationsverhältnis von BVerfG und EGMR», *FS Bethge*, 2009, pp. 653 y ss. –Como preludio titulaba casi agorero el *FAZ* de 21 de febrero de 2009, p. 8: «Ningún remedio contra Karlsruhe».

(LD 7, al final) relación de cooperación «con el Tribunal de Justicia de la UE]. Ciertamente, el tribunal ha rechazado, lamentablemente, una «comparación histórica» en materia de ciudadanía europea, en relación con el desarrollo de los Estados Federales (n.m. 347).

La práctica de citas del TCFA ha sido criticada con frecuencia desde hace años [45]. Resulta llamativo que el TCFA no cite a una serie de autores de Derecho europeo que desde hace años investigan de manera pionera en materia de Derecho Constitucional Europeo y que se sitúan en vanguardia. Se mencionan sólo los nombres de J. Schwarze [46], M. Zuleeg [47], J.A. Frowein [48], A. von Bogdandy [49] (al menos se le concede a T. Oppermann el honor de ser citado reiteradamente). Esto se produce en el contexto del alto rango concedido a la vieja ideología de la soberanía que el tribunal utiliza por doquier (v. sobre esto, más adelante, el apartado 2). Inusual es también la casi degradante referencia a un artículo del representante del Parlamento Alemán en el proceso constitucional I. Pernice, (n.m. 33) «uno de los principales especialistas en Derecho europeo» de su generación (H.-

[45] Cfr. en la doctrina: P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung,* 1979, pp. 28 y ss.; del mismo autor: «Verantwortung und Wahrheitsliebe im verfassungsjuristischen Zitierwesen», *FS Schmitt Glaeser*, 2003, pp. 395 y ss. Recientemente, M. JESTAEDT: «Autorität und Zitat, Anmerkungen zur Zitierpraxis des BverfG», *FS Bethge*, 2009, pp. 513 y ss.

[46] Cfr. J. SCHWARZE (Hrsg.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000.

[47] Cfr. M. ZULEEG, «The European constitution under Constitutional Constraints: The German Scenario» (1997) *22 ELRev*., pp. 11 y ss.; del mismo autor, «Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte. Funktionen einer EU-Charta der Grundrechte», *EuGRZ* 2000, p. 511 y ss. Cfr. también el trabajo conjunto de M. ZULEEG Y R. SCHULZE, 2005 (hrsg.) *Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*. Últimamente M. ZULEEG en: A. VON BOGDANDY/J. BAST (Hrsg.), ob. cit.: «Die Vorzüge der Europäischen Verfassung», pp. 1045 y ss.

[48] Cfr., recientemente J. ABR. FROWEIN, «50 Jahre Römische Verträge». en: C. WALTER/R. SCHULZE (Hrsg.), *50 Jahre Römische Verträge*, 2008, pp. 43 y ss.

[49] Cfr. A. V. BOGDANDY, «Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik», *JZ* 2005, pp. 529 y ss.; últimamente, del mismo autor, «Grundprinzipien», en: A. V. BOGDANDY /J. BAST (Hrsg.), *ob. cit*. pp. 13 y ss.

U. Everling). Resulta incluso cuestionable si un tribunal debe citar como tal la previa obra científica de los representantes procesales en el curso del proceso. Por otra parte, una larga cadena de citas propias podría reforzar, de manera convincente, el concepto de «internacionalismo» o apertura al derecho internacional de la Ley Fundamental (n.m. 219, también n.m. 225: «internacionalismo» y «europeísmo» o apertura al derecho internacional y europeo, v. también n.m. 340) sobre el que cabe plantearse si se lo han tomado realmente en serio.

Una palabra sobre el estilo lingüístico de la sentencia: es en cierto modo doctrinal, apodíctico, casi dogmático, en su mayor parte negativo y defensivo. Pensemos en los pasajes: «El Tratado de Lisboa no conduce a un nuevo nivel de desarrollo de la democracia» (n.m. 295) o (en relación con el Parlamento Europeo): (no es) «ningún órgano representativo de un pueblo europeo soberano» o «el principio democrático no es susceptible de ponderación» (n.m. 216) así como: ninguna renuncia «a la soberanía que reside en última instancia en la Constitución alemana» (n.m. 340). Sin embargo, lo cierto es que «no todo el poder del Estado procede del pueblo» (D. Sternberger). También el artículo 1 LF está por encima del principio democrático. La dignidad de la persona es la «premisa» antropológica y cultural del Estado constitucional y la democracia una «consecuencia» organizativa. Por lo demás, en una «sociedad abierta» no hay una «última instancia» [50].

Un importante aspecto positivo se encuentra en la formulación del concepto de «responsabilidad sobre la integración» (LD 2a y b, n.m. 240, 243, 245, 320). Este concepto supone un afortunado enriquecimiento doctrinal para el Derecho europeo precedente. De manera acertada, la sentencia habla también de «europeísmo» o apertura al derecho europeo (LD 4 frase 3, n.m. 340), de la manera en que la Literatura científica ha demandado des-

[50] Es conmovedora la carta de un discípulo de G. Leibholz: G. J. SIEGER, *FAZ* de 30 de julio de 2009, p. 32. Cita el Informe de G. LEIBHOLZ (1963) sobre el TCF: «El TCF no está dotado de *suprema potestas*» («Der Status des Bundesverfassungsgericht», en: *Das Bundesverfassungsgericht*, 1963, pp. 8 y ss.);cfr. también *JöR* 6 (1957), pp. 110 y ss.

de hace tiempo [51] también en otros Estados europeos se manifiesta la apertura al derecho europeo por medio de su «derecho constitucional europeo nacional» [52]. También nos podemos alegrar de que aparezca en algún momento la idea de «vinculación federal» (n.m. 368). No se encuentra precisamente en la conclusión del juicio, que se distancia de la idea federal en relación con la UE y remite como límite absoluto al artículo 79.3 y al correspondiente artículo 146 LF. La cuestión es si detrás de estas ocasionales referencias a un espíritu completamente diferente no se esconde una amplia controversia en el seno del tribunal orientada al compromiso para obtener una posible unanimidad ¿no pudo ser que alguno de los jueces tocara aquí y allá la marmórea y estática imagen estatalista del ponente?

Tan llamativa y ocasionalmente cuestionable es la inusual extensión de las dos sentencias relativas a los Tratados UE que se puede hablar una vez más, en relación a algunos pasajes, de una formulación similar a un trabajo de habilitación [53] (la «primera» sentencia Maastricht fue un poco más breve) al tiempo que es preciso reconocer que el TCF por primera vez ha perfilado de una manera detallada las «tareas estatales». Esto se produce, sin embargo, en relación con el concepto de soberanía y no desde la profundidad de la Constitución como modelo y con el ejemplo específico de la Ley Fundamental. Una teoría constitucional de los cometidos del Estado ha sido propuesta hace décadas, ante todo, desde una perspectiva comparada [54]. No fue concebida entonces, sin embargo, desde la antigua dogmática de la soberanía sino propuesta desde el plano constitucional. En verdad, se enumeran ahora importantes tareas como la ciudadanía, la defensa,

[51] Cfr. P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 6. Aufl. 2009, p. 5; 1. Aufl. 2000/01, p. 4.

[52] Ejemplos: art. 7.6 de la Constitución de Portugal de 1976/2004; art. 7.2 de la Constitución de Eslovenia de 1992/2002; art. 28.2 y 3 de la Constitución de Grecia de 1975; Capítulo 10 § 5 de la Constitución de Suecia de 1975/2003.

[53] Cfr. mi crítica en: *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 33 y s., 44 (párrafos «épicos», «barrocos» y similares a trabajos monográficos).

[54] Cfr. P. Häberle, «Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre», *AöR* 111 (1986), pp. 595 y ss.; cfr. también, desde un planteamiento diferente: J. Isensee, *HStR* III (1988), § 57: «Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat».

la justicia penal, la ordenación lingüística[55], la configuración de las relaciones familiares y educativas, la regulación de las libertades de reunión, de prensa y de opinión o el tratamiento de las confesiones religiosas o de las posiciones ideológicas (n.m. 249); pero esto no se hace desde el nivel constitucional sino de manera más bien retrospectiva desde la vieja teoría de la soberanía y la correspondiente «teoría general del Estado» ya obsoleta[56]. Habría sido fácil apelar al texto de la Ley Fundamental: acaso a los derechos fundamentales como los artículos 6 y 4 o, de acuerdo con un entendimiento positivo de las competencias (H. Ehmke), a los arts. 74.1.1 o 95.1 LF en materia de derecho penal (sobre esto, en detalle: v. sobre el derecho penal: n.m. 366 - 367). En todo caso, el TCF apela al principio de Estado social (n.m. 257) y deriva de él un afortunado puente con el artículo 1.1 LF (n.m. 259: tarea estatal de la procura existencial del individuo). También fortalece su reconocimiento ya existente de antiguo de que, en correspondencia última con el art. 1.1 LF, la pena presupone la culpabilidad (n.m. 364). Además se puede leer con los ojos de una «teoría de la constitución como ciencia de la cultura» (1982) el pasaje (n.m. 260) de «espacio cultural propio» y de «raíces culturales» así como del espacio para la configuración de «condiciones de vida culturales y sociales» y de determinaciones «que están orientadas de manera especial a precomprensiones culturales, históricas y lingüísticas» (n.m. 249). Éstos son nuevos tonos en Karlsruhe aunque sean ya antiguos en la ciencia jurídica[57]. Ciertamente

[55] El Estado Constitucional no «dispone» sobre el lenguaje de sus ciudadanos. Corresponde conformarlo al pueblo en su conjunto y en particular a los poetas y escritores, también a los autores científicos y, no en último lugar, a los ciudadanos en su vida cotidiana.

[56] Unos apuntes estructurados de un modo algo heterogéno, que abordan desde el monopolio de la fuerza en el derecho penal y las decisiones fundamentales de carácter fiscal, hasta la formación de las condiciones de vida propias del Estado social así como decisiones especialmente significativas desde el punto de vista cultural acaso en el Derecho de familia o el sistema educativo o sobre la relación con las comunidades religiosas, se pueden encontrar en las n.m. 252 a 260.

[57] Sobre la «cultura de la libertad»: P. Häberle, «Aktuelle Probleme des deutschen Föderalismus», *Die Verwaltung* 24 (1991), p. 169 (184); del mismo autor, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 630 y ss.: «libertad por la cultura».

habría sido aquí de ayuda una referencia a los textos del Derecho constitucional de la Unión Europea (por ejemplo, a los arts. 165 y 167 TFUE y los correspondientes textos precedentes, también al derecho constitucional cultural común europeo). La ciencia del derecho constitucional es una ciencia de textos jurídicos y culturales.

Resulta «positivo», que el TCF haya puesto una señal de «Stop» contra las a menudo criticada ínfulas de Bruselas [58]; también podría haber puesto de manifiesto que el Tribunal de Justicia de la UE ha sobrepasado sus competencias en la sentencia Mangold [es de saludar el buen concepto de «acto jurídico infractor» («ausbrechenden Rechtsaktes» LD 4, frase 1, cfr. ya E 89, 155 (188) que podría ser aquí pertinente] [59]. También es de saludar que se haya dado el «alto» contra la furtiva ampliación de competencias de la UE a través de las «cláusulas pasarela» (esto es, por medio de las distintas formas de revisión) (al respecto, en detalle, n.m. 315-321, n.m. 413-416). Lo mismo cabe decir respecto de los excelentes pasajes sobre el «ejército parlamentario» alemán (n.m. 254).

2.3. **Aspectos negativos**

Abrimos ahora la parte relativa a las no pocas sombras de la muy prolija sentencia.

(1) La concepción del «Estado» y de la «soberanía» (cfr. n.m. 223) [60] es una actualización y una petrificación de la muy criticada sentencia

[58] Cfr. N. Nettesheim, cit. por *FAZ* de 30 de julio de 2009, p. 6.

[59] Hay además un Dictamen jurídico que requiere al TCF la fijación de límites: *FAZ* de 8 de julio de 2009, p. 11: «Karlsruhe puede detener al Tribunal de Justicia». En la misma dirección apunta J.-H. Bauer, «Europäischer Gerichtshof auf Abwegen», *FAZ* de 18 de febrero de 2009, p. 10.

[60] De hecho, el tribunal utiliza el concepto «soberano» 33 veces (así lo expone de manera crítica C.O. Lenz, *FAZ* de 8 de agosto de 2009, p. 7). No se encuentra una argumentación intensiva que se enfrente al debate sobre la soberanía desarrollado en el ámbito del Derecho internacional, tan innovador como intenso. La transformación del concepto tradicional de soberanía apenas si se tiene en cuenta: M. Kotzur,

Maastricht (BVerfG E 89, 155). El tribunal simplemente no ha tomado en consideración el debate doctrinal de décadas sobre la transformación del concepto de soberanía [61]. El TCF habla de una asociación de «Estados soberanos» («salvaguardia de la soberanía», n.m. 248). Se olvida aquí el postulado europeísmo y la apertura a la integración (por ejemplo, n.m. 221, 225, 248, 340). El tribunal se refiere expresamente de manera reiterada a los Estados nacionales como «señores de los Tratados» (por ejemplo, n.m.

«Sovereignty and the European Federal Constitution – New Perspectives on Sovereignty in a Multilevel Scheme of Constitutionalism», en: *The Federalist* Nr. 2, 2008, pp. 131 y ss.; del mismo autor, «Souveränitätsperspektiven - entwicklungsgeschichtlich, verfassungsstaatlich, staatenübergreifend», *JöR* 52 (2004), pp. 198 y ss.; U. HALTERN, *Was bedeutet Souveränität?*, 2007; P. W. KAHN, «The Question of Sovereignty», *Stanford Journal of International Law* 40 (2004), pp. 259 y ss.; J. KOKOTT, «Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht», *ZaöRV* 64 (2004), pp. 517 y ss.; B. FASSBENDER, «Sovereignty and Constitutionalism in International Law», en: N. WALKER (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2003, pp. 115 y ss.; A. SCHMITT GLAESER, «Souveränität und Vorrang», en: A. V. BOGDANDY (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 205 y ss.; N. MACCORMICK, «On Sovereignty and Post-Sovereignty», en: del mismo autor, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, 1999, pp. 123 y ss.; S. KRASNER, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, 1999; G. AGAMBEN, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, 1998; fundamental para una comprensión instrumental, basada en los derechos humanos y limitada de la soberanía: J.P. MÜLLER, «Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte -dargestellt am Beispiel von Einwirkungen des internationalen Menschenrechtsschutzes auf die schweizerischen Rechtsordnung», en: *Symposion L. Wildhaber*, 1997, pp. 45 y ss.; M. W. HEBEISEN, *Souveränität in Frage gestellt*, 1995; *F. Hinsley*, *Sovereignty*, 1986.

[61] En la doctrina: W. V. SIMSON, *Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart*, 1965; cfr. también mi comentario en *AöR* 92 (1967), pp. 259 y ss.; J.P. MÜLLER, «Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte», *Kolloquium Wildhaber*, 1997, pp. 45 y ss. T. OPPERMANN advierte al juez constitucional, con razón (en una carta al *FAZ*: «Staaatliche Souveränität und der Lissabon-Vertrag»: *FAZ* de 27 de febrero de 2009, p. 9) acerca de enfatizar con exceso la soberanía estatal, planteando si la Asamblea Nacional francesa o la cámara baja británica han renunciado a la soberanía de Inglaterra o de Francia a favor de Bruselas por haber dado su conformidad al Tratado de Lisboa.

271, 298, 334) [62] y se atribuye a sí mismo, además, ¡la condición de señor del Derecho constitucional de la UE! Desde la perspectiva del Derecho constitucional europeo, de las otras comunidades científicas y del espacio público europeo en su conjunto, este planteamiento introvertido alemán no es admisible. Si no fuera impropio, podríamos preguntarnos por qué el TCF no ha querido «aprender» de las múltiples críticas a su sentencia Maastricht I [63], o para decirlo de manera amable: no ha querido «aceptar» nada. El tribunal habría podido aprovechar para hacer valer la Europa unida interiormente desde la «razón constitucional» (A. Arndt), no desde la «razón estatal» de Alemania. En la UE no se une a los Estados sino a los pueblos de Europa («unión cada vez más estrecha de los pueblos de Europa»: art. 1, párrafo 2 TUE). Con razón criticaba C.O. Lenz [64]: «mientras que (el concepto de) soberanía no se menciona en la Ley Fundamental y podría ser sustituido en cuanto derecho dispositivo, el TCF lo convierte, sin embargo en parte integrante del concepto de democracia y lo sitúa así bajo la protección de las cláusulas de intangibilidad de la Constitución, de tal manera que ni siquiera el poder de reforma de la Constitución podría declarar la incorporación a un Estado federal europeo». En los «objetivos del Preámbulo» no se percibe, en absoluto, la concepción de la soberanía del tribunal (Cfr., sin embargo, n.m. 223). Una reflexión sobre la «estatalidad abierta» de K. Vogel (1964) habría sido de ayuda.

Otros aspectos negativos pueden ser mencionados. Por un lado, el TCF trabaja con un concepto de Estado preconstitucional [65]. Esto se evidencia en el pasaje relativo a la inadmisible «limitación de la estatalidad presu-

[62] En la n.m. 247 al final, el poder constituyente y la soberanía estatal se yuxtaponen simplemente.

[63] Cfr. J.A. Frowein, «Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», *ZaöRV* 54 (1994), p. 1 y ss.; J. Schwarze, «Europapolitik unter deutschen Verfassungsrichtervorbehalt», *NJ* 1994, pp. 1 y ss.; del mismo autor, «Das *Kooperationsverhältnis* des BVerfG mit dem EuGH», *FS BVerfG*, Bd. I, 2001, p. 224 (229 y ss.).

[64] «Ausbrechender Rechtsakt», *FAZ* de 8 de agosto de 2009, p. 7.

[65] Representativo de esa «escuela»: J. Isensee, «Staat und Verfassung», *HStRl* I (1987), § 13, n.m. 41: «El Estado como tipo fundamental fenomenológico preconstitucional».

puesta (?) y protegida por la Ley Fundamental» (n.m. 375), «la Ley Fundamental no sólo presupone la estatalidad soberana de Alemania sino que también la garantiza» (n.m. 216). El Tribunal no ha tomado nota, de manera perceptible, de la controversia tanto tiempo desarrollada en la doctrina sobre esta temática. Baste recordar las tesis de R. Smend y A. Arndt en los años 50 y 60: sólo hay tanto Estado como la Constitución determine. Su exactitud será confirmada por los desarrollos textuales creativos del Preámbulo de la Constitución de Brandenburgo (1992): «Las ciudadanas y los ciudadanos del Land nos damos esta Constitución». Pensar en Estado antes de la Constitución es hoy, por referencia al Estado nacional, tan falso como incorrecto si nos referimos a la UE, en cuanto se trata de una comunidad «análoga al Estado» o «prefederal» que se puede definir en términos de «federación constitucional» o «constitución compuesta» (I. Pernice), «orden fundamental» (D. Tsatsos*)* o «comunidad constitucional» (el autor de este trabajo). El tribunal desecha todos esos intentos de descripción de la estructura europea como comunidad política «sui generis» que se han hecho conocidos en el resto de Europa. Quizás se ha dejado llevar demasiado por el debate sobre la «estatalidad» planteado por el recurrente (la UE como un «cuasi-Estado»,»desestatalización de Alemania», «liquidación de las facultades inherentes al Estado») Lo mismo podría decirse de los representantes procesales del Gobierno federal y del Parlamento [66].

Por otra parte, el tribunal maneja reiteradamente fragmentos de una tradicional, más o menos «general» pero desde luego muy «alemana» teoría del Estado». Esto se evidencia en su recurso al gran clásico G. Jellinek en referencia al territorio estatal. El TCF no extrae, de ningún modo, consecuencias constitucionales del hecho de que desde la implantación de la zona Euro y del espacio Schengen el territorio estatal ha quedado relativizado [v. por el contrario: «un poder estatal referido a un territorio (cfr. Jellinek…) subsiste inalterado más allá de las transformaciones de las relaciones de movilidad transfronterizas» (n.m. 344)] así como «el territorio estatal ale-

[66] Así, el representante del gobierno federal C. Tomuschat utilizó en la vista oral el engañoso concepto de «Souveränitätsschonung» (consideración o trato debido a la soberanía) (cito por *FAZ* de 11 de febrero de 2009, p. 5).

mán sigue estando asignado sólo a la República Federal de Alemania como sujeto jurídico» (n.m 298). En mi opinión, por el contrario, los Estados miembros de la UE ya no son países «extranjeros» entre ellos [67], son del interior, del mismo modo que con autores como A. Grosser debemos considerar a la política europea como «política interna» desde hace tiempo. El esquema interior/exterior está ya superado en la Europa de la UE. Los restos de la teoría tradicional del Estado no sirven ya para la comprensión de la UE. Que G. Jellinek sigue siendo grande como un «gigante» no se somete a discusión. Pero también los enanos pueden sobre sus hombros ver un poco más lejos.

(2) La «concepción de la democracia» [68] de la sentencia se concentra unilateralmente en la «democracia representativa» (como también un desafortunado pasaje de la Carta de Paris (1990): «representativa en su esencia»). Tenemos que recordar también la tesis discutible aunque con sustento doctrinal por la que la democracia representativa es la «auténtica» [69] (cfr. el pasaje: «ese núcleo estable puede ser complementado a través de consultas plebiscitarias en cuestiones concretas», n.m. 270). Más bien incidentalmente, en todo caso no de manera constante, se hace referencia al efecto «complementario» de elementos de democracia participativa en el tratado de Lisboa (n.m. 272, 290, 295). Se olvida al respecto que muchos proyectos constitucionales de la UE han incorporado formas de de-

[67] Cfr. P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 6. Aufl. 2009, p. 36 y ss., 199, 221, 358. Cfr. también, para la cuestión específica del art. 19.3 GG: M. KOTZUR, «Der Begriff der inländischen juristischen Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG im Kontext der EU», *DÖV* 2001, pp. 192 y ss.

[68] Una valoración diferente en P. KIRCHHOF: «La nueva ley complementaria sobre el Tratado de Lisboa debe ser exigente. Si la UE se convirtiera en un Estado, Alemania tendría que renunciar a su ulterior colaboración», *FAZ* de 4 de julio de 2009, p. 12.

[69] Así las tesis de E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie», precisamente en los escritos en homenaje a *Eichenberger* publicados en Suiza en 1982, pp. 301 y ss., si bien Suiza practica lo más cercano al modelo ideal de la «democracia directa». Cfr. en sentido crítico P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 87, 624.

mocracia directa que suponen un nivel textual elevado [70] (también en los nuevos Länder alemanes han aumentado los mecanismos de democracia directa). Una mirada comparativa a Suiza y su democracia semidirecta practicada con orgullo en el nivel de los cantones y de la federación habría servido para una mejor comprensión de esta cuestión (palabras clave: «derechos del pueblo»). Allí el monismo parlamentario no sólo «se complementa» con fuertes elementos plebiscitarios (como se afirma de manera incorrecta en n.m. 269). En cualquier caso, la sentencia dice que la democracia de la UE se acerca realmente a un «modelo estatal federalizado» (n.m. 288). Podemos recordar también el texto clásico de W. Hallstein: «El Estado federal inacabado» (1969).

(3) Debe reconocerse que el TCF, por así decirlo, le ha recordado al Parlamento alemán sus obligaciones «prescribiéndole un reforzamiento adicional» [71] y formulándole también sugerencias para mejorar la ley complementaria, al tiempo que hay que lamentar que el TCF no haya apreciado el parlamentarismo al nivel de la UE y no haya reconocido el alto y meritorio valor que tiene acreditado tanto en Estrasburgo como en Bruselas [72]. Ni sobre el Parlamento europeo ni por referencia al espacio público europeo se puede transmitir ese planteamiento. Probablemente los profesores de derecho europeo piensan en términos de «extranjero» y en ese sentido la «segunda» sentencia Maastricht de 30 de junio de 2009 es «muy alemana» [73].

[70] Referencias en P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, desde la 4.ª edición de 2006, p. 612, 615 y pássim. También es de interés la obra editada por H. BAUER/P. M. HUBER/K.-P. SOMMERMANN, *Demokratie in Europa*, 2005. Con una perspectiva de derecho internacional: A. V. BOGDANDY, «Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts - eine Bestandsaufnahme», *ZaöRV* 63 (2003), pp. 853 y ss.

[71] R. STREINZ, *NJW-Editorial* Heft 30/2009.

[72] En cualquier caso, se dice en la n.m. 271: «El Parlamento Europeo es, en cuanto órgano representativo de los pueblos elegido directamente por los ciudadanos de la Unión, una fuente adicional y autónoma de legitimación democrática» [cfr. BVerfGE 89, 155 (184 y s.)].

[73] En sentido similar, entrevista a C. CALLIES, *NJW aktuell*, Heft 30/2009, p. XVI. C. CALLIES plantea incluso la cuestión de la aptitud europea de Alemania (*FAZ* de 30 de julio de 2009, p. 6).

(4) El carácter tradicional y centrado en el Estado, el concepto de democracia del TCF que le impide reconocer el desarrollo progresivo de la democracia europea y su visión del denominado «déficit» democrático en el nivel europeo (n.m. 289, 293) elude también que la democracia en el nivel de desarrollo actual de la comunidad política constitucional presta siempre atención a la protección de las minorías. Por eso hay que aceptar, incluso que saludar, que pequeñas naciones con una población reducida como Malta o Luxemburgo, en comparación con Alemania como nación más grande de la UE, ponderen su peso en el Parlamento europeo de acuerdo con lo dispuesto en el Tratado de Lisboa (en el Bundesrat alemán los Länder más pequeños tienen menos votos que los grandes, pero el peso electoral de los ciudadanos en los Länder más pequeños está también sobrerepresentado) [74]. Podemos citar aquí un texto clásico de un autor nada menor como Friedrich Schiller que el autor de este trabajo ya mencionara en 1977 en su recensión de la monografía de U. Scheuner sobre el principio de la mayoría (1973) [75]. Un texto que, desde las posiciones del Idealismo alemán, quizás ha influido en los clásicos de Weimar: el pasaje sobre contar y ponderar sigue siendo significativo. F. Schiller escribe en «Demetrius»:

«¿Que es la mayoría?, mayoría es un sinsentido
El buen juicio se sitúa siempre del lado de los pocos
¿Se preocupa ella del bien de todos y de quien nada posee?
¿Tiene el mendigo elección o libertad?
A los poderosos que le pagan
Su voz tiene que vender por pan y calzado
Es preciso ponderar los votos y no contarlos
Tarde o temprano el Estado terminará hundiéndose
Donde la mayoría triunfa y la insensatez decide»

[74] Cfr. también la referencia en C.O. Lenz, *FAZ* de 8 de agosto de 2009, p. 7.

[75] «Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung», *JZ* 1977, pp. 241 y ss.

Bien podríamos decir que el Tratado de Lisboa en el espíritu de una «Europa plural» en materia de distribución de los votos, ha «ponderado» y no «contado» a los pequeños Estados en relación con los grandes (también puede recordarse la sensata «doble mayoría» en el Tratado de Lisboa que impide el dominio de los grandes sobre los pequeños: art. 16.4 TUE, desde el 1 de noviembre de 2014) [76]. Por lo demás el tribunal infravalora que el Tratado de Lisboa, como cada revisión de los Tratados desde décadas, aporta de manera gradual, «más democracia» [77]. Baste recordar el fortalecimiento del Parlamento europeo en la legislación europea por medio del procedimiento de codecisión, el control del Presupuesto, la elección del Presidente de la Comisión y su intervención en el nombramiento de la Comisión, como también la iniciativa legislativa popular. A todo ello hay que añadir el fortalecimiento del papel de los parlamentos nacionales, que se convierten en guardianes del reparto competencial y, por ejemplo, gracias a la introducción del «mecanismo de alerta temprana» pueden intervenir en el control del principio de subsidiariedad (sobre este punto, n.m. 37, 305) defendiendo y fortaleciendo así su propia «soberanía parlamentaria» y la democracia en el ámbito estatal. El Tratado de Lisboa va acompañado de una parlamentarización adicional del proceso de integración europeo, de manera que el Parlamento de la UE no es un Parlamento «de segunda clase» (W. Schäuble). Con el aumento de la participación del Parlamento europeo podemos pensar también en la formación futura de partidos de dimensión europea (I. Pernice). El afortunado concepto de «responsabilidad sobre la integración» no debe concebirse sólo por lo que respecta a Alemania sino que debe aplicarse también a todos los órganos existentes en la

[76] Con otro planeamiento, de manera incorrecta, H.-W. SINN: «Die nicht gleichheitsgerechte Union», *FAZ* de 8 de julio de 2009, p. 10, que coincide con la sentencia Lisboa en tanto caracteriza al Parlamento Europeo como «no elegido de acuerdo con el principio de igualdad».

[77] Cfr. también C. CALLIES, *ob. cit.*, p. XIV. El Magistrado Mellinghoff habló en la vista oral de un avance significativo en el marco de la democracia federal gracias a «la incorporación de los parlamentos nacionales» (cito por el excelente informe sobre la vista oral del TCF elaborado por U. KARPENSTEIN/S. NEIDHARDT para el bufete jurídico Redeker, 2009, p. 7).

UE. Además, debe tenerse en cuenta que ¡el TCF tiene también responsabilidad sobre la integración! Es discutible el modo en que el tribunal niega al Parlamento Europeo su legitimidad democrática apelando al principio de igualdad [78]. El TCF ha juzgado de manera distante [79] al Parlamento Europeo, cuando menos infravalorándolo mucho (cfr. n.m. 280: «El Parlamento Europeo … no es un órgano representativo de un pueblo europeo soberano»; n.m. 281: «no existe una soberanía popular independiente de la totalidad de la ciudadanía de la Unión»).

(5) La minusvaloración de la ciudadanía de la Unión (n.m. 347 bis 350) [80] merece igualmente una crítica. En verdad el TCF cita una serie de decisiones pertinentes del Tribunal de Justicia de la UE que toman en serio la ciudadanía de la Unión (n.m. 350), pero de ellas no deduce que la ciudadanía de la Unión sea expresión de la tantas veces mencionada «Europa de los ciudadanos» y que de ningún modo debe entenderse como un concepto meramente platónico (hay que recordar también los derechos electorales para los «extranjeros» ciudadanos de la UE en las elecciones locales: por ejemplo, art. 28.1, frase 3 LF). El TCF cita la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la UE en materia de identidad social europea y participación de la ciudadanía de la Unión en los correspondientes sistemas sociales de los Estados miembros (n.m. 395) y habla incluso del «núcleo» de una solidaridad europea, pero todo eso sin mucha convicción [81]. El tribunal casi llega a borrar expresamente el «modelo ideal» de la «Eu-

[78] Crítico también contra la sentencia Lisboa, R. Bieber, *SZ* de 20 de julio de 2009, p. 3, en tanto pone en cuestión la cualidad democrática del Parlamento Europeo. También el ex Ministropresidente E. Stoiber, *SZ* de 1-2 de agosto de 2009, p. 6.

[79] Así, con razón C. Möllers, *FAZ* de 16 de julio de 2009, p. 27.

[80] En la literatura científica, cfr. C. Schönberger, *Unionsbürger*, 2005; S. Kadelbach, en: A. V. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *ob. cit*., «Unionsbürgerschaft», pp. 611 y ss. Con referencias detalladas sobre la discusión acerca de la ciudadanía de la Unión y su dimensión cosmopolita, recientemente: M. Kotzur, «We, the Citizens of Europe - European Union Citizenship in a Global Context», en: American Enterprise Institute (Hrsg.), *Citizenship*, 2009.

[81] En general, sobre el juego cambiante de la identidad nacional y europea: A. V. Bogdandy, «Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht», *VVDStRL* 62 (2003), pp. 156 y ss.

ropa de los ciudadanos» (n.m. 295). No utiliza, lamentablemente, su hermoso concepto de «las nuevas posibilidades de participación ciudadana» (n.m. 247).

(6) Resulta cuestionable el tratamiento del nuevo concepto de «identidad constitucional» (n.m. 218, 219, 240, 241, 364) [82]. El tribunal lo anuda [con citas propias: E 37, 271 (279); 73, 339 (375), cfr. n.m. 208] —de nuevo sin citas externas— en parte a la literatura científica [83] y en parte al propio Tratado de Lisboa con su afirmación de la antigua garantía identitaria cuya protección como «identidad nacional» (cfr. art. 4.2 TUE reformado por el Tratado de Lisboa y el anterior art. 6.3 TUE) [84] está confiada también al Tribunal de Justicia de la UE. Sería problemático que este concepto científico cultural, que necesita de desarrollo fuera un instrumento en las manos exclusivas del TCF. El Tribunal Constitucional, incluso siendo tan digno de confianza y lleno de éxitos como lo ha sido desde 1951, debería cuidarse de elevarse a la categoría de guardián «único» de la «identidad constitucional» de la Ley Fundamental y del Derecho constitucional de la UE. El TCF ha extendido su ámbito de control más allá de la sentencia Maastricht I, en parte sin que se le haya demandado. La caracterización de la «identidad constitucional» de una estructura que se ha desarrollado de manera tan exitosa como la Ley Fundamental durante 60 años no puede ser monopolizada por un sólo órgano constitucional como el TCF [85] (de manera apodíctica, en la n.m. 218: «Sobre esto hace guardia el TCF» – ¿en el Rin?). El tribunal debería haber sido un poco más modesto desde el principio en el contexto de todos los órganos constitucionales nacionales y los demás

[82] Cfr. también n.m. 208: «identidad constitucional»; n.m. 191: «contenidos nucleares de la Constitución».

[83] Desde hace décadas: P. HÄBERLE, «Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien», *FS Haug*, 1986, p. 81 y ss.; también P. KIRCHHOF, «Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten», *HStR* I (1987), § 19.

[84] Cfr. BVerfG E 113, 273 (298).

[85] LENZ, *op. cit.*, se expresa críticamente respecto de que el TCF establezca una «democracia conformada por los jueces en lugar de por el Parlamento, por la democracia parlamentaria». «La sentencia sólo favorece al parlamento en apariencia».

tribunales constitucionales europeos (incluyendo al TEDH y al TJUE) del mismo modo que la ciencia jurídica alemana especializada en Derecho europeo es sólo «una» comunidad científica al servicio de la ciencia jurídica común dedicada al Derecho europeo. La unidad jurídica europea en la «diversidad» no se verá fortalecida, sino puesta en peligro por la sentencia Lisboa. Todo esto se produce en el contexto de una «teoría general del Estado tradicional» en lugar de una teoría constitucional europea que, debe reconocerse, no podrá ser desarrollada desde una sola fuente, sino elaborada por representantes de las 27 comunidades científicas [86]. Sólo ellas pueden comprender la específica dinámica de la integración europea en la que no hay una «última palabra» y desplazar a un lado las categorías dualistas de la Teoría general del Estado alemán (Estado federal o confederación). Confiemos en que el alto prestigio que han adquirido la Ley Fundamental en sus sesenta años [87] y el propio TCF en sus 58 años no se resienta de las sombras de la sentencia Lisboa. Es de esperar que ésta no gane ningún peso en el conjunto de Europa [88].

En resumen [89]*:* La sentencia [90] contradice el proceso evolutivo de constitucionalización de Europa [91]. Permanece en una «Teoría del Estado

[86] Cfr. una valoración del ponente de la sentencia, *U. di Fabio* realizada por R. MÜLLER, en *FAZ* de 1 de julio de 2009, p. 10.

[87] Cfr. la serie de aportaciones al respecto en *JöR* 57 (2009), pp. 1 y ss., seguida en *JöR* 58 (2010).

[88] Con otro planteamiento el ex-Ministropresidente E. Stoiber, *SZ* de 1-2 de agosto de 2009, p. 6. También con otro planteamiento, P. KIRCHHOF: «la sentencia es un hito para el Estado constitucional democrático, da un impulso democrático a la UE y proporciona a los ciudadanos más seguridad jurídica frente al derecho europeo y alemán» (*FAZ* de 4 de julio de 2009, p. 12).

[89] Digno de crítica es el tratamiento poco amistoso de la «primacía» del Derecho de la UE (cfr. n.m. 33, 73, 331, 335 a 337). Sobre esa preferencia no debería haber ninguna duda [recientemente en la literatura científica: W. FRENZ/A. KÜHL, «Deutsche Grundrechte und Europarecht», *JURA* 2009, p. 401 (403)].

[90] El autor se esfuerza desde 1965 en el arte de los comentarios de jurisprudencia (cfr. *DÖV* 1965, pp. 369 y ss.). Entre las docenas de comentarios de jurisprudencia que ha realizado sólo hay uno en el que ha adoptado un tono tan crítico como en el presente sobre la sentencia Lisboa: en la famosa sentencia sobre las escuchas tele-

retrospectiva» atrapada entre las manos de siete magistrados alemanes que son sólo «una» «escuela» entre muchas y que deberían plantearse también de manera autocrítica acerca de su propia legitimación democrática directa (ninguna audiencia pública de los candidatos a Magistrados como las del Senado estadounidense, ninguna transparencia, cuotas de partido que se reparten en absoluto oscurantismo) [92]. El proyecto de la teoría constitucional europea y de la «Europa de los ciudadanos» se ha aplazado en Karlsruhe, esperemos que no sea así en el conjunto de Europa. Por mucho que la sentencia pueda resultar pacificadora actualmente sus «fundamentos» son poco «sólidos» y no abren horizonte alguno en la «Europa Unida» (v. también el Preámbulo de la Ley Fundamental: «miembro de una Europa unida» que también puede abrir camino, actualmente y en el futuro, a un Estado Federal europeo, así como el art. 23.1, frase 1 LF). El Tribunal, según mi opinión se ha inspirado poco, para su fundamentación en la «Alemania europea» (Thomas Mann*)*.

---

fónicas (*Abhörentscheidung,* BVerfG E 30, 1 y ss.), cfr. *JZ* 1971, pp. 145 y ss. Entonces el autor se situó, sin embargo, sobre los hombros de gigantes: el representante procesal G. Dürig y un voto particular de primera clase. Los comentarios jurisprudenciales del autor se pueden encontrar —actualizados hasta 1979— en el volumen *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979.

[91] Unas reflexiones de alcance sobre la constitucionalización del Derecho Internacional en: J. A. FROWEIN, «Konstitutionalisierung des Völkerrechts», *BDGVR* 39 (1999), pp. 427 y ss.

[92] Cfr. P. HÄBERLE, «Bundesverfassungsrichter-Kandidaten auf dem Prüfstand? Ein Ja zum Erfordernis öffentlicher Anhörung», en B. GUGGENBERGER y otros (Hrsg.), *Der Souverän auf der Nebenbühne*, 1994, pp. 131 y ss.; ahora también J. LIMBACH, «Zur Wahl der Richter und Richterinnen des Bundesverfassungsgerichts», *FS Herzog*, 2009, pp. 272 (277 y ss.). Por fortuna comienza en esta cuestión, de nuevo, un debate *político* (cfr. *Der Spiegel* 25/2009 de 15 de junio de 2009, p. 19, sobre una audiencia de la comisión para asuntos jurídicos del Bundestag): sería preferible a través del pleno (D. Grimm), H. Meyer habla de modelo que resulta contrario a la Constitución, el FDP desea mayor transparencia. Felizmente, el proyecto de comienzos de agosto de 2009, incluye en su artículo 4 la comisión para el nombramiento de los jueces alemanes y los abogados generales ante el Tribunal de Justicia.

Resumen:

El autor realiza un comentario crítico de la Sentencia Lisboa del TCFA. Comienza dando cuenta de la controversia que ha suscitado en Alemania tanto en el plano doctrinal como en el político. Seguidamente señala los que pueden considerarse aspectos positivos y negativos de la sentencia. Por lo que se refiere a la vertiente positiva, menciona la atención al Derecho comparado, el hecho de que se haga derivar el principio democrático de la dignidad de la persona, la apelación a las tradiciones constitucionales «comunes europeas» y el uso del concepto de «responsabilidad sobre la integración» entre otras cuestiones.

En cuanto a los aspectos negativos, que le llevan a definirla como una sentencia retrospectiva y como «Maastricht II», considera que la sentencia se construye desde una teoría general del Estado muy alemana pero ya desfasada. Para el autor, el TFCA no ha tenido en cuenta el debate doctrinal que siguió a la sentencia Maastricht. Por ese motivo, sigue anclado en una concepción obsoleta del Estado y de la soberanía y ha perdido la oportunidad de intervenir en el debate europeo desde la «razón constitucional» en lugar de hacerlo desde la «razón estatal» de Alemania. También considera cuestionable el concepto de democracia que utiliza el tribunal, centrado en la democracia representativa y poco consciente de la función de protección de las minorías que actualmente incorpora. Critica igualmente la minusvaloración que el TCFA realiza de la ciudadanía de la Unión así como el concepto de identidad constitucional que maneja el tribunal. Para el autor, en todo caso, el TCFA no puede arrogarse la condición de garante único de la identidad constitucional alemana. En última instancia, la sentencia contradice el proceso evolutivo de constitucionalización de Europa y permanece anclada en una teoría del Estado retrospectiva en lugar de recurrir a una teoría constitucional europea que, debe reconocerse, no podrá ser desarrollada unilateralmente sino elaborada por representantes de las 27 comunidades científicas. En definitiva, la unidad jurídica europea en la «diversidad» no se verá fortalecida sino puesta en peligro por la sentencia Lisboa.

Palabras Clave: *Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia Lisboa, Soberanía estatal, integración europea, Derecho constitucional europeo.*

Abstract:

The Author gives a commentary, from a critical point of view, about the Lisbon Decision of the Federal Constitutional Court (FCC). He begins by taking into account the controversy provoked by the Decision in Germany both on the doctrinal and political levels. After that he goes on to point out the positive and negative profiles of the Decision. Referring to the positive aspects he mentions the consideration of comparative Law, the inference of the democracy principle from human dignity, the invocation of the «European common» constitutional traditions and the use of the concept of «responsibility for integration» among other questions.

Referring to the negative aspects —which leads him to define the Decision as a retrospective one and as «Maastricht II»— the author considers that the decision is

constructed in relation to a general theory of the State, which is very Germanic but outdated. According to the author, the FCC does not take into account the doctrinal debate that provoked the Maastricht Decision. Because of that, the FCC remains anchored in an obsolete notion of State as well as sovereignty, and as a result, it has lost the opportunity to intervene in the European debate using German «constitutional reason» instead of German «state reason». He also considers that the concept of democracy used by the Court, based on the representative democracy, is questionable and that the Court is not conscious of the function that democracy includes today in relation to the protection of minorities. The author criticizes likewise the underassessment that the FCC produces of the citizenship of the Union as well as the concept of constitutional identity used by the Court. According to the author, nevertheless, the FCC cannot assume the position of sole incumbent for guaranteeing German constitutional identity. At last the Decision contradicts the evolutional process of constitutionalization of Europe and remains anchored to a retrospective theory of State instead of using a European constitutional theory that cannot be unilaterally developed, but rather elaborated by the 27 scientific communities of Europe. In sum, European juridical unity in its diversity will be not strengthen but endangered by the Lisbon Decision.

Keywords: *Federal Constitutional Court of German, Lisbon Decision, State Sovereignty, European integration, European Constitutional Law.*

Legislación

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN EUROPEA

M.ª LUISA BALAGUER CALLEJÓN *

SUMARIO:

1. DECISIÓN DE LA MESA DEL PARLAMENTO EUROPEO POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS DIPUTADOS AL PARLAMENTO EUROPEO
2. INFORME DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO
3. CRISIS ECONÓMICA Y EMPLEO
4. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES QUE EJERCEN UNA ACTIVIDAD AUTÓNOMA, Y POR LA QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 86/613/CEE

1. DECISIÓN DE LA MESA DEL PARLAMENTO EUROPEO POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS DIPUTADOS AL PARLAMENTO EUROPEO

La actividad legislativa de la Unión Europea ha sido importante en el período de julio a diciembre de 2009. Destacaremos por la importancia que internamente tiene para la propia configuración de las instituciones europeas, la normativa referente al status jurídico de los Diputados del Parlamento Europeo.

Con fecha 13 de julio de 2009 se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea la Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo por la que

* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

ReDCE. Año 6. Núm. 12. Julio-diciembre/2009. Págs. 433-444.

se establecen medidas de aplicación del Estatuto de los diputados al Parlamento Europeo. Estas medidas son el complemento de la Decisión del Parlamento Europeo de 28 de septiembre de 2005 sobre la adopción del Estatuto de los Diputados al Parlamento Europeo.

El Estatuto de los Diputados al Parlamento Europeo se adopta por Decisión del Parlamento de 28 de septiembre de 2008, con la forma jurídica de Reglamento del Parlamento, al amparo del art. 199, 1 del Tratado, que le permite regular sus propias cuestiones internas. El objeto del Estatuto lo constituye la regulación de las condiciones generales del ejercicio de sus funciones, (art. 1) y no el reconocimiento de sus derechos y obligaciones que es objeto de regulación estatal.

El art. 2 proclama la libertad e independencia de los diputados, la no sujeción a mandato imperativo, su sola vinculación a su independencia y libertad. Cualquier transacción de renuncia o declaración en blanco impuesta por un partido político a sus diputados será considerada nula y jurídicamente no vinculante.

El derecho fundamental de representación política comprende el de la iniciativa parlamentaria, que no puede ser vaciado por el Reglamento, al dictar las normas de funcionamiento de la institución parlamentaria. Junto al derecho de iniciativa, el de información, en la medida en que es esencial para el conocimiento de los intereses políticos legítimos del derecho de representación, que debe ser facilitado de la manera mas amplia posible. A su vez, un derecho instrumental para ese conocimiento es la garantía del multilingüismo, que en la medida en que se vaya ampliando la Unión Europea debe ir ampliándose con las lenguas de los nuevos Estados.

Finalmente, el derecho a una asignación económica para el ejercicio digno de la función parlamentaria. La cuantía de esta asignación ha de tener en cuenta algunos elementos de diferenciación respecto de otras funciones de parecida naturaleza. Así, en la medida en que se financia a través de la Unión Europea, ha de tributar en beneficio de la Comunidad, pero como quiera que también estas personas mantienen un vínculo con su Estado, deben aplicarse a esas asignaciones disposiciones de derecho fiscal nacional. No así en lo que se refiere a los partidos políticos en su régimen de financiación, que no deberán detraer de esas cantidades, partidas para sus propios fines.

Las asignaciones que deben abonarse a los parlamentarios europeos lo serán por los siguientes conceptos: asignación propiamente dicha, indemnización transitoria, y pensiones de jubilación, invalidez y supervivencia. Las asignaciones lo son por el período de actividad parlamentaria, las indemnizaciones por los períodos que median entre la finalización del mandato parlamentaria y el inicio de una nueva actividad profesional por parte del representante, y está, por tanto, supeditada a que se inicie realmente la actividad, por lo que en tal caso dejará de percibirse. Expresamente se detalla que cuando se tome posesión de un cargo público, se dejará de percibir.

En cuanto a la pensión de jubilación se sitúa en los 63 años, y será conciliable con una pensión estatal, en función de lo legislado por cada Estado. Las prestaciones por supervivencia serán, asimismo, compatibles con otros ingresos del cónyuge supérstite.

En prestaciones por enfermedad se tendrá en cuenta la situación particular de cada representante, al objeto de subvenir a asistencia sanitaria y otras prestaciones derivadas de enfermedad, aún después de concluido el mandato, si la situación de enfermedad persiste.

Hay también un capítulo de gastos, que puede ser percibido a tanto alzado, si se trata de gastos efectivamente realizados y comprobables.

El articulado de esta Decisión, 30 artículos, fija, por tanto, las condiciones del ejercicio de las funciones de los parlamentarios, conforme a estos principios: libertad, independencia, irrenunciabilidad por pacto, no sujeción a mandato imperativo alguno, derecho de propuesta e iniciativa individual, derecho de información, derecho a usar y obtener información en la propia lengua, y derecho de organización en grupos políticos, para la articulación y la agregación de los intereses políticos.

En lo económico, derecho de retribución, obligación impositiva a la Comunidad y al Estado miembro, pero evitando la doble imposición, derecho a prestaciones sociales, prestaciones a favor de familiares, (orfandad y viudedad), y a un seguro médico. Derecho a reintegro de los gastos ocasionados con motivo de su cargo, entre los que figuran los viajes, y algunos gastos que se conceptúan a tanto alzado. Igualmente, pueden contar con personal colaborador, que serán subvencionados por el Parlamento, y equipos de oficina y vehículos oficiales.

Este Estatuto tenía posdatada su vigencia hasta la composición del Parlamento iniciada en el año 2009. Y en este período de tiempo se configura una norma complementaria, la Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo, por la que se establecen medidas de aplicación del Estatuto de los Diputados al Parlamento Europeo.

En esta norma se explicitan todas aquellas medidas adoptadas en materia de asignaciones.

Lo primero que llama la atención de esta Decisión, es la escasa utilización de un adecuado lenguaje de género. Y ello porque la propia Comunidad en su momento recomendó la utilización del lenguaje de género en los textos del Parlamento [1]. Sin embargo, ni siquiera en la referencia a las personas diputadas al Parlamento, objeto directo de esta regulación, se tie-

[1] El Informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo, aprobado por el Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad de 13 de febrero de 2008, considera que el lenguaje debe ser neutral en cuánto al género, lo que exige la evitación de opciones léxicas que puedan interpretarse como sesgadas, discriminatorias o degradantes. Un reflejo de la exigencia de igualdad de género es la utilización adecuada del lenguaje de género. Aconseja por ello que los documentos parlamentarios sean respetuosos con esa exigencia, no solamente como medio de trabajo, sino como legislador europeo. Analiza como en la generalidad de las lenguas europeas, el masculino es inclusivo de ambos sexos, mientras que el femenino es exclusivo porque comprende solamente el sexo femenino. Contiene orientaciones específicas orientadas a la lengua oficial de cada Estado, como la utilización de sustantivos genéricos y colectivos, en la medida en que el genérico es indiferenciado, frente al sustantivo singular, que usado en masculino invisibiliza a las mujeres. En algunos casos, la perífrasis permite que no se mencione directamente al colectivo en masculino, y se denomine al grupo, (persona que ejerce la medicina). Otras veces, se debe hacer una construcción metonímica para evitar el sexismo, o el imperativo, la forma pasiva, la estructura del «se» impersonal, o las formas no personales o la omisión del determinante para los sustantivos. Respecto del vocablo «hombre» considerado por algunos sectores como comprensivo de la raza humana, el Informe recomienda que se evite, usando en su lugar la «humanidad» o «las personas». Especial importancia adquiere el lenguaje de género en los cargos públicos, después de la masiva incorporación de las mujeres a la política, lo que demanda un lenguaje que cuándo menos anteponga el artículo femenino al cargo, (La fiscal). El último consejo en las fórmulas de tratamiento, es aconsejar el uso de la palabra «señora» a las mujeres solteras, en lugar de «señorita».

ne en cuenta que también se está legislando para las mujeres diputadas al Parlamento de Europa.

Independientemente de esa consideración, que puede considerarse una mera cuestión temporal, en cuanto el documento se prepara paralelamente al informe del lenguaje no sexista, el contenido también presentará algunas cuestiones altamente insatisfactorias en cuánto a la transversalidad de género, sobre todo en la ausencia de regulación de la maternidad y las situaciones que en materia de representación tiene de repercusión directa esta situación. En ese sentido, está menos justificado que en unos momentos en los que las legislaciones estatales, y en algunos casos como en España, también las autonómicas, se están acometiendo reformas importantes en materia de sustituciones parlamentarias en la representación por ausencia de los titulares, no solamente en materia de maternidad, sino de enfermedades o licencias de conciliación de la vida familiar y laboral, esta norma, que debería marcar las pautas para las legislaciones nacionales en la materia, las ignore tan claramente. Solamente en el art. 3, bajo el erróneo título de «enfermedad», se regula el reembolso de los costes de enfermedad, a las personas que incurran a raíz de una enfermedad, embarazo o nacimiento de un hijo. La ubicación del embarazo en el título relativo a enfermedad es un calificativo desterrado desde hace tiempo de la terminología jurídica de cualquier Estado medianamente progresista.

Se limita por tanto este texto a las medidas de aplicación de la normativa de 2005. El Título I regula las asignaciones de los diputados, desde la fecha de su entrada en funciones hasta la del último día del mes en que las finalizan. Esa asignación será deducible en su caso de las que se percibieran en otros parlamentos, y en la medida en que sean percibidas. A tal fin, se obliga a los diputados a efectuar una declaración de intereses económicos. La inexistencia de un régimen de seguridad social en el ámbito europeo, determina la regulación de un contrato de seguro para los diputados, en condiciones de amplia cobertura en asistencia social y prestaciones. Igualmente, en caso de robo, de pérdida y de todo tipo de gastos médicos.

La asistencia a lugares derivados de la función parlamentaria tiene asimismo una amplia cobertura económica, al tratarse del contenido propio del ejercicio del derecho, por lo que se subvencionan todos los viajes, dietas, estancias, gastos de transporte, y cualesquiera otros.

En la regulación de las dietas, vuelve a aparecer un nuevo contenido acerca de las ausencias de las mujeres parlamentarias en íntima conexión con el de enfermedad, para el devengo de las dietas. La diputada deberá presentar un certificado médico, en el que conste la fecha prevista para el parto, y estará dispensada durante 6 meses de la asistencia a las reuniones oficiales del Parlamento.

El resto del articulado tiene menor importancia en el plano jurídico y se refiere a los aspectos puramente económicos y su tramitación: posibilidad de un contrato de trabajo para asistencia a los diputados, requisitos para el cobro de los gastos, dotación de bienes materiales, y procedimiento de tramitación de las pensiones.

2. INFORME DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO

El Informe que cada año edita la Comunidad Europea en cumplimiento del mandato de promoción de la igualdad de género, contribuye a desarrollar las políticas de género de la Unión, al tiempo que permite un análisis cuantitativo y cualitativo del momento en el que se encuentra el nivel de desigualdad de género en los diferentes aspectos de la realidad social, fundamentalmente laboral y política. Ese condicionamiento de la agenda política de la Unión es tanto más efectivo cuanto que permite ver el reflejo de las políticas de igualdad de los diferentes Estados miembros, que pueden a su vez comparar año a año la situación por la que atraviesan.

El Informe de la Comisión se comunica al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Consta de una introducción, dos capítulos y unas conclusiones.

En la introducción, se analiza la situación en la que se produce el Informe. A petición del Consejo Europeo, y en cumplimiento del Acuerdo del Pacto Europeo para la Igualdad de Género, aquí se da cuenta ya de la dimensión fundamentalmente laboral del Informe en el sentido de considerar sobre todo que los avances de la mujer en este campo han sido más que relativos, muy inferiores a los deseos de igualdad de los Estados, y además frenados en 2008 por la crisis global económica, que ha desacelerado la economía en términos generales.

Se señalan como factores a considerar: que los estereotipos de género subsisten, que no se corresponde el nivel educativo de las mujeres con su posición en el mercado de trabajo y que la igualdad forma parte de las exigencias del modelo de desarrollo de las sociedades actuales.

En el primer capítulo se señalan los principales avances. Siendo la igualdad entre mujeres y hombres un objetivo de la Unión, su cumplimiento debe pasar por una incorporación progresiva al mercado laboral de las mujeres. El objetivo de Lisboa es que antes de 2010 el empleo de las mujeres esté en la tasa del 60 por ciento, lo que en términos generales está a punto de cumplirse, (58.3 por ciento), pero con ostensibles diferencias entre los Estados miembros. Ahora bien, este empleo además está caracterizado por una importante precariedad y parcialidad, (el porcentaje de trabajadoras a tiempo parcial es cuatro veces mayor que el de los hombres). Y esta situación obedece fundamentalmente al hecho de la maternidad de las mujeres y la desigual distribución de las cargas de trabajo. La conciliación en el mundo laboral, constituye así en el principal factor de discriminación de las mujeres, ahora que su formación está perfectamente equiparada, y aún sobrepasa porcentualmente a la de los hombres.

La maternidad se erige en el factor central de discriminación de las mujeres de carácter objetivo y condicional, en la medida en que, a diferencia de los factores educacionales, o los estereotipos sociales, que permiten a las mujeres su propia superación personal, en el caso de la maternidad, son los hijos los que se convierten en obstáculos insuperables para el acceso al mercado de trabajo, porque las mujeres no tienen aquí la posibilidad de tomar decisiones personales, al estar vinculadas a ellos sin soluciones por parte de sus parejas o del Estado.

Junto al factor condicionante de la maternidad, se señala la dificultad de acceso a puestos de responsabilidad, lo que no permite a las mujeres la superación profesional o personal. Permanece una importante segregación en algunas profesiones, tanto en lo que se refiere a la imposibilidad de acceso de las mujeres, como por el monopolio en el que éstas se integran, sobre todo aquellas relacionadas con servicios de prestación social, como si se considerara que a las mujeres pertenece para siempre la ética del cuidado de la sociedad.

En relación con el incremento de mujeres en la actividad política, reseña el informe que el progreso es muy lento, en cifras que según los países oscilan entre el 9 y el 46 por ciento, igual que en el incremento de mujeres ejecutivas que oscila entre el 3 por ciento en puestos de dirección y el 30 en puestos ejecutivos.

El informe considera que las posibilidades de superar esta situación se contienen en un mayor desarrollo del cumplimiento por parte de los Estados de las Directivas en materia de igualdad, e insta a que ese desarrollo se produzca. También cifra su esperanza en el desarrollo del Instituto Europeo de la Igualdad de Género, cuyo funcionamiento facilitará asistencia técnica para la igualdad.

El capítulo 3 lo constituyen un conjunto de retos y orientaciones estratégicas. En primer lugar, el equilibrio entre la vida personal y familiar, que en estos momentos recae casi exclusivamente sobre las mujeres. Para ello han de proponerse medidas que faciliten a los hombres las excedencias y reducciones de jornadas para su integración en el ámbito familiar. Desarrollar la legislación de protección de la maternidad y el trabajo de las mujeres autónomas, y servicios de cuidado de personas asistidas.

En lo social la eliminación de los estereotipos, sobre todo en la infancia y en la juventud, a través de una publicidad y unos medios de comunicación respetuosos con estos valores de igualdad.

Y en lo político, con una legislación de igualdad participativa de las mujeres en la política.

Las conclusiones del informe consisten en que debe haber un compromiso político de negociación y desarrollo de la agenda política de la igualdad, con medidas de negociación y legislación que faciliten el desarrollo de la igualdad.

En realidad, este informe, como en general los que abundan en el desarrollo de la igualdad de género, efectúan análisis muy correctos de las causas de la desigualdad de género, pero en las propuestas concretas se avanza relativamente poco para conseguir esos objetivos de igualdad. La protección de la maternidad, la integración de la mujer en la política y la erradicación de los estereotipos, en su fase de análisis se muestran muy claros en cuanto son elementos imprescindibles para conseguir la igualdad. Sin embargo, los procesos que llevan a la igualdad, exigen prácticas

sociales sobre las que los poderes públicos tienen de hecho muy poco control. Así, el fomento de estereotipos de igualdad, choca con una legislación completamente permisiva de la publicidad que sostiene estereotipos de género, y en general los medios de comunicación permanentemente refuerzan imágenes, no ya conservadoras de esa desigualdad, sino claramente regresivas de la imagen de las mujeres en las sociedades actuales, de manera que de no cambiar las legislaciones en otro sentido, la mera afirmación en el momento del análisis no tendrá ninguna efectiva. Igualmente ocurre con los sistema educativos, que de manera sistemática siguen reproduciendo el sistema de roles diferenciado entre sexos.

Es importante, por tanto, superar ya los momentos de los análisis, que son incontrovertidos, repetitivos y nada cuestionables, para abordar la cuestión práctica de eliminar los obstáculos que impidan la consecución de la igualdad.

3. CRISIS ECONÓMICA Y EMPLEO

Una preocupación constante en la Unión Europea es todo aquello que se refiere a la creación de empleo, pero aún más en estos años en los que la crisis económica afecta sin excepción a todos los Estados de la Unión. De ahí las Recomendaciones del Consejo que se publican en el Diario Oficial el 15 de julio de 2009, referentes a la actualización en 2009 de las Orientaciones Generales de Política Económica de los Estados miembros y de la Comunidad, y a la ejecución de las políticas de empleo de los Estados miembros.

La Recomendación del Consejo para la actualización de las Orientaciones Generales de Política Económica, proviene de 2005, cuando se planificó la orientación de cada Estado concreto para tres años. Para ese periodo se determinaron cuatro áreas de actuación prioritarias: innovación, entorno empresarial, posibilidades de empleo, y política energética y de infraestructuras. Pasados estos tres años, el Consejo realiza consideraciones específicas para cada uno de los Estados, integrando en ellas las formulaciones del Plan de Recuperación Económica de 2008. Este Plan considera necesario un estímulo presupuestario, una aceleración de las re-

formas estructurales, y un estímulo de los mercados laborales mediante a cualificación profesional.

Por lo que hace referencia al Estado español, se considera que nuestra economía está ralentizada desde 2008 y con incremento de esa situación en 2009. La causa inmediata de esa situación está en la crisis del sector de la construcción, y de la crisis financiera global, que ha generado la restricción crediticia. Un alto nivel de pérdida de puestos de trabajo, que afecta sobre todo a jóvenes e inmigrantes, en un tramo de edad de 25 a 45 años. Las medidas que el Gobierno ha adoptado en el sector financiero pueden fortalecer al conjunto de la economía, así como las de inversión en obra pública.

Las recomendaciones que la Unión Europea formula para España son: la transición rápida al mercado laboral, fomentando la movilidad y mejorando la capacitación profesional, que debe facilitar la flexibilidad del mercado laboral, la aplicación efectiva de las reformas, y la mejora de la competitividad.

4. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES QUE EJERCEN UNA ACTIVIDAD AUTÓNOMA, Y POR LA QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 86/613/CEE

El Comité responde aquí a una consulta formulada por el Consejo en relación con la Propuesta de Directiva sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, en el ejercicio de la actividad autónoma. El Comité responde con una actitud muy crítica hacia la propuesta, considerando que no se han tenido en cuenta los principales problemas con los que se encuentran las mujeres que ejercen la actividad laboral autónoma. La Propuesta pretende sustituir a la Directiva 86/613/CEE sobre la base de la necesidad de afrontar la situación de maternidad de las mujeres autónomas, objetivo que el Comité considera excesivamente limitado. Los problemas que presenta la actividad laboral autónoma para las

mujeres exceden de la situación en la que se encuentran en la seguridad social y las prestaciones por maternidad. El problema abarca multitud de situaciones relacionadas con la sustitución laboral para la continuidad de la empresa, habida cuenta que estas mujeres no pueden optar a un permiso de larga duración, porque pueden perder importantes transacciones comerciales en ese período de tiempo. La falta de planificación pormenorizada en este tipo de empresas, debe conciliarse con la recuperación física en el embarazo y la tutela de la persona recién nacida. Considera el Comité que es aquí donde debe cifrarse el interés de la Propuesta de Directiva, en la protección del futuro de la empresa, y no tanto en la protección social de la mujer embarazada. Para ello se formulan algunas soluciones interesantes, como la que se refiere al cónyuge colaborador, cuya contribución al desarrollo empresarial puede ser importante. Podría pensarse en una protección social al cónyuge colaborador para incentivar su participación en la empresa, de manera que pudieran cubrirse los tiempos de ausencia de la titular.

También aconseja la posibilidad de los permisos paternales en los casos de maternidad para que también los padres contribuyeran al desarrollo profesional de las mujeres, facilitando que esa ausencia del mercado sea lo más reducida posible en relación con las posibilidades de mantenimiento de la actividad empresarial.

También se abunda en la necesidad de que la nueva Directiva regule la sustitución de la madre empresaria autónoma, por una persona que pueda garantizar la continuidad empresarial, y al apoyo que los Estados podrían prestar en tal sentido.

Resumen:

Esta crónica de legislación europea destaca cuatro sectores concretos de la actividad legislativa desarrollada por diversas instituciones europeas durante el segundo semestre de 2009. En primer lugar, por la importancia que tiene para la configuración interna de las instituciones europeas, se analiza la normativa referente al estatus jurídico de los diputados del Parlamento Europeo a partir de la Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo donde se contienen medidas para la aplicación del Estatuto de los diputados al Parlamento europeo. En segundo lugar, se exponen los contenidos del Informe de la Comunidad Europea en materia de igualdad de género correspondiente a este año mediante el cual se efectúa un análisis cuantitativo y cualitativo muy correcto de las causas de la desigualdad entre mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de la realidad social, laboral y política. En tercer lugar, se

destaca la Recomendación del Consejo de actualización para 2009 de las Orientaciones Generales de Política Económica de los Estados miembros y de la Comunidad y la ejecución de las políticas de empleo de los Estados miembros. Por ultimo, ha sido objeto de análisis el Dictamen del Comité Económico y Social europeo crítico con la propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad laboral autónoma, debido al limitado alcance de la misma.
Palabras Clave: *Legislación europea, estatuto jurídico de los diputados del Parlamento europeo, igualdad de género, política económica y empleo.*

Abstract:

This chronicle of European legislation presents four specific areas of the legislative activity, developed by different European institutions during the second semester of 2009. Firstly, for the importance into the internal configuration of the European institutions, this paper analyzes the regulations regarding the legal status of the Deputies of the European Parliament, beginning with the Decision of the Table of the European Parliament, which states measures to implement the Status of the European Parliamentary Deputies. Secondly, it explains the contents of the Reports of the European Community concerning gender equality for this year, with which it makes a very correct quantitative and qualitative analysis, of the causes of inequality between men and women in social, working and political aspects of life. Thirdly, it analyzes the Council's Recommendation for 2009 concerning the General Orientations of the Economic Policy Member States and the Community and the implementation of the policy of employment of the Member States. Finally, it analyzed the Opinion of the European Economic and Social Committee that has criticized the proposal of the Directive of The European Parliament and the Council concerning the application of the equality of treatment between men and women that work autonomously, for its limited importance.
Keywords*: European Legislation, Legal Status of the Members of the European Parliament, gender equality, economic and employment policies.*

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.

ISSN: 1698-4889

9 771698 488005

www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica