



www.jsta.deandalucia.es/institutoadministracionpublica

18

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO



INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**REVISTA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
EUROPEO**

Número 18. Julio-diciembre de 2012



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT ZEITSCHRIFT
RIVISTA DI DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO
REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL EUROPEU
EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW
REVUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN
REVISTA DE DRET CONSTITUCIONAL EUROPEU
EUROPAKO KONSTITUZIO ZUZENBIDEAREN ALDIZKARIA
REVISTA DE DEREITO CONSTITUCIONAL EUROPEO

18

Año 9, número 18, julio-diciembre de 2012

Distribución territorial del poder,
integración supranacional y globalización

Universidad de Granada
Instituto Andaluz de Administración Pública

CONSEJO DE DIRECCIÓN

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

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

José Antonio Montilla Martos

SECRETARIOS ADJUNTOS

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

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

Ángel Rodríguez
José Manuel Martínez Sierra
Adoración Galera Victoria
María Dolores Martínez Cuevas

Augusto Aguilar Calahorra
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
Susana Ruiz Tarrías

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 Noguera
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 Duthéil 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 Liórente
Helmuth Schulze-Fielitz
Eduardo Virgala 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
Martín 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 Ferriz
Alejandro del Valle Gálvez

EDITA

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de Publicaciones en materia
de Administraciones Públicas

Dirección postal y electrónica

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

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

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

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

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

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

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

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

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 9, número 18, julio-diciembre de 2012

**Distribución territorial del poder,
integración supranacional y globalización**

SUMARIO

PRESENTACIÓN	9
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
ESTUDIOS	
Del estado absoluto al supranacional e internacionalmente integrado	19
ANTONIO TORRES DEL MORAL	
Los Tribunales Constitucionales en los Estados federales y regionales	43
DIAN SCHEFOLD	
Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea.	55
SILVIO GAMBINO	
Un paso en falso (Análisis de la Ley 38/2010, de 20 de diciembre)	95
FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA	
La nueva gobernanza económica europea y el papel de los parlamentos nacionales	131
ANTONELLA SCIORTINO	
Integración supranacional y derechos fundamentales. El caso de las uniones homosexuales	165
LAURA LORELLO	

El desarrollo de la supranacionalidad: algunos apuntes	199
LUIS PEREIRA COUTINHO	

ARTÍCULOS

La justicia constitucional y el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales	217
PAOLO RIDOLA	
La evolución del principio unitario en Italia: desde la Unificación hasta la República	249
GIANCARLO ROLLA	
Derechos fundamentales e internet: nuevos problemas, nuevos retos	275
RAMÓN M. ORZA LINARES	

PERFILES/NOTICIAS

Noticia de las Jornadas sobre la Constitución europea, celebradas el 14 y 15 de marzo de 2012 en Granada	339
DIAN SCHEFOLD	

TEXTOS CLÁSICOS

La transformación del concepto de soberanía	345
HANS KELSEN	

JURISPRUDENCIA

El uso de la historia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	361
ANDREA BURATTI	
Más allá de «Lissabon urteil»: la saga de las «jubilaciones eslovacas» y la aplicación del «ultra vires review» según el juez constitucional checo	395
FAUSTO VECCHIO	

LEGISLACIÓN

Crónica de legislación europea	403
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN	

FORO

- Algunas tesis sobre el presente y el futuro de Europa: una aportación al debate 423
PETER HÄBERLE

NOTICIAS DE LIBROS

- Francisco Balaguer Callejón, «La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico», Bari, Cacucci Editore, 2012 431
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
- Sabrina Ragone, «El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos», Porrúa, México, 2012 435
ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ
- Angelo Schillaci, «Diritti fondamentali e parámetro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti», Jovene Editore, Napoli, 2012 439
AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO

Presentación

En la Presentación del número 17 de la ReDCE decíamos que el mayor problema que se planteaba a los Estados que están sufriendo la crisis del Euro era la necesidad de colocar deuda soberana a unas tasas de interés insostenibles, como consecuencia de la inactividad del Banco Central Europeo, generando así sacrificios económicos y políticas de austeridad que no contribuyen a reducir la deuda pública sino a aumentar los beneficios de los especuladores. Esta penalización específica, generada por la incorporación a la Zona Euro, ha sido corregida en parte por el BCE desde entonces y —especialmente desde las declaraciones de su Presidente Mario Draghi en julio de 2012, en el sentido de que haría todo lo que fuera necesario para salvar al Euro— la situación ha mejorado sensiblemente hasta el punto de que se da ahora por sentado que el Euro se ha librado de lo que parecía una ruptura inminente, a pesar que eso no suponga el fin de la crisis económica ni la estabilización definitiva de la moneda europea.

Pese a este alivio importante, lo cierto es que la situación política de la UE se sigue deteriorando progresivamente como evidencia la dificultad para lograr un acuerdo sobre el Marco presupuestario para el período 2014-2020 en noviembre de 2012, que ha tenido que aplazarse hasta comienzos del 2013. Todavía más problemática es la sensación extendida de un fuerte desequilibrio interno de poder que está conduciendo a un protagonismo excesivamente orientado hacia la capacidad económica de los Estados miembros. En particular la presencia cada vez más intensa de Alemania en el debate público europeo está generando una distorsión importante de la imagen de la Unión.

No se trata sólo de la posición del ejecutivo alemán, y en particular de su canciller, sino de una tendencia creciente a considerar que las decisio-

nes de todo tipo y hasta el control de las decisiones, dependen en última instancia de las instituciones alemanas y no de las europeas. Ocurre por ejemplo con el Bundesbank, que se ha configurado como una especie de contrapoder del Banco Central Europeo en la definición de la política monetaria a seguir para afrontar la crisis del Euro. Lo mismo puede decirse del Tribunal Constitucional Federal Alemán en relación con el TJUE: Si uno compara la relevancia pública que ha tenido la decisión del primero relativa al MEDE con la del segundo, podemos darnos cuenta de hasta qué punto la voz de un tribunal nacional está teniendo mayor alcance que la de la primera institución jurisdiccional europea.

Naturalmente, nadie le puede negar a ningún país de la Unión Europea su derecho a intervenir en el espacio público europeo defendiendo sus posiciones nacionales. Pero, la percepción asentada hoy en Europa, sea justa o no, es la de que toda la política europea depende de Alemania, de manera que, por ejemplo, los impulsos a esa política no tienen nada que ver con el Parlamento Europeo sino con la fecha de las elecciones legislativas en Alemania. Sabíamos ya que la intervención del Parlamento Europeo en la definición de la política europea no es equivalente a la de los parlamentos nacionales en la política estatal. Pero el déficit democrático que suponía la ocupación del espacio público europeo por los Estados a través del Consejo se ampliará de manera considerable si el Consejo se limita a formalizar las decisiones adoptadas previamente por un solo país europeo, por importante que éste pueda ser.

No deja de ser sorprendente y paradójico, desde una perspectiva europeísta, el extremo celo que el TCFA ha puesto, con toda razón, en el reforzamiento de los controles democráticos internos en los asuntos europeos (del que da cuenta el artículo de Antonella Sciortino que publicamos en este número de la Revista) y el escaso interés que manifiesta, por el contrario, en el progresivo debilitamiento democrático de las instituciones europeas. Es un error pretender construir Europa desde cualquier espacio público nacional ya que, como muy bien dice el Profesor Häberle, por referencia a las políticas europeas para resolver la crisis económica actual —en el trabajo que incorporamos a este número de la Revista y con el que inauguramos una nueva sección de debate— «la Alemania europea (T. Mann) tiene que hacer frente a la crisis de común acuerdo con la España europea y con los otros Estados miembros de la Unión».

Con ese espíritu, como siempre, hemos elaborado este número de la ReDCE, en el que participan voces autorizadas de diversos países europeos: Alemania, España, Italia y Portugal. En la sección de Estudios, se contienen

básicamente las ponencias de las IX Jornadas sobre la Constitución Europea, celebradas en Granada los días 14 y 15 de marzo de 2012, bajo el título: «Distribución territorial del poder, integración supranacional y globalización en el contexto de la crisis económica». Comenzando con el sugerente recorrido histórico que diseña Antonio Torres del Moral en la exposición que sirvió de introducción general a las Jornadas: «Del Estado Absoluto al Supranacional e internacionalmente integrado». Sigue el trabajo de Dian Schefold sobre «Los Tribunales Constitucionales en los Estados federales y regionales» que bien podría servir de referente para el análisis de algunas de las temáticas debatidas en los últimos tiempos en relación con nuestro Estado Autonómico. Incorporamos también en esta sección el estudio de Silvio Gambino, sobre «Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea», en el que resalta la necesidad de fundamentar sobre valores constitucionales el proceso de integración y de promover una adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Unión. En perspectiva más cercana a nuestro país se sitúa el trabajo de Javier Matía, titulado «Un paso en falso (Análisis de la Ley 38/2010, de 20 de diciembre)» en el que analiza con una perspectiva crítica tanto el funcionamiento de la Comisión Mixta para la Unión Europea como especialmente la reforma operada por medio de la Ley 38/2010, de 20 de diciembre, que modifica a la Ley 8/1994, de 19 de mayo. Con una visión muy vinculada a la actual crisis y a las determinaciones financieras que condicionan la labor de los parlamentos nacionales, el trabajo de Antonella Sciortino, «La nueva gobernanza económica europea y el papel de los parlamentos nacionales» ofrece un análisis profundo, al tiempo que una llamada a la necesidad de explorar nuevas vías y diseñar formulaciones que permitan restablecer el equilibrio entre parlamentos y gobiernos. El último estudio que procede de las Jornadas anteriormente reseñadas aborda una temática de especial actualidad, especialmente en España, donde se ha producido recientemente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional validando la plena constitucionalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo: se trata de la interesante ponencia de Laura Lorello sobre «Integración supranacional y derechos fundamentales. El caso de las uniones homosexuales». A los trabajos anteriores se une el del Profesor de la Universidad de Lisboa Luis Pereira Coutinho, sobre «El desarrollo de la supranacionalidad - algunos apuntes», relacionado también con la temática de las Jornadas que, frente a la incapacidad de los Estados para hacer frente a los procesos de globalización, se manifiesta a favor del desarrollo de la supranacionalidad como posibilidad efectiva, que debe superar necesaria-

mente los esquemas meramente intergubernamentales basados en la lógica de la articulación de los intereses nacionales.

En la sección de artículos, el primero de ellos, de Paolo Ridola, sobre «La justicia constitucional y el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales», tiene su origen en la ponencia aportada al congreso en Honor del ilustre jurista brasileño Gilmar Mendes, celebrado en Natal en abril del 2012. Entre las muchas aportaciones que realiza el Profesor Ridola en este trabajo podríamos destacar la idea central de que las constituciones sólo podrán conservar su función como instrumentos esenciales de limitación del poder, en una época dominada por poderes transnacionales ante los cuales están cada vez más indefensas, si los procesos de constitucionalización trascienden los límites de los Estados. Sigue el del Profesor Giancarlo Rolla acerca de «La evolución el principio unitario en Italia: desde la Unificación hasta la República», un análisis en perspectiva histórica en el que podemos ver, en la evolución última del regionalismo italiano, líneas comunes con los problemas que se plantean actualmente en el Estado Autonomo español, singularmente por lo que se refiere a la incidencia que el control del gasto público está teniendo en la distribución territorial del poder. Por último, el artículo de Ramón Orza Linares, Profesor de la Universidad de Granada, sobre «Derechos fundamentales e internet: nuevos problemas, nuevos retos» aborda, con una fundamentación muy sólida, una cuestión de gran interés y actualidad como es la de los derechos vinculados a las tecnologías de la información y la comunicación.

En la sección de Perfiles incorporamos, como hemos hecho en otras ocasiones, la noticia de un Congreso Internacional, elaborada por el Profesor Dian Schefold, las IX Jornadas sobre la Constitución Europea, celebradas en Granada los días 14 y 15 de marzo de 2012, bajo el título de: «Distribución territorial del poder, integración supranacional y globalización en el contexto de la crisis económica» que es también el de la parte monográfica de este número de la revista.

Como texto clásico, publicamos el de Hans Kelsen, sobre «La transformación del concepto de soberanía». Si alguien tiene alguna duda sobre la actualidad del pensamiento de Kelsen, quizás pueda servirle para despejarla la lectura de este espléndido trabajo en la excelente traducción realizada por Miguel Azpitarte.

La sección de Jurisprudencia contiene dos trabajos, el de Andrea Buratti sobre «El uso de la historia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» y el de Fausto Vecchio: «Más allá de “Lissabon urteil”»: la

saga de las “jubilaciones eslovacas” y la aplicación del “ultra vires review” según el juez constitucional checo».

La crónica legislativa, elaborada por María Luisa Balaguer Callejón, incorpora la Legislación europea en el segundo semestre de 2012, con un gran número de normas sobre muy diferentes materias. Igualmente, se incluye en la crónica la Propuesta de Directiva dirigida a promover medidas para asegurar una representación equilibrada entre mujeres y hombres en los Consejos de Administración de determinadas empresas.

En noticias de libros se incluyen tres referencias. La preparada por Juan Francisco Sánchez Barrilao sobre mi libro *La proiezione della Costituzione sull’ordinamento giuridico*, Bari, Cacucci Editore, 2012. Igualmente, el de la monografía de Sabrina Ragone, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012, que ha realizado Enrique Guillén. Por último, la del libro de Angelo Schillaci, *Diritti fondamentali e parámetro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene Editore, Napoli, 2012, recensionado por Augusto Aguilar. Esta última obra —que tiene su origen en una brillante Tesis Doctoral que tuve el honor de codirigir con Paolo Ridola— fue presentada en la Facultad de Derecho de Granada el día 14 de diciembre de 2012.

Como se puede observar, a pesar de la crisis, nuestra Revista sigue creciendo, con la incorporación de nuevas secciones. La de Noticias de Libros se abrió en el número 17 y en este número 18 inauguramos otra sección, un Foro destinado a plantear las cuestiones esenciales que afectan al Derecho Constitucional Europeo en la actualidad. No podía tener mejor comienzo, a nuestro juicio, que el trabajo de Peter Häberle que se incluye en este primer Foro: «Algunas tesis sobre el presente y el futuro de Europa: una aportación al debate». No sólo por su alcance, sino también por lo que supone de expresión de solidaridad y de reafirmación de un compromiso europeo en su mejor sentido, alejado de los planteamientos economicistas y financieros dominantes y fundamentado en los valores de nuestra cultura constitucional común.

El hecho de que la Revista no sólo no se haya reducido en estos tiempos de crisis, sino que haya aumentado en sus contenidos y en su ambición de ofrecer una auténtica dimensión europea e incluso global desde la perspectiva de la autoría de los textos (la mayoría traducidos de otros idiomas) que publicamos, es obra del respaldo permanente que tenemos del Instituto Andaluz de Administración Pública y que debemos agradecer aquí. Como también, desde la propia Comunidad Autónoma de Andalucía, el del Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía «Andalucía, la Unión Europea y

el Estado Social» y el Proyecto de Investigación de Excelencia SEJ-4931: «Reformas estatutarias y desarrollo estatutario en el marco de la Unión Europea».

En el ámbito nacional, ese respaldo se debe a la Fundación Peter Häberle y al Proyecto de Investigación DER2010-19863: «Los Derechos Fundamentales en el contexto de un mercado único», mientras que en el europeo, a la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo y a la Cátedra Jean Monnet «ad personam» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Catedrático de la Universidad de Granada.
Catedrático Jean Monnet ad personam.

Estudios

DEL ESTADO ABSOLUTO AL SUPRANACIONAL E INTERNACIONALMENTE INTEGRADO

ANTONIO TORRES DEL MORAL *

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA LARGA MARCHA DE LA SOBERANÍA ESTATAL HASTA LA REVOLUCIÓN
3. LA APERTURA DEL ESTADO A ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y SUPRANACIONALES
4. ESTADO Y SOBERANÍA EN EL ORDEN EXTERNO
5. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Junto a expresar mi agradecimiento por haber sido invitado a estas Jornadas, diré que hablar en primer lugar me coloca en una posición difícil porque el encargo que he recibido es el de hacer un planteamiento general introductorio, que necesariamente se verá matizado e incluso objetado en sesiones sucesivas por los verdaderos expertos, que profundizarán sobre esta o aquella materia.

Haré primeramente una exposición más histórica que conceptual, aunque los conceptos siempre están presentes, tratando de ver cómo surge el Estado y cómo evoluciona hasta que, en la actualidad, se ve desbordado por arriba y por abajo, por fuera y por dentro.

Con la palabra Estado solemos designar lo mismo la forma política sobre la que teorizó Bodino que los actuales regímenes demoliberales. Puede hacerse así ya que algo en común tienen aquél y éstos, pero debemos tener muy presentes sus diferencias. El Estado inició su andadura en la historia

* Catedrático de Derecho Constitucional.

siendo monárquico, cuasi-patrimonial, absoluto, clausurado sobre sí mismo y asentado en una sociedad civil políticamente invertebrada.

- a) Era monárquico (o terminó por serlo) en el sentido más hondo de la expresión: no había más poder que el del Rey ni más legitimidad que la suya.
- b) Era cuasipatrimonial puesto que el señorío que el monarca ejercía sobre él se asemejaba al derecho de propiedad; el poder de imperio tenía mucho de dominio.
- c) Era absoluto porque el monarca era superior a la ley y no estaba vinculado por ella; al menos, eso esgrimía y conseguía una y otra vez, con la resistencia —sólo en ocasiones— de las llamadas leyes fundamentales del Reino.
- d) Era clausurado sobre sí mismo porque nació precisamente mediante la afirmación de su soberanía, esto es, de su poder supremo en el interior e independiente frente al exterior, en pie de (pretendida y a veces respetada) igualdad con el Imperio y con el Pontificado.
- e) Y se asentaba en una sociedad civil políticamente invertebrada dado que la realeza gobernaba, porque tenía poder suficiente para hacerlo (o, al menos, cuando lo tenía) ignorando las más de las veces los órdenes, estados y estamentos.

Mucho ha cambiado, por consiguiente, el Estado desde su emergencia hace varios siglos, aunque los haya que no han superado aún los rasgos referidos y otros que incluso los han acentuado.

2. LA LARGA MARCHA DE LA SOBERANÍA ESTATAL HASTA LA REVOLUCIÓN

Ese Estado de primer cuño giraba en torno a la soberanía. No es mi propósito en este instante hacer un estudio de la soberanía, estudio que está muy hecho. Únicamente trazaremos unos apuntes sobre su origen y evolución para mejor enmarcar el problema que enuncia el título del trabajo.

Hace más de medio siglo, Nicolás Ramiro Rico abrió su singular estudio sobre la soberanía con estas palabras: «No hay piropo que no haya regalado a la soberanía; no hay diatriba que no la haya afligido. Ensalzada por

unos, abucheada por otros, la soberanía, nacida en ocasión dramática, continúa enardecido los corazones de todos. Una de las causas de ello estriba en la mezcla de política y religión que enseñoreó el pensamiento político durante siglos, lo que hizo de la soberanía más objeto de la Teología que de la Teoría Política»¹.

«Nulla potestas nisi a Deo», rezaba la sentencia paulina², que nadie discutía o nadie se atrevía a hacerlo. Y, desde Carlomagno, emperadores y reyes ostentaron su poder «por la gracia de Dios». Por eso, cuando se encontraban en dificultades, buscaban en su legitimación por Roma un título que afianzara su dudosa posición. De este modo, emperadores y príncipes devenían vicarios de Dios, lo que, de un lado, reforzaba su posición, pero, de otro, ésta quedaba mediatizada a por el Pontificado³.

Así, pues, la soberanía ha tenido siempre, desde su ordo, dos direcciones. Nació precisamente así, de la existencia de dos frentes claramente distintos pero interdependientes:

- a) la lucha librada por las dinastías territoriales contra señores feudales, contra ciudades e incluso contra el estado llano⁴ por alcanzar o conservar la supremacía en ese territorio;
- b) la desatada por la independencia de ese poder interno respecto de poderes territorialmente más extensos, el Imperio y el Pontificado (la Cristiandad con sus dos brazos), que ostentaban títulos —o lo pretendían— de poder universal, de ser «señores del orbe»).

Las dos tensiones estaban entrelazadas puesto que, en tanto no se lograba una cierta independencia respecto de esos poderes «generales» con pretensiones planetarias o poco menos, difícilmente se podía conseguir la supremacía en el interior; y viceversa: mal se podía hacer frente al Imperio o al Pontificado si el poder interior no se asentaba sobre bases firmes, por-

¹ N. RAMIRO RICO, «La soberanía», *Revista de Estudios Políticos* (en adelante *RDP*), núm. 66, Madrid, 1952; posteriormente incluido en el volumen *El animal ladinio y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1980, pp. 119 ss., por donde cito.

² P. DE TARSO, *Epístola a los Romanos*, 13.

³ N. RAMIRO RICO, «La soberanía», ob. cit., pp. 120-121 y 125-126.

⁴ N. PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, p. 138.

que, en otro caso, los enemigos internos no dejarían de buscar apoyo en esos macropoderes.

Costó varios siglos conseguir la superación de este equilibrio inestable. Al decir de Hinsley, hasta entrado el siglo XVI pervivió la creencia de que la Corona se veía obligada a compartir el poder con las autoridades exteriores y que, en el interior, no estaba libre de obligaciones y vínculos⁵.

De otra parte, en la confrontación entre las dinastías territoriales con los pretendidos señores del orbe, aquéllas se decidieron por la ruptura: Francisco I entró en guerra con el emperador Carlos V en defensa de la soberanía de Francia; y poco después Enrique VIII declaró que Inglaterra era un imperio⁶. A la larga, el triunfo fue de las dinastías territoriales porque supieron aprovechar el dualismo Iglesia-Imperio para transferir constantemente su lealtad de la una al otro y viceversa. Y cuando se sintieron suficientemente fuertes requirieron para sí lo que había sido la nota distintiva de los dos grandes poderes: la soberanía⁷.

Por consiguiente, en la medida en que estos reinos lograron salir airoso del doble envite (nunca del todo, al menos hasta la Revolución francesa e incluso más adelante), en esa misma medida fueron naciendo los Estados. De manera que la soberanía nació como poder superior o supremo en el Estado y poder independiente *de* ese Estado en el concierto internacional.

Durante siglos el mapa político planetario se mostró siempre inquieto y todavía, en pleno tercer milenio, no ha terminado de estabilizarse. Pero, a pesar de todo, desde el Tratado de Westfalia (1648), la soberanía interior fue asentándose en torno a los Estados emergentes en tanto que, de cara al exterior, se erigió como principio fundamental del Derecho internacional.

Esto constituyó una transformación jurídica trascendental: el mundo no consistía ya en un universo político dirigido por uno o los dos «señores del

⁵ F.H. HINSLEY, *El concepto de soberanía*, edic. cast., Labor, Barcelona, 1972, p. 96.

⁶ *Ibidem*, pp. 97 y 104.

⁷ N. RAMIRO RICO, «La soberanía», *ob. cit.*, pp. 126-127.

orbe», sino, con expresión de C. Schmitt, en un pluriverso de Estados soberanos que no admitían injerencias externas en su interior y que participaban en el concierto de las naciones/Estados en pie de igualdad con los demás; al menos, de igualdad formal.

Asentado el principio de que el Estado es soberano y de que en el Estado hay un poder superior a todos, el paso siguiente, a saber, el de determinar cuál es el sujeto o titular de ese poder supremo interior, terminó recibiendo una respuesta inequívoca: correspondió a quien había creado el Estado con su fuerza y su astucia (he aquí los símbolos maquiavélicos del león y la zorra), o bien quien, con idénticas armas, hubiera sabido desplazarlo, aunque tanto en uno como en otro caso se acudiera a Dios, a través de Roma, para santificar el hecho.

Pero los nuevos aires que se respiraban desde el Renacimiento dificultaban progresivamente el mantenimiento de la doctrina paulina y agustiniana del origen divino del poder y demandaban algo más. La dedicación del saber político, como quería Maquiavelo, al estudio de la Historia y a la observación de la realidad mejor que a la imaginación de repúblicas perfectas; la doctrina de la razón de Estado, difundida por Botero; la teoría bodiniana de la soberanía absoluta; la aportación de la pléyade de juristas y teólogos españoles de los siglos XVI y XVII; las doctrinas contractualistas, frecuentemente emparentadas con el iusnaturalismo racionalista, y otras tantas corrientes de pensamiento apuntaban ya claramente a un nuevo orden.

Una de estas corrientes, la denominada Escolástica española (Vitoria, Baños, Soto, Azpilicueta, Vázquez de Menchaca, Molina, Suárez, Mariana...), dieron un paso adelante: Dios concedía el poder supremo a la comunidad y ésta lo transfería al Príncipe. Con ello se intentaba ser respetuoso con la tradición teológica medieval al tiempo que se demostraba cierta sensibilidad receptora de los nuevos aires antropocéntricos renacentistas. La soberanía era «*summa potestas in sua sphaera et in suo ordine*»; esto es, en su territorio y en el orden temporal, por oposición al espiritual.

Pero ya Bodino había ido más lejos: quiso acabar con la doble dependencia eclesiástica e imperial del Estado (de la república) y formuló una teoría de la soberanía que ha devenido clásica. Estimulado por el deseo de fortalecer la posición del Rey de Francia frente al Pontificado y al Imperio,

«secularizó» la soberanía⁸. Para justificar la concentración de todo el poder en el Príncipe, se apoyó en una suerte de pacto de enajenación del poder suscrito por la comunidad y el gobernante. Aun así, su formación filosófica y teológica le hacían aceptar algunos límites, como la ley natural y las leyes fundamentales del Estado, que eran las históricamente decantadas en torno a la Monarquía y a la sucesión en la Corona.

Ambas doctrinas iniciaron el camino sin retorno hacia la soberanía nacional. Por lo que se refiere a la que sostenía un doble fundamento de la soberanía, remoto (Dios) y próximo (la comunidad), bastaba con su reducción a uno sólo, presentándose como algo enteramente terrenal, siendo la comunidad la que elegía a quien iba a ejercer el poder supremo. En rigor, este giro apenas habría requerido recorrer un pequeño trecho teórico, pero para asentarse en la práctica hubieron de transcurrir más de dos siglos.

Y, en cuanto a la teoría bodiniana, era suficiente con poner en entredicho la forma monárquica o, más exactamente, valorar la forma republicana como igualmente lícita, para que aquellas leyes fundamentales relativas a la Corona se esfumaran, quedando únicamente la tarea de interpretar el límite de la ley natural como el correspondiente a los derechos naturales del hombre.

¿Y qué fue del pacto bodiniano por el que la comunidad enajenaba el poder en el Príncipe? Esta idea no tardó en perfeccionarse mediante la construcción de una fábula digna de la mente más lúcida (el contrato social), la cual ganó adeptos rápidamente y se enseñoreó de los siglos XVII (Altusio, Grocio, Pufendorf, Hobbes, Locke) y XVIII (Rousseau y la generalidad de los «filósofos» ilustrados franceses).

Esta fue la desembocadura de los nuevos aires que se respiraban desde el Renacimiento: se ideó el origen de la comunidad política en un pacto inicial de las personas que antes vivían asocialmente en un territorio, o bien

⁸ En la edición francesa es descrita como «puissance absolue et perpétuelle d'une République»; y en la latina: «summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas». Sin embargo, Bodino terminaba admitiendo varios límites: el Derecho divino y el natural, instituciones de Derecho civil como el contrato y la propiedad privada, y, como hemos anotado en el texto, las normas fundamentales o «leges imperii», que disciplinaban el régimen sucesorio en la Corona.

dos pactos: uno, de asociación («pactum unionis»); con el otro la comunidad se sometía al poder instituido («pactum subiectionis»). Obviamente, el pacto o los pactos eran meras hipótesis teóricas, aunque no faltaron quienes aceptaban que hubieran sucedido en algún lugar y momento.

La referida idea pactista no dejó de tener cierta presencia en los siglos XVIII y XIX por cuanto comportaba el principio del consentimiento de los súbditos⁹. Sin embargo, el intenso cambio político que esta concepción entrañaba determinó su demora en abrirse paso en la realidad política, y aun así lo hizo asistida de revoluciones, no todas incruentas. Lo extremo de algunas posibles derivaciones del pensamiento hobbesiano, hizo que, llegado el momento y pese a las notables diferencias entre la Gloriosa Revolución inglesa y la Revolución francesa, una y otra optaran por la versión lockeana, más prudente y sensata.

3. LA APERTURA DEL ESTADO A ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y SUPRANACIONALES

En el siglo XVIII se especuló sobre la necesidad de una «civitas gentium» como una suerte de federalismo internacional. El abate Saint-Pierre dedicó a este problema buena parte de su obra «Proyecto de paz perpetua». Kant argumentó que, así como los intereses de los individuos los fuerzan a organizarse políticamente so riesgo de lucha permanente, así también, a nivel internacional, los intereses egoístas nacionales llevan al conflicto si no se organiza una federación de naciones, una asociación de Estados, mediante la cual éstos se sometan a una ley general.

Kant abogó por que los Estados salieran de la condición sin ley en que se encontraban, propia del estado salvaje, para entrar en una liga de pueblos (una federación de Derecho internacional) en la que cada uno, aun el más pequeño, pudiera esperar Derecho y seguridad. La paz no podía asentarse ni afirmarse como no fuera mediante un pacto entre los pueblos conforme al Derecho de gentes.

⁹ Cfr. F. H. HINSLEY, *El concepto de soberanía*, ob. cit., p. 93.

Napoleón creó un Espacio Europeo Común, a base de invadir países, «regalarles» reyes de su familia y adjudicarles pseudoconstituciones a su gusto, incluida naturalmente su alianza perpetua con Francia. De ahí podía haber salido una Europa Unida, o Anexionada, en la que los Estados no lo fueran propiamente, sino meras comparsas de Francia, en la que las Constituciones no fueran Constituciones, sino papeles de adhesión inquebrantable y declaraciones de amor a Napoleón, como las contenidas en el texto de Bayona. Pedro Cruz Villalón lo ha calificado con ironía pero con cierta precisión, «pseudoconstitucionalismo napoleónico de exportación»¹⁰.

Estamos, pues, ante un pretendido sistema europeo que se revestía con los caracteres de una Europa francesa y sobre todo napoleónica. Muy a su manera, estamos ante un «espacio constitucional europeo» «avant la lettre», el primero sin duda, aunque más bien era pseudoconstitucional porque se trataba de Constituciones inequívocamente autoritarias en lo político y de Estados sometidos a la hegemonía del Emperador de los franceses. Utilizando de nuevo terminología de hoy, habría sido un «multilevel constitutionalism» de rasgos muy peculiares.

Porque, si bien nos fijamos, este supuesto Imperio supranacional bonapartista estaba más cerca del Imperio carolingio que con lo que hoy entendemos por supranacionalidad. Se hacía por anexión impuesta por la fuerza de las armas, no por pactos. Era, pues, más medievalizante que moderna, como corresponde a la idea de Imperio.

La realidad actual es muy diferente de la de entonces, pero en el sentido de que abunda más en la interdependencia de las naciones:

- La mundialización del mercado de bienes y de trabajo;
- los transportes transnacionales;
- la deslocalización de las empresas multinacionales;
- la internacionalización de los movimientos migratorios, de los sindicatos, de los partidos políticos y de los derechos humanos, pero también del crimen organizado y del terrorismo;

¹⁰ P. CRUZ VILLALÓN, «Una nota sobre Bayona en perspectiva comparada», en ÁLVAREZ CONDE, E., y VERA SANTOS, J. M. (dirs.): *Estudios sobre la Constitución de Bayona*, pp. 77-80.

- la necesidad planetaria de una política ecológica común para hacer frente al cambio climático y alcanzar un desarrollo sostenible;
- las desiguales pero crecientes necesidades de agua y de energía;
- la información y las nuevas tecnologías de la comunicación;
- la defensa, etcétera.

Asistimos a una mundialización de los problemas que requiere soluciones a nivel planetario o, cuando menos, supranacional. El fenómeno de la globalización significa la aparición de procesos sociales que se desarrollan fuera de los ámbitos tempo-espaciales de los Estados. En este mismo contexto, la crisis económica y financiera que ha cerrado los años finales de la primera década del siglo XXI y permanece en la segunda, revela la cara menos amable de esa interdependencia global. Pero nada de ello ha comportado hasta ahora la desaparición de los Estados; antes bien, como su organización institucional subsiste y los referidos procesos acontecen en sus territorios, no pueden permanecer ajenos a ellos.

Es en la actualidad, por tanto, cuando ha cobrado verdadera consistencia la sociedad transnacional, constituida por agentes que rebasan las fronteras. Agentes transnacionales siempre han existido, pero el fenómeno actual es más complejo y de más envergadura, porque, como ha señalado el Club de Roma, determina la existencia de un sistema mundial, «un conjunto de partes funcionalmente interdependientes».

Quedan, por consiguiente, muy lejos los caracteres de clausura e impermeabilidad del Estado absoluto. La independencia estatal, que nunca fue total porque siempre tuvo que contar con las relaciones internacionales, ha sido sustituida por todo un sistema de interdependencias, en el que, claro está, unos Estados son más dependientes que otros.

La emergencia de comunidades supranacionales y de la sociedad transnacional ha revelado la doble faz que hoy presenta el problema nacional. En efecto, la misma crisis del Estado, sobre la que se especula desde hace un siglo, es identificada, o así se intenta al menos, como una crisis de su soberanía (vale decirlo a la inversa) en sus dos dimensiones externa e interna. En el orden externo, por la existencia de instancias internacionales y supranacionales respecto de las cuales los Estados no sólo no adoptan una actitud de rechazo como antaño, sino que instan su incorporación a ellas, lo que se traduce en la adaptación de su política y de su Ordenamiento ju-

rídico a la de dichas organizaciones, al menos en algunos —pero crecientes— aspectos.

Asistimos al desbordamiento de las naciones históricas como ámbito de la política contemporánea. Desde esta perspectiva, en todo el mundo, y especialmente en Europa, han fraguado proyectos integradores impulsados por las necesidades de la reconstrucción posbélica y como respuesta a la política internacional de bloques. Y esa crisis se predica también en el orden interno, por la descentralización política adoptada por muchos Estados, que en ciertos casos llega a la cesión a entes regionales de competencias de dirección política y legislación, e incluso se dotan de una estructura federal, todo ello con vistas a conseguir una administración más dinámica, además de, en su caso, el autogobierno de tales territorios.

En realidad, lo que se detecta es una tendencia cuádruple:

- a) De una parte, la supranacionalista, en proporciones variables según la zona del mundo que consideremos.
- b) De otra, durante estos decenios ha quedado de manifiesto el persistente arraigo del sentimiento nacional en la conciencia de los pueblos, de modo que éstos ofrecen resistencia a ser absorbidos totalmente por esas comunidades supranacionales, aunque los Estados prefieren pertenecer a ellas y solicitan su incorporación.
- c) Como contraste, asistimos a un renacimiento de sentimientos diferenciadores intranacionales y regionales. Algunas de las denominadas «naciones culturales» pretenden desgajarse del Estado al que se encuentran incorporadas y dotarse de uno propio. Ello ha llevado a los Estados a adoptar una acusada política descentralizadora, cuando no a dotarse de una estructura autonómica o federal.
- d) Y, en fin, pese a todo, las naciones-Estados existentes pugnan por no dividirse interiormente

La crisis del Estado nacional se manifiesta, por consiguiente, en la convicción de su pequeñez para abordar ciertos problemas y de su desmesurado tamaño para resolver otros. En medio de esa bipolar tensión, la inercia histórica y el sentimiento de resistencia frente al exterior y de unidad frente a movimientos interiores juegan en favor de la persistencia de los Estados nacionales.

Dicho en otros términos: unos factores apuntan al desdibujamiento de las fronteras, otros a su afianzamiento y otros, por último, al surgimiento

de fronteras nuevas. Esta tensión multipolar le da un perfil característico a la crisis mundial de nuestros días. No obstante lo cual, parece que el «próximo» fin del Estado, pese a la literatura vertida en tal dirección, se nos muestra huidizo, esto es, se aleja cada vez que creemos estar llegando a él.

Ahora bien, la sociedad transnacional, como apunta García Pelayo¹¹ y es obvio de suyo, tiene un doble efecto sobre la política de los Estados: vista desde un ángulo, les abre posibilidades, puesto que participan en decisiones comunes; por el contrario, también les dificulta el control sobre elementos de su propia sociedad nacional. Si es cierto que una política nacional hermética resulta hoy impensable; no menos cierto es que los Estados no pueden dejar de tomar medidas de control (legislación sobre empresas extranjeras, sobre inmigración, etc.) y coordinar con otros Estados dichas medidas para su eficacia también transnacional.

Es decir, que, a pesar de todo, el Estado nacional sigue jugando un papel decisivo, puesto que no se percibe en absoluto la emergencia de un Estado mundial soberano, ni siquiera continental, y son los propios Estados los que impulsan (o, al menos, ellos lo hacen también) la ampliación progresiva del Derecho internacional y son los responsables ante la comunidad de naciones del cumplimiento de los obligaciones asumidas.

4. ESTADO Y SOBERANÍA EN EL ORDEN EXTERNO

4.1. Limitaciones internacionales y supranacionales de la soberanía estatal. Referencia especial a los derechos como límites de la soberanía

Por lo expuesto hasta aquí, no puede sorprender que la crisis del Estado y de su soberanía haya sido un tema recurrente de la Teoría del Estado desde hace más de un siglo. Ven unos en la soberanía un concepto obsole-

¹¹ M. GARCÍA-PELAYO, «Las transformaciones del Estado contemporáneo», *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1.ª edic., Madrid, 1991, vol. II, pp. 1707-1708.

to, superado y desmentido por la realidad, y otros, al contrario, un principio demasiado presente y vigoroso que está impidiendo el definitivo asentamiento y consolidación de un Derecho supranacional.

En el ámbito de las relaciones internacionales, hay que hacer una distinción:

- a) Si atendemos a las relaciones jurídicas, no hay un Estado más soberano que otro; todos los son y se integran en la Organización de Naciones Unidas en pie de igualdad formal.
- b) Pero, si lo que examinamos es las relaciones fácticas o de hecho, es bien claro que prevalece la ley del más fuerte, o del más hábil o del que saca la espada el primero, por decirlo en términos de Maquiavelo. En este segundo análisis se evidencia, en efecto, que, a muchos Estados les resulta sumamente difícil sostener en la práctica los dos rasgos esenciales de la soberanía: su supremacía en el orden interno y su independencia en el externo.

No olvidemos, sin embargo, que la soberanía es un concepto jurídico-constitucional, y que los hechos y el Derecho no siempre van de la mano.

Ciertamente la tesis de la crisis de la soberanía, no digamos de su desaparición, es un tanto simplista puesto que las relaciones inter y supranacionales no son unidireccionales, sino multidireccionales y extremadamente complejas, sin que puedan asemejarse, por utilizar un símil de Bertrand Russell, al poder directo e incondicionado que tiene el matarife sobre la res que va a descuartizar¹². Hemos de abandonar entonces el mundo fáctico de «davides y goliates» y entrar en el civilizado mundo del Derecho. Pero eso nos obliga a no falsear el planteamiento, debiendo atenernos a lo jurídico. Lo que significa que, si nos las habemos con la soberanía, debemos dejar a un lado los cañones y la mantequilla, esto es, la potencia o debilidad militar y económica de cada cual y atenernos a normas y convenciones.

En el siglo XIX era práctica habitual la intervención de unos Estados en otros. Sin embargo, en 1907, la Conferencia de La Haya aprobó la denominada «doctrina Drago», consistente en la prohibición de injerencia en

¹² B. RUSSELL, *Diccionario del Hombre Contemporáneo*, edic. cast., Santiago Rueda, editor. Buenos Aires, 1955, entrada «Poder desnudo y tradicional», pp. 262-263.

los asuntos internos de los Estados, para así garantizarles la soberanía dentro de sus fronteras.

La tesis que hace ochenta años defendiera Laski apuntaba derechamente al centro de la cuestión: «Ningún Estado puede vivir para sí solo. Es miembro de una comunidad de Estados que gozan teóricamente de los mismos derechos y están sujetos a las mismas obligaciones. Están todos ellos envueltos en una red de relaciones internacionales para cuyo control hay que formular reglas. Ninguna teoría del Estado puede pretender ser completa si no tiene en cuenta los hechos que implica la existencia de esta comunidad internacional». «En la historia de la teoría del Derecho internacional —continúa— el concepto de Estado soberano ocupa, inevitablemente, un puesto central. Porque, evidentemente, si el Estado es una organización soberana, no puede estar ligado por ninguna voluntad excepto la suya», salvo que se lo obligue mediante la guerra¹³.

Por eso, concluye el citado autor, mientras los Estados conserven su soberanía, es imposible concebir un orden internacional del que éstos sean parte constituyente. Ahora bien, ésta era precisamente la concepción de la soberanía que subyacía en la Sociedad de Naciones; de ahí su debilidad, porque se situaba frente a la tendencia de construir una comunidad internacional suprema (una «civitas máxima») en la que los Estados estén reducidos al nivel de provincias. El obstáculo principal de esta empresa era precisamente la soberanía estatal¹⁴.

Tras la Segunda Guerra Mundial, la actual Organización de Naciones Unidas consagra el principio de soberanía en su propia Carta fundacional de San Francisco prohibiendo la intervención de la propia Organización en los asuntos internos de cada uno (art. 22). Este principio fue confirmado en 1965 y 1981 por sendas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Pero, al mismo tiempo, la Carta obliga a todos los Estados miembros a adoptar medidas para lograr la observancia y el respeto universal de los derechos humanos en todo el mundo (arts. 55 y 56). Y también

¹³ H.J. Laski, *El Estado en la teoría y en la práctica*, edic. cast., Reus, Madrid, 2008 (libro publicado en 1935 y traducido al castellano en 1936), p. 251.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 254-257.

establece ciertos límites al «*treaty making power*» estatal, o poder de concertación de tratados, el cual no puede prevalecer, en caso de discordancia, sobre las obligaciones impuestas por la Carta y asumidas por los Estados miembros, las cuales implican la observación del Derecho diplomático y eliminan la potestad de hacer la guerra salvo en caso de legítima defensa.

Paulatinamente se ha ido conformando una «cultura de los derechos humanos», lo que P. Häberle llama «internacional de los Estados constitucionales», es decir, una conciencia generalizada acerca de la necesaria protección internacional de los derechos y, en concreto, de su protección jurisdiccional, mucho más eficaz que la mera protección diplomática, hasta hace poco predominante. No podemos hablar, sin embargo, de una cultura planetaria, puesto que las democracias siguen siendo minoría. A esta idea responde el más de un centenar de instrumentos internacionales, entre declaraciones y tratados, relativos a los derechos humanos que han sido adoptados desde 1945, así como la creación de abundantes instituciones de promoción de los mismos.

A fines de los años setenta del siglo XX fue esgrimido por J. Carter, Presidente de los Estados Unidos, dicho límite como legitimación para intervenir en otros países. Los derechos, pues, se erigían como límite de la soberanía interna de los Estados. Tal doctrina tenía por aquel entonces el no pequeño inconveniente de que era Estados Unidos quien pretendía arbitrar cuándo y dónde se había rebasado ese límite, lo que dio lugar a episodios poco edificantes.

La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 8-XII-1988 revisó el principio de no injerencia, revisión que se confirmó en una nueva Resolución, de 14-XII-1990, ya en plena crisis del Golfo Pérsico, desencadenada por la invasión irakí de Kuwait. Dicha agresión puso en marcha un bloqueo económico internacional y, más tarde, una intervención armada.

El mencionado episodio, a mi entender, ha determinado una profunda crisis del principio de soberanía interna de los Estados, no ya por la intervención armada aludida, sino por las consecuencias posteriores:

- a) El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó, en la Resolución 688, de 5 de abril de 1991, el derecho de injerencia de és-

tas cuando la violación de los derechos humanos en el interior de un Estado «constituya una amenaza para la paz y la seguridad internacionales».

- b) La intervención de la OTAN en Kosovo a fines del siglo XX, llamada intervención humanitaria, gozó de una favorable acogida en la opinión pública internacional.
- c) Ya en el actual siglo, se avanzó en la concienciación internacional del problema aceptándose la intervención en un país en el que se estén cometiendo crímenes contra la humanidad cuando ese horror podría evitarse. Entonces la respuesta de la comunidad internacional se cifra en la responsabilidad de proteger, incluso se la formula como obligación de proteger, la cual, por tanto, no se agota en medidas militares, sino que debe atender a tres objetivos: prevención, respuesta y reconstrucción, y abarcar múltiples facetas, desde las diplomáticas hasta el uso de la fuerza como último recurso. De otro lado, no puede ampararse en ella la intervención unilateral de un país, sino que es la comunidad internacional la que debe asumir esa responsabilidad u obligación. En fin, la utilización de la fuerza debe contar con una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas autorizándolo.
- d) La lucha contra el terrorismo internacional también se ha globalizado, dando lugar a invasiones, como las de Afganistán y la segunda de Irak de 2003. Que unas hayan resultado ser más atinadas (e incluso jurídicamente más correctas) que otras no desdice la tesis que sostenemos: la lucha contra el terrorismo puede habilitar (o ser utilizada para habilitar) la invasión de un país por otro(s) o por la comunidad internacional.
- e) En el ámbito de nuestro Continente, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) se ha autoconferido el derecho de intervención en los países miembros, sin su consentimiento, para interponer sus buenos oficios en situaciones de emergencia. Basta con que lo soliciten doce miembros.

El paso hacia la internacionalización de los derechos se asienta en el reconocimiento de la igual dignidad de todas las personas, sin que pueda prevalecer sobre ellas la soberanía de los Estados en los asuntos internos.

Los derechos humanos no son un asunto interno, sino que afecta a la comunidad de naciones y es, por tanto, un límite de la soberanía estatal.

Consiguientemente, es ya un principio establecido del Derecho internacional de los derechos el carácter «erga omnes» de la obligación que tienen los Estados de garantizarlos. Los derechos se han erigido en principios generales del Derecho internacional y en parte de su «ius cogens». O, lo que es lo mismo, también conforman una especie de orden público internacional y supranacional, en cuya virtud se legitima la emergencia de instituciones y jurisdicciones en tales ámbitos para su protección, con la correspondiente merma de la autonomía estatal interna en este terreno, e incluso con la habilitación para la intervención internacional en los Estados que vulneren gravemente los derechos humanos.

Ahora bien, la eficacia de la protección internacional de los derechos, y en concreto de su protección jurisdiccional, aún depende en mayor o en menor medida de las garantías internas de los Estados, según que esta internacionalización esté presidida por un tratado del que los Estados son partes, o estemos ante una supranacionalización culminada por un ente mayor del que los Estados son miembros. Pero todavía la garantía estatal es insustituible.

Acaso la última manifestación de este proceso lo constituye la creación de la Corte Penal Internacional, que pretende juzgar los crímenes contra los derechos humanos aunque estuvieran cometidos por Jefes de Estado o de Gobierno. Es un formidable avance en pro de la justicia planetaria, mal llamada universal, si bien la redacción de su Estatuto ha sido muy defectuosa y claramente contradictoria con la Constitución española¹⁵.

No se me oculta la dificultad de esta construcción teórica, por no hablar de su siempre deficiente puesta en práctica, especialmente su delicado contraste con otro principio, que el Derecho internacional sigue consideran-

¹⁵ Su discordancia con la Constitución española en no menos de media docena de pasajes ha sido puesta de manifiesto por P. TENORIO en «Estatuto de la Corte Penal Internacional y Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 51, UNED, Madrid, 2001, pp. 57-103, pese a lo cual el Estado español, con informe favorable del Consejo de Estado, fue uno de los primeros en ratificarlo (BOE de 29-VII-2002) sin acudir a la preceptiva reforma constitucional.

do vigente e incluso básico y necesario: el de la soberanía estatal. Pero hoy sencillamente ya no es posible desconocer los límites que le opone aquel.

Por lo que respecta a España, es su pertenencia al Consejo de Europa y a la Unión Europea la que mayor trascendencia ha tenido en materia de derechos y libertades. Y la Unión Europea cuenta ya con un catálogo de derechos sistematizado y codificado, con lo que gana calidad la ciudadanía europea y la seguridad jurídica de todos sus componentes. Si hasta ahora el Tribunal de Justicia tenía que utilizar los envíos prejudiciales de los tribunales nacionales para ir creando jurisprudencia acerca de ciertos derechos, ahora podrá apoyarse en una Carta propia de Derechos, contando además con el acervo de la jurisprudencia del Tribunal del Consejo de Europa y de los tribunales nacionales.

4.2. La suerte de los atributos clásicos de la soberanía estatal

Todo lo aducido hasta aquí aboga por un notable adelgazamiento de la soberanía. La inserción de los Estados en organizaciones internacionales, como la OTAN, y sobre todo en los supranacionales, como la Unión Europea, es un importante factor limitativo, acaso el que más, del ejercicio de la soberanía por parte de los Estados miembros. Se habla por eso de soberanía conjunta, o compartida, o incluso diluida. Adelgazamiento que la propia dinámica de la organización supranacional va incrementando conforme nuevas necesidades asedian a los Estados miembros.

La crisis económica, visible ya en 2007, declarada en 2008 y tenazmente persistente y agravada desde entonces para algunos Estados de la Unión Europea, sobre todo para los del Sur, aunque también para Irlanda, ha determinado que éstos tengan que soportar y admitir que les dicten la política económica desde la Unión cuando no desde uno o dos de sus miembros más poderosos.

Este dictamen de crisis de la soberanía, tan generalizado de una manera algo simplista en los discursos de los políticos y en los medios de comunicación, se ha extendido a los libros, incluidos los manuales y monografías sobre la materia. Acaso sea ese simplismo la causa de su éxito. Bastaría con objetarle que esos dos o tres miembros más poderosos de la Unión Euro-

pea no experimentan la mentada merma, sino acaso una potenciación de su soberanía por cuanto se gobiernan a sí mismos sin soportar más injerencias de la Unión que las que voluntariamente tienen a bien asumir (y cuando los incomodan, provocan su cambio), y además se permiten teledirigir el gobierno de la Unión y de los Estados menos desarrollados.

Así, pues, como la igualdad no existe en la realidad política efectiva y no pasa de ser una legítima aspiración, habrá que convenir en que, al menos en el mundo de los hechos, la inserción de los Estados en las organizaciones internacionales y supranacionales no ha modificado el axioma de que manda el que puede y aguanta el que no tiene otro remedio.

¿Qué queda entonces de la soberanía estatal, de aquel poder del Estado supremo en el orden interno e independiente en el externo y que Bodino caracterizó como uno, indivisible, inalienable e imprescriptible?

Regresemos al principio: la soberanía no es un hecho, sino un atributo jurídico que no desaparece por la pequeñez o debilidad del Estado, sino, en todo caso, por su aniquilación y absorción por otro Estado finalmente consentida y aceptada por el con tanta frecuencia desconcertante concierto de las naciones. Pero fijémonos en que tal episodio viene a consistir en que un Estado somete a otro y destruye su soberanía, pero construye una nueva. O lo que es lo mismo: la soberanía sale por la puerta y vuelve a entrar por la ventana.

Ningún internacionalista público admitiría que en Derecho internacional ha dejado de estar vigente el principio de soberanía nacional y su correspondiente interdicción general de intervención en asuntos internos de un Estado; interdicción que, como hemos anotado, no admite sino una excepción: los supuestos de vulneración generalizada y grave de los derechos humanos.

A su vez, ningún internacionalista privado admitiría que en un caso de matrimonio entre personas de diferente nacionalidad se aplica la legislación de una de ellas o de la otra, indiferentemente, o que, en una herencia, da igual que se aplique la legislación del Estado en el que murió el causante o en el que nació, o cualquier otra con tal de que se aplique una. La afirmación de la existencia de un conflicto de normas y la determinación de la norma de conflicto, así como la excepción de orden público, no son sino exponentes del respeto que en Derecho internacional se tiene por los ordenamientos jurídicos de cada Estado, vale decir por su soberanía.

Como conclusión provisional, podríamos decir que las tesis del fin del Estado y de la soberanía, hoy por hoy, acaso apunten al horizonte, pero el horizonte se desplaza conforme creemos que estamos llegando a él. Son tesis que tienen aire moderno, vanguardista y acaso tendencialmente correctas, pero no expresan debidamente la realidad jurídica todavía vigente, que sigue resistiéndose a ser demolida. Y lo que normalmente se hace esgrimiendo esas tesis es no deslindar debidamente la realidad fáctica de la jurídica, con el riesgo, no solamente teórico, de dar por lícito lo que sucede.

Demos ahora un paso más y anotemos la relación habitual de un Estado con la organización supranacional a la que pertenece. Pues bien, lo que sucede con el ingreso del Estado en ella es que, sin perder su identidad, algunas de sus competencias tradicionales pasan a ser ejercidas por dichas instancias supranacionales y algunas de esas competencias se corresponden con las que la doctrina clásica consideraba atributos propios de la soberanía. Preguntémosnos entonces por ellos.

Según Bodino, desde luego, lo eran:

- 1) La potestad legislativa; el monopolio de la ley.
- 2) La leva de ejércitos y el «ius belli».
- 3) La acuñación de moneda.
- 4) El «ius puniendi».
- 5) El «ius delegandi» o de representación internacional.
- 6) No pudo pronunciarse expresamente sobre lo que hoy llamaríamos «ius constituendi», que, salvando las distancias, él podría haber formulado como el derecho a aprobar las leyes fundamentales del Estado, de las que las más relevantes son las referentes a la monarquía, y en concreto las leyes que regulan la sucesión. Además se lo puede considerar implícito en la potestad de hacer la ley.

¿Cuántos y cuáles ejerce ahora el Estado? Por concretar algo más: ¿cuántos tiene o retiene España?

- 1) En cuanto al monopolio de la ley, es evidente que la Unión Europea produce Derecho con tal rango. Podemos añadir que también los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, pero esta faceta no forma parte de la preocupación del presente epígrafe.
- 2) El «ius belli» actual bien poco tiene que ver con el de hace unos siglos, incluso con el de hace apenas 120 años. La única guerra que

el Derecho internacional admite como legítima es la defensiva. Desde que España ingresó en la OTAN su «ius belli» está muy disminuido e incluso prácticamente ha desaparecido salvo alguna escaramuza como la de la Isla de Perejil («al alba y con viento de levante»), procurando, eso sí, actuar únicamente cuando el enemigo es más débil. Las misiones militares en el exterior que ha asumido España han sido, unas en el marco de la OTAN, y alguna otra en colaboración seguidista del Imperio estadounidense; pero éste es otro problema.

- 3) No tiene ni retiene, desde luego, la acuñación de moneda desde que ingresó en el área del euro.
- 4) El «ius puniendi» lo conservan los entes federados de Estados Unidos, por su consideración de Estados, pero no lo tienen, por la misma razón a la inversa, las regiones autónomas españolas o italianas. Por lo que se refiere a la Unión Europea, está prevista una armonización o, por lo menos, un acercamiento de las legislaciones penales de los Estados miembros, que acaso sea un primer paso para su unidad o máxima proximidad. Es decir, estamos en vías de que desaparezca o mengüe un tanto este otro atributo de soberanía estatal.
- 5) El «ius delegationis», sirva para mucho o para poco, no se ha perdido. Sea mayor o menor su relevancia, las embajadas son jurídicamente representaciones de los Estados¹⁶.

A la vista del anterior análisis, resulta evidente que este Estado internacional y supranacionalmente integrado requiere una teoría diferente de la heredada.

Viniendo a nuestros días, el Tribunal Europeo de Justicia (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea) definió tempranamente el significado de la relación entre la entonces denominada Comunidad Europea y los Es-

¹⁶ Prescindo de la práctica seguida por la Comunidad Autónoma de Cataluña y permitida por el Gobierno nacional de establecer en diversos países «casas», delegaciones, o lo que sean jurídicamente, pero no legaciones diplomáticas, aunque algunos las llaman «embajadas».

tados miembros como una autolimitación de los derechos soberanos de éstos en beneficio de aquélla en materias específicas. Y, por lo que se refiere a la pertenencia al Consejo de Europa, su Tribunal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, protege los derechos de los individuos incluso frente a sus propios Estados.

Pero no podemos prescindir de algunos factores igualmente importantes. Uno de ellos es el carácter voluntario del ingreso en esas organizaciones supranacionales y el que éstas funcionen conforme a un Ordenamiento jurídico cuya creación se hace con la participación de los Estados miembros. En segundo lugar, las anteriores palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son más prudentes que aquellas otras que hablan de soberanía compartida o diluida. El Tribunal dice autolimitación; es decir, no son límites que la Unión impone a sus miembros, sino que éstos se autoimponen para pertenecer a aquélla. La diferencia jurídica es inequívoca y extraordinariamente elocuente.

Ciertamente es el carácter voluntario de la pertenencia a la Unión Europea el que nos da la clave del problema. En realidad, estamos no ante una cesión de soberanía y, menos aún, ante la asunción unilateral de parcelas de soberanía estatal por parte de la Unión; se trata únicamente de la cesión voluntaria del ejercicio de las competencias que los Estados miembros le atribuyen a la Unión Europea. La Constitución española y el mismo Tratado de Lisboa no dejan lugar a la duda. Lo que dice el artículo 93 de nuestra norma suprema es lo siguiente:

«Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución»,

lo que es notablemente diferente de la titularidad parcial de la soberanía».

Y el Tratado de Lisboa dice en su artículo 1.º:

Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea... a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes.

5. CONCLUSIÓN

La realidad desborda la simpleza de las teorías. Y esta terca realidad presenta perfiles contrapuestos:

- a) De un aparte, no es fácil prescindir, ni en la teoría ni en la práctica, de la soberanía estatal. De otro modo no se explicaría la subsistencia del régimen comunista cubano, ni la insólita gallardía del actual régimen venezolano, ni la súbita retirada de las tropas españolas de Irak en 2004, ni la reiterada negativa francesa y holandesa a ratificar el Tratado por el que se quería instituir una Constitución para Europa, ni la limitación que España ha opuesto al ejercicio de la justicia universal frente a crímenes con impacto en el conjunto de la humanidad, por poner sólo algunos ejemplos.
- b) Pero no menos cierto es que, en tiempos de crisis honda, larga y ancha como la actual, se percibe con claridad que los Estados no tienen asegurado su protagonismo, aunque sea disminuido, ni su capacidad de respuesta, aunque sea compartida, ni siquiera integrándose en organizaciones supranacionales.

A mi juicio, por tanto, en el seno de estas organizaciones supranacionales, la soberanía estatal reside, en última instancia, en la facultad, que sólo se utiliza como recurso extremo, de decir «no» a la misma y, si llega el caso, abandonar el club. Está previsto expresamente en el Tratado de Lisboa, justo en su artículo 50, apartados 1 a 4)¹⁷, pero existiría esa potestad aunque no lo estuviera mientras la Unión Europea no sea una verdadera unión federal. Naturalmente, el ejercicio de esta facultad tendría unos elevadísimos costes económicos y políticos. Ése, sin embargo, es ya otro problema. Por eso hemos advertido que la conclusión jurídica es más fácil de ser formulada que llevada a efecto. Pero existe.

¹⁷ También su reingreso, conforme al apartado 5.º del mismo artículo. Con ello la Unión pone de relieve su realismo integrador, prefiriendo incorporar y reincorporar socios incómodos con tal de llevar a término su vocación de hacerse coextensiva con el Continente.

Por lo demás, si, como hemos hecho con el Estado, colocamos a las organizaciones supranacionales en la hipótesis de similares situaciones extremas, concluiremos que tampoco tienen tanta capacidad de decisión. A la hora de la verdad, son sus miembros más poderosos (es decir, Estados) los que marcan su rumbo y la velocidad de crucero. Contéstese, si no, a las siguientes preguntas con el realismo con que hemos analizado el declive del Estado: ¿Quién tiene más poder en el seno de la Unión Europea, la propia Unión o Alemania? ¿Tiene la Unión Europea la más remota posibilidad de subsistir si Alemania se retira de ella?

En conclusión, llegados a una situación límite sin retroceso, el poder recupera su dimensión fáctica: lo tiene quien lo tiene, no quien acaso debería tenerlo. Pero eso no es soberanía.

Resumen:

Este trabajo realiza un breve repaso sobre los principales hitos que ha experimentado el concepto de soberanía en la historia del poder, desde su formación hasta la actualidad. Analiza a continuación la apertura del Estado y los límites a esa apertura, así como la situación en la que se encuentran hoy los atributos clásicos de la soberanía. Finalmente, en las conclusiones, reflexiona sobre la relación recíproca entre realidad y conceptos, en especial a la luz de lo fáctico y su influencia sobre el concepto de soberanía.

Palabras Clave: Soberanía, Estado, orden internacional, supranacional.

Abstract:

This paper goes briefly through the main phases that the concept of sovereignty has experienced from its beginning to these days. I takes account also of the State openness and of its limits, and the contemporary situation of sovereignty classic attributes. Finally, in the conclusions, the author thinks about the reciprocal relation between reality and concept, for all between power facts and sovereignty.

Keywords: Sovereignty, State, international order, supranationality

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LOS ESTADOS FEDERALES Y REGIONALES *

DIAN SCHEFOLD **

SUMARIO:

1. EL VÍNCULO ENTRE FEDERALISMO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL
2. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS FEDERADOS
3. OBJECIONES AL SISTEMA DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LOS ENTES FEDERADOS
4. CONCLUSIONES

1. EL VÍNCULO ENTRE FEDERALISMO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En su génesis histórica, así como en su organización práctica, el Estado federal se encuentra estrechamente vinculado con la idea de una justicia constitucional. El propio hecho del vínculo de los Estados individualizados con una federación denota la posibilidad de conflictos entre aquellos, y si la federación quiere ser eficiente, se hace necesario un instrumento para decidir y resolver de forma pacífica tales conflictos.

Además, la presencia de un poder federal por un lado, y de un poder de los Estados federados por el otro, crea la posibilidad de conflictos entre ambos niveles, tanto más si el poder federal pretende tener poderes sustraí-

* Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro.

** Catedrático de Derecho constitucional. Universidad de Bremen (Alemania).

dos a, o más bien encargados por, los Estados miembros. Por ello, la dimensión y delimitación de tales poderes se convierte en un problema esencial para el funcionamiento del sistema federal, y las cuestiones en la materia requieren de una decisión jurisprudencial.

Finalmente, en los Estados federados pueden surgir conflictos internos, por ejemplo entre gobierno y parlamento, entre mayoría gubernamental y oposición, entre entes locales y poderes del Estado miembro. Todos estos conflictos, aunque tienen sin duda un interés primario para el Estado federado, implican a la ordenación del Estado federal como tal, incluso pueden poner en cuestión el orden del Estado entero. Por ello, también para conflictos de este tipo adquieren un interés esencial las decisiones jurisdiccionales.

Por todos estos motivos, quizás en determinados casos con una distribución diversa de su peso, se presenta en todos los Estados federados la necesidad de una jurisdicción independiente. Sea cual sea la organización judicial, los conflictos típicos del sistema federal requieren de una jurisdicción prevista explícitamente. Ya en los antiguos Estados federales como los Estados Unidos y Suiza, el carácter del poder judicial federal se determinó en base a tales necesidades y se distinguió de otro tipo de jurisdicciones, abriéndose por esta vía el desarrollo hacia una jurisdicción constitucional especial y distinta.

El carácter de ésta se está aun concretando. Tras la I Guerra mundial, será precisamente el concepto de jurisdicción constitucional, desarrollado también por otro tipo de motivos, el que se recomiende especialmente en las zonas de problemática federal. Por ello, las soluciones de Austria en 1920, de Alemania en 1919 y después de Checoslovaquia siguen este camino, que llegará a obtener aun mayor importancia tras la II Guerra Mundial con la creación de nuevos Tribunales constitucionales, independientes del poder político, y normalmente vinculados a las exigencias de garantía de la unidad jurídica de los Estados federales.

A estos se aproximan, bajo el mismo perfil, Estados regionalizados tendientes a un pluricentrismo cercano al federalismo: también aquí, será el sistema de justicia constitucional independiente el más adecuado para garantizar un orden legitimado por el Derecho, no sólo en el nivel interno de los Estados, sino también en relación a los entes regionales.

2. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS FEDERADOS

Además de estas consideraciones, hay otro aspecto que pone de relieve la importancia de la justicia constitucional en los Estados federales. La base característica de estos Estados es, como sabemos, por un lado la pretensión de la federación, y por el otro, la pretensión de los Estados miembros de continuar siendo Estados, manteniendo los elementos típicos de estatalidad. El elemento central, sobre todo para los Estados de Derecho moderno, es la Constitución, como expresión de un poder constituyente radicado en el Estado. Por lo tanto, existe esencialmente un constitucionalismo a dos niveles. Ello resulta, según el modelo del Siglo XVIII, cuando el Estado federal se basa en los Estados federados preexistentes que poseen una Constitución: éstas permanecen mientras que la Constitución federal se superpone como techo del Estado federal.

2.1. Tribunales constitucionales a nivel de los Estados federados

Esta génesis explica, tanto en los Estados miembros alemanes del siglo XIX como tras la II Guerra mundial, la existencia de «Tribunales constitucionales a nivel de los Estados federados». Son estos Tribunales, creados sobre todo en la Alemania del Sur primero, y después en Sajonia y otros, los que cumplen, en primer plano, con el papel de proteger el ordenamiento constitucional del Estado miembro. La jurisdicción constitucional federal, realmente necesaria para los problemas federales, completa el funcionamiento de la jurisdicción preexistente. Fue Creada en Alemania, por la federación, tras las primeras ideas discutidas en la Confederación alemana, después del intento de Constitución de 1848/49 —la Paulskirche— sólo en 1919 y posteriormente, de nuevo, en 1951. Las cortes de los Länder, sin embargo, se remontan en parte a la primera mitad del siglo XIX, y en parte a los primeros años tras la II Guerra mundial. Las demás lagunas se han colmado en los últimos años.

2.2. Antes de la existencia de la justicia constitucional separada

Sin embargo, este resultado no ha sido la única posibilidad a lo largo del tiempo. Existen federaciones con espacios constitucionales tanto de los Estados miembros como de la federación que se desarrollaron «antes de la existencia de una justicia constitucional separada», como en los Estados Unidos o en Suiza. En estos casos el problema de la protección del ordenamiento federal aun perdura, pero es una tarea propia de la jurisdicción ordinaria, si bien es verdad que con una relación especial con el ordenamiento federal y, por tanto, constitucional, pero que se desarrolla mediante las formas y los instrumentos procesales normales, como el control de constitucionalidad en la aplicación de las leyes en los Estados Unidos o el control del poder cantonal por el Tribunal Federal en Suiza.

Por otro lado, aparece la posibilidad de la «federalización de Estados anteriormente unitarios». El problema de la ordenación constitucional de los entes federados se realiza de otro modo. En Bélgica, podemos constatar una organización de las regiones y comunidades sin autonomía constitucional general y por tanto sin Tribunales constitucionales regionales. El Tribunal Constitucional central monopoliza los problemas de jurisdicción constitucional también en las regiones y comunidades.

Por lo demás, para los «Estados regionales», aun podemos preguntarnos si la autonomía estatutaria es una autonomía constitucional en un sentido preciso, o bien una autonomía limitada que excluye cualquier carácter constitucional del estatuto regional y, por ello, se cuestiona aun más el tema de la creación de Tribunales constitucionales. Parece que este asunto, tanto para España como para Italia, haya supuesto la bifurcación decisiva en el desarrollo del regionalismo.

2.3. El vínculo lógico

A pesar de las soluciones divergentes, no se elimina «la vinculación lógica» entre la existencia federada, la autonomía constitucional y la jurisdicción constitucional del ente federado. En relación con la organización descentralizada del ente federado, existe una responsabilidad de éste en relación con su adecuada organización, de la que resulta el principio de auto-

nomía constitucional. Para garantizar el funcionamiento de tal organización, se necesita de una garantía de la misma y, por lo tanto, de un Tribunal constitucional creado en el marco de esta Constitución.

3. OBJECIONES AL SISTEMA DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LOS ENTES FEDERADOS

No deja de ser cierto que la lógica de los Tribunales constitucionales a nivel del Länder puede ser refutado desde diversos perfiles.

3.1. Limitación del influjo democrático-parlamentario

En la historia constitucional alemana los Tribunales constitucionales de los Estados miembros fueron, no siempre pero sí en numerosas situaciones, instrumentos de control y «limitación del influjo democrático-parlamentario», funcionales a la protección de la monarquía constitucional. Ciertamente la posibilidad de controlar y juzgar los comportamientos anticonstitucionales de los ministros podía resultar idónea al mantenimiento del Estado de Derecho y, en consecuencia, a la primacía de la ley parlamentaria. Por esta tendencia, este tipo de instrumento fue en su momento requerido por liberales como Robert von Mohl, desde comienzos de 1815 hasta el conflicto constitucional prusiano de 1860, donde sin embargo las fuerzas del gobierno monárquico-militar prevalecieron. Pero, con la finalidad de defender el poder monárquico en cada Estado, la Confederación alemana trató de reducir las aspiraciones liberal-democráticas a acciones jurisdiccionales. El poder central, sobre todo la colaboración de los sistemas monárquicos, invocaba la necesidad de mantener el orden de cada Estado. Con esta finalidad, se insistía en la función de la justicia constitucional como instrumento de control de las tendencias democráticas. El hecho de que esta objeción no tenga hoy sentido en el marco de un gobierno democrático, no desmiente que, en la actualidad, cada decisión sobre conflictos políticos tomada por los Tribunales constitucionales puede debilitar las soluciones democráticas. Si bien, tal objeción es posible contra cualquier jurisdicción constitucional, no sólo en el ámbito de los entes federados.

3.2. Número exiguo de conflictos constitucionales

Un problema más actual aparece sobre la praxis política de los Länder alemanes contemporáneos. Por lo general «el número de conflictos constitucionales clásicos a nivel de un Land es exiguo». Ciertamente aparecen hoy muchos problemas y se interponen recursos, a veces importantes pero, por lo general, las cifras son muy pequeñas, incluso puede no haber ningún caso, como en los Landers pequeños en lo que normalmente no se superan los 10 por año. En esta situación es normal que la función de juez constitucional en los Länders no se realice a tiempo completo, sino que se compatibilice con otras funciones, jurisdiccionales, de docencia universitaria, etc. Obviamente esta situación no es favorable al desarrollo de una jurisprudencia constitucional constante y consecuente. No se pretende contestar aquellas culturas constitucionales desarrolladas en determinados Länder alemanes — un buen ejemplo es Bremen documentado recientemente—, pero no puede discutirse el papel predominante del Tribunal constitucional federal que influencia, incluso determina ampliamente, la actividad de los Tribunales de los Länder, ya sea gracias a los poderes atribuidos por la Ley Fundamental (art. 100 III), o a través de una rica y continua jurisprudencia determinante. Sin negar la importancia histórica de la división de la justicia constitucional a dos niveles, la perspectiva del nivel inferior es muchos más débil y puede ser puesta en duda.

3.3. Constitucionalidad de las leyes de los Länder

La situación de los Tribunales regionales mejora un poco gracias a la competencia para juzgar la «constitucionalidad de las leyes de los Länder frente a la Constitución del Land», prevista por el art. 100 I.º LF. De hecho, se puede hablar de la problemática sobre la conformidad de las leyes del Land, no sólo en relación con la Ley Fundamental, sino también con la Constitución del Land, y el art. 100 I.º prevé, en este caso, la competencia del Tribunal constitucional competente para las controversias constitucionales en el Land que está prevista por la Ley Fundamental; si un Land no lo instituyera, será el Tribunal constitucional federal el que colme la laguna (art. 93 I.º, n. 4, cf. anche art. 99 LF). De hecho, hay una problemática

sobre la conformidad con la Constitución del Land en sentido formal: sobre si las disposiciones que establecen la formación de las leyes, el procedimiento parlamentario, han sido observadas. Parece obvio que cuestiones de este tipo requieran una decisión del Land —de forma similar al Estatuto de Cataluña que siguiendo el modelo del Consejo Constitucional francés, preveía una solución por parte de la región.

Pero también, en relación con la constitucionalidad de las leyes de los Länder, prevalece la problemática de la conformidad con los derechos fundamentales y con los principios rectores contenidos en las Constituciones. Ahora, ciertamente hay normas de las Constituciones de los Länder que pueden ser invocadas. Por lo que respecta a los derechos fundamentales, la Ley Fundamental (art. 142) mantiene explícitamente la validez y aplicabilidad de las garantías reguladas en las Constituciones de los Länder, siempre que no contradigan la disciplina de la Ley Fundamental. Por ello, cuando el juez ordinario se encuentre frente a una ley que ponga en cuestión la compatibilidad con un derecho fundamental u otro principio constitucional, tiene la elección de reenviar la cuestión de legitimidad constitucional al Tribunal constitucional federal, o por violación de las normas constitucionales del Land, al Tribunal constitucional del Land. En la práctica, la importancia de los derechos fundamentales garantizados en la Ley Fundamental prevalece. Sobre esto existe una amplia jurisprudencia constitucional, y si hay duda sobre la naturaleza del derecho garantizado en el Land la decisión sobre una posible divergencia se reserva al Tribunal constitucional federal (art. 100 III.º co. LF). Observando tales situaciones, parece obvio que el juez ordinario decidirá aplicar prevalentemente la garantía constitucional y reenviar, en caso de violación, la cuestión al Tribunal constitucional federal. Aquí se encuentra el motivo por el cual el reenvío de tales cuestiones al Tribunal constitucional del Länder, aunque garantizado en la Ley Fundamental, no se utiliza frecuentemente.

Bajo estos perfiles, la situación de autonomía constitucional de los Länder alemanes en el ámbito de un reparto de las competencias operado por la Constitución federal se distingue de las situaciones de Estados regionales como España e Italia. Allí, la delimitación de los poderes de las Comunidades autónomas o de las Regiones se determina de manera muy amplia en los Estatutos. Por ello, tales Estatutos no pueden ser producto de una

autonomía regional, sino de un acuerdo con el Estado central. De ello deriva que la interpretación de las disposiciones contenido por los Estatutos interese esencialmente al Estado central y no pueda ser confiada a una jurisdicción regional: el concepto de regionalismo requiere de una posición más fuerte del Tribunal constitucional central y disminuye las funciones posibles de una jurisdicción constitucional regional. Sin embargo, teniendo en cuenta esta situación, la existencia de un Tribunal constitucional regional no parece excluida, por lo que la argumentación del Tribunal constitucional español sobre el Estatut de Cataluña (STC 31/2010) me parece demasiado radical.

3.4. Recursos constitucionales individuales

Para Alemania, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el deber más importante en la práctica de la jurisprudencia constitucional es decidir sobre «recursos constitucionales individuales por violación de derechos fundamentales», la «Verfassungsbeschwerde», confiada al Tribunal constitucional federal. Los recursos individuales son más del 90 % de los casos tratados por el TCFA. Esta importancia ha sido continua desde 1951, a pesar de que la introducción del recurso directo fue muy debatida al inicio, y que la base constitucional de tal competencia (art. 93 I.º no. 4a LF) se introdujo sólo en 1969. Para la protección de los derechos fundamentales este instrumento siempre ha sido central. Uno de los problemas mayores es la cifra enorme de procedimientos de este tipo, que hace difícil elegir entre los problemas realmente importantes.

En esta situación, se hace recomendable tener una pluralidad de autoridades jurisdiccionales para decidir sobre recursos individuales. ¿Por qué no hacer participar a los Tribunales constitucionales de los Länder de estos procedimientos tan numerosos? De hecho, también al nivel del Land, sobre todo de Baviera, hay una vieja tradición de recursos individuales como instrumento de tutela de los derechos fundamentales que presta la justicia constitucional, confirmada en la Constitución bávara de 1946. Sobre el fondo de tal experiencia, un número creciente de Länder —sobre todo tras la reunificación de 1990— han introducido el recurso directo ante los Tribu-

nales constitucionales de los Länder; actualmente son la mayoría de los Länder (9). Así un vínculo entre Tribunales constitucionales para decidir tal cantidad de recursos podría parecer una solución. De hecho el Tribunal constitucional federal, en una sentencia muy importante del 15 de octubre de 1997 (BVerfGE 96,345), ha subrayado la posibilidad de que los Tribunales de los Länder puedan resolver recursos directos.

Sin embargo, una solución de este tipo no podría insertarse correctamente en el ordenamiento constitucional alemán, especialmente por el motivo que legitima a la justicia constitucional. En efecto, si la justicia constitucional, como hemos visto, resulta de la autonomía constitucional que corresponde también a los Länder, es justamente esta autonomía la que garantiza a los Tribunales constitucionales de los Länder su independencia, y la que impide, por tanto, integrar a estos Tribunales en un sistema homogéneo y funcional: cada Tribunal constitucional protege el ámbito constitucional de su Estado, no un ordenamiento constitucional unitario. La diferencia se presenta igualmente con otras jurisdicciones, como la civil, penal administrativa, etc... que se encuentran todas reguladas por leyes federales; estas disciplinan también los recursos y la competencia para resolverlos, por ello la posibilidad de recurrir ante el Tribunal constitucional federal completaría esta disciplina federal.

Ahora bien, si un tribunal o una corte de apelación de un Land decide un caso basándose en el Derecho procesal federal, la competencia del Land de poner a disposición un recurso ante el Tribunal constitucional del Land es muy discutible. La sentencia mencionada la ha afirmado sólo si el acto impugnado se basa exclusivamente en el poder del Land, y si el parámetro de control corresponde exclusivamente a un derecho fundamental dispuesto en la Constitución del Land que se corresponde con un derecho fundamental de la Ley fundamental —en la práctica un derecho de naturaleza procesal. Por ello no se podrá nunca hablar de «un» recurso directo en dos niveles, coordinado por el Tribunal constitucional federal, sino de dos recursos, si bien con limitaciones en el Land que resultan del poder federal, pero en principio independientes y no enteramente coordinados. En la práctica, la importancia del recurso a nivel del Land queda limitada. La justicia constitucional alemana no consiste en una tutela de derechos unitaria, prestada por el Tribunal constitucional federal y el del Land, sino que, por un

lado, es un elemento de estatalidad autónomo de los Länder, si bien limitado por el poder federal, y por otro, una protección de los derechos de la Ley Fundamental que corresponde exclusivamente al legislador federal y al Tribunal constitucional federal.

3.5. La perspectiva europea

Pero la historia no termina aquí, porque es necesario acudir a la problemática de la justicia constitucional en «perspectiva europea», ya sea del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de Luxemburgo, ya sea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Ambos operan, aunque en ámbitos diversos, también como tribunales constitucionales. De ello resultan problemas similares a los que existen entre Tribunales constitucionales nacionales y los de los entes federados. Pero los problemas son aun más difíciles de resolver debido a la proveniencia distinta de las jurisdicciones: no hay instrumentos constitucionales o legales que armonicen su actividad, sino que se basan, por un lado, en los Tratado de la UE, y por el otro, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos —en el marco del Consejo de Europa— y, finalmente, en las Constituciones estatales. El único instrumento práctico que puede tratar de evitar, o al menos de mitigar divergencias jurisprudenciales, es la cooperación. En este sentido se ha hablado de una «unión europea de Tribunales constitucionales» (Vosskuhle). La problemática se acentúa si se trata no sólo de conflictos entre entes territoriales como los Estados y las Regiones, o de la conformidad de ciertas normas con las disposiciones internacionales del Tratado de la UE o del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino de la aplicación particular de derechos en casos concretos. En estas situaciones las diversas fuentes de proveniencia distinta, pero con un mismo objeto, y la composición heterogénea de los jueces producen conflictos graves. Son características las diferencias en la decisión sobre la relación entre libertad de expresión o de prensa y el derecho a la intimidad o la personalidad, surgidas en las decisiones del TEDH y del Tribunal constitucional alemán en el caso de Carolina de Mónaco/ Hannover. La combinación del recurso constitucional alemán —al final de un largo camino jurisdiccional en Alemania— con el recurso al Tribunal de Estrasburgo acentúa el conflicto.

Observando los problemas señalados, no parece muy prometedor aumentarlos a través de un tercer instrumento de justicia constitucional. Sobre todo en sistemas que cuentan con recursos constitucionales individuales, los problemas de los dos niveles del Estado federal, en combinación con el recurso al TEDH, produce la consecuencia de una abundancia de recursos que no puede justificarse tras la tutela jurisdiccional en el sistema nacional. Es verdad que, tras la decisión de la magistratura, hay buenos motivos para insertar a un juez con una orientación específica sobre problemas constitucionales. Pero tras esta, la inserción del TEDH pierde gran parte de su importancia y hace surgir divergencias secundarias. Si ello debe aceptarse en interés de una protección homogénea de los derechos en el ámbito europeo, no es recomendable aumentar tales problemas a través de un nivel adicional estatal de recursos individuales ante los Tribunales constitucionales de los Länder.

4. CONCLUSIÓN

En un sistema multinivel, ciertamente la autonomía constitucional de cada nivel deja de ser la única posibilidad, pero es una solución consecuente. Si se toma en serio tal autonomía, la institución de Tribunales constitucionales es necesaria. Como ejemplos de tal construcción, los Tribunales constitucionales de los Länder alemanes despiertan un interés general. A la par, el experimento del Estatuto catalán merece atención, a pesar de la sentencia del Tribunal constitucional español.

Sin embargo, una mirada más precisa muestra las dificultades provocadas por la puesta en escena de los Tribunales constitucionales de los entes federados. Se hacen obvios los interrogantes respecto de su relevancia práctica, la armonización de su jurisprudencia constitucional y los posibles conflictos entre los Tribunales de los entes federados, por un lado, el Tribunal nacional, y el sistema jurisdiccional. Por ello, la utilidad de una justicia constitucional en diversos niveles es dudosa. Estos problemas aumentan con la integración europea que implica un tercer nivel adicional, además se complica ulteriormente por la duplicidad del Consejo de Europa/TEDH y la jurisdicción de la UE.

Finalmente los fenómenos de los Tribunales constitucionales de los Länder alemanes merecen una atención especial. Son ejemplos del desarrollo histórico de un federalismo y una cultura constitucional a dos niveles. Como solución general, sin embargo, podrían ser recomendables sólo teniendo en cuenta la situación específica. Como tal, me parece que sería importante para España sobre todo un federalismo asimétrico con un respeto mutuo de los poderes del Estado central y de las Comunidades autónomas. Para asegurar este respeto, es necesaria una justicia constitucional neutra, que sin embargo no podrá ser confiada a las Comunidades autónomas. Teniendo en cuenta estas situaciones específicas y diversas, se observará que el Derecho constitucional comparado no es una receta para posibles exportaciones. Sin embargo la importancia de los problemas constitucionales de los Estados y los entes federados subraya la necesidad de legitimar la jurisprudencia constitucional central sobre la base de una cooperación con los entes federados. Sobre esta senda se trata no de aumentar el número de Tribunales constitucionales, sino de anclarlos mejor como árbitros neutrales entre un poder central y un poder federado.

Resumen:

Este trabajo reflexiona sobre dos ideas —justicia constitucional y federalismo— unidas por un vínculo lógico. Parte de la consideración de la autonomía constitucional de los entes federados como razón que justifica la existencia de tantos tribunales constitucionales como unidades federadas. A continuación, con la mirada puesta sobre todo en el sistema alemán, valora las posiciones en contra de la justicia constitucional territorializada. Finalmente, plantea la consideración de las jurisdicciones europeas como parte de este entramado federal y las consecuencias que puede tener.

Palabras Clave: *Federalismo, jurisdicción constitucional y autonomía constitucional.*

Abstract:

This essay goes back to the logical link between federalism and constitutional judicial review. It begins with the analysis of the constitutional autonomy as the ground of decentralized constitutional review. Secondly, under the German light, takes account of the positions against federalize constitutional review. Finally, think about the consideration of European jurisdictions as a part of that federal map.

Keywords: *Federalism, constitutional jurisdiction, constitutional autonomy.*

IDENTIDAD CONSTITUCIONAL NACIONAL, DERECHOS FUNDAMENTALES E INTEGRACIÓN EUROPEA *

SILVIO GAMBINO **

SUMARIO:

1. INTEGRACIÓN EUROPEA Y RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS A LA LUZ DE LOS «NUEVOS» TRATADOS
2. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO E IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EN LA «SENTENCIA LISBOA»
3. CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, «PRIMAUTÉ» EUROPEA Y CONSTITUCIONES
4. TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES, DERECHOS SOCIALES E INTEGRACIÓN EUROPEA
5. DERECHOS SOCIALES Y MERCADO: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN, EL TJUE Y LAS CONSTITUCIONES NACIONALES
6. TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS CONSTITUCIONES NACIONALES Y LOS TRATADOS EUROPEOS: REFLEXIONES FINALES

1. INTEGRACIÓN EUROPEA Y RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS A LA LUZ DE LOS «NUEVOS» TRATADOS

Los «nuevos» tratados de la Unión Europea (tratados de Lisboa), vigentes desde el 1 de diciembre de 2009, han impulsado con fuerza el progreso de integración europea. Dentro de su tradicional «stop and go», el proceso atraviesa un estado crítico debido a la crisis financiera y económica, especialmente virulenta en algunos países miembros de la Unión. A pesar de lo cual el Derecho de la Unión sigue estando de actualidad, pues se ocupa de complejas cuestiones derivadas de la convivencia de la cultura de la inte-

* Traducido del italiano por Ana Ruiz Legazpi.

** Universidad de Calabria, Italia.

gración europea. Y ello con el respeto tanto a la igualdad de los Estados miembros ante los tratados como a su propia identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional, tal como se prevé en el art. 4 TUE.

En este escenario evolutivo, la integración europea adviene ahora con un pleno reconocimiento a los derechos (libertades y principios) sancionados en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, del mismo valor jurídico que los tratados (art. 6 TUE). Esta última disposición —seguida de la previsión de adhesión de la Unión al CEDH— rediseña, a través de los derechos y las identidades constitucionales nacionales, este proceso de integración ¹.

¹ S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Nápoles, 2005; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bolonia, 2007; C. PINELLI, «I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza», *Pol. del dir.*, 2008, núm. 1; N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Nápoles, 2006; T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Turín, 2009; V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Pádua, 2008; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Nápoles, 2009; O. POLLICINO, «Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali», *Dir. Un. Eur.*, 2009, núm. 1; O. POLLICINO, V. SCIARABBA, «La Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo quali Corti costituzionali» en L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, T. II, Pádua, 2011; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; J. TAJADURA, J. de MIGUEL (a cura di), *Justicia constitucional y Unión europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, 2008; M. CARTABIA, B. de WITTE, P. PÉREZ TREMPES (a cura di), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2005; V. ONIDA, «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona» y T. GROPPPI, «I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza «multilivello», en E. PACIOTTI (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, 2011; S. GAMBINO, «Costituzionalismo «multilevel», diritti fondamentali e Unione Europea» en G. D'IG-

Actualmente, este camino evolutivo experimenta una importante avance en lo que se refiere a la positivación europea de los derechos fundamentales, de la mano de un (importante y complejo) diálogo entre las Cortes constitucionales, el TJUE y la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) que trata de asegurar jurisdiccionalmente los distintos y singulares niveles de garantía desde la óptica de un constitucionalismo multinivel con el que se vienen a confirmar plenamente las identidades constitucionales nacionales².

Con la incorporación (sustancial) de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión en el seno de los «nuevos» tratados, el proceso de integración europeo se prestaría a ciertas lecturas (que no compartimos) que lo consideran un auténtico proceso constitucional, que vendría a derogar los propios procedimientos articulados por el Derecho constitucional (no sólo interno) con los que se asegura la legitimación política de los nuevos ordenamientos constitucionales. Tal proceso de positivación de los derechos presenta importantes interrogantes relativos bien a la recurrente cuestión del déficit democrático de las Instituciones comunitarias, bien —sobre todo—

NAZIO (a cura di), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milán, 2011; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea*, Milán, 2009.

² A. RUGGERI, «Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali», *Rivista AIC*, 2011, núm. 1; A. RUGGERI, «Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno», en *www.forumcostituzionale.it*; A. CELOTTO, T. GROPPI, «Diritto UE e diritto nazionale: “primauté” vs controlimiti», *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2004; A. CELOTTO, «“Primauté” e controlimiti nel Trattato di Lisbona», *Scritti sul processo costituente europeo*, Nápoles, 2009; S. GAMBINO, «La Carta e le Corti costituzionali. “Controlimiti” e “protezione equivalente”», *Politica del diritto*, 2006, núm. 3; M. RAVERAIRA, «L’ordinamento dell’Unione europea...» *op. cit.*; F. BALAGUER CALLEJON, «Il Trattato di Lisbona sul lettino dell’analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell’Unione europea», A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Nápoles, 2009; F. BALAGUER CALLEJON, «El derecho constitucional europeo y la Unión Europea», in F. BALAGUER CALLEJON (coord.), *Introducción al derecho constitucional*, Madrid, 2011.

a la legitimación constitucional (a la cual la doctrina constitucional mayoritaria parece no querer atribuirle una relevancia teórica digna de mención).

Sobre este aspecto teórico específico es notorio que la doctrina constitucional europea está dividida. Así se deduce de las diferentes valoraciones expuestas en los comentarios doctrinales a la «sentencia Lisboa» del Tribunal constitucional federal alemán, de 30 de junio de 2009³. En opinión de algunos, confirma la naturaleza —digamos consuetudinaria— del proceso de integración europea en curso⁴ que habría determinado así por la vía de los hechos una discontinuidad en relación con el constitucionalismo de los países europeos, en modo alguno subsanable desde la óptica de los ordenamientos constitucionales nacionales afectados. Así, se darían las premisas de un constitucionalismo europeo acabado, plenamente autoreferencial y capaz de producir todas las consecuencias jurídico-institucionales

³ N. VEROLA, «L'identità europea fra eredità e progetto», F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Il Trattato di Lisbona e le nuove istituzioni europee*, Bologna, 2010; AA.VV., *La sentenza del «Bundesverfassungsgericht» sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione Europea (Seminaro Astrid, Roma, 21 de septiembre de 2009)*, disponible en www.astrid.eu; V. BALDINI, «Il rispetto dell'identità costituzionale quale contrappeso al processo d'integrazione europea. (La "sentenza Lisboa" del "Bundesverfassungsgericht" ed i limiti ad uno sviluppo secundum Constitutionem dell'ordinamento sopranazionale)», *Rivista AIC*, núm. 0 del 2.7.2010; A. CANTARO, «Democrazia e identità costituzionale nel Lissabon Urteil. L'integrazione protetta», en *Teoria e diritto dello Stato*, 2010; B. GUASTAFERRO, «Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"», en www.forumcostituzionale.it; S. ALOISIO, «Il futuro dell'integrazione europea dopo il Lissabon Urteil», en *AUSE*, 2011, 2; M. RAVERAIRA, «L'ordinamento dell'Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?» en *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, núm. 2, 2011.

⁴ A. RUGGERI, «Carta europea dei diritti e integrazione interordinamentale: il punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale», AA.VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milán, 2003; K. BLAIRON, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: verso la costituzionalizzazione di un "diritto comune" europeo», S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milán, 2006.

que la aplicación directa de sus disposiciones y su primacía (tal como veremos) han tenido sobre los ordenamientos nacionales. Incluso en la materia misma de los derechos fundamentales (con la salvedad de los contralímites opuestos por algunas jurisdicciones constitucionales europeas, magistralmente remachadas hace poco por el Tribunal constitucional federal alemán y, entre otros, por el Juez de las leyes tanto polaco como checo).

Otras lecturas resultan más prudentes. Preguntándose por la naturaleza de los tratados más recientes y sobre la naturaleza jurídica propia de los tratados, ofrecen una argumentación diferente, según la cual, las recientes modificaciones de los tratados constituyen poco más que una reorganización normativa de los vigentes anteriormente. Incluso subrayando cómo la integración europea gana terreno a través de los derechos, no dejan de señalar un persistente déficit constitucional⁵. Dicho de otro modo, según esta corriente, una Constitución, como acto fundacional de un ordenamiento jurídico primario y elemento fundamental de él mismo integrante —en su componente de «inner law»— sólo puede provenir de una voluntad política y formalmente constituyente, expresada directamente por el pueblo europeo de los distintos países miembro⁶. Un pasaje argumentativo de la «sen-

⁵ M. FIORAVANTI, «Un ibrido fra Trattato e Costituzione», E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003 y del mismo autor «Il processo costituente europeo», en *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milán, 2003; F. BALAGUER CALLEJON, «Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'UE», A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Nápoles, 2010.

⁶ A. BARBERA, «Esiste una “costituzione europea”?», *Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2000; Ch. FRANCK, «Traité et Constitution: les limites de l'analogie», en P. MAGNETTE (a cura di), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, 2002; M. CARTABIA, «I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione», F. BASSANINI, G. TIBERI, *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004; R. TONIATTI, «Verso la definizione dei “valori superiori” dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Pádua, 2002; G. SILVESTRI, «Relazione conclusiva», in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTU-

tencia Lisboa» de la Corte de Karlsruhe argumenta en un modo muy claro esta visión. Que tal acto constituya la expresión de una asamblea constituyente o de un referéndum no dice tanto, lo que resulta indiscutible es que la Constitución europea debe ser el resultado de un proceso constituyente, con una legitimación, la propia de los titulares de la soberanía, que no deje lugar a la duda, investida con la fuerza revulsiva propia atribuible a la voluntad del *demos* de los países miembro. De otro modo, según este planteamiento, no se podría pensar que una meta progresiva de llegada a la Constitución europea pueda poner en entredicho —y en este sentido minusvalorar— las categorías dogmáticas tradicionales del constitucionalismo moderno que están en la base de todos los procesos de legitimación constitucional⁷.

La garantía de los derechos fundamentales europeos, de un lado, y de otro, el respeto por parte de la Unión Europea a la identidad nacional de los Estados miembros, inmanente a su estructura fundamental, su política constitucional, incluido el sistema de las autonomías locales y regionales —en su posición de bisagra entre Derecho primario de la Unión y constitucionalismo nacional— replantean los clásicos interrogantes en materia de «primauté» de derechos fundamentales entre los niveles constitucionales

RA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003; M. FIORAVANTI, «Un ibrido fra «Trattato» e...», *op. cit.*, p. 19; S. GAMBINO, «Diritti fondamentali, Costituzioni nazionali e trattati comunitari», S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione... op. cit.*; S. GAMBINO, «La (reciente) evolución del ordenamiento comunitario como proceso «materialiter» constituyente: un análisis tras las categorías clásicas del derecho público y de la experiencia concreta», AA.VV., *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*, Bogotá, 2006.

⁷ M. LUCIANI, «Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea» en *www.astrid.eu*; M. CHITI, «Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsGericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania», en *www.astrid-online.it*; G. GUARINO, «La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009. Sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea», in *www.astrid-online.it*; L.S. ROSSI, «Integrazione europea al capolinea?», *www.affariinternazionali.it*; G. L. TOSATO, «L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente «Lissabon Urteil»» en *www.astrid.eu*.

nacionales y el nivel propio del Derecho primario de la Unión⁸. El análisis, siquiera esencial que realizaremos, nos lleva a sumir la vigencia de aquella lectura (más jurisprudencial que doctrinal) que a pesar de la «comunitarización de la Carta de derechos fundamentales» niega la primacía generalizada de tales derechos fundamentales europeos basándose en las garantías que de ellos predicen las constituciones nacionales.

Con todo, una interpretación así, no desprecia los contenidos garantizados por los derechos y libertades de la Unión sancionados en el art. 6 del TUE, en el art. 51.1 de la Carta de derechos fundamentales y en el art. 67 TFUE de acuerdo con el cual «La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros». En efecto, es bien destacable el espacio de reflexión abierto por la posición de algunas Cortes constitucionales, como en particular las Cortes italiana y alemana, bajo lo que se denomina «doctrina de los contralímites». En ella se niega (la jurisprudencia constitucional alemana al menos hasta la sentencia Solange II con el criterio de la «protección equivalente» brindada por el Derecho europeo primario) la primacía del Derecho de la Unión en lo relativo a los principios y derechos fundamentales garantizados en las constituciones nacionales.

⁸ F. SORRENTINO, «La tutela multilivello dei diritti», *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2005; I. PERNICE, «L'Unione costituzionale europea nella prospettiva della Conferenza Intergovernativa del 2000» e M. MORLOK, «Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli», en S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milán, 2002; I. PERNICE, F. MAYER, «La Costituzione integrata dell'Europa», in G. ZAGREVELSKY (a cura di), *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003; P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milán, 2004; G. MORBIDELLI, «La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo», (AA.VV.), *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Pádua, 2000; A. RUGGERI, «Rapporti tra Corte costituzionale...», cit.; S. GAMBINO, «La protection multilevel dei diritti fondamentali (fra Costituzione, trattati comunitari e giurisdizione)», in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Nápoles, 2008; O. POLLICINO, U. SCIARABBA, «La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte...», *op. cit.*

2. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO E IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA LISBOA

Como ya hemos observado, este tipo de razonamiento es secundado de nuevo por la Corte di Karlsruhe en la conocida «sentencia Lisboa» de 30 de junio de 2009⁹. A raíz de tal tendencia jurisprudencial una parte de la doctrina piensa que puede hablarse de un auténtico desafío al acervo comunitario. Se ha señalado acertadamente¹⁰ que la fundamentación de esta larga sentencia parece encaminada a modelar el futuro del Derecho de la Unión¹¹ «sustituyendo un pluralismo constitucional defensivo por un pluralismo constitucional agresivo». El Juez constitucional alemán reivindica para sí el papel de árbitro último, de guardián decisivo de la Constitución, a través del ejercicio del control de la compatibilidad del proceso de integración con la intangibilidad constitucional del principio democrático¹² y de la «cláusula de eternidad» de la Constitución plasmada en el art. 79.3 LF. Con esta garantía de perennidad, ni el propio legislador constitucional puede disponer de la identidad del orden constitucional liberal. Obsérvese que esta argumentación no es diferente en el fondo de la acogida por la Corte constitucional italiana en la sentencia n. 1146 de 1998, en la cual se subrayó cómo la Constitución italiana contenía «algunos principios constitucionales supremos: tanto aquellos principios que la Constitución misma prevé como límites

⁹ BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30/6/2009.

¹⁰ M. POIARES MADURO, G. GRASSO, «Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?», en *Il diritto dell'Unione Europea*, núm. 3, 2009. A. CANTARO, «Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”. La integración protegida», *Rev. Der. Const. Eur.*, núm. 13, 2009.

¹¹ M. POIARES MADURO, G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza...*, *op. cit.*, p. 527.

¹² En el párrafo 216 de la sentencia, el Juez de las leyes observa que «el principio democrático no es susceptible de variaciones, es más, es intocable. El poder constituyente de los alemanes dado en la LF trataba de poner un límite que no pudiera ser desoído por futuras mayorías políticas. No está permitida ninguna modificación que afecte a los principios enunciados en el art. 1 a 20 de la LF (art. 79.3 LF).

absolutos al poder de reforma constitucional (la forma republicana protegida en el art. 139 Cost.) como aquellos otros principios que, aún no mencionándose expresamente en la Constitución como excluidos del procedimiento de reforma constitucional, pertenecen en esencia a los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana (...). No se puede negar, por tanto, que esta Corte sea competente para juzgar la legitimidad de las leyes de reforma constitucional y de las otras leyes constitucionales en relación con los principios supremos del ordenamiento constitucional. De lo contrario, se incurriría en el absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución defectuoso o no plenamente efectivo justamente en relación con las normas de más elevado valor».

Con respecto a las razones invocadas por los recurrentes (especialmente, vulneración del principio democrático y de atribución específica de la competencia), la decisión de la Tribunal constitucional alemán se sitúa en la senda jurisprudencial precedente. En la que destaca la sentencia *Maasticht*¹³ (aunque aquí se prestaba atención al principio democrático y al soberanía del Estado más que a la intangibilidad de la protección de los derechos fundamentales) que junto con la sentencia *Solange II*, la habían llevado a detenerse en la comprobación de una protección equivalente asegurada por el Tribunal de Luxemburgo. En este sentido, el Tribunal constitucional federal alemán subraya la existencia de límites insuperables al proceso de integración dimanantes del principio de atribución y de la identidad constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea (§§ 226, 228) que operan en el marco constitucional de un ordenamiento nacional (art. 23.1 LF) abierto a la integración europea, a la participación en las instituciones internacionales y a la pertenencia en un sistema de seguridad recíproca en el escenario de una amplia prohibición de las guerras y agresiones. El mandato que a juicio de la Corte se deriva para los órganos constitucionales alemanes «significa que la elección de participación o no en la Unión Euro-

¹³ BVergG, 89, 115. *Vid.* al respecto también G.U. RESCIGNO, «Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea», *Giur. Cost.*, 1994, p. 3115, así como A. ANZON, J. LUTHER, «Il trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale», *Giur. Cost.*, 1994, p. 667.

pea no se deja a su libertad discrecional. La LF quiere una integración europea y un ordenamiento de paz internacional. Por lo tanto no sólo rige el principio «a favor Derecho internacional», sino también el principio «a favor Derecho europeo» («Europarechtsfreundlichkeit») (§ 225)¹⁴.

Con todo, la concreción de la integración europea debe tener en cuenta las peculiaridades naturales de la Unión como ente de unión de estados soberanos (Statenverbund), que ejerce su poder sobre una base pacticia, en cuyo ámbito el ordenamiento de base de los Estados miembros permanece en su exclusivo señorío y cuya legitimación democrática pertenece a sus pueblos.

La concepción de estas características acuñada en la LF autoriza sin duda a una amplia cesión de derechos de supremacía a la Unión por parte del legislador estatal, pero subordinándola a «la condición de que se conserven las características del Estado constitucional soberano sobre la base de un programa de integración según el principio de atribución específica y de salvaguarda de la identidad constitucional de los Estados miembros; sin detraer a los Estados miembros su capacidad de transformación política y social de las condiciones de vida que le corresponde gestionar» (§ 226).

¹⁴ M. POIARES MADURO, G. GRASSO, «Quale Europa...», *op. cit.*; A. ANZON, «Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lisbona" del Tribunale costituzionale federale tedesco», *Giur. cost.*, 2009; G. FERRARA, «In difesa della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona», en *www.astrid.eu*; F. PALERMO, J. WOELK, «"Maastricht reloaded": il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona», *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, núm. 3, 2009; A. CANTARO, «Democrazia e identità costituzionale...», *op. cit.*; L.S. ROSSI, «I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea», *Riv. Dir. Internaz.*, núm. 4, 2009, n. 4; P. HÄBERLE, «La regresiva sentencia Lisboa como Maastricht II anquilosada», *Rev. Der. Const. Eur.*, 2009, 12; V. BALDINI, «Il rispetto dell'identità costituzionale quale contrappeso al processo d'integrazione europea. (La "sentenza Lisbona" del Bundesverfassungsgericht ed i limiti ad uno sviluppo secundum Constitutionem dell'ordinamento sopranazionale)», *Rivista AIC*, núm. 0 del 2.7.2010; M. RAVERAIRA, «L'ordinamento dell'Unione europea...», *op. cit.*

Una premisa constitucional similar a ésta es fundamental en la argumentación de la Corte de Karlsruhe cuando observa que «la integración en una comunidad de libertad no pretende, con todo, ni subordinación sustraída a los límites y controles del Derecho constitucional, ni una renuncia a la propia identidad. La Ley Fundamental no autoriza a los órganos activos de Alemania a entrar en un Estado federal y renunciar al derecho de autodeterminación del pueblo alemán en favor de una soberanía internacional. Al implicar la transferencia de soberanía a un nuevo sujeto legítimo, este paso se reserva a una declaración de voluntad directa del pueblo alemán» (§ 228).

Con una confianza no muy grande en la fuerza constructiva del proceso de integración, lo vincula a los elementos constitucionales vigentes y garantizados por las actuales competencias de los tribunales constitucionales. En pocas palabras, puede parecer excesiva una cierta crítica a esta sentencia en la que se habla incluso de un «bozal alemán»¹⁵ que la Corte de Karlsruhe habría puesto de un modo miope a la Unión Europea. Nos convence más la visión de otro sector de la doctrina, más prudente, concentrado en los argumentos de la identidad nacional como contrapeso, como contralímite al proceso de integración europeo, al que estaría delimitando un desarrollo «secundum constitutionem»¹⁶

¹⁵ S. CASSESE, «L'Unione europea e il guinzaglio tedesco», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 9, 2009.

¹⁶ V. BALDINI, «Il rispetto dell'identità costituzionale...», *op. cit.*; M. RAVERA, «L'ordinamento dell'Unione europea...», *op. cit.* Estas interpretaciones parecen fundarse en la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana sobre la «responsabilidad por la integración» y, en particular, en la Mangold-Beschluss del Tribunal constitucional alemán (cfr. Bundesverfassungsgericht, sezione II, 6 de julio de 2010, BvR 2661/06, en *Foro it.*, 2010, IV, 533, con un comentario de R. CAPONI, «La svolta europeista della Corte costituzionale tedesca», sobre el cual puede verse también «Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)», *Riv. it. Diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1103 ss.; «Il Mangold Urteil: l'europeismo della Corte tedesca ed i suoi limiti», *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 861). El autor habla al respecto de un radical cambio en relación con la jurisprudencia precedente del Tribunal alemán, y en el párrafo 58, de hecho, se prevé que el control ultravires debe realizarse con arreglo a un modelo de relativo favor Derecho de la Unión (Europarechtsfreundlich) mientras en el párrafo 60 se afirma: «Has-

De este modo consigue que la cláusula de identidad e intangibilidad constitucional (artículos 1 a 20 y 79.3 LF) implique sobre todo «que el programa de integración de la Unión Europea deba ser suficientemente determinado. Si el pueblo no es llamado a decidir directamente, sólo se legitima democráticamente la decisión de la que pueda responder el Parlamento. La delegación en blanco para el ejercicio del poder público, con un efecto vinculante en el ordenamiento jurídico interno, no puede ser hecha por los poderes constituidos alemanes» (§ 236).

En la «sentencia Lisboa» no faltan argumentos enfocados a la perspectiva de análisis aquí defendida y que pivota sobre la cualidad de las relaciones y de los límites relativos entre ordenamientos jurídicos. Se puede convenir en la existencia de una cierta continuidad entre los contralímites al proceso de integración comunitaria y la identidad constitucional nacional. En el marco más delimitado de los principios y derechos fundamentales sancionados de las constituciones nacionales, tales contralímites se proyectarían, hoy en día, en una fórmula más amplia y general (y hasta simbólica) de la identidad constitucional nacional, que nutriría la nueva positivación comunitaria prevista en los artículos 4.2 y 6 TUE, así como en el art. 67.1 TFUE.

En lo que concierne a los contralímites opuestos al proceso de integración europeo, el Tribunal constitucional alemán subraya enfáticamente que

ta [Solange] que el Tribunal de Justicia no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las cuestiones de Derecho de la Unión suscitadas, el Bundesverfassungsgericht comprobar la no aplicabilidad del Derecho de la Unión en Alemania» y, en fin, el párrafo 62 añade también «el Bundesverfassungsgericht afirma de nuevo que el Tribunal de Justicia tiene confiado el cometido de implementar, desarrollar y perfeccionar el Derecho de la Unión Europea». En el mismo sentido, *vid.* P. FARAGUNA, «Germania: il Mangold-Urteil del BverfG. Controllo ultra vires sì, ma da maneggiare europarechtsfreundlich», *www.forumcostituzionale.it*, según quien «el BVerfG confirma su competencia al ejercer el control sobre los actos ultra vires de la Unión: pero no antes de que el Tribunal de Justicia haya tenido la ocasión de pronunciarse sobre la interpretación o validez de los actos en el trámite de la cuestión prejudicial. En caso de conflicto sobre la competencia, pues, la primera palabra la tiene el Tribunal de Justicia, a quien el BVerfG parece reconocer la cortesía de la prejudicialidad. Pero también se puede decir que la última palabra la tiene el BVerfG».

dicha integración debe respetar la participación activa del parlamento nacional y la participación constituyente del pueblo alemán. Como se ha observado magistralmente, la transformación de la Unión Europea en un Estado federal «excedería las competencias y los poderes de los poderes constituidos de la República federal de Alemania. La base jurídica necesaria para una forma de integración así sólo podría revestirla una ley constitucional que el pueblo alemán debería darse conforme a las reglas del art. 146 LFB» (§113).

Se podría traer a colación una cita bien larga de la «sentencia Lisboa» para concluir la reflexión apenas esbozada sobre los contralímites y su nueva europeización en la previsión del art. 4.2 TUE. Se haría así justicia a las dudas y perplejidades doctrinales, toda vez que se fundan, más que en el plano teórico, en la práctica por una falta de oposición de estos límites por parte del Tribunal de Luxemburgo. Esta falta de oposición de los límites es contrastable en el caso quizá más emblemático en la tensión entre las previsiones constitucionales y la primacía del Derecho de la Unión: el caso Tanja Kreil.

Para el Juez constitucional alemán, entonces, no cabe ninguna duda de que la integración europea debe desenvolverse «según el principio de atribución específica de la competencia, sin que le resulte posible a la UE usurpar la competencia de la competencia o violar las identidades constitucionales de los Estados miembros, esto es, la identidad de la LF, resistentes a la integración» (§ 239). A la par, tampoco cabe duda alguna sobre la plena justiciabilidad, en el seno de la jurisdicción alemana, de las responsabilidades dimanantes de la integración en el caso de palmarios excesos en el ejercicio de las competencias de la Unión Europea y la garantía del núcleo intangible de la identidad constitucional de la LFB. A tal fin, el Tribunal constitucional alemán ya ha previsto el control «ultra vires»: «comoquiera que no es posible una tutela jurisdiccional a nivel de la Unión, el Bundesverfassungsgericht controla si los actos de los órganos e instituciones europeas, respetando el principio de subsidiariedad del Derecho de la Comunidad y de la Unión, se mantienen en los límites de los derechos de supremacía conferidos con la atribución específica limitada... El ejercicio de esta competencia de control, radicada en el Derecho constitucional, es acorde con el principio a favor del Derecho europeo sancionado en la LF y, por tanto, no

contraviene el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE): frente a la integración que progresa, no se pueden proteger de otra manera las estructuras políticas y constitucionales fundadoras de los Estados miembros que reconoce el art. 4.2 TUE. En el espacio europeo de justicia, las garantías del Derecho constitucional y del Derecho de la Unión en favor de la identidad constitucional nacional van, por tanto, de la mano (“hand in hand”)» (§ 240). Las consecuencias son claras: «tanto el control «ultra vires» como el control de identidad pueden tener como resultado que normas del Derecho comunitario, o en el futuro normas del Derecho de la Unión, sean declaradas inaplicables en Alemania. Para tutelar la funcionalidad del ordenamiento comunitario, una aplicación del Derecho constitucional proclive al Derecho europeo exige que tanto el juicio ultra vires como el relativo a una violación de la identidad constitucional se reserve al Bundesverfassungsgericht, respetando la noción de Derecho expresada en el art. 100.1. LF» (§ 241).

¡Bien vale esto, para aquellos que todavía hablan de veleidad a propósito de la oposición de los contralímites por parte de los jueces constitucionales nacionales a la presunta primacía plena del Derecho de la Unión Europea!

La conclusión del Tribunal alemán —cuyos argumentos nos parecen convincentes— va en la línea de que una plena legitimación del proceso de integración debe seguir las vías disciplinadas en la teoría constitucional del poder constituyente y los límites relativos, y debe ser respetuosa con la identidad política y constitucional nacional. «¡Hic Rhodus, hic salta» por el futuro del proceso de integración europea!

En verdad, quedaría preguntarse si la teoría de los contralímites releída a la luz de los Tratados de Lisboa no diseña un futuro muy similar al presente, esto es, si las previsiones sobre la europeización de los contralímites (artículos 4.2 y 6 TUE, y art. 67.1 TFUE) no atribuyen al Tribunal de Justicia más que a los tribunales constitucionales nacionales una reedición de la primacía comunitaria sobre los niveles constitucionales nacionales de los principios y derechos fundamentales por la vía de la correcta interpretación de los tratados. La respuesta que puede darse, y qua ya se ha dado ¹⁷, se re-

¹⁷ A. RANDAZZO, «La teoria dei controlimiti riletta alla luce del Trattato di Lisboa: un futuro non diverso dal presente?» en *www.diritticomparati.it*; M. RAVEIRA, «L’ordinamento dell’Unione europea...», *op. cit.*, p. 347; B. GUASTAFERRO, «Il

mite a la concreta justiciabilidad del Derecho y de la identidad constitucional de un país que resulte lesionado por un acto de la Unión, en el marco más amplio conferido por las perspectivas positivizadas en los nuevos tratados que debería, al menos en teoría, eliminar las preocupaciones de los Estados en relación con las posibles injerencias ilegítimas de la Unión.

En este caso, estaríamos en presencia de una violación no sólo del Derecho nacional sino también del parámetro del art. 4 TUE, que habilitaría a recurrir al Tribunal de Justicia, además de ofrecer las garantías en sede jurisdiccional del contralímite constitucional nacional (siempre que en la lesión estuviera en juego un principio o derecho fundamental). En este sentido, entonces, «el respeto a los principios estructurales de cada Estado gozaría de una más intensa y eficaz tutela respecto a años anteriores»¹⁸, de una protección reforzada, pues al poder acogerse como razón de vulneración en una sentencia de nulidad del Tribunal de Luxemburgo, «el principio nacional permanece sano y salvo»¹⁹. También se podría trabajar con la hipótesis, como otros han hecho, sobre la posibilidad de que el recurso fuera reenviado al tribunal constitucional nacional por parte del mismo Tribunal de Justicia para preguntarle sobre la correcta interpretación de los principios nacionales fundamentales en liza. Quedaría en todo caso la sospecha de que la previsión del art. 4 TUE de los nuevos tratados pueda llegar a justificar «un eventual desinterés de las Cortes constitucionales nacionales sobre los contralímites ...al poder (o mejor, deber) proveerlos el propio Tribunal de Justicia»²⁰.

rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e “controlimiti europeizzati”», en *www.forumcostituzionale.it*; A. SCHILLACI, «L’art. 4.2 del TUE e l’europeizzazione dei controlimiti», (*paper Granada, VII Jornadas sobre la Constitución europea. El Tratado del Lisboa, 11-12 marzo 2010*); V. BALDINI, «Il rispetto dell’identità costituzionale quale contrappeso...», *op. cit.*; A. CANTARO, «Democrazia e identità costituzionale nel Lissabon Urteil. L’integrazione protetta», *Teoria e diritto dello Stato*, 2010, p. 20; A. RUGGERI, «Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e...», *op. cit.*

¹⁸ A. RANDAZZO, «La teoria dei controlimiti riletta alla luce...», *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*

Por cuanto pueda ser asumible, no lo compartimos, tal como la reciente jurisprudencia constitucional alemana nos recuerda en su «espléndida lección» de Derecho constitucional. Si es así, a la espera del desenvolvimiento de la cuestión en el futuro, no se puede sino hacer una referencia al imprescindible diálogo entre Cortes²¹.

El futuro de los contralímites, «declarados pero no practicados», como bien evidencia la «sentencia Lisboa», no podrá ser tras los últimos tratados muy diverso de lo que era antes. Que sean incluso inútiles o veleidosos no resulta, sin embargo, compatible, como se podrá observar mejor después de la reflexión a propósito de las asimetrías detectadas entre principios/derechos fundamentales europeos sobre libertad económica y previsiones constitucionales nacionales sobre derechos sociales (destacadamente sobre el derecho constitucional al trabajo). En todo caso, algo cambia seguro, y es el sentido con el que se analizaba hasta aquí el proceso de integración comunitaria. Desde este punto de vista, estaríamos en una fase de transición del paradigma clásico de la «unidad en la diversidad» al paradigma postmoderno de la «diversidad en la unidad»²². Como bien se ha subrayado «termina así un cierto modelo de integración —supranacional y funcional— y los nuevos perfiles de integración deben presentar una cualidad diversa: condicionado políticamente por los valores nacionales, responsable constitucionalmente, limitado a las garantías internas de cada Estado miembro de la Unión. De hecho una «integración protegida», una integración bajo protección²³.

3. CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, «PRIMAUTÉ» EUROPEA Y CONSTITUCIONES

Antes de preguntarse sobre las cuestiones propias de la teoría constitucional de las fuentes a la luz del reciente proceso de integración europeo,

²¹ A. RANDAZZO, «I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?», *www.forumcostituzionale.it*, 2007; M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Nápoles, 2012 (pendiente de publicación).

²² A. CANTARO, «Democrazia e identità costituzionale...», *op. cit.*

²³ *Ibidem.*

es preciso señalar la transformación acaecida en el debate constitucional y comunitario tras la ratificación de los nuevos tratados y la atribución de su idéntica fuerza jurídica a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Con esta visión, podríamos proponer el tradicional interrogante sobre si la incorporación (sustancial) de la Carta a los nuevos tratados puede ser considerada como una constitucionalización plena del sistema jurídico de la Unión o, cuando menos, si la misma influye significativamente en su proceso de constitucionalización erigiéndose como una suerte de fase embrionaria, de nasciturus.

A su función de límite a los actos de la Unión de los derechos contemplados en la Carta (art. 51.1) se añade ahora su función positiva, gracias a la cual conforman un espacio común de libertad, seguridad y justicia, susceptible de orientar a las instituciones europeas en el ejercicio de sus competencias (tal como confirma el art. 67.1 TFUE). Los derechos fundamentales, en esta clave, no constituyen ya sólo un mero límite a la acción de las Instituciones europeas o de los Estados miembros cuando aplican Derecho comunitario. Ahora deben, al tiempo que respetan los derechos, promoverlos «con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión» (art. 51.1 Carta)²⁴.

Esto nos lleva a la cuestión suscitada por la integración europea y la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales, en el marco de los límites y reservas legislativas y jurisdiccionales constitucionalmente establecidas. Al respecto, surge una vez más la doctrina de los contralímites acuñada por la Corte constitucional italiana, alemana (al menos hasta Solange II)²⁵ y seguida por otras jurisdicciones constitucionales, que niegan la primacía del Derecho primario de la Unión en materia de principios y derechos fundamentales constitucionalmente establecidos²⁶. El art. 4.2 TUE añade ahora el respeto de la Unión a las identi-

²⁴ M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

²⁵ BVerfGE 73, 339, Solange II, 22 de octubre de 1986.

²⁶ A. RUGGERI, «Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria della interpretazione», P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti*, Turín, 2003; A. RUGGERI, «Trattato costituzionale, europeiz-

dades nacionales, tanto políticas como constitucionales. En los nuevos tratados no se reitera, además, la previsión del art. I-6 de la Constitución europea (no ratificada) en la que se preveía que «la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». En la Declaración Núm. 17 aneja al Tratado de Lisboa, relativa a la primacía, se recuerda que «con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia»²⁷.

zazione dei controlimiti..., cit.; A. CELOTTO, T. GROPPPI, «Diritto U.E. e diritto nazionale..., cit.; A. CELOTTO, T. GROPPPI, «Primauté e controlimiti..., *op. cit.*; M. CARTABIA, A. CELOTTO, «La giustizia costituzionale dopo Nizza», *Giur. cost.*, 2002; F. SALMONI, «La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali», P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti...*, cit.; G. AZZARITI, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel processo costituente europeo», *Rass. dir. pub. eur.*, 2002; V. ONIDA, «Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario», in *Quad. cost.*, 2003; A. CELOTTO, «La primauté nel Trattato di Lisbona», A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Nápoles, 2009.

²⁷ «De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se colige que la prevalencia del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario mismo. Según el Tribunal, tal principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad europea. En la época de la primera sentencia de esta jurisprudencia consolidada (Costa c. ENEL, 15 de julio de 1964, causa 6/641) no existía ninguna mención a la prevalencia en los tratados. La situación no ha cambiado hasta hoy. El hecho de que el principio de prevalencia no se incluya en el futuro tratado no altera en modo alguno la vigencia del principio mismo o de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia. (Documento 11197/07 (JUR 260): Parecer del servicio jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007. Obsérvese que tanto la Declaración como la opinión confirman una orientación de la discusión, abierta por la jurisprudencia de los contralímites, sobre la prevalencia del Derecho de la Unión sobre los principios y derechos fundamentales que es pacífica en la doctrina en lo que se refiere al Derecho derivado.

Si, por tanto, el Derecho derivado de la Unión no plantea cuestiones excesivamente problemáticas, sí quedan en el aire las suscitadas por la jurisprudencia sobre los contralímites, a propósito de la controvertida primacía del Derecho de la Unión sobre los principios y derechos fundamentales nacionales. Aunque no sirva para conferir a la Carta europea de derechos fundamentales el mismo valor (siquiera simbólico) de un «bill of rights», el sistema constitucional europeo que resulta después de atribuirle «el mismo valor jurídico de los tratados» envuelve a tal ordenamiento de los derechos de una finalidad originaria, incluyendo entre sus competencias la de garantizarlos, en unidad con las garantías del mercado interior europeo²⁸.

La soberanía nacional y, con ella, las garantías brindadas a los derechos fundamentales no consienten opiniones preocupadas sobre el ulterior proceso de integración desde el momento que el sujeto singular está garantizado, en una lógica de protección multinivel, que asigna a las instituciones europeas y, sobre todo, al Tribunal de Luxemburgo el deber de ofrecer las máximas garantías a tales derechos en sintonía con la vía de interpretación del modo más favorable a los derechos humanos y libertad fundamentales, positivizado con fuerza jurídica en el art. 53 de la Carta europea de derechos fundamentales. Los mismos jueces nacionales, sean ordinarios sean constitucionales, dispondrán ahora de un nuevo parámetro cuando se trate de inaplicar una norma de la Unión a favor de la norma constitucional estimada más favorable al derecho «en una aplicación pro persona del estándar comunitario o nacional de que se trate»²⁹.

A la luz de los nuevos tratados (Lisboa), por tanto, los contralímites opuestos por la Corte constitucional a la primacía europea generalizada encuentran un nuevo y más amplio panorama en la actual perspectiva de integración, enriquecida por una Carta de derechos fundamentales. Mucho más idónea de lo que fuera la primitiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia para forjarse como garantía de un ulterior nivel de protección de los

²⁸ M. CARTABIA, *I diritti in azione...*, *op. cit.*; U. DE SIERVO, «I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali nazionali», G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003.

²⁹ A. CELOTTO, «Una nuova ottica dei controlimiti...», *op. cit.*, p. 3.

derechos, en línea con los estándares más elevados conferidos tanto por las Constitucionales nacionales, como por los tratados internacionales como, sobre todo, por el Convenio europeo de derechos humanos (art. 53 Carta de derechos fundamentales de la Unión).

El nuevo Derecho de la Unión (si bien en forma menos explícita de la prevista en su día por los artículos I-5, I-6, II-111 e II-113 del Tratado constitucional) permite alcanzar algunas conclusiones ya argumentadas con claridad³⁰. En primer lugar, permanece como criterio que deberá guiar al intérprete de las relaciones entre los nuevos tratados y las constitucionales nacionales el de la «subdivisión de los respectivos ámbitos de actuación con base en el principio de competencia, permaneciendo cada ordenamiento fundado y orientado por su propia Carta constitucional»³¹. En caso de superposición de regulaciones de los diversos ordenamientos, los tratados gozan sin duda de supremacía y prevalencia sobre las Constituciones nacionales. Toda vez que la supremacía, cuando afecta al ámbito de los principios y derechos fundamentales tal como son dispuestos en cada uno de los ordenamientos constitucionales nacionales, cede a las Constituciones nacionales y a sus custodios la última palabra, en una suerte de «primacía invertida»³². Con esta visión se confirma plenamente la ya mencionada interpretación según la cual los contralímites no constituyen tanto «un muro de hormigón entre ordenamientos» como un «punto de articulación, de bi-

³⁰ M. CARTABIA, «Unità nella diversità: il rapporto fra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali», *Il diritto dell'Unione Europea*, núm. 3, 2005.

³¹ M. CARTABIA, «Unità nella diversità...», *op. cit.*

³² Idem. En desarrollo de esta obra M. CARTABIA (*I diritti in azione...*, cit., pp. 57 ss.) destaca una fuerte «preocupación en lo que concierne al creacionismo jurisdiccional que el Tribunal comunitario podrá desarrollar a raíz de la nueva previsión de la carta de Niza y la mención a Estrasburgo en el Tratado de Lisboa: Es verdad que la protección de los derechos fundamentales es un cometido fundamentalmente jurisdiccional pero también es verdad que, a propósito de los derechos fundamentales, se sustancia una cuestión que precede a la tutela misma previa a la propia tutela». Así concluye el estudio introductorio al volumen citado que nos remite también a las hermosas páginas de A. BARBERA, *Nuovi diritti: attenzione ai confini*, L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Turín, 2004, pp. 19 ss.

sagra, de las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros». Se convierten así en un elemento positivo y dinámico de la integración entre los respectivos ordenamientos respecto a los cuales el juez de ambos sistemas podrá reconstruir mejor y con más frecuencia el necesario diálogo entre Cortes, así como podrá nutrir la búsqueda jurisprudencial del más elevado nivel de protección en cada caso «en una aplicación «pro persona» del estándar protección comunitaria o nacional que corresponda»³³.

4. TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES, DERECHOS SOCIALES E INTEGRACIÓN EUROPEA

Las experiencias constitucionales de la segunda postguerra en Europa conformaron una evolución muy importante en las relaciones entre los individuos y el estado. A partir del constitucionalismo liberal se alcanzó, con el constitucionalismo social, una nueva concepción de la libertad, de la igualdad y de la democracia; una nueva forma de Estado, en dos palabras. En el marco de este constitucionalismo avanzado, previsor de los derechos sociales como una nueva condición constitutiva del principio constitucional de igualdad³⁴ (la igualdad sustancial requiere de un papel activo subsidiario de la República)³⁵ procede preguntarse si es posible hablar efectivamente de la existencia de tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, tal como observó el Juez comunitario con base en su jurisprudencia pretoriana de los primeros años setenta (Stauder, Internationale

³³ A. CELOTTO, «Una nuova ottica dei “controlimiti”...», *op. cit.*, p. 3.

³⁴ A. CERRI, «Uguaglianza (principio costituzionale di)», *Enciclopedia Giuridica Treccani AA.VV.*, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Pádua, 2002; E. CHELI, «Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana», *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milán, 1995; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Turín, 2002; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Turín, 2000.

³⁵ N. BOBBIO, «Sui diritti sociali», G. NEPPI MODONA (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Turín, 1997; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Turín, 1992; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milán, 1982, p. 316.

Handelsgesellschaft, Nold)³⁶. En ella, como es sabido, reconoció la existencia de derechos fundamentales en el interior de la categoría jurídica de los principios generales, acogidos asimismo por la jurisprudencia pretoriana. La respuesta pone de manifiesto que, bien visto, en relación con los derechos sociales, no existe una tradición constitucional que pueda predicarse común a todos los Estados miembros de la Unión. El análisis comparado reconoce, de hecho, modelos diferenciados de positivación de los derechos sociales sea a través de previsiones específicas en el interior de las constituciones europeas sea través de las legislaciones nacionales. Aún más, el conjunto de las constituciones europeas no prevén garantías que abarquen toda la amalgama de derechos sociales, sino que se limitan a su reconocimiento con arreglo a estándares diferenciados (alto, medio o bajo) de acuerdo con la tradición política y cultural de cada país. Desde esta perspectiva, se podría entonces afirmar que no existe una tradición constitucional común relativa a los derechos sociales que pueda ser elegida como prototipo del constitucionalismo europeo de postguerra.

Las reformas constitucionales en el seno de algunos países (como Italia), el debate jurídico y político promovido por la reforma de los estatutos regionales en otros (como España y también Italia) revelan la cuestión esencial de la distribución de competencias en materia de derechos civiles y sociales, con especial atención al reparto territorial de las competencias legislativas y ejecutivas y a los niveles esenciales de las prestaciones, de acuerdo con la fórmula utilizada por el legislador de la reforma constitucional en Italia. Aunque fuera necesario, no podríamos tratar aquí de la exigibilidad de los derechos sociales fundamentales a la luz de las tradiciones culturales y de las identidades político constitucionales nacionales «incluido el sistema de autonomía local y regional» (art. 4.2. TUE).

Dejamos abierta la cuestión del reparto de competencias entre el centro estatal y la periferia regional. Por su parte, en los análisis comparados de los temas relativos al Derecho europeo hay que remarcar que no sólo en

³⁶ G. DE VERGOTTINI, «Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea» en AA.VV., *Identità europea e tutela dei diritti. Costituzione per l'Europa e interesse nazionale*, Catanzaro, 2005; I. TRUJILLO, F. VIOLA, *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, 2007.

los Estados de base centralizada sino también en aquellos de corte federal, el principio de unidad de ordenamiento y mercado, y en su seno la garantía de los derechos civiles y sociales, se confía, en la práctica, más que a los parlamentos, a los jueces constitucionales, toda vez que se corre el riesgo de romper el principio de igualdad interterritorial de los ciudadanos (o de los sujetos más en general) con los espacios legislativos y ejecutivos regionales³⁷.

Ahora resulta oportuno reflexionar sobre los derechos sociales a la luz de la evolución más reciente del proceso de integración europea y, en este contexto, de su positivación dentro de la Carta de derechos fundamentales con idéntica fuerza jurídica que tienen los tratados europeos.

Antes de nada, hay que dejar constancia de la lentísima aparición de tales derechos en la vida del Derecho primario europeo, que abarca desde que aparecen en el ámbito de las políticas comunitarias hasta su positivación en una Carta de derechos fundamentales candidata a erigirse en el «bill of rights» del constitucionalismo común europeo³⁸. Como se recordará, el proceso de integración europea nace en los primeros años cincuenta con una finalidad predominantemente económica, de sostenimiento a la formación y desarrollo de un mercado común europeo.

Los «constituyentes europeos» no establecieron un «listón social» más elevado en el seno de Europa y, como es sabido, se limitaron a combatir «el trato desigual (siempre que fuese) susceptible de obstaculizar el buen funcionamiento del mercado»³⁹. El silencio de los tratados originarios acerca

³⁷ Por último nuestro *Stato e diritti sociali*, Nápoles, 2009, además de S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milán, 2010.

³⁸ S. GAMBINO, «Diritti fondamentali, costituzioni nazionali e trattati comunitari» además de «La protezione dei diritti fondamentali fra Trattato costituzionale europeo e costituzioni nazionali. Prefazione», S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione...*, *op. cit.*; ID., «La Carta e le corti costituzionali. Controlimiti e protezione equivalente», G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta e le corti*, Taranto, 2007; S. GAMBINO, «Tendances du constitutionnalisme contemporain en France et en Europe» (*Leçon de clôture, VIIIème Congrès Français de Droit Constitutionnel*, Nancy 18 de junio de 2011, pendiente de publicación).

³⁹ Cfr. F. CARINCI, A. PIZZOLATO, «Costituzione europea e diritti sociali fondamentali», in *Lavoro e Diritto*, 2000, núm. 2, p. 286; A. D'ALOIA, «Diritti

de los derechos sociales⁴⁰ fue interrumpido primero por una valiente jurisprudencia pretoriana del Tribunal de Luxemburgo a partir de los primeros años setenta. De la mitad de los años noventa en adelante, (sobretudo) con los Tratados de Ámsterdam y de Niza, el legislador europeo se ocupa de positivizar una orientación similar a la jurisprudencia, alcanzando, sea en el ámbito de las previsiones de una «política social europea», en el entendido de que existen derechos sociales, sea como se definieron en la Carta social europea (1961) o en la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989). Probablemente, por tanto, los primeros constituyentes demostraron una confianza excesiva en el papel propulsor del mercado y su relativa capacidad de crear condiciones sociales adecuadas para la cohesión e integración social y económica.

Tomados desde un punto de vista jurídico-constitucional, los derechos sociales, contrastan, al menos hasta el Tratado de Lisboa, con su concepción y estatus jurídico constitucional en los ordenamientos contemporáneos de Europa⁴¹. Con un acercamiento un tanto discutible, algún autor ha lle-

sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo», in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo*, Nápoles, 2002, p. 852, vol. 1, t. 3.

⁴⁰ Federico Mancini hablaba incisivamente de la «frigidez social» de Europa (así en «L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri», *RDE*, núm. 3 1989).

⁴¹ J. ILIOPOULOS STRANGAS (a cura di), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athènes-Bruxelles-Baden-Baden, 2000; F.-F. FLAUSS, J.F. FLAUSS (a cura di), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*, Bruselas, 2002; AA.VV., *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne*, Estrasburgo, 2001; I.J. BAQUERO CRUZ, «La protección de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado de Amsterdam», *Revista de derecho comunitario europeo*, núm. 4, 1998; S. SCIARRA, «La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law», *IWP* (Universidad de Catania), núm. 16, 2003; R. GRECO, «Il modello sociale della Carta di Nizza», in G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta e le Corti...*, cit.; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bolonia, 2003; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bolonia, 2012; S. GIUBBONI, «I diritti sociali fondamentali

gado a hablar de su «funcionalización» en torno a las exigencias de desarrollo económico y competitividad del mercado común europeo. El Tratado de Lisboa, evidentemente, supone una positivación de los derechos fundamentales clásicos, tanto por la vía de las previsiones de la Carta de los derechos fundamentales ahora juridificada, como por las garantías de los derechos fundamentales previstas en el Convenio de Roma (CEDH) y que también forman parte del Derecho de la Unión en tanto que principios generales, como, por último, por la vía de las garantías de los derechos previstos y protegidos por las disposiciones específicas en la materia previstas en los tratados. Se confirma entonces que los derechos, las libertades y los principios de la Carta son interpretables según las disposiciones generales de su Título VII, en el sentido de las explicaciones a las que se refiere la Carta misma. Su artículo 53 constituye la palanca necesaria para la individualización del parámetro de protección más elevado para la persona.

Este análisis puede acompañarse ahora de alguna breve reflexión de corte comparado. Desde tal perspectiva, queda claro que no puede hacerse una auténtica confrontación entre las garantías aseguradas en la Carta de derechos fundamentales de la Unión y aquellas aseguradas en las constituciones nacionales, en conexión con las conferidas por las jurisdicciones constitucionales. Se verá de inmediato al tratar de la relación entre derechos sociales y mercado. Por ahora se puede decir que con los nuevos tratados se registra una positivación de los derechos fundamentales, pero los catálogos de tales derechos no se corresponden con los previstos en las constituciones nacionales. En relación con estas últimas, faltan en la Carta europea de derechos principios fundamentales que puedan servir como criterio hermenéutico jurisprudencial a seguir en la comparación entre las diversas

nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza», in *Il diritto dell'U.E.*, nn. 2-3, 2003; C. SALAZAR, «I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.: un "viaggio al termine della notte"?», G. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milán, 2001; G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione...*, *op. cit.*; G. BRONZINI, «Il modello sociale europeo», F. BASSANINI, G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2008.

protecciones previstas en materia de derechos fundamentales europeos. La consecuencia es que estos últimos derechos se consideran todos ellos igualmente fundamentales y se difiere la necesaria valoración al juez de cada caso, según un principio de proporcionalidad que por esta razón se perfila como «invertido», a decir de la más convincente crítica doctrinal⁴².

En resumen, también desde la óptica de las nuevas disposiciones en derechos sociales establecidos en los nuevos tratados estamos bastante cerca de las formas más débiles de protección de los derechos sociales, de suerte que el art. 151 TFUE prevé que «la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones». De cara a la realización de tan complicado objetivo, además, en el párrafo segundo se añade que «la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión». Así, el marco normativo europeo permanece anclado a una evolución muy lenta del Derecho de la Unión en torno a las políticas de desarrollo y cohesión compatibles con los derechos, en relación con cuya protección procede preguntarse sobre la prevalencia del Derecho constitucional nacional o, en su caso, sobre la del Derecho primario de la Unión, en el caso de antinomias o regulaciones asimétricas.

⁴² G. AZZARITI, «Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea», *Scritti in onore di Alessandro Pace* (pendiente de publicación) y «Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza», M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Tourín, 2003; *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, Pol. dir., núm.3, 2003.

En lo que concierne al rol de la jurisdicción europea y a la garantía de la eficacia de los derechos sociales, la doctrina constitucional y sobre todo la laboral hace tiempo que señalan que al menos los derechos de naturaleza laboral han experimentado «infiltraciones» del Derecho de la competencia y del mercado que altera significativamente su consistencia⁴³. Los nuevos tratados, en fin, demuestran que todavía estamos en presencia de formas débiles de protección de los derechos sociales y en todo caso poco comparables con la protección de la que gozan las tradiciones constitucionales europeas. El marco depende por tanto de la lenta evolución institucional (y política) de la Unión hacia políticas de desarrollo y cohesión compatibles con los derechos.

En una primera consideración conclusiva podemos afirmar que el art. 20 de la Carta de derechos en materia de igualdad constituye, en el fondo, un retroceso significativo respecto a las garantías de los estándares más elevados asegurados por las constitucionales sociales europeas contemporáneas. En una similar valoración crítica ha de tenerse en cuenta el importante espacio conferido por la jurisdicción comunitaria y convencional. En desarrollo de esta jurisprudencia, la Corte Europea pero sobre todo el Tribunal de Justicia podrán quizá auspiciar una impronta al avance de los derechos fundamentales que parece más plausible a la luz de juridificación de los derechos fundamentales en el primer nivel de la Unión.

El Tribunal de Luxemburgo, de otro lado, cotejaba y comparaba desde hace tiempo las exigencias económicas con los derechos sociales, además de en la jurisprudencia sobre prohibición de discriminación (igualdad hombre-mujer) en la resolución de conflictos sobre protección al trabajador (providencia social pública, vacaciones pagadas, contratación colectiva)⁴⁴. Con

⁴³ Vid. la jurisprudencia *Dassonville* —C-8/74 del 11.7.1974— y sobre todo *Cassis de Dijon* —C-120/78 del 20.2.1979—, solo atenuada después en *Keck e Mithouard* —C-267 e 268/91 del 24.11.1993—. En este sentido, la doctrina, *vid.* sobre todo S. GIUBBONI, *Diritti sociali e...*, *op. cit.*

⁴⁴ Entre otros, C-67/96 del 21.9.1999 *Albany International BV*; C-173/99 del 26.6.2001, *The Queen v Secretary of State for Trade and Industry*. Vid. al respect también J. ILIOPOULOS-STRANGAS, «La Charte des droits fondamentaux...», *op. cit.*, además del ya citado U. Allegretti (para quien resulta del todo misterioso y paradójico

todo, a diferencia de los derechos de primera generación, se ha afirmado, acertadamente⁴⁵, que la protección de los derechos sociales es solo «indirecta y puramente eventual, pues los vínculos reconocidos no se conectan directamente con la defensa de tales derechos sociales sino sólo se juzgan relevantes en la medida en que sea reconducibles a intereses públicos ligados a determinadas políticas de la Unión».

El cuadro normativo comunitario de los derechos sociales suscita mucha perplejidad, sea por lo que se refiere a la regulación positiva de tales posiciones jurídicas de naturaleza prestacional, sea por lo que atañe a la extensión misma del carácter de derechos inviolables y por tanto de principios supremos constitutivos del ordenamiento democrático, sea, en fin, por cuanto concierne a su efectiva justiciabilidad. Pero antes que nada, se suscita la cuestión central de la naturaleza de los correspondientes contenidos normativos de los principios fundamentales en que se inspiran. Surge así la pregunta de si existe un engarce entre el principio de igualdad formal y el principio de igualdad sustancial del estilo del que hay en las tradiciones constitucionales comunes más avanzadas de la UE⁴⁶. Si los derechos sociales comunitarios tal como son reconocidos en la Carta europea de dere-

cómo el modelo social europeo de los primeros tratados comunitarios fuera totalmente excéntrico respecto a las afirmaciones en curso de aquellos años sobre el estado social), G. BRONZINI, «Il “modello sociale europeo”», E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea...*, *op. cit.* y del mismo autor A., «Il modello sociale europeo», F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee...*, *op. cit.*; M. BARBERA, *Dopo Amsterdam: i nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato...*, *op. cit.*; del mismo autor *vid.* «Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea», AA.VV., *Le prospettive del welfare in Europa*, Roma, 2007.

⁴⁵ U. ALLEGRETTI, «I diritti sociali», *www.luiss.it*.

⁴⁶ En este sentido, *vid.* también G. AZZARITI, «Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza», M. SICLARI, *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Turín, 2003, a juicio de quien las disposiciones de la carta sobre igualdad sustancial (artículos 20, 21 23) parecen limitarlo al único ámbito «de las relaciones entre sexos y exclusivamente en la forma específica de la acción positiva» (p. 71).

chos se limitan a realizar el principio de igualdad, entendido en el sentido originario de prohibición de discriminación entre sujetos, o si acogen ese sentido de igualdad sustancial que está en la base del constitucionalismo europeo de la segunda postguerra, y que implica una cobertura del gasto y, por tanto, la existencia en el vértice de la Unión Europea de una competencia en la materia (que no podría resultar lesiva de la competencia constitucional de cada Estado miembro) ⁴⁷.

A diferencia de lo proclamado en las diversas constituciones (liberales) y en aquellas que alumbraron el constitucionalismo posterior al segundo conflicto mundial (socialdemócratas), no formaba parte de la finalidad originaria de los tratados ni la enunciación de un principio general de igualdad ni mucho menos la previsión de un principio general de prohibición de discriminación, a excepción claro está del principio de nacionalidad (aunque fuera una cláusula implícita). Es el Tribunal de Luxemburgo, como se recordará, quien, al igual que hiciera con la protección de los derechos fundamentales en la Unión, lo identifica como especie del más amplio género de los principios generales del Derecho de la Unión, conformando el patrimonio mismo de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros ⁴⁸.

Si es indudable la relevancia de la aportación del patrimonio constitucional europeo a la formación de tales principios, y con ellos a la conformación del «bloque de comunitariedad» acuñado por el Tribunal de Luxemburgo

⁴⁷ Entre la amplia bibliografía al respecto, recientemente O. POLLICINO, «Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sopranazionale», *www.forumcostituzionale.it* y V. ONIDA «L'eguaglianza ed il principio di non discriminazione», in *www.luiss.it*; A. SACCOMANNO, «Eguaglianza sostanziale e diritti sociali nel rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario», C. DI TURI, «La protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo», ambos en S. GAMBINO, *Costituzione italiana...*, *op. cit.*

⁴⁸ *Vid.* Sentencias. Sermide SPA c. Cassa Conguaglio, C-106/83, in Racc., I-1984; sent. Racke, 13-11-1984 C-283/83, en Racc., I-3791; sent. 17-5-1997. EARL, C-15/95, en Racc. I-1961. En idéntico sentido, las Conclusiones del Abogado General Van Gerven del 15-9-1993 en la causa Koinopaxia Enoseon et all v. Minister van LandBouw, C-146/91, en Racc. I-4199.

go, menos tratado (y por ello con mayor interés científico) es la contribución de esta jurisprudencia a las jurisprudencias constitucionales nacionales, todavía muy apegadas a la dimensión de la prohibición de discriminación del art. 3 de la Constitución [italiana], como se observa por ejemplo en materia de prohibición de discriminación en el acceso a cargos electos.

5. DERECHOS SOCIALES Y MERCADO: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN, EL TJUE Y LAS CONSTITUCIONES NACIONALES

Por traer a colación, siquiera en esencia, la cuestión de la eficacia de la tutela judicial⁴⁹ de las pretensiones de los sujetos, se observa cómo en la evolución más reciente del proceso de integración (y probablemente por tiempo todavía considerable en el futuro mismo del Derecho de la Unión) se parece remitir a una ulterior valoración del sistema jurisdiccional, en cuyo seno se podrá asistir, casi inevitablemente, a un nuevo protagonismo tanto del Tribunal de Justicia de la Unión como de los jueces nacionales. Esta relevancia se podrá expresar en la fase ascendente, cuando el juez nacional se adhiere al criterio del comunitario, incluso cuando el juez nacional es el juez constitucional, a través del instrumento de la cuestión prejudicial (que ahora cuenta con nuevas y todavía más complejas disposiciones sobre las que ejercitarse). Y también podrá ponerse de manifiesto, sobre todo, en la fase descendente, relativa a la no aplicación del Derecho interno por contravenir la normativa de la Unión, que ya abarca tanto a las disposiciones de garantía de los derechos como a las que proclaman principios.

En lo que se refiere a las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno (inaplicación del Derecho interno por contravenir normativa europea en materia de derechos) no hay ninguna objeción digna de tener en cuenta, pues contamos con una jurisprudencia más que consolidada.

⁴⁹ Entre otros, «Giurisdizione e “Giustizia fra Trattato di Lisbona, CEDU e ordinamenti nazionali», *La cittadinanza europea*, núm. 1-2, 2010.

De la sentencia *Van Gend en Loos*⁵⁰ y la sentencia *Costa/Enel*⁵¹ en adelante, la prevalencia y aplicabilidad directa del Derecho de la Unión constituye un principio fundamental plenamente conformado e identificado en el acervo europeo.

Respecto a la vigencia del Derecho primario de la Unión sobre la normativa nacional ante una eventual antinomia, la Corte constitucional, en efecto, asume que el juez ordinario tiene el poder de desaplicar las leyes contrarias sin que se le exija que eleve cuestión de inconstitucionalidad por violación del art. 11 de la Constitución

Hay que mencionar en este orden de ideas el importante «considerando» de la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*⁵² y la sentencia *Tanja Kreil*⁵³, así como las más recientes *Omega*⁵⁴ e *Schmidberger*⁵⁵, en las que la dignidad humana además de la libertad de expresión y de reunión, en tanto valores y bienes jurídicos fundamentales, son asumidos como parámetro para justificar una restricción de una de las libertades proclamadas en los tratados (en concreto, la libertad de establecimiento y de circulación de mercancías). En el caso *Omega* se plantea la cuestión de si prohibir el ejercicio de una actividad económica basándose en la necesidad de proteger valores fundamentales consagrados en la Constitución nacional como, en aquél supuesto, la dignidad humana era compatible con el Derecho de la Unión. Y el Tribunal de Justicia no vacila en asumir que «el ordenamiento jurídico comunitario tiene, sin duda, el fin de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del Derecho. Por tanto, es indudable que la protección de la dignidad humana es compatible con el Derecho comunitario, siendo relevante a estos efectos que, en Alemania, el principio de respeto a la dignidad humana goza de un régimen particular como derecho fundamental autónomo» y, por tanto, «de un lado, la prohibición de explotación comercial de juegos que compartan la simulación de actos de

⁵⁰ Sentencia de 5 de febrero de 1963, causa 26/62, Racc., 1963, p. 3.

⁵¹ Sentencia de 15 de julio de 1964, causa 6/64, Racc., 1964, p. 1160.

⁵² Sentencia de 17 diciembre 1970, C-11/70, § 3.

⁵³ Sentencia de 11 de enero de 2000, C-285/98

⁵⁴ Sentencia de 14 de octubre de 2004, C-36/02.

⁵⁵ Sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/2000.

violencia contra las personas, especialmente homicidios, corresponde al nivel de tutela de la dignidad humana que la Constitución nacional pretende asegurar en el territorio de la República federal de Alemania. De otro lado, es preciso constatar que, prohibiendo sólo la variante del juego láser orientada a tirotear humanos y por tanto a asesinar, la decisión controvertida no se ha excedido de lo necesario para conseguir el objetivo propuesto por las autoridades nacionales competentes».

Desde nuestra específica óptica de análisis es de recibo profundizar en las relaciones entre las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, con especial atención a sus previsiones de protección de los derechos fundamentales (y, como derechos sociales, sobre todo al derecho de huelga y negociación colectiva) y el Derecho y la jurisprudencia de la Unión. Así lo haremos por medio del ejemplo de algunas sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la Unión que ponen de manifiesto una evidente asimetría entre las libertades económicas y los derechos sociales tal como están asegurados por los principios y las normas del Derecho de la Unión y sus respectivas protecciones constitucionales nacionales. Toda vez que las tradiciones constitucionales deben ser respetadas con arreglo a lo dispuesto en el art. 4 del nuevo Tratado de la Unión.

En esta misma línea jurisprudencial acuñada en el Tribunal de Justicia pueden mencionarse algunas sentencias ya tratadas en detalle por la doctrina laboral y constitucional (sentencias Viking⁵⁶, Laval⁵⁷, Rüffert⁵⁸ y Commission c. Republica federal de Alemania)⁵⁹. A su vez, este elenco de sentencias revela una tendencia en la evolución del constitucionalismo europeo hacia una jurisdiccionalización del Derecho constitucional, acercándose al common law desde el originario civil law. Cobra así sentido la pregunta de si se puede o no reconocer sólo al Juez comunitario la interpretación de las nociones y garantías previstas en los tratados europeos y en las constituciones nacionales sobre el complejo equilibrio entre derecho al trabajo, dere-

⁵⁶ CGCE, 11 de diciembre de 2007, C-438/05

⁵⁷ CGCE, 18 de diciembre de 2007, C-341/05.

⁵⁸ CGCE, 3 de abril de 2008, C-346/06.

⁵⁹ CGCE, 15 de julio de 2010, C-271/08.

cho de la competencia y libertad de establecimiento. También procede preguntarse si la Carta europea de derechos fundamentales y su empleo como parámetro de legitimidad por el Tribunal de Justicia no incurre en el riesgo de despreciar las Constituciones nacionales (o la protección de los derechos, como la negociación colectiva, que aquellas prevén) que desde luego no sería (no debería ser) de recibo a la luz de los artículos 52 y 53 de la Carta y el constitucionalismo multinivel allí previsto como criterio interpretativo. Estas últimas previsiones normativas obligarían (obligan) al Juez constitucional de cada país a aplicar las garantías de los contralímites al igual que la previsión de respeto de la identidad nacional política y constitucional (art. 4.2. TUE).

En relación con todas estas preguntas, la doctrina italiana (constitucional y laboral) insiste en la asimetría entre las tradiciones y garantías constitucionales de los Estados y la cultura y las garantías del Derecho primario de la Unión y destaca cómo la asimetría similar entre las garantías de las libertades económicas de los tratados y los derechos sociales se encuentra con un límite (implícito al menos) en la formulación positiva de la Carta de derechos fundamentales de la Unión «con la innovadora calificación de los derechos en categorías de valor» que nos propone ⁶⁰.

En sentido parecido, el objetivo que persiguió en su día la Convención de Laeken y que persiguen hoy los nuevos tratados, así como las garantías aseguradas en la Carta (en su situar en el mismo plano todos los derechos fundamentales en ausencia de ponderación entre ellos) constituye sólo «un progreso aparente» en relación con lo dispuesto por tratados precedentes, con la consecuencia (teórica y práctica) de que «no volverá a ser posible sacar del «texto constitucional» o de la «esencia constitucional» (a lo que ambiciona ser la Carta) una gradación de los derechos; no volverá a ser posible individualizar los principios que prevalecen, los que caracterizan el ordenamiento constitucional... todos los derechos situados en el mismo nivel, todos los fundamentos sin distinción, no volverá a ser posible ponderar los derechos... Una vez perdidas las propias bases textuales y el relativo tejido argumentativo, la ponderación podrá ser justificada sólo sobre la

⁶⁰ G. AZZARITI, «Le garanzie del lavoro tra costituzioni...», *op. cit.*, p. 8.

base de las diferentes enunciaciones de los derechos alineados uno detrás de otro, todos exactamente igual de fundamentales... Resultará así no una ponderación «libre» sino una en que los términos serán definidos —y hasta forjados— por el mismo juez ⁶¹.

Con la remisión en este modo a un problemático equilibrio entre valores, conferido sólo al diálogo entre el Juez comunitario y los jueces nacionales el Derecho comunitario renuncia a dotarse de una «ley superior» y se termina ⁶² «por asignar a las Cortes el papel decisivo de determinar los derechos con base en el criterio jurisprudencial de la «proporcionalidad»... pero una proporcionalidad invertida porque se puede usar libremente ante la ausencia de prescripciones sistemáticas que puedan orientar al juez» ⁶³.

Tal asimetría en el parámetro positivo y en la relativa garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales sociales en los niveles constitucionales nacionales y en el europeo llama inevitablemente la atención de la doctrina constitucional sobre los límites necesarios oponibles a la pretendida primacía plena del Derecho de la Unión sobre las libertades y los derechos de los que se ocupan las constitucionales nacionales.

Con la indicación al juez de la cuestión prejudicial de que verifique la proporcionalidad de la huelga en relación con su adecuación para asegurar el ejercicio de una libertad comunitaria fundamental (la libertad de establecimiento), el Tribunal de Justicia de la Unión, recurriendo al juicio de proporcionalidad, especialmente en la sentencia Viking, termina por entrar directamente en el fondo de la cuestión. Se abre así a «un control penetrante e inédito del juez natural sobre las estrategias de la lucha sindical» perseguidas por las partes sociales en conflicto ⁶⁴. El riesgo evidente de similar

⁶¹ Idem, p. 5.

⁶² Idem, p. 9.

⁶³ Idem, pp. 9-10.

⁶⁴ S. GIUBBONI, «Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato», A. ANDREONI, B. VENEZIANI, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo, Roma, 2009, p. 123.

jurisprudencia es, por tanto, que «con la intermediación del principio de proporcionalidad, se impone una reformulación del derecho de huelga en términos del inmenso valor que se concede a la solución de las controversias colectivas en los ordenamientos, como el italiano, en que tal principio no existe (al menos en el sector privado)»⁶⁵. Lo que lleva a una gran parte de la doctrina laboral a hablar de una auténtica y real degradación del derecho constitucional de huelga (garantizado por el ordenamiento italiano en el art. 40 Cost.) a la consideración de mero «interés», que merecería protección «siempre que no exceda de los límites estrechos que a su ejercicio imponen los principios de adecuación y proporcionalidad»⁶⁶.

En una valoración muy crítica de la orientación jurisprudencial de Luxemburgo por lo que concierne al equilibrio entre las libertades económicas comunitarias y los derechos sociales constitucionalmente protegidos, en la perspectiva del art. 6.1. TUE y art. 28 de la Carta, argumentos convincentes denuncian el auténtico error lógico en que incurre, al no considerar los derechos sociales al mismo nivel que los derechos humanos, tal como se ha recordado antes con las sentencias Omega e Schmidberger. Además, es de recibo destacar que lo que revelan las sentencias examinadas (Viking, Laval, Ruffert) no es tanto la falta de reconocimiento del derecho de huelga sino el tipo de equilibrio al que se le somete en relación con el derecho de establecimiento protegido en el Derecho de la Unión, y que termina por degradar la efectividad de la garantía constitucional reconocida al derecho de negociación colectiva, protegido en el art. 28 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión.

⁶⁵ G. ORLANDINI, «Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, para quien en las dos sentencias (Viking y Laval) «el reconocimiento del derecho de huelga en la Unión resulta cómica, si puede considerarse así que sea usado para negar su posibilidad de ejercicio mismo» (p. 281).

⁶⁶ S. GIUBBONI, «Dopo Viking, Laval e Ruffert...», *op. cit.*, p. 124; B. CARUSO, «Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?», E A. ANDREONI, B. VENEZIANI, *Libertà economiche e diritti sociali...*, *op. cit.*, p. 111.

6. TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS CONSTITUCIONES NACIONALES Y LOS TRATADOS EUROPEOS: REFLEXIONES FINALES

¿«*Quid iuris*», entonces, con respecto al ejercicio de las funciones jurisdiccionales del juez nacional en presencia de principios o derechos fundamentales de la Unión Europea? La respuesta más plausible a este interrogante, en relación con el derecho vigente (art. 51, 52 y 53 de la Carta) nos lleva a estimar tanto que los mismos puedan conformar materia propia de la cuestión prejudicial como que puedan erigirse en pauta interpretativa de los actos sometidos a su consideración («interpretación conforme al Derecho comunitario»). Precisamente en este espacio se discuten significativas cuestiones situadas en la intersección de los derechos y principios fundamentales del Derecho de la Unión (entre otros piénsese en el bioderecho o el derecho de familia) con los constitucionales propios de cada país miembro, protegidos en una norma que goza de rigidez constitucional y control jurisdiccional de la constitucionalidad de la leyes. Así, de un lado nos encontramos con el Tribunal de Justicia presidiendo el respeto al Derecho en la interpretación y aplicación de los tratados europeos, y de otra, a los jueces de los Estados miembros llamados a asegurar una tutela jurisdiccional efectiva en los sectores regulados por el Derecho de la Unión Europea. Siempre en el terreno de las conocidas como «cláusulas horizontales» (art. 52.6 Carta), nos encontramos a la vez con que se establece que ha de tenerse en cuenta tanto la legislación como las prácticas nacionales. Por su parte, resulta decisiva la disposición de la Carta relativa al «nivel de protección» de los derechos (art. 53), según la cual «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

«Nulla quaestio», por tanto, acerca del nivel de protección de los derechos fundamentales de la Unión. Se protegen de acuerdo con el estándar

más elevado y dando preferencia a las garantías constitucionales de cada país y con la preferencia del parámetro comunitario cuando estemos ante nuevos derechos, además de lo dispuesto por el Convenio Europeo y por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

La expansión del rol del juez ordinario parece encontrar, por tanto, un espacio propio en la intersección de sendos ordenamientos jurídicos. Cada vez que la norma adecuada para la resolución del caso concreto se haya de evaluar en relación con la sospecha de una lesión de los principios o derechos fundamentales de la Constitución nacional, entonces el procedimiento es el recurso ante el Tribunal Constitucional. El cual, tratando de superar su actual línea jurisprudencial en los casos de «doble prejudicialidad comunitaria y constitucional»⁶⁷, debería entrar en el fondo de la cuestión planteada, prescindiendo de si la norma de la Unión tiene o no efectos directos. Incluso, si la norma que haya de usarse como parámetro no recae expresamente en un entorno constitucional ya conocido (sea normativo sea jurisprudencial), se abre más de una puerta para que el juez acuda al Tribunal de Justicia bien mediante la cuestión prejudicial o bien mediante la resolución del conflicto por medio de una interpretación conforme a las disposiciones de los tratados. Como se verá, se inaugura el horizonte completamente nuevo de un control difuso de la constitucionalidad europea. No resulta de todo imposible, tal como ha subrayado Augusto Barbera, el posible riesgo de sustracción al control de constitucionalidad al hilo del margen reconocido al juez ordinario⁶⁸.

Invocando la doctrina más autorizada que hasta ahora se ha ocupado de estos asuntos, podemos ofrecer alguna conclusión. Con respecto a la fuerza jurídica ligada a las disposiciones generales de la Carta, la cuestión cen-

⁶⁷ M. CARTABIA, «Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale», *Foro it.*, 1997, p. 222; A. BARBERA, «Corte costituzionale e giudici di fronte ai “vincoli comunitari”: una ridefinizione dei confini?», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2007.

⁶⁸ A. BARBERA, «Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti», P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milán, 2005, p. 95. Del mismo autor, «Corte costituzionale e giudici di fronte ai “vincoli comunitari”: una ridefinizione dei confini?», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2007.

tral sigue siendo la de la relación que existe a nivel de la Unión, entre la protección de los derechos fundamentales, las demás disposiciones constitucionales europeas y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, además de la estrictamente relacionada cuestión de si se prevé o no un control de constitucionalidad comunitario sobre los actos normativos ordinarios. De todo lo cual podría concluirse que tal control constituye un síntoma evidente de un proceso de constitucionalización europeo que, si no puede ciertamente considerarse acabado ahora, se encamina indudablemente hacia los contralímites oponibles por los niveles nacionales de protección constitucional de los derechos y principios constitucionales. Como ha observado en efecto Valerio Onida «Este parece el momento esencial de nacimiento de la verdadera Constitución: hasta que no haya un juez que pueda acudir a la Constitución para contrastar la legalidad de otro acto, incluido legislativo, el documento no deja de ser una declaración política; se convierte en un documento jurídico cuando este control sea posible»⁶⁹.

Por tanto, que se coloque al Tribunal de Justicia al frente de una jurisdicción constitucional europea parece una cuestión fuera de duda. Que tal jurisdicción funda en una sola la competencia sobre el mérito y sobre la legitimidad* (de los actos de la Unión respecto al propio Derecho) es igualmente indudable. Por ahora, más que la determinación del contenido de los derechos, el problema no resuelto (y que podrá suscitar eventuales pronunciamientos divergentes entre las distintas jurisdicciones que aplican el Derecho de la Unión y el convencional) se refiere a la «relación entre las diversas enunciaciones de los mismos derechos entre las diversas jurisdicciones de derechos» y, en particular, a la relación entre el Tribunal de la Unión,

⁶⁹ V. ONIDA, «Il problema della giurisdizione», E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea...*, *op. cit.*; V. ONIDA, «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona..., *op. cit.*

* N. de la T: En el sistema de justicia administrativa italiano se diferencia entre jurisdicción de mérito y de legitimidad en función del tipo de vicio que se achaca al acto impugnado. La jurisdicción de legitimidad controla los llamados vicios jurídicos (violación de ley, incompetencia, exceso de poder) y la jurisdicción de mérito, por su parte, los conocidos como vicios administrativos (incumplimiento de las reglas de buena administración).

Tribunales constitucionales y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Respecto a estas cuestiones, es oportuno revelar lo problemáticas que son las soluciones de reforma que recogen los tratados a fin de garantizar la efectiva tutela de los derechos (incorporados ahora con la técnica del reconocimiento a la Carta del mismo valor jurídico de los tratados) en el ámbito europeo. El Tribunal de Luxemburgo estaría inevitablemente llamado a asumir la delicada tarea de garantizar los contenidos normativos de la Carta, convertida ahora «pleno iure» en Derecho de la Unión; y no sería de recibo que lo hiciera la Corte de Estrasburgo o una Corte «ad hoc» (una suerte de Corte europea bis), tal como sugiere algún autor. Múltiples elementos obstaculizarían el eficaz desempeño de esta tarea en que las nuevas disposiciones del tratado no añadirían ninguna garantía real de mejoramiento.

En cuanto al control de los jueces nacionales, la doctrina autorizada se ha preguntado si el nuevo ordenamiento de los derechos fundamentales de la Unión no les autoriza, en un control que se tornaría en uno de constitucionalidad difuso, a inaplicar el Derecho nacional si contrasta con el Derecho de la Unión en el ámbito de los derechos fundamentales. En los ordenamientos europeos, se entreabría una vía inédita a formas de control difuso de la constitucionalidad europea de las leyes «que ciertamente aumentará, a medida que los magistrados y los abogados de varios países completen este proceso de maduración que les llevará a usar mejor estas técnicas hasta ahora poco conocidas»⁷⁰. En Italia, esta perspectiva se ha reforzado con la reforma del art. 117 de la Constitución.

Estas tendencias doctrinales abiertas a un nuevo marco europeo —que sigue siendo bajo muchos puntos de vista incierto y ambiguo en lo que a la relación entre jurisdicciones nacional/UE/convencional y a la protección de los derechos fundamentales se refiere— no hacen sino subrayar, aunque sea en modo implícito, el persistente déficit regulador del Derecho de la Unión y la insuficiencia de las vías de recurso disponibles para reivindicar los derechos fundamentales. Tras las incertidumbres en la materia de sus predecesores, los nuevos tratados no parecen haber dado grandes saltos

⁷⁰ A. PIZZORUSSO, «Una Costituzione “ottriata”», E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea...*, *op. cit.*, p. 39.

hacia delante en este sentido. Estas consideraciones nos llevan una vez más a la necesidad de positivización de la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Unión, cuya garantía no puede sino traer a la causa el valor de la Constitución y por tanto de formas adecuadas de legitimación política de los tratados. Se argumenta, en conclusión, que hablar de los derechos y de la Constitución en el ámbito de la Unión significa preguntarse sobre la naturaleza misma de la integración europea, superando el planteamiento funcional que desde sus orígenes la ha caracterizado, y pasando a redefinir las fuentes de legitimación y consolidar valores fundacionales (respetando y exprimiendo realmente las tradiciones constitucionales comunes de los Estados y ahora también las identidades nacionales, políticas y constitucionales).

Resumen:

Este trabajo aborda el problema clásico de las relaciones entre ordenamientos, en especial de las Constituciones estatales en relación con los Tratados, a la luz de las últimas reformas introducidas por el Tratado de Lisboa. El punto de partida es una larga valoración sobre la defensa del principio democrático realizada en la Sentencia «Lisboa» del Tribunal Constitucional Federal alemán. A continuación, analiza las consecuencias que puede tener la introducción de la Carta como parte de los Tratados en la articulación de las relaciones entre ordenamientos y la operatividad de la tesis de los contralímites. Finalmente, se concentra en proyectar la cuestión sobre el específico problema de los derechos sociales y su desconstitucionalización a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Palabras Clave: *Relación entre ordenamientos, identidad constitucional, primacía, Carta de derechos fundamentales, derechos sociales*

Abstract:

This paper approaches the classic topic of the relationship between legal orders, for all, the relationship between State Constitutions and the Treaties after the new regulations introduced in the Treaty of Lisbon. The starting point is a long evaluation of the democratic principle in the Lisbon decision of the German Federal Constitutional Court. Secondly, the paper takes account of the influence of the Fundamental Rights Charter on the European law primacy and its relation with the States constitutional identity. Finally, the author projects the problems on the specific question of social rights and its constitutional demobilization under the pressure of the European Court.

Keywords: *Legal orders, State Constitutions identity, primacy, Fundamental Rights Charter, Social rights*

UN PASO EN FALSO (ANÁLISIS DE LA LEY 38/2010, DE 20 DE DICIEMBRE) *

FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA **

SUMARIO:

1. INTENCIONES
2. LA GESTACIÓN DE LA LEY 38/2010
3. UNA VALORACIÓN CRÍTICA

1. INTENCIONES

La Ley 38/2010, de 20 de diciembre, ha modificado la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea. No es nuestro propósito examinar en estas páginas ni el papel que dicha Comisión Mixta cumple, ni su régimen jurídico ni la evolución que ha experimentado a lo largo de su historia, puesto que todas estas cuestiones han sido extensamente tratadas, por el autor de este trabajo, en estudios anteriores ¹.

* Esta investigación se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación DER2008-00185/JURI, sobre Pluralidad de Ciudadanías y participación democrática, concedido por la Subdirección de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Investigación para el periodo 2009-2011.

** Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid.

¹ Entre las que destaca, especialmente, Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999), dado que en dicho estudio se afirmaba que la influencia de los Parlamentos nacionales en

La única cuestión que se suscitará en este trabajo, inscrito en una larga serie de reflexiones previas, es si dicha modificación será útil para mejorar el control que el parlamento español ejerza sobre el Gobierno de la Nación en los asuntos europeos. No pretendemos, en efecto, ni describir los mecanismos anteriormente previstos en la Ley ni aún menos evaluar su efectividad. Sobre estas cuestiones nos hemos pronunciado en ocasiones anteriores, sin encontrar argumentos novedosos que pudieran justificar un cambio de postura.

Una vez que hemos delimitado el objeto de estas líneas, resulta preciso adelantar la forma en que trataremos de cumplirlo. En las primeras páginas trataremos de resumir la tramitación de la Ley 38/2010, incidiendo en

las posiciones mantenidas por sus Gobiernos en las instancias europeas (especialmente en el Consejo de Ministros) a través de novedosas técnicas de control, pretendía compensar su pérdida de protagonismo en el plano legislativo. Con especial seriedad han asumido estas tareas el Folketing danés (cuyo comportamiento ha sido extensamente analizado en la obra citada), y los Parlamentos del Reino Unido y de Francia (sobre este último, puede consultarse «Hacia un control parlamentario más efectivo sobre la actuación europea del Gobierno francés». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 6 (septiembre/diciembre 1999), pp. 325-346).

La evolución que el Derecho comunitario y los ordenamientos constitucionales han experimentado en esta materia ha sido examinada en varios estudios. En «De la Contradicción a la armonización normativa» (en Calonge Velázquez, Antonio (coord.): *La reforma institucional del Tratado de Niza*. Lex Nova-Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid. Valladolid, 2004, pp. 118-145) se analiza la posición institucional de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea en la CIG'2000 y en el Tratado de Niza. Por otra parte, «Parlamento Europeo y Parlamentos nacionales: doble legitimidad en el marco de la Unión Europea» (*Revista de Estudios Políticos* 119 (2003), pp. 341-370), aborda el proceso de conformación del (fallido) Tratado por el que se establece una Constitución en Europa en la materia que ahora nos ocupa.

Finalmente, una visión crítica del comportamiento práctico de la Comisión Mixta para la Unión Europea, mantenido durante parte de la VIII Legislatura se recoge en «Democracia y representación en la Unión Europea» (en Carmona Contreras, Ana María (dir): *La Unión europea en perspectiva constitucional*. Thomson. Madrid, 2008, pp. 127-148).

sus aspectos más sobresalientes. Una vez vistas las intenciones y las normas finalmente aprobadas, podremos evaluar la utilidad de las nuevas previsiones legales y realizar algunas consideraciones sobre su aplicación práctica.

2. LA GESTACIÓN DE LA LEY 38/2010

2.1. La iniciativa del Grupo Parlamentario Popular del Congreso

El Boletín Oficial de las Cortes Generales dedicado al Congreso de los Diputados publicó el 23 de octubre de 2009 la proposición de ley de modificación de la Ley 8/1994, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para reforzar las funciones asignadas a dicha Comisión Mixta, presentada por el Grupo Parlamentario Popular².

Con esta propuesta se quería intensificar el control ejercido por la Comisión Mixta. Se afirmaba, en la exposición de motivos de la iniciativa, que eran insuficientes las comparecencias previstas hasta entonces en la Ley, ya que éstas se vinculaban exclusivamente a la celebración de los Consejos Europeos, siendo preciso intensificar la presencia gubernamental en relación con los Consejos de Ministros de la Unión Europea.

Consecuentemente con este planteamiento, la proposición prevé la inclusión de un nuevo art. 5 en la Ley, en la que se obliga a los Ministros españoles a comparecer ante la Comisión Mixta para explicar anticipadamente la posición política del Gobierno en relación con los asuntos incluidos en el orden del día del Consejo de Ministros de la UE. También se impone la obligación de remitir, al menos 48 horas antes de que éste se celebre, la última versión del orden del día con una breve memoria explicativa sobre los distintos asuntos incluidos en el mismo.

Por otra parte, también se establece, en el art. 6, un control a posteriori, dado que, tras concluir la Presidencia semestral, los distintos Ministros realizarán un balance de los resultados obtenidos en los distintos Consejos de su respectiva competencia.

² BOCG/CD/IX, Serie B núm. 202-1, de 23-10-2009, p. 1.

Ningún reproche puede anudarse a la proposición presentada por el Grupo Parlamentario Popular, si con la misma se pretende mejorar el control ejercido, hasta el momento, por la Comisión Mixta sobre la actuación europea del Gobierno de España. Algunas mejoras técnicas podrían realizarse para perfeccionarla, pero no nos detendremos ahora en las mismas, sino que seguiremos analizando la tramitación posterior de la proposición de ley.

2.2. La toma en consideración y la fase de presentación de enmiendas

2.2.a) *La toma en consideración*

La diputada Becerril Bustamante defendió la pertinencia de la iniciativa parlamentaria examinada preguntándose, de forma retórica, si no hubiera sido conveniente que la sociedad española y el Parlamento español conocieran la posición del Gobierno de la Nación en relación con diversos asuntos (Pacto sobre la inmigración, directiva de servicios, presupuesto comunitario, cuotas pesqueras, etc.)³.

La iniciativa fue apoyada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, aunque ya se anuncian algunas enmiendas. La principal de ellas sería que la Comisión Mixta no hurtara las competencias de las Comisiones especializadas en distintas materias, debiendo ser, por ejemplo, la Comisión de Sanidad la que se ocupara de la cooperación sanitaria transfronteriza⁴.

El parlamentario Erkoreka Gervasio, del Grupo Vasco (EAJ-PNV) expresó un rotundo apoyo a la iniciativa, afirmando que «constituye un mecanismo de control *ex ante* que resulta imprescindible para que el Parlamento conozca a tiempo, cuando todavía es posible retocarla, matizarla o sencillamente influir de alguna manera sobre ella, la posición que el Gobierno va a defender ante ese órgano comunitario»⁵. Partiendo de tal entusias-

³ CG/DSCD/PyDP/IX, núm. 131, de 15-12-2009, p. 6.

⁴ *Ibidem*, p. 8.

⁵ *Ídem*.

mo, el lúcido parlamentario estimó que existían dos cuestiones que debían ser mejoradas. De un lado, resultaba imprescindible, a su juicio, contemplar cierta discreción en esta materia, para no desbaratar la estrategia negociadora del Gobierno español en la Unión Europea ⁶. De otro, establecer las relaciones entre la Comisión Mixta y las Comisiones especializadas en diversas materias ⁷.

El diputado Xuclà i Costa, representante del Grupo Parlamentario Catalán, también apoyó la proposición de ley, y pronosticó que la Comisión Mixta para la Unión Europea adquiriría, con el trascurso del tiempo, un especial protagonismo (una categoría elevada, «no jerárquicamente, pero sí de facto»), convirtiéndose en un «dispositivo excepcional o singular para tratar los asuntos europeos» ⁸. Esperaba que dicha transformación fomentara una cierta rivalidad entre la Comisión Mixta y las sectoriales que podría desembocar, finalmente, en un reparto de tareas entre la una y las otras.

El Grupo Parlamentario Socialista, a través del parlamentario Sáez Jubero, también apoyó la iniciativa ⁹, aunque pidió suavizarla en algunos aspectos. Así, por ejemplo, se planteaba que se permitiera la presencia de Ministros o de Secretarios de Estado o Secretarios Generales con responsabilidad específica, o que se reflexionara sobre si dichas comparencias debían realizarse ante la Comisión Mixta o ante otra de carácter sectorial ¹⁰.

A la vista de estos datos, no resulta extraño que la proposición de ley sea apoyada por todos los Diputados presentes (338) ¹¹. Dicho acuerdo se traslada a la publicación oficial de la proposición ¹². Aparece a continuación un importante acuerdo subsiguiente a la toma en consideración ¹³, en el que adoptan algunos criterios relevantes. Se decide, en primer lugar, que la apro-

⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁷ *Ídem*.

⁸ *Ibidem*, p. 10.

⁹ *Ídem*.

¹⁰ *Ibidem*, p. 11.

¹¹ *Ibidem*, p. 43.

¹² BOCG/CD/IX, Serie B núm. 202-2, de 21-12-2009.

¹³ BOCG/CD/IX, Serie B núm. 202-3, de 29-12-2009.

bación de la Ley se encomienda a la Comisión de Asuntos Exteriores, dotada, en esta ocasión, de competencia legislativa plena. Se acuerda, también, en segundo lugar, abrir un plazo de quince días, hasta el 16 de febrero de 2011, para la presentación de enmiendas.

Dicho plazo ha sido ampliado hasta en trece ocasiones mediante Acuerdos de la Mesa del Congreso¹⁴. Ninguna explicación se encuentra en la documentación parlamentaria a tan acusado retraso.

2.2.b) *Las enmiendas*

Solamente se han presentado cinco enmiendas al texto promovido por el Grupo Parlamentario Popular¹⁵.

La primera de ellas ha sido firmada por el Grupo Parlamentario Catalán, y con ella se pretende que la Ley 8/1994 regule la participación y la comparecencia de los Gobiernos autonómicos ante la Comisión Mixta. Tal comparecencia, tal y como se prevé en el propuesto art. 10, será a petición propia y tendrá por objeto informar de las implicaciones que las iniciativas comunitarias, normativas o de otro tipo, tengan sobre las materias de las que los responsables autonómicos son directamente responsables. También puede solicitarse la misma para informar sobre el impacto de la normativa comunitaria ya aprobada sobre las materias que sean de su competencia. Tras dichas comparecencias, la Comisión elaborará un informe que será remitido al Gobierno para que éste defienda ante las instituciones europeas normativas las posiciones reflejadas por los Gobiernos autonómicos.

Esta enmienda se justifica en el mecanismo de alerta temprana previsto en el Tratado de Lisboa, y con ella se pretende conseguir «una mejor

¹⁴ Vid. los BOCG/CD/IX, Serie B núms. 202-4 a 202-16, de fechas 17-02, 24-02, 03-03, 10-03, 17-03, 24-03, 07-04, 14-04, 21-04, 28-04, 05-05, 12-05 y 19-05-2010.

¹⁵ BOCG/CD/IX, Serie B núm. 202-17, de 31-05-2010. Puede consultarse también el índice de enmiendas al articulado recogido en el BOCG/CD/IX, Serie B núm. 202-18, de 28-06-2010.

defensa del orden competencial y del cumplimiento del principio de subsidiariedad entre las Comunidades Autónomas, el Estado español y la Unión Europea»¹⁶.

También suscribe la segunda enmienda el Grupo Parlamentario Catalán, pero la misma se limita a alterar la numeración de los preceptos en su día formulados, para adaptarla a las variaciones habidas con la aprobación de la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

Las tres enmiendas restantes son presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista, y en ellas se pretende, en primer lugar (enmienda 3), suprimir tres párrafos de la exposición de motivos, por considerarlos inadecuados (especialmente a partir de la entrada en vigor de la citada Ley 24/2009). Igualmente conveniente resulta, a tenor de la enmienda 2, que se diga en el art. 1 de la nueva Ley que con ella se modifica la Ley 8/1994, que ya ha sido revisada con la Ley 24/2009.

La última enmienda, la núm. 5, es la más importante, porque pretende aligerar la carga política de la iniciativa parlamentaria. Se trataría ahora de añadir un nuevo apartado (art. 3.d bis) en el Capítulo I en el que se diga que la Comisión Mixta deberá «Ser informada por el Gobierno de los distintos asuntos sometidos a debate en los Consejos de Ministros de la Unión Europea remitiendo con antelación a su celebración la última versión del orden del día correspondiente». Y establecer, por otro lado, en el siguiente apartado de la Ley (art. 3.e) que, «al concluir cada Presidencia de la Unión Europea, el Gobierno remitirá a la Comisión Mixta un balance de los resultados alcanzados durante dicho período».

¿Cómo se justifica esta enmienda? Pues se presenta como una mejora técnica, que asegura la remisión de la información por parte del Gobierno a la Comisión Mixta, «sin perjuicio del ejercicio de las competencias que corresponden a [...] [ésta] en el ejercicio de su función de control».

¹⁶ BOCG/CD/IX, Serie B núm. 202-17, de 31-05-2010, p. 2.

2.3. El Informe de la Ponencia y el debate y aprobación en Comisión

Tras la ratificación de la Ponencia encargada de informar sobre la proposición de ley ¹⁷, ésta presenta su Informe el 20 de septiembre de 2010 ¹⁸, optando por mantener todas las enmiendas presentadas para su debate y votación por parte de la propia Comisión. Es precisamente en la reunión de la Comisión de Asuntos Exteriores celebrada el 22 de septiembre de 2010 cuando se alcanza un acuerdo, a través de la oportuna enmienda de carácter transaccional, que se aprueba por unanimidad ¹⁹, en relación con las enmiendas impulsadas por el Grupo Parlamentario Catalán, al que se suman los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista. Queda claro, por la intervención del Diputado Xuclà i Costa, que la última palabra la tendrá la Comisión Mixta en lo que atañe al principio de subsidiariedad ²⁰. Por este motivo «se fija que es la Mesa de la Comisión Mixta la que decidirá la aceptación o no de estas peticiones de comparecencia de los presidentes o miembros de los consejos ejecutivos de las comunidades autónomas». Para evitar un bloqueo de la mayoría, se prevé igualmente que el acuerdo sea adoptado por mayoría simple de la Mesa de la Comisión o bien por petición de dos grupos parlamentarios. Subraya el mandatario catalán que, de prosperar la norma, será la primera vez que un representante de un ejecutivo autonómico comparecerá ante una Comisión formada no sólo por senadores, sino también por diputados.

El Grupo Parlamentario Socialista anuncia, a través de la intervención del Diputado Sáez Jubero, que se mantendrán las enmiendas 3 y 4 (referidas, recordémoslo, a la adaptación de la nueva Ley a la 24/2009). Por otra parte, y en relación con la mayor presencia de los representantes del Gobierno de la Nación en la Comisión Mixta, se afirma que se consagra aho-

¹⁷ Vid. CG/DSCD/C/IX, núm. 583, de 22-06-2010, en el que se recoge el acta de la Sesión núm. 30 de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados, p. 24.

¹⁸ BOCG/CD/IX, Serie B núm. 202-19.

¹⁹ CG/DSCD/C/IX, núm. 600: Sesión 31 de la Comisión de Asuntos Exteriores, de 22-09-2010, p. 29.

²⁰ *Ibidem*, p. 3.

ra en el plano normativo lo que ya había sido una realidad con ocasión de la presidencia española. Finalmente, en lo que atañe a las comparecencias de los gobiernos autonómicos ante la Comisión Mixta, se consideran positivas porque van a permitir a la Comisión Mixta realizar al control de la subsidiariedad y de la proporcionalidad²¹.

Finalmente, la representante del Grupo Parlamentario Popular, la Diputada Becerril Bustamente, se congratula del establecimiento del control a priori que ahora se regula, y que sirve para fomentar que las Cortes Generales participen en el diálogo político europeo²².

¿Cómo queda entonces la Ley? Pues bien, a grandes rasgos, se introducen dos capítulos de nueva planta.

El tercero regula «las comparecencias periódicas del Gobierno ante la Comisión Mixta para la Unión Europea». Mientras que el nuevo art. 8 permite a la Mesa de la Comisión Mixta que ésta decida los miembros del Gobierno que deban comparecer antes de la celebración del Consejo de Ministros europeo para manifestar cuál es la posición del Gobierno en relación con los asuntos incluidos en el orden del día, el art. 9 prevé la comparecencia de un alto responsable del Ministerio de Asuntos Exteriores (el Ministro o el Secretario de Estado para la Unión Europea) al final de cada presidencia semestral para dar cuenta de los progresos realizados durante dicha presidencia.

El capítulo IV de la Ley disciplina «la participación y comparecencia de los Gobiernos Autonómicos ante la Comisión Mixta para la Unión Europea», a través del nuevo art. 10. Su primer apartado establece la posibilidad de que miembros de los ejecutivos regionales puedan solicitar su comparecencia ante la Comisión Mixta para informar sobre el impacto de la normativa y de las propuestas de actos legislativos y otros documentos, sobre las materias en las que ostenten algún tipo de competencia. Dichas comparecencias serán acordadas por la Mesa de la Comisión Mixta o a petición de dos grupos parlamentarios.

²¹ *Ibíd.*, p. 4.

²² *Ibíd.*, p. 5.

2.4. La tramitación en el Senado

Éste es el texto que sale del Congreso²³ y que, ya en el Senado, es remitido a la Comisión de Asuntos Exteriores, abriéndose un nuevo plazo para la presentación de enmiendas²⁴.

La única modificación propuesta en esta Cámara viene de la mano del Grupo Parlamentario Popular, y consiste en aludir, en el art. 10.1 de la Ley, a los miembros del Gobierno de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, junto a los representantes de los restantes ejecutivos autonómicos²⁵. Su defensa correspondió a la senadora Sanín Naranjo en la reunión de la Comisión de Asuntos Exteriores celebrada el 11 de noviembre de 2010, invocando, en su favor, el principio de igualdad y la existencia de Estatutos aprobados para ambas ciudades mediante leyes orgánicas²⁶.

La intervención del senador Torres i Torres, del Grupo Parlamentario Mixto, encierra un simple elogio a la actuación del Gobierno «para avanzar por sensibilidad y convicción en una buena dirección»²⁷. Con mejor criterio, el representante del Grupo de Convergencia i Unió opta por no hacer uso de la palabra (como ocurre con el del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas, por incomparecencia). Sí que interviene el Senador De Puig Olive, del GP Entesa Catalana de Progrés, apoyando la enmienda presentada porque «normaliza y enriquece el texto que nos ha llegado del Congreso»²⁸. Lo mismo hace el Grupo Parlamentario Socialista, como explica la senadora Sánchez Hernández, aunque recuerda que las Ciudades no son Comunidades Autónomas²⁹.

²³ BOCG/CD/IX, Serie B, núm. 202-20, de 05/10/2010.

²⁴ BOCG/S/IX, Serie III.B, núm. 9(a), de 6-10-2010.

²⁵ BOCG/S/IX, Serie III.B, núm. 9(b), de 21-10-2010.

²⁶ CG/DSS/C/IX, núm. 429: Sesión de la Comisión de Asuntos Exteriores, de 11-11-2010, p. 2.

²⁷ *Ibidem*, p. 3.

²⁸ *Ídem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 4.

La propia Senadora Sanín Naranjo afirma que la nueva Ley es «fundamental, señorías, para que la voz de los españoles, representada en la Comisión Mixta para la Unión Europea por todos los grupos parlamentarios, sea llevada y defendida en el ámbito europeo en relación con los asuntos a tratar. Esta proposición de ley es aún más ambiciosa, señorías, al pretender, además, que el Gobierno comparezca al final de cada Presidencia semestral del Consejo para dar cuenta de si mantuvo la posición del Parlamento en los asuntos a tratar en el orden del día y, también, señorías, de los progresos alcanzados durante aquella»³⁰.

Aprobada por unanimidad la enmienda, el dictamen es finalmente aprobado por la Comisión y sometido a debate del Pleno del Senado, que tiene lugar el posterior 17 de noviembre de 2010. Las distintas intervenciones habidas allí muestran, por lo general, el agrado con el que se recibe la iniciativa legislativa³¹. El Senador Alturo Lloan entiende que la nueva Ley supondrá un fortalecimiento «para la Comisión Mixta, que va a tener una nueva dimensión, puesto que el análisis con carácter previo de los distintos proyectos europeos va a elevar desde un punto de vista jerárquico su nivel competencial»³². Por su parte, el senador Sabaté Borràs espera que la mayor implicación de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea no sirva para frenar su proceso de construcción³³. Muy interesante resulta la intervención de la representante del Grupo Popular, la Senadora Sanín Naranjo, porque recuerda que la Ley sirve para controlar mejor al Gobierno y que con ella se establece «una verdadera apuesta de codecisión Gobierno-Parlamento en relación con los asuntos a tratar en el orden del día»³⁴. Recuerda que a este control se suma el de las Comunidades y Ciudades Autónomas, también previsto en la Ley³⁵. No es de extrañar, a la vista del

³⁰ Ídem.

³¹ CG/DSS/P/IX, núm. 101, de 17-11-2010. Aludimos a las intervenciones de los Senadores Torres i Torres, pp. 5510-5511, Alturo Lloan, pp. 5511 y Sánchez Hernández, pp. 5512-5513.

³² *Ibidem*, p. 5511.

³³ *Ibidem*, p. 5512.

³⁴ *Ibidem*, p. 5513.

³⁵ *Ibidem*, p. 5514.

resumen hecho de las intervenciones, que la Ley fuera aprobada por asentimiento.

2.5. La aprobación definitiva por el Congreso

El texto, modificado³⁶, vuelve al Congreso. Tras su publicación³⁷, se debate en el Pleno del 2 de diciembre de 2010³⁸. El Diputado convergente Xuclà i Costa agradece la enmienda promovida en el Senado, que sirve para superar la «negligencia total» cometida en la enmienda en su día impulsada por su propio Grupo Parlamentario, por «no incorporar las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla»³⁹. La diputada popular Becerril Bustamante subraya la importancia de esta Ley en un momento en el que la Unión Europea está afrontando importantes medidas económicas⁴⁰. La enmienda fue apoyada por 328 Diputados y rechazada por uno sólo⁴¹.

3. UNA VALORACIÓN CRÍTICA

Hasta aquí el resumen de los hechos, de la tramitación de la reforma de la Ley que regula el funcionamiento de la Comisión Mixta para la Unión Europea. Toca ahora realizar un balance de las novedades habidas, y ver si, como se pretendía con su aprobación, servirán para mejorar el proceso de control de la actuación comunitaria por parte de las Cortes Generales.

³⁶ BOCG/S/IX, serie III.B, núm. 9(d), de 19-11-2010.

³⁷ BOCG/CD/IX, Serie B núm. 202-21, de 23-11-2010.

³⁸ CG/DSCD/P/IX, núm. 209, de 2-12-2010.

³⁹ *Ibídem*, p. 14.

⁴⁰ *Ibídem*, p. 14.

⁴¹ *Ibídem*, p. 32. Aprobado el texto, se publica en el BOCG/CD/IX, Serie B, núm. 202-22, de 10 de diciembre de 2010.

Antes de dar respuesta a este interrogante, deberemos establecer una tipología del control posible de las Cortes Generales en asuntos europeos, que es mucho más amplio de lo que podría parecer a primera vista.

3.1. **Tres controles en uno (un ensayo sobre la tipología del control parlamentario relacionado con los asuntos europeos)**

Aunque podría parecer, como algunos diputados y senadores han hecho ver a lo largo de la tramitación de la Ley 38/2010, que con su aprobación no se pretende hacer otra cosa que regular un control que ya se está ejerciendo de facto [Por ejemplo, el Diputado convergente Xuclà i Costa afirma que la proposición legislativa «traslada al derecho positivo aquello que ha sido una práctica que ha impulsado el propio Gobierno socialista en los dos últimos meses cuando ha facilitado la comparecencia de los distintos ministros del Gobierno antes de la Presidencia española de la Unión Europea para expresar las prioridades y los criterios de los distintos departamentos ante esta Presidencia»]⁴², lo cierto es que tal afirmación no es tan evidente como podría parecer a primera vista.

En efecto, es posible distinguir tres posibles tipos de control que las Cortes Generales puede ejercer en relación con los asuntos europeos, y que sería oportuno deslindar con cierta nitidez.

3.1.a) *El control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*

Como es sabido, el Tratado de Lisboa establece que la Unión actuará en el marco del principio de subsidiariedad, siendo los Parlamentos nacionales los encargados de velar por que las Instituciones comunitarias respeten tal principio⁴³.

⁴² CG/DSCD/P/IX, num. 131, de 15-12-2009, p. 9.

⁴³ Cfr. arts. 5.3 TUE, 12.b TUE, 3 del Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea (PCPNUE, en adelante-) y 6 Protocolo so-

Así formulado, este control presenta los siguientes caracteres:

- El sujeto controlado es la Unión Europea. La subsidiariedad se configura como un mecanismo a través del cual los Estados miembros (y, dentro de estos, los Parlamentos nacionales) pueden controlar las propuestas normativas (provenientes, por lo general, de la Comisión) para verificar que las mismas respeten las competencias estatales.
- Es un control eminentemente técnico. Lo relevante es determinar si la proposición normativa comunitaria se fundamenta en competencias propias o implícitas, y si, en todo caso, respeta las competencias estatales, tanto en la esfera central o federal como en la regional, autonómica o federada.
- Es un control limitado. No se trata de ejercer un escrutinio sobre la conveniencia política de regular, o no, la materia objeto de examen. No estamos ante un control de naturaleza política, sino ante un control circunscrito al examen de una única cuestión.
- Es un control ordinario, puesto que incide, eventualmente, en cualquier iniciativa normativa que surja en el seno de la Unión Europea.
- La eficacia de este control escapa al propio Parlamento, ya que sus efectos están previstos en los Tratados comunitarios.

Si estas características que se acaban de glosar no están desprovistas de sentido, sería preciso que la Comisión Mixta pudiera acometer esta función

bre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (PAPSyP), que puede acabar siendo exigido ante el Tribunal de Luxemburgo (art. 8 PAPSyP). Alcanza a la cláusula de poderes implícitos (art. 352.2 TFUE) y a las disposiciones en materia de libertad, seguridad y justicia (art. 69 TFUE). Ya en este campo (*vid.* art. 12.f TUE), los Parlamentos nacionales serán informados de las medidas que el Consejo adopte para fomentar la regla del reconocimiento mutuo (art. 70 TFUE) así como de los trabajos del Comité Permanente en materia de seguridad interior, y podrán evaluar la actuación de eurojust (art. 85.1 TFUE) y de Europol (art. 88.2 TFUE). Los Parlamentos nacionales también adquieren cierto protagonismo en lo que atañe a la revisión de los Tratados (arts. 12.c y 48 TUE), la adhesión de nuevos Estados (arts. 12.e y 49 TUE) o el eventual veto que pueden realizar respecto de la adopción de determinadas propuestas del Consejo (arts. 81.3 TFUE). Sobre la cooperación interparlamentaria, *vid.* los arts. 12.f TUE y 9 y ss. PCPNUE.

durante todo el año, con independencia de que las Cortes se encuentren reunidas en periodos de sesiones o fuera de ellos. Buena prueba de esta afirmación la encontramos en la primera sesión en la que se ventiló, al hilo de los ensayos promovidos por la COSAC⁴⁴, si una determinada iniciativa normativa de la Unión Europea comprometía, o no, el principio de subsidiariedad. En tal ocasión, ya se hace notar que ni en las Cortes Generales ni en muchos Parlamentos autonómicos se han tomado decisiones para que «pese a que el periodo vacacional estuviera en curso, se pudieran afrontar los trabajos parlamentarios necesarios»⁴⁵.

No es la única reforma precisa. Se ha señalado que el control que el Parlamento nacional debe ejercer sobre la subsidiariedad debe tener un marcado carácter técnico. Y ello permite colegir, en primer lugar, que sería conveniente que los parlamentarios que formen parte de la Comisión Mixta tengan un conocimiento bastante profundo del Derecho comunitario. También puede deducirse la conveniencia de establecer mecanismos de colaboración concretos entre la Comisión Mixta y las comisiones parlamentarias especializadas, dado que éstas pueden encontrarse mejor posicionadas para conocer el modelo de reparto competencial cuando se refieran a cuestiones muy técnicas.

Dado que, en esta función, la Comisión Mixta puede actuar por impulso de sus miembros, pero también de las Asambleas legislativas territoriales, resultaría aconsejable que la última palabra la tenga la propia Comisión Mixta, sin que ello suponga, obviamente, menoscabar la importancia de los dictámenes que puedan aprobar las Comisiones parlamentarias especializadas.

Si bien es cierto que la Comisión Mixta ha comenzado en la presente Legislatura a ejercer este control, no ha demostrado una especial implicación en el mismo. De los expedientes tramitados en distintas reuniones de la Comisión Mixta⁴⁶, en tres ocasiones ha tomado la palabra un parlamen-

⁴⁴ En el CG/DSCG/CM/IX, num. 48, de 24-03-2009, se alude a la aprobación de los criterios elaborados por la Mesa de la Comisión para realizar dichos ensayos.

⁴⁵ CG/DSCG/CM/IX, núm. 73, de 15-09-2009, p. 2.

⁴⁶ *Vid.* los CG/DSCG/CM/IX, núms. 73 (1 norma afectada), 99 (1), 119 (4), 125 (4), 144 (2), 153 (5), 160 (6), 162 (1), 174 (1), 194 (1), 198 (2), 200 (3), 206 (6). En

tario distinto del ponente que ha elevado su propuesta a la Comisión. Una de ellas, para agradecer al ponente que hubiera tomado en consideración en su informe el dictamen aprobado por el Parlamento de su Comunidad Autónoma⁴⁷; otra para apoyar al ponente⁴⁸ y la tercera para indicar que, aunque los Parlamentos de Países Bajos y Bulgaria han sido críticos con la normativa examinada, comparte la opinión del ponente de que no hay lesión del principio de subsidiariedad⁴⁹. No se ha generado un solo debate en el seno de la Comisión, lo que no deja de ser preocupante. Ni siquiera en las mínimas ocasiones en que la Comisión ha denunciado la vulneración del citado principio, ocasión en la que hubiera sido razonable conocer la opinión de los grupos parlamentarios sobre la eventual concurrencia de tal lesión⁵⁰.

Es probable, claro está, que todos los asuntos planteados, en uno y otro sentido, sean evidentes, por lo que el debate hubiera sido innecesario, pero es posible también que el carácter técnico de los asuntos explique que algunos miembros de la Comisión opten por confiar, sin más, en el mejor criterio del ponente designado por la Mesa.

Finalmente, se decía, al comienzo de este apartado, que el control ejercido por la Comisión es limitado, dado que alcanza, exclusivamente, a verificar que se respete el principio de subsidiaridad. Aunque este dato viene avalado con la simple lectura de las previsiones contenidas en el Tratado de Lisboa (en especial de los arts. 5.3 TUE y 12.b TUE), ha sido subrayado en el seno de la misma Comisión. Puede recordarse, en efecto, la Carta del Presidente de la Comisión Europea remitida al Presidente del Congreso y a la propia Comisión Mixta, y en la que se realizan algunas conside-

esta sesión se indica por parte del presidente que «es la primera vez que nos reunimos en sesión extraordinaria, para la formulación de los procedimientos de subsidiaridad» (p. 6), 207 (2) y 211 (05), que plasman las sesiones celebradas los días 15-09 y 9-12-2009, 11-05, 8-06, 28-09, 24-11, 9-12 y 21-12-2010, 15-03, 10-05, 24-05, 14-06, 19-07, 6-09 y 20-09-2011.

⁴⁷ Cfr. CG/DSCG/CM/IX, núm. 153, de 24-11-2010, p. 3.

⁴⁸ Cfr. CG/DSCG/CM/IX, núm. 206, de 19-07-2011, p. 3.

⁴⁹ Cfr. CG/DSCG/CM/IX, núm. 194, de 10-05-2011, p. 12.

⁵⁰ Cfr. CG/DSCG/CM/IX, núm. 200, de 14-06-2011, pp. 17 ss.

raciones aparentemente contradictorias⁵¹. Se señala, de un lado, que solamente serán remitidas al Parlamento español las iniciativas normativas en materias que no recaigan en materias exclusivas de la Unión, porque son las que podrían, en su caso, comprometer el principio de subsidiariedad. Tal idea no admite reproche alguno si se recuerda que la extensión del control parlamentario estatal es limitada. Sin embargo, a renglón seguido, se dispone en esa misma misiva que la Comisión Europea invita a los Parlamentos nacionales a que, si lo consideran oportuno, realicen también observaciones sobre el fondo de la iniciativa, rogando que los dictámenes en su día evacuados diferencien unos y otro aspectos. A la vista de esta carta, concluye el Presidente de la Comisión Mixta que «en el futuro tendremos que hacer un doble examen de subsidiariedad: subsidiariedad stricto sensu y pronunciamiento sobre el fondo de las propuestas, lo cual nos puede llevar a establecer un procedimiento de consulta con las comisiones especializadas en su caso».

Podría pensarse que esta idea es contradictoria con la anterior. Tal contradicción no es, sin embargo, tan evidente, porque podría pensarse que la Comisión Europea no descarta (incentiva, incluso) el diálogo con los Parlamentos nacionales en lo que atañe a la elaboración de normas que recaigan sobre competencias compartidas. Ahora bien, que las ideas expresadas por el Presidente de la Comisión no sean contradictorias, no quiere decir que sean acertadas, en la medida en que pueden complicar aún más el proceso decisorio comunitario.

Sí compartimos, sin embargo, sin reservas, la idea del Presidente de la Comisión, de que pueda (deba) establecerse un procedimiento de consulta entre la Comisión Mixta y las Comisiones especializadas, consultas que pueden versar no solamente sobre el fondo de la iniciativa normativa comunitaria, sino también sobre la eventual lesión del principio de subsidiariedad.

Es oportuno hacer notar, antes de pasar a ocuparnos de otras formas de control parlamentario sobre los asuntos comunitarios, que aunque el control puede ir más lejos del exigido por el Tratado de Lisboa (verificando,

⁵¹ Cfr. CG/DSCG/CM/IX, núm. 99, de 9-12-2009, pp. 19-20.

por ejemplo, que la normativa comunitaria respeta el principio de proporcionalidad)⁵², el propio Presidente de la Comisión Mixta reconoce que «básicamente lo que verificamos es que se observan competencias comunitarias, que no hay invasión de competencias nacionales exclusivas o autonómicas y que tiene más lógica legislar a nivel comunitario determinados asuntos»⁵³.

3.1.b) *El control sobre la Presidencia española de la Unión*

Es probable que cuando algún parlamentario afirmaba que el nuevo mecanismo de control que se pretendía incluir en la nueva Ley ya se estaba aplicando por parte de la Comisión Mixta, estuviera pensando en las muchas comparecencias habidas por miembros del Gobierno antes, durante y después de la reciente Presidencia española.

Es innegable, por supuesto, que muchas sesiones de la Comisión Mixta se han dedicado, en los últimos tiempos, al seguimiento de la Presidencia española de la Unión Europea⁵⁴. Partiendo de este dato podemos, sin

⁵² Cfr. CG/DSCG/CM/IX, núm. 119, de 11-05-2010, p. 5 y, de forma más contundente, CG/DSCG/CM/IX, núm. 125, de 8-06-2010, p. 4.

⁵³ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁴ Cfr. CG/DSCG/CM/IX, núms. 26, de 18-11-2008 (Secretario de Estado para la Unión Europea, a petición del Gobierno), 64, de 28-05-2009 (Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, a petición tanto propia como del Grupo Parlamentario Popular del Congreso), 81, de 27-10-2009 (Vicepresidenta Primera, a petición tanto propia como del Grupo Parlamentario Popular del Congreso), 86, de 5-11-2009 (de la Ministra de Igualdad, a petición propia), 88, de 16-11-2009 (del Ministro de Justicia, de la Ministra de Sanidad y Política Social, ambas a petición propia); 89, de 17-11-2009 (de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y del Ministro de Educación, ambas a petición propia), 90, de 19-11-2009 (del Ministro de Trabajo, a petición propia), 91, de 23-11-2009 (del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, a petición propia); 92, de 24-11-2009 (del Ministro de Interior y de la Ministra de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, ambas a petición propia); 94, de 25-11-2009 (del Ministro de Fomento, la Ministra de Ciencia e Innovación y del Vicepresidente tercero, todas a petición propia); 95, de 26-11-2009 (Ministro de Industria, Turismo y Comercio y Ministra de Defensa, ambas a petición propia); 98, de 3-12-2009 (Ministra

embargo, tratar de caracterizar el tipo de control ante el que nos encontramos y verificar el grado de influencia real que puede desplegar el Parlamento español.

La caracterización del control que las Cortes Generales pueden ejercer sobre el Gobierno se realizará por comparación respecto del establecido en el punto anterior, vinculado con el principio de subsidiariedad.

- Si en aquél caso se dijo que el sujeto controlado era la Unión Europea, resulta más complejo determinar ahora cuál es la naturaleza del sujeto fiscalizado por parte de la Comisión Mixta en el control del que ahora nos ocupamos. Es indudable que el Presidente del Gobierno y sus Ministros son autoridades estatales, pero también resulta evidente que el control se centra en su actuación al frente de la Presidencia de la Unión Europea.
- Si el control de la subsidiariedad era concebido como eminentemente técnico, ahora resulta evidente que estamos ante un control político y, si se permite la expresión, de política general. No se trata de que la Presidencia presente ante el Parlamento las concretas iniciativas normativas que serán tramitadas, sino las líneas generales de la actuación comunitaria.
- Si el control centrado en la subsidiariedad es, por ello mismo, limitado, el ejercido en relación con la Presidencia semestral es abierto, en la medida en que el Parlamento no viene condicionado por la

de Cultura y Ministra de Vivienda, ambas a petición propia); 107, de 11-03-2010 (Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, a petición propia, aunque el Grupo Parlamentario Catalán reclama también su presencia para que informe sobre la estrategia española y europea para Iberoamérica). Ya sobre el balance de la Presidencia española, los CG/DSCG/CM/IX, núms. 132, 133, 134, 136 y 137, de 1, 5, 6, 8 y 13-07-2010 recogen las comparecencias de casi todos los miembros del Gobierno, excluido el Presidente, e instadas tanto a instancia propia como del Grupo Parlamentario Popular del Congreso. Tres cuestiones concretas se solventan en el CG/DSCG/CM/IX, núm. 140, de 21-09-2010, a instancia de Grupos Parlamentarios minoritarios (una el Grupo Parlamentario Mixto del Congreso y dos Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds).

posición inicial del Gobierno, sino que puede solicitar que se ocupe de otras materias a las anunciadas o que relegue o renuncie a alguna de las políticas anunciadas.

- Por otra parte, estaríamos en presencia de un control extraordinario, en la medida en que se vincula con una circunstancia concreta y temporal, cual es que corresponda al Estado español la presidencia de la Unión.
- Finalmente, la eficacia de este control es limitada, ya que se vincula con cuestiones generales y de principio.

Dejando de lado la vidriosa cuestión de la naturaleza (estatal o comunitaria) del sujeto controlado, puede asumirse que estamos en presencia de un control que, aunque presente unos efectos muy limitados (dado que la Presidencia solamente podrá anunciar grandes líneas de actuación), puede ser plenamente ejercido por la Comisión Mixta para la Unión Europea.

Esta afirmación no excluye, obviamente, que cualquier otro órgano parlamentario (el Pleno o una Comisión especializada) puedan promover iniciativas parlamentarias (proposiciones no de ley, por ejemplo) que afecten a la Unión Europea, pero resulta legítimo pensar que la Comisión Mixta se encuentra muy bien situada para conocer el momento presente de la Unión y las perspectivas de futuro que pueden plantearse en el plano político.

Quizás por ese carácter genérico del control, se evidencia, en su utilización práctica, una muy baja intensidad. Si miramos hacia lo acaecido en relación con la última Presidencia española, el resumen que puede hacerse es bastante pobre. Todos los miembros del Gobierno, excepto su Presidente, han comparecido en dos ocasiones ante la Comisión Mixta, para anunciar sus propósitos y presentar su balance (alguna más los responsables de Exteriores y, más específicamente, de la Unión Europea). Mientras que todas las comparecencias previas se han realizado, normalmente, a petición propia del interesado, las realizadas a posteriori han contado, además, con una solicitud general (y por ello mismo, inconsistente) del principal Grupo Parlamentario del Congreso en la oposición. No se ha demostrado, más allá de tres cuestiones concretas impulsadas por Grupos Parlamentarios minoritarios, un empeño por parte de los parlamentarios de influir (ya sea estableciendo prioridades o cuestionando las adelantadas por los miembros del Gobierno) en la dirección política de la Unión.

Tampoco resulta muy destacable el escrutinio al que las Cortes Generales han sometido al Gobierno en lo que atañe a la celebración de los Consejos Europeos⁵⁵. No existe todavía la costumbre de que el Secretario de Estado para la Unión Europea informe no solamente de la próxima celebración del Consejo Europeo, sino también de lo finalmente acaecido en el mismo. Sería imprescindible que, en esta materia, se formalizara la doble comparecencia del representante del Gobierno (*ex ante* y *ex post*), que constituye un requisito ineludible para una eventual intensificación del control parlamentario sobre esta materia.

3.1.c) *El control sobre la actuación del Gobierno español en el Consejo de Ministros de la Unión Europea*

Una tercera clase de control, la última que será examinada en estas líneas, guarda relación con la posición que el Gobierno español asumirá y defenderá en el seno del Consejo de Ministros de la Unión Europea, en relación con una concreta iniciativa normativa.

Como en ocasiones anteriores procederemos, en primer lugar, a destacar las características propias de este control parlamentario para realizar después, en segundo lugar, algunas consideraciones añadidas sobre su eventual implementación en el seno de las Cortes Generales.

¿Cuáles son las notas que definen este tipo de control parlamentario?

— Las dudas sobre la naturaleza (europea o estatal) del sujeto controlado no existen en este caso. Es evidente que el control parlamentario se ejerce sobre el Gobierno de la Nación. Estamos pues ante un mecanismo propiamente constitucional, que no trae causa ni del

⁵⁵ Como acredita la experiencia de la Comisión Mixta en la Legislatura en vigor. En este periodo pueden consultarse, en este punto, los CG/DSCD/CM/IX, núms. 8 y 18, de 17-06 y 14-10-2008, 32, de 9-12-2008; 67, de 16-06-2009; 82, de 28-10-2009, 99, de 9-12-2009, 110, de 23-03-2010; 126, de 10-06-2010, 151, de 27-10-2010, 160, de 9-09-2010, 163, de 02-02-2011, 165, de 15-02-2011, 179, de 23-03-2011 y 209, de 13-09-2011.

Derecho de la Unión, como ocurre con el referido al principio de subsidiariedad. Por otra parte, tampoco nos encontramos aquí con la complejidad de determinar si el sujeto controlado (el Ministro competente) actúa como órgano estatal o comunitario. Resulta evidente que el control no se ejerce sobre el órgano comunitario, sino que se limita al escrutinio de la posición defendida, en el Consejo de Ministros, por el representante español.

- Este control es, como el examinado en líneas anteriores, político. No se trata de saber si la posición mantenida por el Gobierno español es conforme al Derecho comunitario (a los Tratados o al principio de subsidiariedad y/o de proporcionalidad), sino de determinar si el Parlamento no defiende un punto de vista distinto. Esta actuación del Parlamento comparte este carácter político con la supervisión de las Presidencias españolas. Sin embargo, aún compartiendo estas características, es forzoso hacer notar que este control opera en una y otra ocasión de muy distinta manera. Mientras que en relación con las Presidencias españolas el debate no viene marcado, en principio, desde la Unión Europea, sino que es el propio Gobierno español el que fija las orientaciones generales con que pretende impulsar la Unión, en el caso que ahora nos ocupa, el control político del Parlamento se vincula con propuestas normativas concretas. Estamos, pues, en presencia de un control político y concreto, en el que el papel del Parlamento se limita a fiscalizar la posición española que se defenderá en Bruselas en relación con los textos jurídicos que se estén elaborando.

- Aceptado lo anterior, se entenderá fácilmente que afirmemos que el control que ahora examinamos es cerrado, en la medida en que se vincula con determinadas propuestas normativas.

Es verdad, sin embargo, que los dos últimas características, que nos han llevado a afirmar que nos encontramos ante un control político concreto y cerrado, son claramente discutibles. De un lado porque el Parlamento puede, obviamente, posicionarse sobre materias comunitarias distintas a aquéllas que están siendo tratadas en el procedimiento comunitario decisorio. No es inhabitual, por ejemplo, que algunos Parlamentos nacionales de nuestro entorno se ocupen

del examen de libros verdes o blancos, o intervengan en debates sobre el futuro de la Unión. De otra parte, porque es también posible que, aun al hilo del examen de propuestas normativas de la Unión, el Parlamento acabe incidiendo sobre futuras políticas de la Unión.

Es muy probable que el control del Parlamento se pueda realizar de la forma que se acaba de describir. Lo que ocurre es que estas técnicas de control son distintas a la modalidad de control que está siendo tratada en estas concretas líneas de este trabajo, que es la que ahora nos interesa caracterizar, subrayando su autonomía conceptual. De ahí que debemos concluir que el control sobre textos sin relevancia normativa directa o políticas generales de la Unión tendrá mejor encaje en otra modalidad de control distinta de la examinada en este momento.

- Si el control ejercitado sobre la Presidencia española de la Unión Europea se calificaba de extraordinario, puesto que se vincula a un supuesto de hecho que no se produce más que cada bastantes años, el que nos ocupa ahora es, como el relacionado con el principio de subsidiariedad, ordinario y permanente. Estamos ante un control que debe realizarse a lo largo de todos los meses de todos los años, dado el importante volumen de normas comunitarias que se aprueban cada día.
- Finalmente, el control ejercido es plenamente eficaz, en la medida en que la posición que sostenga el representante del Gobierno español que acuda al Consejo de Ministros de la Unión Europea puede verse condicionada, en el plano político, por la actuación de las Cortes Generales.

No contradice lo anterior el dato, por lo demás evidente, de que el Consejo de Ministros pueda separarse, cuando resuelve por mayoría, del parecer expresado por el Estado español (y, por ello mismo, de lo indicado por la Comisión Mixta para la Unión Europea). No es que el control ejercido por las Cortes Generales haya fracasado, es que el mismo se dirige exclusivamente, como ya se ha indicado, al Gobierno español. No estamos en presencia de un fracaso, sino de la propia delimitación del control en examen.

Un control como el descrito en páginas anteriores, que quiera ser efectivo, exige realizar algunas profundas transformaciones en el funcionamiento de la Comisión Mixta para la Unión Europea. Algunas de dichas transformaciones han sido insinuadas en los propios debates parlamentarios (como son la de contemplar que el trabajo de la Comisión Mixta se pueda realizar con una cierta discreción o que sea preciso regular la relación existente entre la Comisión Mixta y las comisiones especializadas *ratione materiae*, apuntadas ya en el debate de toma de consideración de la proposición de ley que nos ocupa)⁵⁶, pero no son las únicas a las que debemos aludir en estas líneas. En las siguientes trataremos de señalar que reformas son precisas (o, al menos, aconsejables), para la correcta asunción de esta tarea.

Sería preciso, en primer lugar, articular una Comisión Mixta con un trabajo mucho más regular. No se trata, únicamente, de que se reúna con mayor frecuencia durante los periodos de sesiones, sino de que también lo haga en los periodos vacacionales, porque la decisión de hacer posible el control de las iniciativas comunitarias no puede flaquear en los meses estivales. Resulta lamentable que, en el primer control ejercido en los tests propuestos por la COSAC, se haya evidenciado la dificultad de realizar tal control en periodo estival y no se haya contemplado ninguna medida efectiva que permita paliar tal déficit⁵⁷.

⁵⁶ Ambas fueron agudamente observadas por el diputado Erkoreka Gervasio (cfr. CG/DSCD/PyDP/IX, núm. 131, de 15-12-2009, p. 9).

⁵⁷ De hecho, los parlamentarios españoles pusieron de manifiesto ante la COSAC «las dificultades que tenía el Parlamento español y los parlamentos autonómicos de afrontar controles de subsidiariedad en los meses de julio y agosto, que eran inhábiles a efectos parlamentarios. No hubo manera, puesto que muchos parlamentos de muchos Estados miembros dijeron que habían tomado las decisiones pertinentes para que, pese a que el periodo vacacional estuviera en curso, se pudieran afrontar los trabajos parlamentarios necesarios» (CG/DSCG/CM/IX, núm. 73, de 15-09-2009, p. 2). Pues bien, dicha deficiencia ha sido colmado a través de la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 27 de mayo de 2010, sobre reforma de la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de septiembre de 1995, sobre desarrollo de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación a las previsio-

También resulta imprescindible, en segundo lugar, redefinir las relaciones de la Comisión Mixta para la Unión Europea no solamente con respecto a las restantes comisiones parlamentarias especializadas, sino también en relación con el Pleno. Comenzando por esta última cuestión, resulta lógico que las Cortes Generales confíen en la Comisión Mixta para que actúe, en su nombre y a su través, en esta materia. Tal confianza no puede excluir, obviamente, que los Plenos de las Cámaras decidan pronunciarse sobre una concreta iniciativa parlamentaria, pero sí supone dotar de un plus de legitimidad a las decisiones de la Comisión Mixta. Por otra parte, es preciso articular un marco estable de relaciones entre la Comisión Mixta y las restantes Comisiones parlamentarias. Una de las opciones posibles es establecer un sistema de consultas a las comisiones parlamentarias especializadas, cuyos informes no sean vinculantes para la Comisión Mixta que tendría, en esta materia, la última palabra. De esta forma se insistiría en que la Comisión Mixta es el órgano parlamentario que realizaría el seguimiento ordinario de los asuntos comunitarios.

Pero, en tercer lugar, ¿qué iniciativas normativas comunitarias se someterían al escrutinio parlamentario? Resulta evidente que aquéllas que la propia Comisión Mixta considere políticamente relevantes. De ahí que no sería en modo alguno irrazonable que o bien los miembros de la Comisión Mixta se encontraran aligerados de otras obligaciones parlamentarias o bien se dote de algunos medios humanos complementarios a la Comisión (letrados) que ayuden a los parlamentarios a visualizar cuáles son las iniciativas normativas comunitarias que pueden ser de su interés.

Por esta misma razón, sería muy conveniente (acaso necesario), en cuarto lugar, que los miembros de la Comisión Mixta tuvieran cierta formación o especialización en los asuntos comunitarios, que responden a una lógica distinta de la que es propia a los Estados miembros. Este grado de especializa-

nes del Tratado de Lisboa y de la Ley 24/2009, publicada en el BOCG/CG/IX, Serie A núm. 312, de 08-06-2010. En su apartado siete.2 se prevé la posibilidad de que se realicen sesiones extraordinarias de la Comisión fuera del periodo de sesiones. Como ya se ha indicado (*supra*, nota 47), solamente se ha celebrado una, la recogida en el CG/DSCG/CM/IX, núms. 206, el 20-09-2011.

ción se pone de manifiesto en este tipo de control, pero también en el referido al control de subsidiariedad, al que se ha hecho referencia en líneas anteriores.

El control del que hablamos implica, en quinto lugar, una doble presencia del Ministro del Gobierno (en su caso del Secretario de Estado). Una primera, en la que el Gobierno pueda exponer su visión del asunto y que pueda ser contrastado con el parecer expresado por la Comisión Mixta antes de la celebración del Consejo de Ministros de la Unión Europea. Una segunda, en la que el mismo representante del Ejecutivo estatal dé cuenta de su actuación en el Consejo de Ministros, demostrando que se ha atendido a lo resuelto por la Comisión Mixta o, en el supuesto de haberse separado de tal parecer, explicando los motivos que le han conducido a hacerlo. En algunos países de nuestro entorno, como son Dinamarca o el Reino Unido, esta última posibilidad es inimaginable, porque el Gobierno de su Nación está obligado a presentar la reserva de examen propuesto en el Consejo de Ministros cuando los debates habidos en este se alejan de lo resuelto, en su día, por la respectiva comisión de su Parlamento nacional, difiriendo su votación a la próxima reunión del Consejo, lo que garantiza una nueva intervención de su Comisión parlamentaria estatal sobre el nuevo marco de la decisión.

Finalmente, y en sexto lugar, resulta evidente que las sesiones en las que se ventilen este tipo de asuntos no pueden ser públicas (al menos, de forma inmediata). Aunque es incuestionable que en el Parlamento debe operar la publicidad en el desarrollo de sus trabajos, no puede malograrse la estrategia que el Gobierno español despliegue en el siguiente Consejo de Ministros de la Unión Europea. Los mandatos de negociación que la Comisión Mixta puede imponer, en el plano político, al Gobierno de la Nación, y la posición que este mantenga ante una determinada iniciativa normativa comunitaria no deben ser hechos públicos con anterioridad a la celebración del respectivo Consejo de Ministros. La forma de conciliar este extremo con el principio de publicidad que caracteriza la labor parlamentaria no es evidente. Puede optarse, por ejemplo, por una publicación diferida en el tiempo de los debates habidos o por la publicación inmediata de los asuntos tratados, sin que se plasmen las intervenciones habidas y los acuerdos adoptados.

Muchas más cuestiones podrían plantearse (¿debe haber votaciones formales en estas reuniones de la Comisión Mixta? ¿cómo articular los deba-

tes? etc.), pero preferimos detener aquí nuestro examen, ya que nuestra pretensión no es examinar el control parlamentario en los asuntos europeos, sino realizar una valoración sobre la Ley 38/2010, de 20 de diciembre. A tal fin se dedican las siguientes líneas del presente estudio.

3.2. **¿Qué tipo de control parlamentario pretende establecer la nueva Ley?**

Para determinar si la Ley en examen es acertada o, por el contrario, desafortunada, es preciso concretar antes cuál es la finalidad que con la aprobación de la misma se persigue. Ello nos obliga a volver a examinar críticamente la intención del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados cuando presenta la proposición de ley y, especialmente, cuando defiende su tramitación ante la Cámara.

No es muy relevante, en efecto, lo que se indica en la (posteriormente modificada) exposición de motivos de la proposición de ley que ahora nos ocupa, dado que, en ese momento, no se había aprobado todavía la importante Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, con objeto de adaptarla al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. Si bien era cierto, en octubre de 2009, que existían importantes carencias en la Ley a la vista del Tratado de Lisboa, como son las referidas a las nuevas funciones de aplicación del principio de subsidiariedad o de la supervisión de la actividad de Europol y Eurojust⁵⁸, resulta que tales deficiencias habían sido colmadas con la citada Ley 24/2009. En efecto, los nuevos apartados j), k) y n) del art. 3 de la Ley 8/1994 incorporan estos aspectos en la Ley, así como los referidos a la revisión de los Tratados y a la adhesión de nuevos Estados a la Unión Europea (art. 3, apartados l) y m), respectivamente), desarrollándolos en otros posteriores⁵⁹.

⁵⁸ BOCG/CD/IX, Serie B núm. 202-1, de 23-10-2009, p. 2.

⁵⁹ En efecto, el control del principio de subsidiariedad está regulado en el nuevo Capítulo II de la Ley (arts. 5-7), y el Capítulo III, dedicado a la regulación de otros

A la vista de estos datos, puede ser útil recordar cuál es la posición de la representante del Grupo Parlamentario que impulsó la proposición de ley cuando defiende su aprobación en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados. Pues bien, en dicho trance ⁶⁰, la Diputada Becerril Bustamante afirma que «lo que hay que hacer ahora es añadir algo que ya está haciendo la mayoría de los parlamentos de los veintisiete países, y que es tener conocimiento antes, para que el Gobierno sepa antes de la celebración de los consejos, por sus diversas formaciones, cuál es la posición del Parlamento sobre determinados asuntos, de tal manera que el ministro o un secretario de Estado venga a la Comisión a decir cuál va a ser la posición del Gobierno en determinados asuntos de importancia, de relevancia a juicio de la Comisión. Es un cambio importante, que va a permitir que el Parlamento exprese una opinión y una posición». Idéntico argumento va a utilizar la representante del Grupo Parlamentario Popular, la Senadora Sanín Naranjo, en el Pleno de la Cámara, cuando afirma que «se puede dotar a la Comisión Mixta para la Unión Europea de los mecanismos necesarios para ejercer un mayor control del Gobierno frente a su actuación ante las instituciones europeas y un mayor control de los actos emanados de dichas instituciones» ⁶¹. Con más contundencia, señalará más adelante: «Hoy, con esta proposición, pretendemos que el Gobierno comparezca ante la Comisión Mixta para la Unión Europea antes y después de los distintos consejos de la Unión, y es que, señorías, esa comparecencia con carácter previo a la celebración de la reunión del Consejo, dando a conocer cuál va a ser su actuación en relación con los asuntos a tratar, permitirá al Parlamento mostrar, también con carácter previo, su posición ante el Gobierno, discrepar de la posición que el Gobierno pensaba o piensa adoptar ante las instituciones europeas, e inclusive más, intentar sugerir la posición que po-

procedimientos especiales, desarrolla las previsiones del Tratado de Lisboa referidas a los arts. 48.7 TUE, 81.3 TFUE, así como de las relativas a la supervisión de la actividad de Europol y Eurojust. Ver, también, la Resolución citada en la nota 58.

⁶⁰ CG/DSCD/C/IX, núm. 600: Sesión 31 de la Comisión de Asuntos Exteriores, de 22-09-2010, p. 5.

⁶¹ CG/DSS/P/IX, núm. 101, de 17-11-2010, p. 5513.

dría adoptar el Gobierno para encontrar un posicionamiento coincidente frente a dichas instituciones. Es, pues, una verdadera apuesta de codecisión Gobierno-Parlamento en relación con los asuntos a tratar en el orden del día»⁶².

Estas intervenciones permiten colegir que la pretensión perseguida con la más reciente reforma de la Ley 8/1994, es instaurar un control efectivo sobre la actuación europea del Gobierno español. Esta es la premisa desde la que deberá enjuiciarse el acierto, o desacierto, de la Ley 38/2010.

Podría pensarse, sin embargo, que dicha función ya estaba prevista en la Ley 8/1994, en su redacción original, a la vista de lo dispuesto en algunos de los primeros apartados del art. 3, en los que se incluyen las siguientes competencias de la Comisión Mixta:

[...]

b) Recibir, a través del Gobierno, las propuestas legislativas de la Comisión Europea, con antelación suficiente para su información o para que puedan ser examinadas.

El Gobierno, a la mayor brevedad posible, y a reserva de una valoración definitiva, remitirá a la Cámara un sucinto informe sobre el contenido sustancial de aquellas propuestas legislativas de la Comisión Europea que tengan repercusión en España.

Cuando la Comisión lo considere oportuno, podrá solicitar del Gobierno la ampliación de la información remitida⁶³.

c) Celebrar debates sobre una propuesta legislativa concreta en el seno de la Comisión y solicitar, si se considera oportuno, al Presidente de cualquiera de ambas Cámaras la celebración de un debate en el Pleno respectivo con el mismo fin, participando el Gobierno en ambos casos.

La Comisión podrá solicitar, a través de la Mesa del Congreso, que otra u otras Comisiones de ambas Cámaras informen previamente sobre una cuestión determinada.

⁶² Ídem.

⁶³ Aunque este apartado ha sido modificado por la Ley 29/2009, de 22 de diciembre, se ha optado por ofrecer la versión original por ser suficientemente revelador de que la Ley original ya ofrecía instrumentos de control de los que la Comisión Mixta podría haberse servido, de haberlo deseado.

Aprobada la propuesta o iniciativa legislativa por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, la Comisión Mixta podrá acordar la comparecencia del Gobierno para dar cuenta de la tramitación y resultados.

[...]

Resulta evidente, en efecto, que la vieja Ley 8/1994 ya preveía el control parlamentario sobre la actuación del Gobierno español en relación con las iniciativas normativas de la Unión Europea. Sin embargo, la Comisión Mixta no ha ejercido prácticamente ningún control en esta materia. Esta situación, constatada por el autor de este trabajo en legislaturas anteriores, ha sido ahora subrayada por la propia Comisión Europea, en su Informe anual de 2009 sobre las relaciones entre la Comisión Europea y los Parlamentos nacionales. Los datos referidos al Parlamento español son demoledores. Desde 2006, cinco Cámaras (además del Congreso de los Diputados y del Senado en España, las dos de Rumanía y la Dr•avni svet de Eslovenia) no han enviado ningún dictamen a la Comisión. Este desfallecimiento con respecto a la Comisión Europea no se debe a que en nuestro país se haya ejercido una influencia directa sobre el Gobierno. Puede constatarse, bien al contrario, que las Cortes Generales ni han controlado ni la posición del Gobierno español en relación con las iniciativas normativas comunitarias ni han enviado dictámenes a la Comisión Europea posicionándose en relación con dichos instrumentos normativos en fase embrionaria.

Resulta, pues, que los preceptos transcritos de la Ley 8/1994 recogen una competencia que, por los motivos que sean, no ha sido aplicada. Eso explica, precisamente, que se haya impulsado una nueva norma que contribuya a su implementación práctica.

Aunque es discutible que un cambio legislativo sirva para modificar hábitos parlamentarios profundamente arraigados, resulta conveniente analizar ahora si las modificaciones realizadas pueden servir, objetivamente, a tal fin.

3.3. Un paso en falso

No sorprenderá al amable lector ni que retomemos ahora el título de este estudio ni, aún menos, que se muestren a continuación algunas reservas

sobre la efectividad de la Ley. Era, en buena medida, la crónica de una opinión anunciada.

Sí que resulta preciso, obviamente, justificar esta opinión ⁶⁴. Aunque acaso bastaría con realizar una comparación entre el texto finalmente aprobado por las Cortes Generales, que hemos resumido en páginas anteriores, y la caracterización del control parlamentario sobre la actuación europea del Gobierno, que hemos tratado de explicar con cierto detalle en el apartado 3.1.3. del presente estudio, puede ser más operativo que, suplantando el papel de un parlamentario, propongamos, por mero divertimento, algunas enmiendas tendentes a hacer posible que el texto finalmente aprobado resultara más eficaz para la consecución de los fines perseguidos por sus promotores.

3.3.a) *Enmienda de supresión: Capítulo IV de la Ley*

Como se recordará, la Ley 38/2010 incorpora un nuevo Capítulo IV a la Ley 8/1994 en el que regula «la participación y comparecencia de los Gobiernos Autonómicos ante la Comisión Mixta para la Unión Europea», que se concreta en el nuevo art. 10.

Esta disposición es perturbadora, tanto por motivos puramente técnicos como políticos.

Desde una perspectiva estrictamente técnica, la regulación de las comparecencias de los ejecutivos autonómicos ante la Comisión Mixta para informar sobre el impacto de las normas o de las iniciativas normativas de la

⁶⁴ Opinión que contrasta, además, con la expresada por el Presidente de la Comisión Mixta en la última sesión de la IX Legislatura, en la que muestra su satisfacción porque (a) ha asumido «más actividad y más competencias», (b) ha celebrado un alto número de sesiones (75, frente a 24 de la anterior), (c) ha hecho un seguimiento de la Presidencia española y de los Consejos Europeos, (d) ha desarrollado cinco ponencias de estudio, y (e) ha tramitado 47 informes de subsidiariedad (que han dado lugar a dos dictámenes negativos) (CG/DSCG/CM/IX, núm. 211, de 20-09-20110, pp. 13-14). En estas líneas no se discute la existencia de la reuniones, sino la intensidad del control ejercido. Y, desde esta perspectiva, la opinión no puede ser tan optimista.

Unión Europea sobre materias de su competencia es desafortunada por, al menos, las siguientes razones:

- Desconoce que los encargados de verificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad son los Parlamentos nacionales (en su caso, también los autonómicos), y no los Gobiernos.
- Debilita extraordinariamente la posición de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.
- Desconoce igualmente el mandato de cooperación interparlamentaria previsto en el Tratado de Lisboa.
- Complica y confunde, aún más, el complejo proceso decisorio comunitario.
- Sirve como cauce de expresión de unos sujetos (Gobiernos autonómicos) que ni pueden ni deben ser controlado por las Cortes Generales, lo que a su vez difumina la idea de que esta Ley pretenda establecer un control suplementario sobre la actuación europea del ejecutivo estatal.

No es improbable, además, que algunos Presidentes autonómicos se sirvan de este escarapate por razones más de oportunismo político que de fondo, valiéndose de este recurso como medio de presión política sobre la actuación de las Cortes Generales, lo que puede comprometer el correcto desempeño de las importantes funciones que tiene la Comisión Mixta.

3.3.b) *Enmienda de modificación: art. 9*

Como se recordará, el art. 8 establece (por cierto, de una forma que resulta manifiestamente mejorable), que los miembros del Gobierno deberán comparecer antes de la reunión del Consejo de Ministros, expresando cuál es la posición que el Gobierno mantendrá en relación con los asuntos incluidos en el orden del día.

Tal previsión es muy afortunada, porque establece un control *ex ante* del Gobierno español. Lo que no se comprende, sin embargo, es que no haya control *a posteriori* que permita a la Comisión Mixta verificar en qué medida el Gobierno español ha mantenido en Bruselas lo señalado ante la Comisión, o si ha seguido las indicaciones dadas, en su caso, por ésta.

En efecto, el art. 9 se limita a establecer que, «al final de cada presidencia semestral del Consejo de la Unión Europea, el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación o el Secretario de Estado para la Unión Europea comparecerán ante la Comisión Mixta para la Unión Europea para dar cuenta de los progresos realizados durante dicha presidencia». Ni siquiera se conecta esta comparecencia con la realización de un balance sobre la actuación del Gobierno español en el Consejo de Ministros de la Unión Europea, sino con una cuestión mucho más general e imprecisa (los progresos realizados durante la presidencia).

Si de verdad se quiere fiscalizar el comportamiento del ejecutivo español en el Consejo de Ministros de la Unión Europea resulta imprescindible instaurar un control *ex post* a su celebración. Podría establecerse tal control en los siguientes términos: «tras la celebración de los distintos Consejos de Ministros, los miembros del Gobierno que hayan participado en ellos comparecerán ante la Comisión Mixta para dar cuenta de la tramitación y resultados de los asuntos en él tratados.

3.3.c) *Las enmiendas de adición*

Como ya se ha indicado con anterioridad, otras muchas materias deben ser incorporadas a la Ley si con la misma se pretende intensificar el control parlamentario sobre la actuación europea del Gobierno de la Nación.

Como, afortunadamente, las iniciativas que aquí planteamos no tienen que superar el filtro de admisión de una hipotética Mesa de la Cámara, resulta innecesario formular propuestas articuladas. Es preferible, por el contrario, subrayar ahora qué aspectos complementarios deberían encontrarse previstos en la Ley 8/1994. No resulta preciso, sin embargo, justificar nuevamente la regulación de dichas materias, porque ya ha sido argumentada en líneas anteriores, a las que nos remitimos. Estas circunstancias que debería contemplar la Ley son las siguientes:

- Regulación de reuniones ágiles de la Comisión, tanto en los periodos de sesiones como fuera de ellos. Dicha previsión debe permitir asimismo que las restantes comisiones parlamentarias especializadas puedan emitir informes en cualquier época del año.

- Establecimiento de un marco jurídico propio para la Comisión Mixta, que subraye su relación con el Pleno de las Cámaras y, especialmente, con las comisiones parlamentarias especializadas. Sería conveniente fortalecer el trámite de consulta (*vid.* art. 3.c de la Ley 8/1994) y que únicamente tuviera carácter decisorio la posición defendida por la Comisión Mixta.
- Incorporación de cláusulas de secreto y/o confidencialidad a las concretas reuniones de la Comisión Mixta que pretendan controlar u orientar la posición española ante iniciativas normativas comunitarias. Cláusulas que acaso deberían ser compatibilizadas con el principio de publicidad, propio de las actuaciones parlamentarias, ya sea difiriendo la aparición de los correspondientes diarios de sesiones o excluyendo la publicación de algunos de sus contenidos.

Resulta evidente, al menos para el autor de estas líneas, que estas enmiendas podrían mejorar el control parlamentario sobre la actuación europea del Gobierno de la Nación, permitiéndole a las Cortes Generales recuperar, a través de estas técnicas de control, una parte del protagonismo perdido en el ámbito legislativo. Sería igualmente deseable que la Comisión Mixta se tomara dicha misión en serio, dotando así de mayor legitimidad democrática al proceso europeo de integración ⁶⁵.

Resumen:

Este estudio, que se inscribe en una línea de investigación iniciada hace más de diez años, pretende examinar la utilidad que pueda derivarse de la Ley 38/2010, de 20 de diciembre, que modifica la Ley que regula las competencias de la Comisión Mixta para la Unión Europea. Para poder evaluar dicho análisis crítico resulta preciso analizar el procedimiento de gestación de la Ley 38/2010, tratar de desentrañar sus intenciones y elaborar además una tipología de los tipos de control que la Comisión Mixta para la Unión Europea puede desempeñar sobre los asuntos europeos. Con todas estas claves, estaremos en condiciones de verificar si el funcionamiento prác-

⁶⁵ Aunque puede seguirse siendo pesimista en este punto, si se comparten las reflexiones vertidas en «Democracia y representación en la Unión Europea», cit., pp. 146-147.

tico de la Comisión en la IX Legislatura ha consagrado, o no, una mayor influencia real de las Cortes Generales sobre las iniciativas normativas de la UE y la actuación del Gobierno español ante la Unión.

Palabras Clave: *Cortes Generales, Derecho de la Unión, subsidiariedad, control político, Comisión Mixta para la Unión Europea.*

Abstract:

This paper, within the framework of a ten years old research, tries to analyze the virtues of the Law 38/2010, related to the Common Commission for European matters of the Spanish Parliament. First it takes account of the elaboration of the Law and develops a conceptual understanding of the Common Commission acts. After that, the essay verifies the practical influence of the Commission controlling European Union initiatives and the Spanish Government actions.

Keywords: *Spanish Parliament, European Union Law, subsidiarity, political control, Common Commission for European Matters.*

LA NUEVA GOBERNANZA ECONÓMICA EUROPEA Y EL PAPEL DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES *

ANTONELLA SCIORTINO **

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. UNA PANORÁMICA SOBRE LOS NUEVOS INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA ECONÓMICA EUROPEA
3. LOS EFECTOS DE LAS IMPOSICIONES EUROPEAS SOBRE LA HACIENDA PÚBLICA DE LOS ESTADOS MIEMBROS. PARLAMENTO Y GOBIERNO: RELACIONES EN MATERIA DE DECISIONES FINANCIERAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO
4. EL PAPEL DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA: BREVE EXCURSUS
5. LAS NUEVAS REGLAS DE GOBERNANZA ECONÓMICA EUROPEA: ¿QUÉ PAPEL ESPERA A LOS PARLAMENTOS NACIONALES? ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

1. INTRODUCCIÓN

El papel de los Parlamentos nacionales en el marco de las reglas de la nueva gobernanza económica europea resulta un tema complejo y engañoso en la medida en que, por lo general, da por descontado el ya problemático papel de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración europea y, concretamente, el papel que estos órganos están llamados a desempeñar para dar continuidad, dentro de los propios ordenamientos, a las nuevas reglas de gobernanza económica europea (la más reciente, el denominado

* Traducido del italiano por Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez.

** Catedrática de Derecho Constitucional. Università degli studi di Palermo.

«Fiscal compact», es decir, el Tratado sobre la estabilidad, coordinación y gobernanza en la Unión económica y monetaria, de 2 de marzo de 2012).

El trasfondo teórico no resulta menos complicado porque implica considerar de forma conjunta decisiones en materia de presupuestos y hacienda pública, forma de Estado, procesos democráticos para la toma de decisiones y efectiva titularidad de la dirección política financiera (con evidentes repercusiones sobre la forma de gobierno).

A partir de la crisis de 2008 (con la quiebra del banco de negocios «Lehman Brothers»), inicialmente advertida sólo por parte de los mercados financieros, después proclamada en algunos Estados miembros como Grecia¹ en 2010 y con contagios hacia muchos Estados como Italia, España, Portugal o Irlanda, la U.E. comenzó a activar una serie de medidas normativas en materia de gobernanza económica europea para tratar de contener la crisis, cuyos resultados aún no resultan enteramente predecibles.

¹ Para evitar el «contagio», los órganos de la Unión Europea y los Estados miembros de la Eurozona han puesto a punto una serie de medidas entre las que se encuentra la concesión de préstamos condicionada a la realización de un programa de reformas estructurales y de ajuste de las cuentas públicas. La complejidad de la situación ha hecho necesaria la creación de un mecanismo temporal de gestión de la crisis constituido por dos instrumentos: el EFSM (European Financial Stabilisation Mechanism), recurso a préstamos con fondos UE, y la EFSF (European Financial Stability Facility), una sociedad autorizada para recopilar recursos de los mercados con la garantía de los Países de la Eurozona. Los recursos captados de dicho modo pueden ser destinados a Estados miembros en dificultades siempre que se apliquen en perseguir rigurosas políticas presupuestarias. El FMI (Fondo Monetario Internacional) se ha manifestado disponible para prestar ulteriores ayudas. V., I. VISCO, «La governance economica europea: riforma e implicazioni», en *www.bancaditalia.it* de 2011. Sobre la emisión de «Eurobond» para ayudar a reestructurar las deudas públicas nacionales y reducir las especulaciones A. QUADRIO CURZIO, «A proposito di bond europei», en *Il Mulino*, 2/2011, p. 282 y ss.; sobre las primeras reacciones ante la crisis v. C. PINELLI, «La crisi finanziaria e l'Unione europea. Le prime reazioni», en G. AMATO (a cura di), *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, Passigli Editori, 2009, p. 317 y ss.; sobre la naturaleza de la crisis, reconocible también en la «miopía» de los Gobiernos, de las empresas, de la comunicación, de los mercados, de las familias, v. T. PADOA-SCHIOPPA, *La veduta corta. Conversazione con Beda Romano sul Grande Crollo della finanza*, Il Mulino, 2009.

bles². Su origen, sin embargo, fue anunciado de forma profética por Nouriel Roubini³ ya en 2006 a partir de la convergencia de varios factores como la crisis de los préstamos inmobiliarios americanos, la oscilación de los precios del petróleo y la consiguiente crisis de confianza de los consumidores.

La normativa europea (que a continuación intentaré reconstruir sintéticamente y en la medida en que interese como apoyo para nuestra investigación) que se ubica en un proceso aún inconcluso, incide no poco sobre ámbitos competenciales «soberanos» de los Estados miembros que se ven

² La crisis financiera global ha puesto de manifiesto no pocos puntos débiles en la construcción europea de una gobernanza económica europea eficaz. En concreto: la ausencia de mecanismos de intervención rápidos en el caso de graves crisis financieras de uno de los Estados miembros; la existencia de rígidas disposiciones en materia de política económica y monetaria no ha evitado la adopción de políticas presupuestarias nacionales poco prudentes y alejadas de las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento; la evidente demostración de que la disciplina presupuestaria no resulta suficiente sin una adecuada coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y mecanismos de vigilancia multilateral para la prevención, monitorización y corrección de los desequilibrios macroeconómicos derivados de las cuentas con el extranjero y otros factores; el riesgo de «contagio» entre el sistema bancario y los propios Estados miembros ha puesto de manifiesto la fragilidad del sistema financiero y también las carencias en el gobierno europeo en materia económica. Para una profundización v. I. VISCO, *op. cit.*; G. PITRUZZELLA, «Chi governa la finanza pubblica in Europa?», en *Quad. cost.*, 2012, p. 20, que pone de manifiesto cómo incluso los países con tasas de crecimiento muy elevadas y caracterizados por un proceso de convergencia casi concluido, han sido golpeados por la crisis cuando, tras intervenciones realizadas en apoyo de la financiación privada, han alcanzado niveles de deuda elevados y déficits públicos excesivos (España e Irlanda). Para un análisis atento de la crisis financiera resulta imprescindible la lectura de R. A. POSNER, *La crisi della democrazia capitalista*, Università Bocconi Editore, 2010.

³ N. ROUBINI, S. MIHM, *La crisi non è finita*, Feltrinelli, 2010; J. E. STIGLITZ, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Einaudi, 2010, se encuentra entre los economistas que lanzó señales de alarma junto a otros economistas keynesianos (convencidos de que el mercado no puede corregirse sólo) y, por tanto, preocupados por la burbuja inmobiliaria; de diferente opinión es R. E. LUCAS, «In defense of the Dismal Science», en *Economist*, de 6 de agosto de 2009, el cual sostiene que antes de la quiebra de Lehman Brothers el riesgo de una crisis financiera no era predecible.

fuertemente condicionados en la elaboración de las políticas económicas y financieras que corresponden a los parlamentos y gobiernos nacionales⁴. A ello se añade que las repercusiones (o mejor, los efectos) especialmente duros de algunas medidas resultan «mal toleradas» por amplios sectores de la ciudadanía comunitaria, también porque se perciben como el resultado de elecciones adoptadas por unos pocos gobiernos nacionales, aquéllos con economías más saneadas y virtuosas (Alemania, en primer lugar). Todo esto no podía ni puede dejar de repercutir sobre los equilibrios institucionales y constitucionales de los países de la U.E., en concreto, por cuanto aquí nos interesa, sobre la dimensión «parlamentaria» de los procesos de toma de decisiones particularmente delicados como son los que afectan a las materias de hacienda pública y de políticas fiscales. La crisis, además, como podía preverse, no ha alcanzado tan sólo la dimensión económica, sino que se ha extendido también a la dimensión institucional de la Eurozona⁵. Por un lado, los Estados han tenido que planificar instrumentos para reactivar la economía, incluyendo medidas de apoyo a la banca; por otro, han tenido que afrontar la emergencia de la propia deuda soberana recurriendo a drásticas medidas de reequilibrio de los presupuestos nacionales. El conjunto de las intervenciones de la UE para afrontar la crisis financiera ha puesto en evidencia la prevalencia de la lógica intergubernamental frente a la comunitaria, provocando una alteración en los equilibrios institucionales comunitarios (de duración incierta). Como es evidente, la Comisión, con el objetivo de hacer más acuciantes las obligaciones del Pacto de estabilidad

⁴ Sobre los riesgos del Eurosistema en términos de soberanía, democracia y libertad, v. G. GUARINO, *Eurosistema, Analisi e prospettive*, Giuffrè, 2006, spec. pp. 187-188.

⁵ Sobre las paradojas de la crisis, v. J. P. FITOUSSI, «Una crisi che interroga l'Europa», en AA.VV., *Fare i conti con la crisi*, Il Mulino, 2010, p. 9 y ss., donde se pone de manifiesto la asimetría entre Europa y las otras regiones del mundo en el sentido de que en la primera existe un sistema de gobernanza sin nadie que asuma la responsabilidad sustituida sólo por un conjunto de reglas que gestionan el sistema; sobre el peor escenario al que podría conducir el aumento desmesurado de la deuda pública, v. J. ATTALI, *Come finirà? L'ultima chance del debito pubblico*, Fazi Editore, 2010, p. 111 y ss.

y crecimiento, ha establecido una estrategia de la Unión basada en tres prioridades (crecimiento inteligente, sostenible e integrador)⁶.

Dentro de la Estrategia Europa 2020, la Comisión ha tomado varias iniciativas con el fin de reforzar la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros entre las cuales figuran dos Comunicaciones⁷ con las que se ha realizado una contribución a los trabajos de la «Task force»⁸ sobre gobernanza económica creada a iniciativa del Consejo Europeo de 25-26 de marzo de 2010 con el deber de ofrecer un conjunto de medidas adecuadas para hacer frente a la crisis y supervisar las políticas presupuestarias nacionales. La «Task force», valiéndose también del trabajo de la Comisión, ha elaborado un enfoque autónomo propio que, bajo el mandato del Consejo Europeo, se traducirá en un proyecto de Decisión del propio Consejo Europeo. Ha surgido así una mutación en los equilibrios institucionales de los órganos comunitarios que presagia posibles tensiones: el verdadero protagonista de la reforma de la gobernanza económica parece ser la citada «Task force», que aparenta haber debilitado el papel del órgano supranacional por excelencia particularmente competente en la ejecución administrativa de los nuevos mecanismos de gobernanza⁹.

⁶ Comisión Europea, Bruselas, Europa 2020. «Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» 3. 3 2010. COM (2010) 2020. El nombre dado al documento revela los ambiciosos objetivos a largo plazo en materia de: empleo, energía y ambiente, investigación e innovación, reducción de la exclusión social y la pobreza, educación.

⁷ «Reforzar la coordinación de las políticas económicas» Com (2010) 250 de 12 de mayo, y «Reforzar la coordinación de las políticas económicas para fomentar la estabilidad, el crecimiento y el empleo - instrumentos para una mejor gobernanza económica de la UE» Com (2010) 367, de 30 de junio.

⁸ La composición de la Task force revela una naturaleza esencialmente intergubernamental. Encontramos Estados miembros, además, naturalmente, del Presidente del Consejo Europeo Von Rompuy, los representantes de los 27 países miembros, el Comisario Rehn (en representación de la Comisión Europea), el presidente representando a la Comisión Europea, el presidente Trichet por la Banca Central europea y el Primer Ministro Juncker por el Eurogrupo.

⁹ Sobre los nuevos equilibrios institucionales dentro de la UE y sobre el papel del Presidente del Consejo Europeo, v. E. CHITI, «Le risposte alla crisi della finanza pubblica e il riequilibrio dei poteri nell'Unione», en *Giornale di dir. amm.*, 3/2011, p. 311 y ss.

Más allá de las tensiones a las que me refería hace un momento en relación con los equilibrios institucionales de los órganos comunitarios, no han faltado aquellas que han llevado a muchos países a revisar su propia normativa en materia de contabilidad y hacienda públicas. En Italia, por ejemplo, se ha asistido, entre 2010 y 2011, a 5 operaciones normativas de carácter financiero y, por último, en muchos países de la Eurozona, en coherencia con algunas indicaciones del «Pacto “Europlus”»¹⁰, a reformas constitucionales (algunas aún «in itinere») para introducir el equilibrio presupuestario en la Constitución¹¹.

2. UNA PANORÁMICA SOBRE LOS NUEVOS INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA ECONÓMICA EUROPEA

No puede plantearse en esta sede analizar y profundizar en todos y cada uno de los instrumentos de gobernanza económica europea puestos a punto por los órganos comunitarios para hacer frente a la crisis financiera, pero

¹⁰ El Pacto «EUROPLUS» fue firmado el 25.3.2011 por los Estados miembros de la Eurozona, con la adhesión de Bulgaria, Dinamarca, Lituania, Letonia, Polonia y Rumanía. El mismo constituye un reforzamiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PSC) de 1997, que contiene ya cuatro objetivos a perseguir: estimular la competitividad, estimular el empleo, reforzar la estabilidad financiera; concurrir ulteriormente a la sostenibilidad de las finanzas públicas. Dentro de este último objetivo se inserta un párrafo con el título «reglas presupuestarias nacionales» donde se prevé que los estados miembros se obligarán a asumir en la legislación nacional, las reglas presupuestarias de la UE fijadas en el PSC: los Estados podrán elegir el concreto instrumento nacional con tal de que tenga naturaleza vinculante. La forma exacta de la regla podrá ser elegida por cada país, pero deberá de ser capaz de garantizar la disciplina del presupuesto a escala nacional y subnacional. La Comisión tendrá la posibilidad, en el pleno respeto de las prerrogativas de los Parlamentos nacionales, de ser consultada, primero en su adopción de forma que se garantice que resulte sinérgica en relación con las reglas de la UE. No se hace mención al equilibrio presupuestario en sentido estricto como sí ocurría en el Fiscal Compact, pero este pacto, en conexión con otros, constituye un empujón para la adopción de tales reformas constitucionales.

¹¹ En Italia, v. ley cost. de 20 de abril de 2012 n. 1, referida a la «Introducción del principio del equilibrio presupuestario en la Carta constitucional».

resulta necesario por lo menos poner de relieve las coordenadas básicas de las nuevas medidas con el fin de comprender sus dinámicas y las interacciones con la hacienda pública de los Estados miembros y, especialmente, para destacar el papel de los Parlamentos nacionales en la puesta en funcionamiento de tales medidas.

Comenzando precisamente por el Tratado «Fiscal Compact», esto es, por el Pacto presupuestario firmado por 25 Estados miembros de la U.E. el pasado 2 de marzo (2012), sobre cuyos contenidos se había alcanzado un acuerdo¹² en el Consejo Europeo de Bruselas del 8 y 9 de diciembre de 2011, y definido en la reunión de 30 de enero de 2012, el mismo confirma las medidas contenidas en el «*Six Pack*», en el Pacto «Europlus» y añade otras diferentes. Este tratado económico-financiero no se incluye en el TUE ni en el TFUE a pesar de que en aquél se prevé que, en el plazo de 5 años desde su entrada en vigor, se valorará la oportunidad de insertarlo en el marco jurídico de la U.E. considerando también el grado de ejecución alcanzado.

El nuevo tratado ha sido preparado por un equipo de trabajo constituido por representantes de los Estados miembros (de rango no ministerial), la Comisión Europea, un observador del Reino Unido y tres representantes del Parlamento Europeo. Se aplica a los países contrayentes cuya moneda es el Euro y a los restantes Estados miembros de la U.E. que hayan ratificado el Tratado. Entrará en vigor el 1 de enero de 2013 y, tras la ratificación, todo país deberá de haber introducido antes de enero de 2014 la regla del equilibrio presupuestario, condición indispensable para eventuales préstamos del MES (Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera) y para poder contar con el Fondo Permanente para el rescate de Estados, puesto en marcha desde julio de 2012.

El art. 3 resulta especialmente arduo e «invasivo» para las políticas presupuestarias de los Estados firmantes. El mismo prevé, como añadido y sin perjuicio para las obligaciones ya derivadas del derecho de la Unión, que:

¹² Todos los 17 miembros de la Eurozona han puesto a punto las reglas fundamentales del Tratado de Estabilidad Fiscal que vuelven más rígidos los parámetros referidos a la relación déficit/PIB y deuda/PIB, con la previsión de sanciones automáticas en caso de violaciones.

— el presupuesto del Estado debe hallarse equilibrado o en superávit (el principio del equilibrio presupuestario ya estaba previsto en el ámbito de los compromisos contraídos por el Pacto «Europlus»). Se considera respetado este principio si el saldo estructural anual de las administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, tal y como se establece en el marco del «Six Pack», con un límite inferior de déficit estructural del 0,5 % del producto interior bruto a precios de mercado y, para aquellos países cuya deuda sea inferior al 60% del PIB, un 1'1%. Los Estados podrán desviarse de este objetivo en circunstancias excepcionales (que en el mismo artículo 3 se definen como eventos imprevistos, es decir, fuera del control de los Estados); y si la relación déficit/PIB desciende por debajo del 60%, los Estados deben introducir en su ordenamiento un «mecanismo de corrección automático» «sobre la base de principios comunes propuestos por la Comisión Europea referidos en particular a la naturaleza, el alcance y el marco temporal de la acción correctora a adoptar, incluso ante circunstancias excepcionales, y el papel y la independencia de las instituciones responsables en el ámbito nacional para el control del cumplimiento de las reglas enunciadas en el párrafo 1.». El párrafo 2 añade que dicho mecanismo de corrección debe respetar plenamente las «prerrogativas» de los Parlamentos nacionales. Esto significa que los Parlamentos nacionales, antes de adoptar las respectivas medidas, deberán consultar preventivamente a la Comisión para que pueda verificar su congruencia con respecto al fin. Refiriéndose siempre a los Parlamentos nacionales, el art. 13 del mismo Tratado prevé que, de acuerdo con cuanto se prevé en el Título II del Protocolo n. 1 sobre el papel de los Parlamentos nacionales en la U.E. incorporado al Tratado de la UE, el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales definirán conjuntamente la organización y promoción de una conferencia de representantes de las respectivas comisiones parlamentarias para discutir las políticas presupuestarias y otras cuestiones atinentes.

Junto a este Tratado existe además un grupo de medidas en materia de gobernanza económica europea dispuestas sobre la base del Título VIII del TFUE relativo a la Política económica y monetaria que constituyen los presupuestos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y consta de una parte preventiva y de una parte correctiva integradas y modificadas por las disposi-

ciones del «Six Pack»¹³. El conjunto de disposiciones contenidas en el Título VIII del TFUE relativo a la Política económica y monetaria prevé la adopción de una política económica fundada sobre la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, sobre el mercado interior y sobre la definición de objetivos comunes (art. 119). Para la realización de tales objetivos, el art. 121 prevé que el Consejo, bajo recomendación de la Comisión, establezca un plan director para las políticas económicas de los Estados de la Unión del que dará cuenta al Consejo Europeo. Éste último, sobre la base de los resultados, deliberará con respecto a las conclusiones de forma que después el Consejo pueda adoptar una recomendación para poner a punto las referidas directrices generales. Dicho marco constitucional se halla integrado por una parte preventiva y otra correctiva especificadas por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y objeto de modificación reciente por obra del «Six Pack»¹⁴. El art. 121 prevé la denominada

¹³ Como es conocido, con la denominación de «Six Pack» se entiende aquel paquete de medidas constituido por seis actos normativos, 5 reglamentos y 1 directiva: Reglamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro; Reglamento (UE) n. 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro; Reglamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; Reglamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos; Reglamento (UE) n. 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; y, por último, la Directiva 2011/85/UE del Consejo del 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

¹⁴ El Pacto de Estabilidad y Crecimiento fue profundamente modificado por el «Six Pack» tanto en la parte preventiva como en la correctora. La primera parte prevé que todo estado miembro adopte una «política presupuestaria prudente» con el fin de respetar el objetivo presupuestario a medio plazo (OMT) definido en los correspon-

vigilancia multilateral, una suerte de supervisión que opera el Consejo, apoyado en los informes preparados por la Comisión, para hacer un seguimiento de la marcha económica en cada Estado miembro y en la Unión, así como de la coherencia de las políticas económicas con las directrices económicas generales antes citadas. Los Estados miembros están obligados a colaborar transmitiendo a la Comisión las informaciones relativas a todas las medidas económicas adoptadas. En el caso de que se detecten infracciones (políticas económicas no coherentes con las directrices generales o cualesquiera situaciones que puedan poner en peligro el buen funcionamiento de la Unión económica y monetaria) entra en juego la parte correctiva. Con dicho fin, la Comisión puede dirigir una advertencia y el Consejo una recomendación al estado interesado. Si el Consejo, a propuesta de la Comisión, decide hacer públicas sus propias recomendaciones y ambos informan al Parlamento Europeo acerca de los resultados de la vigilancia multilateral, el Presidente del Consejo puede ser invitado a presentarse ante el Parlamento Europeo para poner en marcha lo que en el «Six Pack» se define como «diálogo económico».

dientes programas de estabilidad objeto de valoración preventiva con respecto a la adopción de las decisiones nacionales sobre el presupuesto para el año sucesivo. El Reglamento (CE) n. 1175 de 2011 prescribe que el programa de estabilidad nacional debe contener: a) la evolución prevista para la relación déficit/PIB, la evolución programada del crecimiento del gasto público, la evolución programada del crecimiento del ingreso público ante políticas mantenidas y las medidas discrecionales programadas en materia de ingresos; b) indicadores sobre los pasivos; c) datos sobre la coherencia del programa de estabilidad con las líneas directrices de política económica y el programa nacional de reforma; d) hipótesis sobre la marcha de la economía; e) una estimación cuantitativa de las medidas presupuestarias y de las restantes medidas de política económica adoptadas para lograr los objetivos del programa. La parte correctora entra en juego para aquellos Estados cuya deuda supere el 60% del PIB. El parámetro de referencia para la disminución de la excedencia de deuda se fija en una vigésima parte al año de la excedencia con respecto al límite del 60% con la excepción de aquellos Estados que, a fecha de noviembre de 2011, son destinatarios de un procedimiento para déficits excesivos para los cuales basta que el mismo experimente progresos suficientes según la valoración contenida en el dictamen adoptado por el Consejo sobre el respectivo programa de estabilidad.

Una política económica y monetaria común implica también formas de solidaridad entre los Estados miembros con el fin de superar momentos de particular crisis indicados en el art. 122 TFUE (graves dificultades en el abastecimiento de productos indispensables como la energía o en caso de desastres naturales o circunstancias excepcionales que no dependen del Estado miembro). En tal caso, el Consejo, a propuesta de la Comisión, puede conceder una asistencia financiera de la que informará al Parlamento Europeo. En cualquier caso está prohibida la concesión de giros en descubierto u otras formas de ayuda crediticia por parte del BCE (art. 123) y de los Bancos Centrales nacionales, así como formas privilegiadas de acceso al crédito. El art. 126 prevé la prohibición de déficits públicos excesivos evaluables sobre la base de los criterios indicados en el párrafo 2, letras a) y b) y especificados en el protocolo sobre el procedimiento para los déficits excesivos incorporado a los Tratados. El órgano encargado de la vigilancia de la situación presupuestaria y de la entidad de la deuda pública en los Estados miembros es la Comisión, que elabora un informe en caso de déficit excesivo que podría verificarse también en el caso de que se respeten las obligaciones indicadas. El Estado miembro interesado puede formular observaciones antes de que el Consejo, a propuesta de la Comisión, decida si efectivamente persiste el déficit excesivo. En este último caso, de hecho, el Consejo, a propuesta de la Comisión, adopta recomendaciones que se hacen públicas sólo en el caso de que no deban ser cumplidas en los plazos preestablecidos. En caso de que el Estado persista en incumplir las recomendaciones, el Consejo puede intimar al estado para que disponga un plan de reentrada en los parámetros siguiendo acciones sometidas a plazos temporales concretos. En caso contrario, el Consejo aplicará una o varias de las medidas indicadas en el párrafo 11 del art. 126 del TFUE.

Sobre esta base jurídica, las medidas ya existentes se han hecho más acuciantes y se han introducido otras nuevas para hacer frente a la gravedad de la crisis siguiendo el método de la coordinación preventiva y de la vigilancia de las políticas económicas nacionales. El nuevo sistema de gobernanza económica se basa en cinco pilares: 1) coordinación de las políticas económicas nacionales dentro del «semestre europeo»; 2) aplicación rigurosa del Pacto de Estabilidad y Crecimiento tal y como fue modificado; 3) una mayor vigilancia macroeconómica; 4) introducción de los requisi-

tos mínimos para los marcos presupuestarios nacionales; 5) instrumentos de gestión de la crisis para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona Euro.

Por continuar con el tema de las obligaciones presupuestarias, la Directiva 2011/85/UE del Consejo, referida a los requisitos para los marcos presupuestarios nacionales, ha establecido ulteriores reglas para evitar déficits excesivos, empezando por sistemas de contabilidad pública que cubran todos los subsectores de la Administración pública sujetos a control interno y auditoría independiente (art. 3). Todo Estado debe asegurar que la programación del presupuesto se base sobre los datos macrofinancieros más probables-posibles y sobre previsiones macroeconómicas y presupuestarias elaboradas por organismos independientes «ad hoc» identificados. Junto a los marcos presupuestarios anuales, los Estados quedan obligados (art. 9) a elaborar marcos presupuestarios a medio plazo siguiendo una prospectiva de programación trienal en la que deberán indicar objetivos presupuestarios plurianuales globales en términos de déficit y deuda pública, previsiones de toda partida de gasto o de ingreso importantes de la Administración pública, un marco de las políticas previstas a medio plazo que afecten a la Administración pública y una valoración de los efectos de estas políticas sobre la hacienda pública. La misma Directiva prevé además que los marcos presupuestarios a medio plazo podrán ser modificados en caso de formación de un nuevo gobierno tras las elecciones políticas en coherencia con su propio programa político (art. 11). Estas reglas —precisa la Directiva— se aplican a todos los subsectores de la Administración pública (arts. 12-14). En dicho sentido, todo Estado miembro deberá crear mecanismos para la coordinación de todos los subsectores de la Administración pública en la programación del presupuesto (en Italia v. la ley n. 42 de 2009 sobre el denominado federalismo fiscal).

Para una más eficiente coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, la UE ha introducido el denominado Semestre europeo que constituye uno de los pilares sobre los cuales los órganos comunitarios pretenden fundamentar la gobernanza económica. El objetivo es el de prevenir para el futuro otras crisis financieras interviniendo tanto en la fase de programación de las políticas como en la de las decisiones financieras nacionales. El mismo consiste en una serie de procedimientos secuenciados

conforme a un orden temporal ¹⁵ establecido de manera que resulte posible coordinar «ex ante» las políticas económicas y presupuestarias y predisponer una vigilancia o supervisión adecuadas.

El ciclo de los procedimientos comienza con la presentación por parte de la Comisión de la investigación anual sobre el crecimiento (enero) seguida de la elaboración de las líneas-guía de política económica y presupuestaria tanto a escala europea como nacional (febrero/marzo). Los Estados miembros quedan obligados a someter los «planes nacionales de reforma» (PNR) a los dictámenes de la Estrategia Europa 2020 y los «programas de estabilidad» elaborados al Pacto de Estabilidad y Crecimiento (mitad de abril). Sobre la base de dichos documentos, la Comisión Europea prepara recomendaciones de política económica y presupuestaria dirigidas singularmente a los estados miembros (principios de junio). En junio de cada año, el Consejo ECOFIN y, por la parte que le compete, el Consejo de Empleo y Asuntos Sociales, aprueban las recomendaciones de la Comisión teniendo en cuenta las orientaciones expresadas por el Consejo Europeo. En la segunda mitad del año, los Estados miembros aprueban las respectivas leyes de presupuestos teniendo en cuenta las recomendaciones antes mencionadas.

3. LOS EFECTOS DE LAS IMPOSICIONES EUROPEAS SOBRE LA HACIENDA PÚBLICA DE LOS ESTADOS MIEMBROS. PARLAMENTO Y GOBIERNO: RELACIONES EN MATERIA DE DECISIONES FINANCIERAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

El proceso de integración europea implica hoy más que nunca un replanteamiento de las instituciones y categorías relativas a la hacienda pública de los Estados miembros. Ya de por sí, el respeto de los parámetros pre-

¹⁵ V. el Reglamento (CE) 1175/2011 integrante del «Six Pack» diferencia las distintas fases según se trate de Países pertenecientes a la Eurozona o ajenos a la misma, pero siempre integrantes de la UE.

vistos por las disposiciones del Tratado de Maastricht y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (con todas las modificaciones sucesivas) ha impuesto obligaciones apremiantes a las políticas económicas y presupuestarias nacionales, si bien no con las implicaciones tan intensas que se derivan de la normativa económica europea más reciente. Y si antes de la crisis financiera y de las nuevas reglas de gobernanza económica referidas con anterioridad ya se planteaba el problema de la naturaleza de dichas imposiciones europeas al procedimiento presupuestario ¹⁶, ya sean de contenido o procedimentales, hoy en día, aquéllas de naturaleza material son las predominantes tal y como demuestra la introducción del equilibrio presupuestario requerido expresamente por el denominado «Fiscal compact» a los Estados de la Eurozona. Sin embargo, no faltan ni siquiera aquellas de naturaleza procedimental, especialmente patentes en el mecanismo de la vigilancia multilateral, el cual, aun presuponiendo el logro de determinados objetivos por parte de los Estados miembros, ha provocado dentro de los mismos la exigencia de prever vías procedimentales diseñadas para traducir la imposición material externa en imposición procedimental.

En el plano del derecho interno se halla además la cuestión de las repercusiones sobre la forma de gobierno ocasionada por el desplazamiento del baricentro de las decisiones financieras a favor de los Ejecutivos, propiciada también por la responsabilidad directa de estos últimos en sede comunitaria en la situación de las cuentas públicas. La historia nos dice que los Parlamentos nacionales siempre han reivindicado un control sobre la dirección político-financiera llevada a cabo por los Gobiernos, siendo ésta una de las características de la democracia parlamentaria. A ello se añade que la exigencia de la codeterminación (Parlamento-Gobierno) de la dirección político-financiera resulta importante para valorar las transformaciones sobre el plano de la forma de Estado, para determinar qué concreta ponderación debe operarse entre derechos sociales y equilibrio financiero. Y, sobre esto, el órgano de legitimación democrática por excelencia no puede

¹⁶ V. G. RISOVECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, 2007, p. 38 y ss.

dejar de tener protagonismo. Se ha venido a crear una suerte de sistema institucional multinivel¹⁷ que, por una parte, hace de interlocutor con las instituciones comunitarias y, por otra, con los entes territoriales subestatales: sumisión a las obligaciones derivadas de las disposiciones de la Política económica y monetaria de un lado y, de otro, nuevos mecanismos de acuerdo con las Regiones y Entes locales tras la reforma del Título V de la Constitución¹⁸. Dicho sistema ha hecho necesario coordinar los objetivos de las políticas económicas del Estado central con aquéllas de los entes subestatales para que ambas respetasen el PSC. El ordenamiento jurídico italiano ha intentado afrontar de forma distinta el problema de la gobernanza de las relaciones presupuestarias en multinivel, si bien dificultades nada irrelevantes pesan sobre la aplicación de la ley n. 42/2009 sobre el federalismo fiscal.

Las obligaciones europeas recientemente introducidas sobre el gobierno de la economía dentro de los Estados miembros han producido ulteriores imposiciones a la soberanía nacional hasta el punto de inducirles a remodelar el ciclo del presupuesto nacional con el fin de coordinarlo con los plazos previstos por el semestre europeo¹⁹. Es lo que ha sucedido en Italia, donde la ley n. 196 de 2009, que, como es sabido, ha sustituido a la ley n. 468 de 1978, ha sido modificada por la ley n. 39 de 2011 precisamente para coordinarse con los plazos de las nuevas reglas de gobernanza econó-

¹⁷ Sobre estos aspectos v. A. D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Giappichelli, 2007.

¹⁸ D. CABRAS, «Appunti sul tema del coordinamento della finanza pubblica tra Unione Europea, Stato e autonomie territoriali», en *www.federalismi.it* de 30/11/2010.

¹⁹ Los instrumentos de programación financiera para la coordinación con el semestre europeo son: a) el DEF; b) la Nota de actualización del DEF que se ha de presentar ante las Cámaras antes del 20 de septiembre; c) el proyecto de ley de estabilidad que se ha de presentar a las Cámaras antes del 15 de octubre de cada año; e) el proyecto de ley de ajuste que se ha de presentar a las Cámaras antes del 30 de junio de cada año; f) los eventuales proyectos de ley ligados a la maniobra de hacienda pública que se han de presentar a las Cámaras en el mes de enero; g) los instrumentos específicos de programación de las Administraciones públicas diferentes del Estado (art. 2 ley 39/2011).

mica europea²⁰. En efecto, el DEF («Documento di economia e finanza») que sustituye la DFP, debe ser presentado por el Gobierno a las Cámaras antes del 10 de abril de cada año para las consiguientes deliberaciones parlamentarias, una anticipación que tiene en cuenta el hecho de que el Plan Nacional de Reforma (PNR) y el Programa de Estabilidad deben ser presentados al Consejo de la Unión y a la Comisión Europea antes del 30 de abril (o, en cualquier caso, antes de los plazos indicados en el Código de conducta sobre la aplicación del PSC (art. 1 . n. 39/2011). La remodelación no afecta sólo a los plazos, sino también a los contenidos de los documentos programáticos. En sede europea, sobre estos aspectos se requiere una implicación de los Parlamentos nacionales llamados en concreto a la puesta a punto de los objetivos programáticos antes de que sean enviados a las instituciones comunitarias.

En particular, el art. 4 de la ley 196/2009 (tal y como se modificó por la ley 39/2011) prevé que el Gobierno proporcione todas las informaciones necesarias para que las Comisiones parlamentarias competentes de las dos Cámaras (también de forma conjunta)²¹ puedan ejercer no sólo un control sobre la aplicación de la ley 39/2011, sino también desempeñar una actividad de dirección, formulando observaciones y valoraciones sobre los documentos presupuestarios y sobre los procedimientos de hacienda pública.

Esta nueva normativa confirma en parte cuanto se ha dicho antes acerca del diseño de las relaciones Parlamento-Gobierno: no sólo la ley n. 39,

²⁰ V. D. CABRAS, «Appunti sul tema del coordinamento della finanza pubblica tra Unione europea, Stato e autonomie territoriali», en *www.federalismi.it* de 2010, n. 22; R. DICKMANN, «La seconda riforma della legislazione di finanza pubblica in conseguenza delle esigenze della governance economica europea», en *www.federalismi.it* de 2011, n. 8.

²¹ Los Presidentes de cada cámara del Parlamento colaboraban con el desarrollo de la actividad instructora de las Comisiones parlamentarias competentes, en especial, en los siguientes ámbitos: monitorización, control y verificación de la marcha de la hacienda pública, verificación del estado de ejecución del proceso de reforma presupuestaria, en el análisis del contenido informativo necesario de los documentos transmitidos por el Gobierno, en la verificación de las metodologías utilizadas por el Gobierno para la cobertura de los gastos, en el análisis de las metodologías utilizadas para la elaboración de líneas de actuación de la hacienda pública (art. 4 ley 39/2011).

sino también la previsión de sucesivos decretos legislativos de ejecución confirman el desplazamiento del baricentro de las decisiones en materia de hacienda pública hacia éste último. Al Parlamento corresponde un papel prevalentemente de control y de dirección a través de la implicación de las Comisiones parlamentarias competentes para el presupuesto, llamadas a verificar la marcha de los ingresos y de los gastos, así como a expresar opiniones sobre los decretos legislativos de ejecución de la reforma. Presenta un carácter funcional con respecto a dichas actividades el flujo de informaciones provenientes del Ministerio de Economía y Hacienda y de la Intervención del Estado sobre cuya base se efectúa la monitorización de la marcha de la hacienda pública y se avanzan propuestas acerca de los objetivos financieros cuando se evalúan los documentos programáticos.

4. EL PAPEL DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA: BREVE EXCURSUS

Si, tal y como se ha visto, en sustancia, desde hace varios años, en muchos Estados miembros se ha asistido a un progresivo desplazamiento de las decisiones financieras a favor de los Ejecutivos, también por efecto de la directa responsabilidad de los mismos en la marcha de las cuentas públicas en sede comunitaria, el papel de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración europea ha emergido con gran fuerza en relación con algunas decisiones de gobernanza económica (el caso de las ayudas a Grecia²² es un ejemplo muy significativo).

²² Sobre la problemática de la legitimidad de las ayudas a Grecia v. también G.L. TOSATO, «Il salvataggio della Grecia rispetta i trattati?», en *www.affari internazionali.it.*, donde se afronta la cuestión de la pretendida violación de la cláusula no bail-out y, por tanto, de la interpretación a dar al art. 125 TFUE en relación con el art. 122 TFUE (previsión de ayuda financiera a los Estados miembros en circunstancias especiales) y con el art. 3 TUE (principio de solidaridad de la Unión hacia sus miembros). Sobre la cuestión, v. también M. L. TUFANO, «Il principio del no bail-out nel diritto comunitario», en *Diritto dell'Unione europea*, 3/2002, p. 505 y ss.

Un sintético «excursus» del papel de los Parlamentos nacionales en el proceso de integración europea²³ me parece congruente en el tratamiento de la temática que nos ocupa porque a través del papel atribuido a éstos se refleja una cierta concepción de la integración europea²⁴, pudiendo aclarar, además, la relación entre representación política a escala nacional y representación política a escala europea²⁵. Porque si, por un lado, los Parlamentos nacionales pueden conferir indirectamente legitimación democrática desde el exterior del sistema a través de la formación de una posición unitaria con el representante nacional en el seno del Consejo, por otro, la tendencia a «internalizar» la legitimación democrática procurada por los Parlamentos nacionales puede tener repercusiones tan negativas en el proceso decisonal comunitario que dicha legitimación debería buscarse sobre todo dentro del Parlamento Europeo²⁶. Todo esto siendo conscientes de que el Parlamento Europeo y Parlamento nacional representan intereses distintos, uno el supranacional y el otro los nacionales.

Como es sabido, en la fase inicial del proceso de integración europea y hasta casi la mitad de los años 80, la participación de los Parlamentos nacionales en la vida de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) era considerada no deseable, presagio de conflictividad ligada a las diversas identidades nacionales. Bajo esta óptica, también el Parlamento Europeo,

²³ M. CARTABIA, «I parlamenti nazionali nell'architettura costituzionale dell'Unione europea. Che cosa resta in caso di mancata ratifica», en <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic2005>.

²⁴ E. CANNIZZARO, «Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea: in margine ad uno scritto inedito di Leopoldo Elia», en *Diritto dell'Unione Europea*, 2/2009, p. 456 y ss.

²⁵ V. G. GUARINO, «Sovranità della legge del Parlamento ed Unione europea. Criticità attuali e prospettive future (l'Unione europea quale Stato federale)», en www.costituzionalismo.it del 2008

²⁶ La democratización de la Unión Europea siempre ha sido una cuestión abierta y crucial. Sobre la intuición, después revelada como profética, de que dicho proceso no habría llevado en breve ni a una organización supranacional ni a una intergubernamental tout court, v. P. C. SCHMITTER, *Come democratizzare l'Europa e perché*, Il Mulino, 2000.

con la elección directa de 1979, se convertía en un órgano representativo de los pueblos de todos los Estados miembros y perdía la veste de Asamblea formada por los representantes de los Parlamentos nacionales. En aquella fase del proceso de integración europea un reforzamiento del papel de los Parlamentos nacionales era sinónimo de retroceso y, por contra, un reforzamiento del papel del Parlamento Europeo, constituía un avance en el mismo proceso, sobre todo en términos de democratización²⁷. Por otra parte, sin embargo, la adhesión a la entonces Comunidad Europea, cualquiera que hubiese sido el modo a través del cual todo Estado miembro la hubiese formalizado dentro de su propio ordenamiento, conllevaba una «deminutio» de competencias legislativas sobre ciertas materias sobre todo a cargo de los Parlamentos nacionales. No todos los Parlamentos nacionales lo percibieron inmediatamente, pero en algunos países en los que el órgano legislativo desempeñaba de forma habitual una actividad de control y dirección especialmente penetrante (Reino Unido y algunos Estados nórdicos con

²⁷ En la arquitectura institucional de la Unión Europea resultante del Tratado de Lisboa, el poder legislativo permanece en la esfera competencial de Consejo y Comisión aunque resulten ampliados los supuestos de codecisión del Parlamento Europeo. Sin embargo, el mismo análisis de los poderes de éste último en materia de control presupuestario, hacen surgir no pocas grietas en la efectividad del principio según el cual «el funcionamiento de la unión se basa en la democracia representativa» (art. 10.1 TUE). La preeminencia de los Ejecutivos nacionales y europeo resulta clara en la posición de la Comisión y en el papel directivo del Consejo Europeo formado por los Jefes de Estado o de Gobierno y en las funciones cruciales del Consejo formado por un representante de cada Estado miembro. Esta organización institucional europea, tal y como ha puesto de manifiesto doctrina autorizada, también ha servido a los Gobiernos nacionales para evadir la responsabilidad de decisiones impopulares escondiéndose tras las obligaciones e imposiciones europeas. V. F. BALAGUER CALLEJON, «Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'Unione europea», en A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, ESI, 2009, p. 13 y ss.; ID., «Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea», en www.associazionedeicostituzionalisti.it; J. ZILLER, «Il nuovo Trattato europeo: un viaggio a Lilliput?», en F. BASSANINI y G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, 2010, p. 527 y ss.

Dinamarca a la cabeza) dispusieron instrumentos dirigidos a controlar la acción de los respectivos Ejecutivos en las instituciones comunitarias. Éstas últimas, por otra parte, eran indiferentes a las soluciones internas que cada Estado establecía para compensar la pérdida de competencias legislativas de los Parlamentos nacionales y para preparar instrumentos dirigidos a hacer participar a los mismos en la fase ascendente de elaboración de las políticas comunitarias. El «despertar» de los Parlamentos nacionales de los restantes Estados miembros comenzó con la AUE en 1986²⁸. En Italia, el primer intento orgánico de disciplinar la fase ascendente con la participación del Parlamento nacional tuvo lugar con la así denominada ley La Pergola. Pero es sin duda con el Tratado de Maastricht en 1992 cuando se trata por primera vez la cuestión de los Parlamentos nacionales en una Declaración anexa al Tratado. Me refiero a la Declaración n. 13 sobre el papel del Parlamento nacional y la n. 14 sobre la Conferencia de los Parlamentos (los primeros textos europeos que afrontan expresamente el problema).

En las mismas se disponía: una mayor participación de los parlamentos nacionales en la actividad de la Unión; se deseaba un intercambio de informaciones sobre las cuestiones europeas ante los Parlamentos nacionales; se invitaba a los Parlamentos nacionales y al Parlamento Europeo a coordinarse reuniéndose en Conferencias periódicas.

Hasta aquí, nos hallamos todavía en el plano de las invitaciones, estímulos, sedes de discusión... nada vinculante.

Al mismo tiempo, en los Estados miembros se intensifica el debate sobre la cuestión. En relación con ello no se puede dejar de hacer mención a la famosa sentencia del Tribunal constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, conocida como sentencia «Maastricht-Urteil», destacada por haber sido citada en todos sus pasajes argumentativos, pero de inevitable referencia por la contribución que aporta en relación con el tema.

²⁸ En este período muchas asambleas nacionales constituyeron asambleas especializadas en asuntos europeos. En 1989 se convocó la primera de los Organismos Especializados en Asuntos Comunitarios (COSAC). En 1990 se intentó el experimento de las Sesiones parlamentarias de Roma.

Proceden aquí dos apuntes principales para nuestra investigación: la conexión entre el papel de los Parlamentos nacionales y el problema de la legitimación democrática de la UE y, por otra parte, la cuestión de las competencias de las instituciones comunitarias. Según el Tribunal constitucional alemán, el déficit democrático de la Unión no puede ser atendido sólo mediante la puesta en valor del Parlamento Europeo, sino también a través de la conexión entre instituciones europeas y Parlamentos nacionales. En el trasfondo se halla la idea que se encuentra en toda la literatura jurídica sobre el asunto, en virtud de la cual, la UE, como ordenamiento multinivel peculiar y original con respecto al resto de ordenamientos hasta ahora conocidos, no puede visitar los esquemas de las instituciones de los Estados miembros para resolver el problema del déficit democrático. Desde Maastricht en adelante, los estudios sobre los Parlamentos nacionales de la UE parten de la idea de que la democratización de la UE no puede resolverse sólo a partir de la puesta en valor del Parlamento Europeo, sino que los órganos legislativos nacionales deben estar implicados en el proceso de integración europea. Otra cuestión crucial es la relación entre democracia y competencias de la Unión. Es conocido el desenfado con el que la UE ha ampliado su propia esfera de competencia apoyándose en el que entonces era el art. 235 del Tratado CE y sobre los poderes implícitos. El Tribunal constitucional alemán subrayó ya entonces que las instituciones comunitarias no son las titulares de la competencia sobre la competencia, sino que el «principio de atribución» vigente sobre la materia no puede ser violado y que sólo los Parlamentos nacionales tienen el poder exclusivo de delegar cualquier función añadida a la UE. En esto se intuye ya un papel privilegiado de los Parlamentos nacionales sobre el control de las competencias de la UE. Esta línea de tendencia ha sido recuperada más tarde y hecha propia por el Tratado de Lisboa (y aún antes por el Tratado constitucional de 2004, que no llegaría a buen puerto).

Incluso antes, también el Tratado de Amsterdam, dando continuidad a cuanto se preveía en el Tratado de Maastricht, se ocupaba, en el protocolo n.9, del papel de los Parlamentos nacionales estableciendo una información de los Parlamentos nacionales y una cooperación entre los mismos a través de las reuniones de la COSAC. Es de destacar la novedad del «habitus» jurídico-formal (los Protocolos tienen el mismo valor jurídico que el Trata-

do al que se adjuntan)²⁹. La información siempre es mediatizada por los Gobiernos, siendo ellos los que deben de informar a los Parlamentos nacionales. En esta fase, la UE deja a los Estados miembros la facultad de decidir la intensidad de la implicación de los Parlamentos nacionales, signo de que esta cuestión era percibida como un problema de derecho constitucional interno, de modo que cada Estado miembro reguló de forma diferente la participación de los Parlamentos nacionales en la formación de los actos comunitarios (dependiendo de las diversas formas de gobierno y, concretamente, de las relaciones Parlamento-Gobierno existentes en cada país). Por este motivo, no se puede hablar en «singular» sobre el «papel» de los Parlamentos nacionales: una implicación profunda e intensa se prevé en Dinamarca, donde el órgano parlamentario criba todas las propuestas legislativas de la Comisión Europea que le son transmitidas y obliga al Gobierno a mantener una determinada postura en sede comunitaria, vinculándolo con un mandato imperativo específico. Este sistema funciona porque existe una debilidad estructural del Ejecutivo (gobiernos en minoría y con coaliciones muy heterogéneas, ministros que gozan de la confianza del «Folke-ting», que puede retirársela).

El modelo inglés no se funda sobre instrumentos vinculantes frente al Gobierno, sino sobre una relación de colaboración con el Parlamento. La institución más incisiva es la reserva de asamblea parlamentaria, más tarde adoptada también por el Parlamento italiano con la ley n. 11 de 2005, según la cual el Gobierno no puede expresar su postura hasta que las Cámaras no hayan completado el correspondiente examen. El caso francés es muy diferente con respecto a los modelos precedentes en función de las peculiaridades de su sistema político. El problema principal es el de no alterar el equilibrio de las relaciones entre Parlamento y Gobierno evitando ampliar los poderes de dirección y control del primero en perjuicio del se-

²⁹ Sobre el Protocolo relativo al papel de los Parlamentos nacionales anexo al Tratado de Amsterdam que, por otra parte, ha institucionalizado la COSAC (Conferencia de los Organismos Especializados en Asuntos Europeos y Comunitarios de los Parlamentos de la Unión Europea), v. A. MENCARELLI, «Quale ruolo per i Parlamenti nazionali nell'Unione Europea?», en *www.federalismi.it* de 21 de junio de 2012.

gundo. El Parlamento no puede enviar al Gobierno actos de dirección política sobre cualquier argumento, por lo que tras la ratificación del Tratado de Maastricht se hizo necesaria la modificación de la Constitución francesa para permitir al Parlamento nacional expresar resoluciones sobre cuestiones europeas dirigidas al Gobierno.

En este panorama tan variado, el Parlamento italiano ha atravesado diferentes fases: durante la primera (hasta los años 80) el Parlamento italiano tenía un papel bastante modesto no sólo en la fase ascendente sino también en la descendente. La misma comisión creada en el seno del Senado en el 68 (y más tarde en la Cámara), que debía ocuparse de la materia comunitaria, presentaba tareas muy marginales, no idóneas para condicionar la postura del Gobierno en el ámbito comunitario. Al comienzo, esto fue el reflejo de una concepción de las relaciones Parlamento-Gobierno en política exterior que adscribía sólo al Gobierno dicha materia (en la que quedaba comprendida la materia comunitaria). Ya con la ley 183/1987, las Cámaras son implicadas en la fase ascendente de la formación del acto comunitario. Se prevén obligaciones de información por parte del Gobierno sobre los proyectos de actos comunitarios y se obliga al Gobierno a discutir en el Parlamento las directrices generales que pretende seguir en el ámbito comunitario. Las comisiones especiales asumen el papel de filtro, expresando una opinión sobre todos los proyectos de actos normativos comunitarios, siguiendo las sentencias de la Corte de justicia. Tras la ley La Pergola de 1989, sustituida por la ley 11 de 2005 y, por último, por la ley 96/2010, se refuerzan las obligaciones de informar incluso sobre los procesos jurisdiccionales y sobre el precontencioso relativo a Italia. Tal y como ya he referido, la institución más importante es la reserva de examen parlamentario, que obliga al Gobierno a solicitar una suspensión de un máximo de 20 días en sede europea a la espera de que el Parlamento nacional se pronuncie. En la fase descendente, una vez abandonada la praxis de las macro-delegaciones en blanco, se introduce la ley comunitaria, con la cual, a través de varios instrumentos normativos y no normativos, el Parlamento decide acerca del modo en el que se ha de ejecutar la normativa comunitaria. La exigencia de implicar a los Parlamentos nacionales se pone de manifiesto también por parte de la COSAC (Conferencia de los Órganos Especializados en Asuntos Comunitarios de los Parlamentos de los Estados miembros,

1989, Madrid) que se reúne cada seis meses con la participación del Parlamento Europeo. Tiene dos tareas principales: elaborar las mejores prácticas en el ejercicio de las funciones relativas a las cuestiones comunitarias que corresponden a tales órganos; transmitir a las instituciones europeas cualquier contribución útil para mejorar la actividad normativa de la Unión.

También las instituciones europeas parecen advertir la exigencia de poner en valor el papel de los Parlamentos nacionales³⁰. Pero el objetivo de intervenir sobre la forma de gobierno europea para corregir el déficit democrático no fue alcanzado, aún a pesar de haber previsto una mayor implicación del Parlamento Europeo en el «iter» formativo de los actos comunitarios.

En aquellos años fueron varias las propuestas dirigidas a hacer de los Parlamentos nacionales un elemento de legitimación interna de la forma de gobierno europea (piénsese en la II Cámara legislativa, el Congreso de los pueblos, formada por vía indirecta por parte de los Parlamentos Europeos), más tarde abandonadas por el riesgo de crear fuerzas centrífugas con respecto al Parlamento Europeo. Se abre camino, por tanto, una forma diferente de ver a los Parlamentos nacionales, como elementos de legitimación externa que desarrollan un papel de colaboración con las instituciones comunitarias, un papel autónomo sin la intermediación de los Ejecutivos nacionales³¹. Esta última visión puede percibirse en una Comunicación de la

³⁰ Así era ya con el Tratado de Amsterdam de 1997, que en todo caso mantenía la intermediación de los gobiernos nacionales. Tras el de Niza de 2000, v. Declaración Anexa n. 23 (mayor participación del Parlamento nacional, una cuestión fundamental a plantear en el Consejo Europeo de Laeken del 2001). Sobre la cuestión, v. C. MORVIDUCCI, «Il ruolo dei Parlamenti nazionali», en *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2008, p. 84.

³¹ Sobre el papel que la Constitución para Europa, más tarde malograda, había recortado en favor de los parlamentos nacionales (en particular, desde el enfoque de que el reforzamiento del Parlamento Europeo no resultara exhaustivo para sanar el déficit democrático), v. F. BRUNO, «La Costituzione europea e i Parlamenti nazionali», en *Diritto pubbl. comp. ed eur.*, 2005, p. 620 y ss., spec. p. 630.; sobre el papel del Parlamento europeo y de los Parlamentos nacionales, v. B. CARAVITA DI TORITTO, «Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella Costituzione europea», en *www.federalismi.it*, 10/2005.

Comisión Europea de 2005 y se consolida en el Tratado de Lisboa, que ofrece sobre la cuestión un marco normativo constituido por el art. 12 TUE y por los Protocolos anexos al mismo: uno sobre el papel de los Parlamentos nacionales y otro sobre el control referido a la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad.

Según el art. 12 TUE, los Parlamentos nacionales contribuyen al buen funcionamiento de la Unión ³².

A la hora de especificar los modos a través de los cuales se hace efectiva tal contribución, la citada disposición enumera una serie de disposiciones de las que pueden desprenderse funciones bastante diversas:

- 1) información por parte de las instituciones comunitarias recibiendo los proyectos de los actos comunitarios del modo en que dispone el Protocolo sobre el papel de los Parlamentos nacionales. Siempre en el marco de la información, éstos últimos (letra E) son informados sobre las solicitudes de adhesión de la Unión conforme al art. 49 TUE. Estas funciones indican un papel que los Parlamentos nacionales están llamados a desempeñar dentro de su propio ordenamiento.
- 2) un segundo grupo parece colocar a los Parlamentos nacionales como sujetos autónomos que se interrelacionan con las instituciones de la UE. Piénsese en el apartado b) del art. 12 TUE sobre el control acerca del principio de subsidiariedad según el protocolo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad ³³.

Aquí, en el ejercicio de dichas funciones, los Parlamentos nacionales podrían asumir un papel antagonista con respecto al ordenamiento comunitario, particularmente con respecto al Parlamento Europeo, interesado en

³² Sobre el papel insustituible de los Parlamentos nacionales con respecto al Parlamento Europeo y a los gobiernos nacionales representados en el Consejo, v. C. PINELLI, «Il deficit democratico europeo e Trattato di Lisbona», en *Rass. Parl.*, 2008, p. 925 y ss.; En relación con el papel de los Parlamentos nacionales dentro de la Estrategia de Lisboa, v. A. MANZELLA, «Verso Lisbona Plus», en *Quad. cost.*, 3/2009, p. 712.

³³ S. DE BELLIS, «L'interazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona», en *Studi sull'integrazione europea*, n. 3/2010, p. 609 y ss.

mantener el procedimiento de toma de decisiones en el nivel comunitario. Siempre dentro de este grupo de funciones se incluye el apartado d) que prevé la participación de los Parlamentos nacionales en los procedimientos de revisión de los Tratados (v. art. 48 TUE). El art. 48.7 prevé la posibilidad de que los Parlamentos nacionales se puedan oponer a un procedimiento simplificado de revisión con el fin de dar más poderes al Parlamento Europeo en los procedimientos de toma de decisiones de la UE. Los Parlamentos nacionales, en estos casos, intervendrían para tutelar la dimensión nacional de la integración europea en sintonía con las posturas de los Gobiernos nacionales y en contraposición al Parlamento Europeo.

Un tercer grupo de funciones aparenta configurar un papel de los Parlamentos nacionales como colaboradores del Parlamento Europeo [apartados c) y f)]. Tratándose de funciones bastante variadas y que parecen diseñar posiciones incluso antitéticas, las mismas son expresión, por un lado, de soluciones compromisorias dictadas por exigencias políticas distintas y, por otro, constituyen una señal del hecho de que el proceso de integración europea se halla aún plagado de dificultades. Resulta dudoso, en cualquier caso, que la vía más segura para no marginar el papel de los Parlamentos nacionales en la UE sea aquel de atribuirles más competencias dentro del sistema comunitario, con el riesgo de cargar aún más los ya gravosos procedimientos comunitarios para la toma de decisiones.

Entre las funciones apenas descritas, dos de ellas resultan, en mi opinión, particularmente capaces de incidir sobre las relaciones internas Parlamento-Gobierno: en concreto, las dispuestas en los apartados a) y b) del art. 12.

De este marco variado de funciones no surge un «modelo» unívoco en el que puedan inspirarse los Parlamentos nacionales a la hora de participar en el proceso de integración europea³⁴.

³⁴ E. Ciarlo, «L'impatto del Trattato di Lisbona sul Parlamento italiano», en *www.affarinternazionali*, 09/12/2009; L. GIANNITI, «Il ruolo dei parlamenti nazionali», in *Le nuove istituzioni europee. Commento al trattato di Lisbona*, Il Mulino, 2010, p. 171 y ss.; M. ARMANNO, «Il Parlamento italiano e le dinamiche di rafforzamento del ruolo dei parlamenti nazionali nei processi di formazione degli atti comu-

Si se entienden como sujetos dirigidos a incrementar la legitimación política de la UE, operarán como sujetos externos dotados de poderes a ejercer en dialéctica con los Gobiernos nacionales. Si, por el contrario, se proponen como sujetos autónomos pero insertados en una dialéctica directa con las instituciones europeas para acrecentar su tasa de legitimación interna, entonces se podrán generar conflictos. Pero es el momento de afirmar que estas novedades presentarán consecuencias distintas de un Estado a otro en función de múltiples factores, entre los que figuran la diversidad en la forma de gobierno y, especialmente, las relaciones Parlamento-Gobierno. Con referencia a Italia, ésta podría ser la ocasión para reconstruir sobre bases más equilibradas la relación entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo. En otras palabras, se abrirían escenarios muy diversos en función de que los Parlamentos nacionales jugasen su propia partida en un plano absolutamente interno o bien hacia el exterior: en el primer caso podrían convertirse en coprotagonistas junto al Gobierno en la determinación de las políticas europeas, de forma que la posición del Estado en sede comunitaria fuese el resultado de una elaboración proyectiva común. En el segundo caso, por el contrario, «internalizar» la participación de los Parlamentos nacionales para dotar de legitimación democrática a la UE podría resultar presagio de peligros de no poco calado, tanto en el plano interno (en las relaciones con el Gobierno, que podría resultar debilitado en sede comunitaria), como en el plano supranacional, en la medida en que podría favorecer la formación de rígidas polaridades nacionales y obstaculizar la construcción de posiciones paritarias dentro de las instituciones comunitarias y, especialmente, del Parlamento Europeo.

Estos riesgos no se quedan en lo teórico si reparamos en la importantísima Sentencia de 30 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional ale-

nitari», en S. PAJNO y G. VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto. Le relazioni tra Parlamento e Governo*, Giuffrè, 2010, p. 15 y ss.; R. MASTROIANNI, *La procedura legislativa e i parlamenti nazionali: osservazioni critiche*, ivi, p. 191 y ss.; P. CARETTI, «Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona», texto revisado de la relación presentada en el Congreso celebrado en Nápoles, el 28 de junio de 2010, «L'Europa dopo Lisbona. Contesto istituzionale e garanzie dei diritti fondamentali», en www.astrid-online.it

mán «Lissabon-Urteil»³⁵, que ha sido definida como una suerte de «Tratado de derecho constitucional». En un pasaje dedicado al respeto del principio democrático por parte de las instituciones comunitarias se puede leer que hasta que no sea creado un Estado federal con un único pueblo europeo legitimado para expresar la voluntad política de la UE, los únicos detentadores del poder público seguirán siendo los pueblos de cada Estado miembro a través de los órganos de representación nacional y, por tanto, sus respectivos Parlamentos. De este modo, todo avance en el proceso de integración europea no puede dejar de pasar a través de las sedes de representación nacional. Esto quiere decir dos cosas: desde el plano interno, dotar a los Parlamentos nacionales de instrumentos capaces de condicionar la actuación del Gobierno en sede europea; desde el plano supranacional, equivale a compartir el camino emprendido de puesta en valor de las Asambleas electivas.

Pero el Tribunal constitucional alemán, aun respetando la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, ha interpretado sus novedades en sentido restrictivo: haciendo referencia a la transformación de la UE en un auténtico Estado federal y al nacimiento de un pueblo europeo, implícitamente parece no considerar que el Parlamento Europeo tenga esta capacidad representativa. Algunas de estas líneas de argumentación quedan recogidas en la Sentencia de septiembre de 2011 sobre la participación del Fondo de rescate para Estados y, concretamente, sobre las ayudas a Grecia. El Tribunal constitucional alemán tiene ocasión de pronunciarse sobre tres recursos de constitucionalidad individuales que tienen por objeto actos normativos internos y supranacionales adoptados para afrontar la crisis económico-financiera y, en particular, las ayudas a Grecia. Los recurrentes pretendían blo-

³⁵ Entre los numerosos comentarios a la famosa decisión, v. Il Trattato di Lisbona e il rispetto dell'identità costituzionale. La «sentenza-Lisbona» del Bundesverfassungsgericht e i limiti ad uno sviluppo secundum Constitutionem dell'ordinamento sovranazionale, en www.osservatorio.sullefonti.it, fasc. 2/2010; A. ANZON DEMMIG, «Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella sentenza «Lissabon» del Tribunale costituzionale federale tedesco», en *Giur. cost.*, 2009, p. 2513 y ss.

quear la participación de Alemania en el Fondo de rescate para los Estados y en las ayudas a favor de Grecia. Según los recurrentes, las medidas excepcionales para afrontar el riesgo de un «default» de Grecia y los nuevos instrumentos adoptados por el Consejo de la UE para garantizar una mayor estabilidad financiera, no contarían con base jurídica alguna en ninguna disposición de los Tratados (es decir, ninguna disposición de los Tratados comunitarios completaría la hipótesis de una crisis de la deuda soberana dentro de la Eurozona). Ni siquiera en el TFUE se prevé semejante posibilidad porque, más bien al contrario, en el art. 125 se proclama la cláusula del «no bail-out». De distinta opinión son los Gobiernos nacionales que identifican en el art. 122 TFUE la base jurídica de las ayudas a Grecia. El Tribunal constitucional alemán sostiene que se corre el riesgo de devaluar el derecho de sufragio si Alemania da garantías para obligaciones asumidas mediante acuerdos internacionales para mantener la liquidez de los Estados miembros de la Unión monetaria. El Tribunal Constitucional alemán extiende la esfera de protección del derecho electoral al ámbito intergubernamental en el que se insertan las ayudas a Grecia. El propio Tribunal ha establecido que el «dominus» en materia presupuestaria debe de seguir siendo el legislador, incluso en un escenario de gobernanza internacional. Tal y como ya había hecho en la Sentencia Lisboa, el Tribunal Constitucional alemán ha subrayado la responsabilidad del «Bundestag» en el proceso de integración europea. También pueden extraerse otras indicaciones: el art. 1 de la ley sobre el mecanismo europeo de estabilidad financiera debe de ser interpretado en el sentido de que resulta necesario un entendimiento entre Gobierno federal y Comisión presupuestaria del «Bundestag». En otras palabras, las ayudas resultan constitucionales con la condición de que el «Bundestag» apruebe cada concreto desembolso. En el futuro, eventuales planes de rescate europeos deben de ser convalidados en sede parlamentaria y no pueden ser delegados de forma permanente al EFSF o al ESM. El Tribunal Constitucional alemán opera una suerte de conexión entre decisiones en materia presupuestaria y de hacienda pública, democracia y forma de gobierno. Por primera vez se pone de manifiesto de forma clara el nexo entre principio democrático y poder soberano del ciudadano. En consecuencia, las decisiones en materia presupuestaria y de hacienda pública deben vincularse a procedimientos parlamentarios, con el fin de garantizar la le-

gitimación democrática y, por tanto, en último lugar, de preservar la dimensión democrática del Estado. La competencia en materia presupuestaria y de hacienda pública es confiada a los Parlamentos nacionales y no resulta transferible en su integridad a los órganos supranacionales. Todos estos pasajes, bajo formas distintas, se hallan presentes tanto en la Sentencia Lisboa como en todos los pronunciamientos relacionados con las relaciones entre ordenamiento alemán y ordenamiento europeo.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, sintéticamente enunciada, surge de forma bastante clara el papel que los Parlamentos nacionales deben asumir en el proceso de integración europea, un papel activo capaz de condicionar la actuación de su respectivo gobierno, so pena de la devaluación del derecho de voto del ciudadano y, por tanto, de la misma dimensión democrática del Estado. Y ello es así especialmente en aquellas materias en las que la dimensión de las decisiones «soberanas» de los estados miembros debe de ser particularmente intensa como es el caso de la materia presupuestaria y de hacienda pública.

5. LAS NUEVAS REGLAS DE GOBERNANZA ECONÓMICA EUROPEA: ¿QUÉ PAPEL ESPERA A LOS PARLAMENTOS NACIONALES? ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

En sustancia, las medidas en materia de gobernanza económica europea no dejan grandes márgenes de maniobra a los Parlamentos nacionales, más bien, en ciertos aspectos, embridan su actuación y la dirigen hacia ciertas opciones. De hecho, el modelo de gobierno de la economía y de la hacienda pública que se sale del marco de conjunto hasta ahora «in progress» de las reglas de gobernanza económica europea basado en el control y monitorización preventiva y sucesiva (marco de una cierta complejidad porque estas mismas reglas resultan a veces poco coordinadas, algunas adoptadas con métodos comunitarios, otras con método intergubernamental y, por tanto, fuertemente condicionadas por los Gobiernos con economías más saneadas), ha llevado a muchos Estados a reformas constitucionales en materia de presupuestos nacionales, materia «soberana» por excelencia. Me refiero a la introducción del equilibrio presupuestario ya incorporado en

algunos países (en Alemania en 2009, en España en 2011, en Italia en 2012, por detenernos solo en algunos ejemplos) y en otros aún «in itinere».

Mientras en el plano financiero las consecuencias del marco tan vinculante y acuciante de las reglas de gobernanza económica europea resultan claras, en el plano político nacional se debate que aún no han sido analizadas todas las implicaciones que afloran sobre el plano constitucional de los Estados miembros.

Sin embargo, prescindiendo de las peculiaridades de cada reforma constitucional sobre equilibrio presupuestario, no dejan de hacerse evidentes algunas repercusiones sobre el plano de la forma de gobierno y la modalidad de Estado.

Querría, llegados a este punto, realizar algunas observaciones:

— Las nuevas reglas de gobernanza económica europea, entre otras cosas, han inducido a los ordenamientos de los Estados miembros a revisar no sólo sus propias políticas presupuestarias, sino a constitucionalizar un principio que deberá inspirar la gestión de la política económica nacional. Aun con las diferenciaciones existentes entre los diversos países miembros de la UE que han insertado en la Constitución este principio, ello conlleva una prohibición al recurso del endeudamiento de todas las Administraciones públicas. Tanto el Gobierno estatal como los entes «subestatales» no podrán ya financiar en déficit el gasto público. ¿Cuáles son los efectos de estas reformas sobre los órganos legislativos nacionales? ¿La pérdida de poder político (tal y como temía —hace ya 15 años— Guarino, en su libro «Verso l'Europa, ovvero la fine della politica»³⁶, que sostenía cómo la Unión Europea presenta la peculiaridad de sustraer normativamente a la política un ámbito vasto y de los más relevantes, como es concretamente aquel reservado a las relaciones económicas)? Y, dentro de la dinámica institucional nacional, ¿el órgano legislativo será sólo una sede donde ratificar decisiones tomadas por otros?³⁷ ¿o quizás las instituciones (comprendidas las par-

³⁶ G. GUARINO, *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*, Mondadori, 1997.

³⁷ Ya en un estudio de muchos años atrás Blondel, al analizar la crisis de las instituciones parlamentarias, invitaba a desconfiar, de un lado, de la retórica del Parlamento como sede de la soberanía, pero también, en el sentido opuesto, del Parlamento

lamentarias) serán capaces de renovarse frente a los desafíos de los nuevos escenarios europeos e internacionales?³⁸

No se pueden dar respuestas unívocas. Yo creo que resulta necesario separar dos aspectos, relacionados pero diferentes al mismo tiempo: el poder de condicionamiento que las nuevas reglas de gobernanza económica europea confían a los Parlamentos nacionales, siendo un poder más bien marginal y, por otra parte, el desempeñado en el plano de los equilibrios internos de la forma de gobierno. Aquí, cada ordenamiento puede jugar su propia partida, pero las cartas que se tienen condicionan en cierta medida el resultado. Si pienso en el Parlamento italiano y en la reforma constitucional sobre el equilibrio presupuestario, varios instrumentos pueden ponerse en valor o ser introducidos para no marginar el papel del Parlamento y no excluirlo del control de las determinaciones gubernativas relevantes referidas a la gobernanza económica europea, como aquél de ponderar la función de control de la actuación de la hacienda pública y de los posibles remedios. En un contexto de soberanía progresivamente erosionada tanto por factores endógenos como exógenos, las funciones de los Parlamentos nacionales deben considerar otras vías: construir una red de relaciones interinstitucionales internas y externas que favorezcan espacios públicos de discusión, indispensables tanto para la actividad de control como para la de dirección³⁹. Y en los sistemas institucionales multinivel, esta fundamental actividad de control adquiere una relevancia muy especial en la medida en que las decisiones en materia económica y financiera se hallan condicionadas por imposiciones europeas e imposiciones internas, entre las cuales están las ligadas a los niveles territoriales «subestatales». Frente al modelo de gobernanza multinivel, incluso los instrumentos de control parlamentario y

como institución supérflua que ratifica decisiones adoptadas en otras sedes institucionales. V. J. BLONDEL, *Comparative Legislatures*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1973, p. 133.

³⁸ V. las reflexiones de J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Laterza, 2012.

³⁹ Sobre el Parlamento como lugar de «metasoberanía» v. A. MASTROPAOLO, L. VERZICHELLI, *Il Parlamento. Le assemblee legislative nelle democrazie contemporanee*, Laterza, 2006, p. 164.

aquéllos con los que hacer valer la responsabilidad política deben ser afinados y, en parte, incluso replanteados para poder reconducir a cada nivel de gobierno la imputabilidad de las elecciones adoptadas. Sería también una ocasión para reequilibrar las relaciones entre Parlamento y Gobierno, signo, además, de una democracia madura.

Resumen:

Este estudio analiza las reglas de la nueva gobernanza económica europea en el actual contexto de crisis y estudia sus repercusiones en el papel institucional de los parlamentos nacionales. Concluye señalando que es apreciable un desplazamiento de las decisiones económicas en favor de los gobiernos y que es necesario perfilar nuevamente las reglas constitutivas de las relaciones entre los Parlamentos y los Ejecutivos.

Palabras Clave: Unión Europea, Gobernanza económica, Parlamentos nacionales, Forma de gobierno

Abstract:

This paper analyzes the rules of the new European economic governance in the current crisis and examines their impact on the institutional role of national parliaments. It concludes pointing that economic decisions correspond essentially to the Government and that it is necessary revise again the constitutive rules of relations between the parliaments and executives.

Keywords: European Union, Economic governance, national parliaments, form of government.

INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL CASO DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES *

LAURA LORELLO **

SUMARIO:

1. CONSTITUCIONES NACIONALES E INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL
2. INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
3. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CUESTIÓN DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES
4. UN JUEZ DIFERENTE: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CUESTIÓN DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES
5. UNA POSIBLE SOLUCIÓN EQUILIBRADA AL PROBLEMA DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES
6. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

1. CONSTITUCIONES NACIONALES E INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL

El nacimiento de la Unión Europea ha supuesto un momento de inflexión, quizá no del todo inesperado, en el proceso de integración europea, que ha pasado del ámbito, más simple, de la economía y de los mercados, a aquél, más complejo, de la construcción de una comunidad política.

Ésta exige bases cualitativamente diferentes y estructuralmente más sólidas de las imaginadas inicialmente, que sean susceptibles de atribuir legitimación a las instituciones, procesos decisionales y decisiones que no siguen las modalidades y las vías típicas de los modernos Estados demo-

* Traducido del italiano por Susana Ruiz Tarrías.

** Catedrática de Derecho constitucional. Universidad de Palermo. Este trabajo ha sido entregado para su publicación con fecha de 15 de julio de 2012.

cráticos, respecto de los cuales, por lo demás, la UE no constituye, ni podría constituir, un modelo a escala más amplia¹. Pero sobre todo, la construcción de una unión política debe fundamentarse sobre bases auténticamente comunes, sobre un patrimonio de derechos y de principios realmente compartido por los Estados, en el cual aquéllos puedan reconocerse², sintiéndose parte de una comunidad de valores³.

En la definición de este patrimonio común juegan un papel central las Constituciones de los Estados⁴, expresión del recorrido, algunas veces traumático y doloroso, que ha conducido al nacimiento de las nuevas comunidades nacionales, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, y reflejo de las peculiares vicisitudes históricas, políticas, culturales y sociales de cada una de ellas⁵.

Las Constituciones nacionales representan, de hecho, el éxito de un proceso de positivación de valores que preceden al nacimiento del Estado⁶ y

¹ Vid. J.H.H. WEILER, «Introduzione. Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo», en M.E. COMBA (Cur.), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*. Torino, 2002, p. XIII, p. XVI.

² L. HUNT, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*. Roma-Bari, 2010, p. 12 ss., reconduce la adquisición de «la conciencia de uno mismo» de los derechos humanos, a la afirmación de un «cierto sentimiento interior», fundado en la capacidad de cada individuo, autónomamente considerado, de identificarse con los otros. De aquí puede provenir el origen de un «sentido común» de los derechos humanos, que encuentra su raíz en la idea de compartición de «algo en común que todos los humanos poseen y que los hace iguales», p. 17. Quizá se puede aproximar a esta idea del derecho humano como «el derecho a tener derechos», de que habla H. Arendt, calificada por E. DENNINGER, «I diritti degli altri. Diritti dell'uomo e diritti del cittadino in conflitto tra loro», en *www.dirittifondamentali.it*, 1, 2012, p. 3.

³ J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XVII, hace referencia a los derechos humanos como núcleo en torno al cual «los europeos pueden vincularse».

⁴ Como confirmación de la perduración del Estado y de su función en la dimensión supranacional.

⁵ Nuevamente J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XIV y A. SIMONCINI, «La teoria del diritto naturale e il disorientamento del giurista contemporaneo», en R.P. GEORGE, *Il diritto naturale nell'età del pluralismo*, A. Simoncini (Cur.), p. 5 y ss., p. 19 y ss.

⁶ La positivación tiene por objeto el núcleo esencial de los derechos fundamentales (J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXV), y resulta necesario que se tenga plena concien-

que éste, como resulta conocido, sólo puede reconocer⁷ atribuyéndoles un revestimiento jurídico, que permita la garantía y la protección en el seno del ordenamiento constitucional. Este revestimiento constituye la versión⁸ que el valor prejurídico asume en cada sistema constitucional, es el modo a través del cual el primero viene, por así decirlo, metabolizado en el mismo, asumiendo contornos que responden a la particular experiencia de aquella comunidad y revelando, en definitiva, su identidad.

Las Constituciones nacionales, por tanto, se configuran como expresión de la identidad constitucional del Estado⁹; ellas son la dote que se ofrece

cia de ella para evitar configurar la Constitución como fuente que se «autolegitima», sin ningún anclaje en «verdaderos valores», y que resulta defendida en sí misma y por sí misma, solo a través de la autoridad que posee (J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XIX). Si se quiere, esta dimensión prejurídica de los derechos fundamentales puede hacerse descansar sobre el derecho natural, entendido como conjunto de principios extrajurídicos o prejurídicos que vienen a ser juridificados por los ordenamientos constitucionales (A. SIMONCINI, *op. cit.*, p. 7). El autor subraya cómo G. Zagrebelsky entiende que la constitucionalización ha representado el instrumento de «llegada a algo objetivo, más fuerte que las razones y que las voluntades políticas (...) algo indiscutible (...) «natural» y no controvertido», p. 21. Sobre este aspecto también L. HUNT, *op. cit.*, p. 7 y ss., considera que los derechos humanos adquieren significado solo cuando asumen un «contenido político»: «derechos de los seres humanos frente a los seres humanos, no frente a ninguna otra cosa», p. 8.

⁷ Así se expresa, por ejemplo, el art. 2 de la Constitución italiana.

⁸ La definición de la versión constitucional y nacional de un valor prejurídico viene a ser comparada por R.P. GEORGE, *op. cit.*, p. 194 ss., a la obra desarrollada por el arquitecto de S. Tomás, que actúa con el convencimiento de que un principio del derecho natural no puede ser «realizado» en el ordenamiento jurídico según un «único esquema». «El derecho natural no define de una sola vez el esquema perfecto de regulación», p. 195. De esta consideración se puede obtener la consecuencia de que cada Estado puede realizar internamente el principio de derecho natural a través de una propia versión, que debe resultar, en todo caso, compatible con él mismo, porque no existe una sola respuesta, actuación, concreción unívoca y correcta (p. 197): se admiten «soluciones diferentes», que reflejan la diversidad de los ordenamientos constitucionales. Sobre este aspecto, también F. VIOLA, «Una nuova teoria della legge naturale», en R. P. GEORGE, *op. cit.*, p. 41 y ss., p. 52 y ss, pp. 59-60.

⁹ El papel de las Constituciones nacionales es subrayado por M. CARTABIA, «Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazio-

en la definición del patrimonio constitucional común, en el cual deben situarse no sólo las analogías, sino también las diferencias propias de cada singular sistema constitucional, desde la perspectiva de una europeización¹⁰ que no se imponga como unilateral, y de una integración que no suponga homologación, sino especialmente, síntesis de las diversidades¹¹.

Este resultado se alcanza solo operando desde la base, moviéndose de las Constituciones nacionales, es decir, de las diversas identidades constitucionales, para llegar a una formulación de principios y de derechos que sea auténticamente común y europea en tanto que es compartida por todos los Estados, y que sea lugar en el cual sus diversidades resulten apreciadas y consideradas. Un movimiento inverso, que pretenda crear versiones abstractas de principios y de derechos para imponerlos después a los Estados como comunes y europeos, conduce sólo a la amenaza si no a la negación de su identidad, a la exigencia de utilizar las Constituciones nacionales como

nali», en *Dir. Unione europ.*, 3, 2005, p. 583 y ss., que, refiriéndose al art. I-5 del proyecto de Constitución europea, ahora art. 4.2 TUE, que establece que «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos (...)», observa cómo la referencia, tanto a la identidad nacional como al respeto de la «estructura constitucional» de los Estados miembros, hace de las Constituciones nacionales la expresión de las identidades nacionales, configurándolas como «el sedimento de la cultura de una completa sociedad, un cofre a través del cual el patrimonio cultural viene preservado y transmitido también en términos jurídicos» (p.593).

¹⁰ Sobre el proceso de integración en un sentido constitucional, véase Y. MÉNY, «Una costituzione per l'Unione europea?», en S. Fabrini (Cur.): *L'Unione europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sovranazionale*. Roma-Bari, 2002, pp. 298 y ss.

¹¹ M. COMBA, «Prefazione», en *Diritti e confini...*, *op. cit.*, pp. X-XI, evidencia la exigencia de que en el sistema del CEDH, y en el diálogo entre los Tribunales nacionales y el Tribunal de Estrasburgo se realice la «progresiva formación de un núcleo duro de derechos fundamentales que trasciende las soluciones diferenciadas alcanzadas por los diversos países europeos». Asimismo, también J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXVIII, considera que los derechos humanos se configuran conjuntamente como «fuente» e «indicador para una diferenciación entre los Estados, y no sólo para una asimilación entre los mismos».

rígidas «fronteras internas» opuestas a un proceso de integración que traiciona el significado y la naturaleza que le son propios ¹².

2. INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La construcción del patrimonio constitucional común sobre el que erigir la comunidad política europea, requiere un artífice hábil y creativo, pero al mismo tiempo atento y responsable. De hecho, la codificación de los principios y los derechos europeos realizada a través de la Carta de los derechos ¹³, aún siendo útil e importante, puede constituir solo un punto de partida y no conclusivo.

¹² J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXV y ss., individualiza en la protección de las versiones nacionales de los derechos fundamentales la defensa de la identidad constitucional, «la reivindicación de autonomía nacional protegida por Fronteras fundamentales», que «garantizan plena autonomía a sus respectivas sociedades nacionales», pp. XXVII-XXX. Las fronteras fundamentales citadas por Weiler, hacen referencia al concepto de frontera configurada por G. LOMBARDI, «Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali tra storia e diritto», en *Dir. soc.*, 185, p. 47 y ss. p. 67, que no es limitable a la idea de confín de naturaleza solo espacial, «sino que conlleva una necesaria referencia a una serie de fenómenos agregativos que se caracterizan en relación al grado de homogeneidad y de cohesión que son capaces de crear». Desde esta perspectiva, puede hacerse referencia a las consideraciones de R.P. GEORGE, *op. cit.*, p. 199 y ss, que vincula la teoría del derecho natural a un ejercicio descentralizado del poder, y a la «valorización de la acción individual» fundada sobre el principio de subsidiariedad. Ello supone que las autoridades internacionales respeten la autonomía cultural y la diversidad cultural (p. 203), y las comunidades dispongan de un derecho a «preservar con instrumentos legítimos» sus lenguas, sus costumbres, y sus tradiciones. Aplicado a la relación entre el nivel supranacional y nacional, este esquema impone el respeto de las identidades constitucionales de los Estados.

¹³ La Carta europea de derechos que, como resulta conocido, ha adquirido eficacia jurídica con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no representa tanto un medio para garantizar un adecuado nivel de tutela de los derechos en el contexto eu-

A esta finalidad ha resultado y resulta determinante la obra de los jueces, y sobre todo de uno de ellos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desde sus inicios, y a veces consintiendo un cierto «activismo», el Tribunal ha promovido la configuración de principios generales y comunes, buscando soluciones compartidas provenientes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y formulando las primeras versiones, sólo en apariencia nuevas, pero en realidad fruto de un proceso de ósmosis entre los derechos nacionales. Todo ello, a través de una evolución de definición y redefinición de los derechos nacionales, expresión de una relación de recíproca conformación entre éstos y el derecho europeo y mediante el cauce del silencioso «pacto constitucional» que une a la UE y a los Estados miembros y que constituye una condición del proceso de integración¹⁴. En este escenario la dimensión supranacional y europea de la tutela de los derechos puede en verdad proponerse como ámbito para una mayor protección de los mismos, que no se opone ni sustituye a la dimensión nacional y constitucional, sino que se coloca junto a ellas. Y es sobre estas bases sobre las que se puede realizar una verdadera tutela multinivel de los derechos¹⁵,

ropeo, dado que aquéllos estaban ya ampliamente protegidos, cuanto un instrumento de percepción y de identificación de la nueva comunidad política, ya sea en su ámbito interno, es decir, respecto de los Estados miembros, como en el ámbito externo, es decir, en relación con los países de la ampliación hacia el Este. Según J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXI, la Carta debía «asegurar» a los Estados protección respecto de la capacidad de la UE y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de disponer respecto de los derechos humanos una tutela desvinculada ahora del originario fundamento económico de los Tratados; pero debía también definir los rasgos de identidad de la UE, como comunidad política, frente a los nuevos países que solicitaban su ingreso, caracterizados por acontecimientos históricos, políticos, sociales y culturales diversos de aquellos que integran el núcleo originario de la Europa occidental.

¹⁴ A. TIZZANO, «Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario», en *Dir. Unione europ.*, 1, 2009, p. 141 y ss., p. 160.

¹⁵ La afirmación de Cartas de derechos y de Tribunales supranacionales llamados a garantizar la tutela, que se suman a la nacional y constitucional, configura una estructura multinivel que puede representar una multiplicación positiva de las sedes de tutela. Sin embargo, ello puede suponer también un factor de complicación, por-

que incrementa, precisamente, el grado de protección, garantizándola en un nivel más elevado, sin desnaturalizar por ello la sustancia y la identidad, reconducida siempre al patrimonio común europeo¹⁶.

En el desarrollo de esta tarea, otros factores han facilitado el trabajo del Tribunal de Justicia. En primer lugar su composición, que contempla la aportación de las culturas jurídicas y constitucionales de todos los países miembros, creando así, las condiciones para una comparación dialéctica estructural y permanente, que debe conducir a una solución unitaria¹⁷.

La elaboración de principios y derechos europeos supone el éxito de un movimiento bidireccional, que actúa desde las Constituciones nacio-

que, como recuerda M. COMBA, *op. cit.*, p. X, a la tutela interna, referida a la relación individuo-comunidad estatal y que se mueve en el ámbito de una versión de los derechos consolidada y expresiva de la identidad constitucional del Estado, se une la tutela supranacional que añade a la primera la relación entre individuo y comunidad supranacional, superponiendo las versiones supranacionales del derecho a la constitucional y nacional. Esto no da lugar, necesariamente, a una mayor tutela, sino a la ampliación del nivel de protección que correspondería a la protección misma, pero puede conducir a una protección diferente, que tiene por objeto un derecho diverso respecto al definido en las constituciones nacionales. Acerca de este aspecto, J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXX, observa en la previsión de un nivel de protección de los derechos superior al nacional algo más que un simple marco cuantitativo.

¹⁶ Según M. COMBA, *op. cit.*, p. IX y ss., la Carta europea de derechos se configura sólo aparentemente como una obra de compilación y reconstrucción (en el mismo sentido J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXI), incorporando, sin embargo, contenidos también innovadores, fruto de selecciones y de interpretaciones. El autor se pregunta si la previsión del art. 53 de la Carta, según el cual en caso de conflicto entre la tutela europea y la nacional prevalece la más favorable en el caso concreto, representa realmente un mecanismo que garantiza la «mejor tutela posible» (p. IX). En definitiva, si «los derechos fundamentales pueden ser formulados en una escala cuantitativa», que permita siempre y, en todo caso, determinar cuál sea la tutela más eficaz.

¹⁷ Como recuerda K. SCHIEMANN, «Il giudice come comparatista», en B. MAREKINIS y J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. Op. cit.*, p. 467 y ss., el Tribunal de Justicia es una institución comparatista por naturaleza, cuyo modelo habitual de decisión es el acuerdo, en un contexto necesariamente plural de identidades culturales y jurídicas, en el cual se debe alcanzar una posición unitaria, no siendo admitidas opiniones disidentes ni concurrentes, p. 470.

nales hacia el derecho europeo y que éste devuelve a los ordenamientos internos ¹⁸.

A esto se añade un segundo aspecto, una ventaja, por decirlo así, producto de las particulares condiciones históricas y políticas que han dado vida a la experiencia comunitaria, en la cual el Tribunal no ha sido nunca configurado como juez de los derechos, ni durante mucho tiempo ha podido disponer de un catálogo de derechos codificado y formalizado en un texto escrito ¹⁹. Ello le ha permitido actuar desde la base en un doble sentido. De un lado, debiendo proporcionar un tipo de tutela en referencia no sólo a la concreta situación individual y a falta, como se ha mencionado, de textos escritos, el Tribunal ha tenido que identificar una y otra vez las modalidades de protección más adecuadas al caso; de otro lado, ha tejido estas modalidades sobre la base de la Constitución del país miembro interesado, completando esta primera urdimbre con aquellas derivadas de la comparación con las demás Constituciones. De este modo, en términos deductivos, el derecho tutelado ha sido definido como éxito de un recorrido recons-

¹⁸ Se introduce aquí un rasgo de diferenciación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no se refiere solo a la diversa competencia asignada a los dos Tribunales, la defensa del CEDH frente a las violaciones de los Estados respecto del primero, y la realización del proceso de integración por el Tribunal de Justicia; que también se traslada a la diferente aproximación de los dos jueces respecto de los ordenamientos de los Estados. Así la consideración del CEDH como núcleo mínimo e inderogable que los Estados deben respetar conduce al TEDH a definir y proporcionar a éstos un nivel y un tipo uniforme de protección. Por el contrario la naturaleza de la Carta de derechos europea, dirigida a preservar el pluralismo de los tribunales en la protección de los derechos, se acompaña de la búsqueda acabada por el Tribunal de Justicia europeo de un denominador común y mínimo, dentro del respeto a la identidad constitucional de los Estados. Véase, P. M. HUBER, «“Unitarizzazione” attraverso i diritti fondamentali comunitari o dell’esigenza di riesaminare la giurisprudenza ERT», en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 1 y ss, p. 13 y ss.

¹⁹ J.H.H. WIELER, *op. cit.*, p. XXII, se muestra particularmente preocupado respecto a la redacción de la Carta europea de derechos, que comprometería «la capacidad de utilizar el sistema legal de cada Estado miembro como un laboratorio orgánico y viviente en la protección de los derechos humanos que después, caso por caso, podrían ser adaptados e adoptados según las necesidades de la Unión por el Tribunal europeo en diálogo con sus homólogos nacionales».

tructivo que supone el destilado de los derechos contemplados en los diversos sistemas constitucionales nacionales ²⁰.

En todo caso, el hecho de ser llamado históricamente a garantizar derechos de naturaleza económica (al menos formalmente), ha proporcionado al Tribunal la posibilidad de no configurarse como un juez de los derechos fundamentales, que se erige por encima de las Cartas y de los Tribunales nacionales, sino de presentarse como garante de derechos menos importantes y, por su naturaleza, de una síntesis más fácil.

Más allá de las apariencias, sin embargo, resulta bien conocido cómo el Tribunal ha procedido a tutelar los derechos fundamentales, legitimado a este respecto, y rara vez contestado, precisamente desde la perspectiva y el método que han sido descritos, ambos confluyentes en la formulación un derecho común y europeo. En suma, desde tiempos recientes, la exigencia de respetar el patrimonio constitucional de los Estados miembros ha proporcionado al Tribunal la ocasión de actuar con atención y sensibilidad, especialmente cuando esté en juego un principio dotado de una connotación fuertemente identitaria. A este respecto se hace referencia a la Sentencia dictada en el asunto Omega ²¹, en la que el juez europeo ha elegido otorgar prevalencia al principio de tutela de la dignidad humana, en base a la estructura interna de la Constitución alemana, respecto de un derecho reconocido en los Tratados, como es la libre prestación de servicios.

En el recorrido argumentativo del Tribunal destacan dos aspectos relevantes. En primer lugar, la protección de la dignidad humana, establecida expresamente por la Ley Fundamental de Bonn, se realiza a través de la

²⁰ Según J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. XXVIII, el respeto de los derechos fundamentales establecido en la CEDH es posible en cuanto representan una especie de «núcleo esencial de derechos fundamentales», compartido por los Estados. Dicho núcleo constituye solo el nivel mínimo, que los Estados pueden ampliar pero no reducir. Siguiendo, pues, un planteamiento que parece cuantitativo, el autor entiende que precisamente proporcionando un nivel más elevado de tutela, los Estados pueden expresar su diversidad, y considera que los derechos humanos pueden definirse «tanto como la fuente como el indicador para una diferenciación entre los Estados y no sólo para una asimilación entre los Estados».

²¹ Tribunal de Justicia. I sec. Sentencia de 14/10/2004 (C-36/02 Omega).

conversión del principio nacional²² en europeo, especialmente cuando el Tribunal recuerda que «el ordenamiento jurídico comunitario se orienta innegablemente a asegurar el respeto de la dignidad humana como principio general del derecho»²³, y cuando recuerda que los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho para cuya protección el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros²⁴.

De este modo, se reconoce la tutela, aunque sea de modo indirecto, a un principio fundamental de un Estado, reflejo de su identidad constitucional, que no resulta sacrificada en nombre de la exigencia de una aplicación uniforme del derecho comunitario a través de las resoluciones equiparadoras²⁵.

Al mismo tiempo, sin embargo, el Tribunal no proporciona una formulación propia de la noción de dignidad humana, que daría lugar a problemas delicados de reconstrucción y definición, preocupándose solo de protegerla y dejando a cada ordenamiento constitucional la posibilidad de rechazarla en armonía con su patrimonio identitario²⁶.

Además, el Tribunal no entiende como «indispensable» que exista entre los Estados una visión compartida respecto de los instrumentos de tu-

²² El Tribunal afirma que no es relevante que en el ordenamiento alemán «el principio del respeto de la dignidad humana proporcione un status particular en tanto que derecho fundamental autónomo» (parágr. 34). Se podría decir, que la conversión de la dignidad humana en principio general comunitario es el vehículo a través del cual el Tribunal considera legítima la interpretación restrictiva de la libertad de prestación de servicios. Véase R. CONTI, «La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia», en *Corr. Giur.*, 4, 2005, p. 488 y ss., p. 491. M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 606 habla de «elevación» de un «elemento típico de una Constitución nacional» a «principio europeo». Respecto a la efectiva operatividad de la Constitución europea entonces en fase de aprobación, y posteriormente no realizada, el autor subrayaba cómo sobre el Tribunal de Justicia «recaerá el honor de catalizar y armonizar las diversas sensibilidades culturales y constitucionales de los Estados miembros», p. 603.

²³ Tribunal de Justicia. I sec. Sentencia de 14/10/2004, parágr. 34.

²⁴ *Ibid.* Parágr. 33.

²⁵ Cualificando al mismo tiempo al Tribunal como juez de los derechos.

²⁶ En definitiva la dignidad humana recibe una protección por parte de la decisión del Tribunal con un ropaje europeo pero con un contenido nacional.

tela «del derecho fundamental o del interés legítimo cuestionado», en tanto que se puede adoptar legítimamente una disposición restrictiva de una libertad establecida en los Tratados, como la libre prestación de servicios. De este modo, nuevamente el juez europeo rehúye una opción reduccionista y equiparadora, liberando a las posibles soluciones de tutela de los Estados del vínculo de la necesaria uniformidad ²⁷.

A través de estas vías el Tribunal de Justicia europeo ha operado seguramente en calidad de tribunal supranacional, interpretando, en todo caso, este papel de un modo totalmente original respecto a los modelos y experiencias históricamente más relevantes. Y es quizá en esta originalidad donde, precisamente, se encuentra la clave del éxito de la construcción comunitaria que se ha realizado hasta el momento y que explora, ahora y en el futuro, la fisonomía del proceso de integración europea.

3. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CUESTIÓN DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES

En este punto de la investigación, resulta oportuno prestar atención a la opinión del Tribunal respecto de un tema complejo y ampliamente debatido en todos los Estados miembros: la cuestión de las uniones homosexuales ²⁸.

En los pronunciamientos que serán examinados a continuación, sin ninguna pretensión de exhaustividad, el tema de la unión entre personas del

²⁷ R. CONTI, *op. cit.*, p. 490 y ss., observa en este pronunciamiento una manifestación más decidida por parte del Tribunal de la voluntad de respetar «como principio, los valores fundamentales reconocidos como tales por cada uno de los países», considerando que los derechos fundamentales «reconocidos a nivel constitucional (...) resultan preservados también a través de la limitación de la primacía del derecho comunitario», pero desde la perspectiva de «garantizar la protección más amplia de los derechos fundamentales» (p. 494), que puede ser también la establecida a nivel nacional.

²⁸ Sobre el tema de la discriminación por razón de la orientación sexual, véase el estudio más reciente de E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*. Napoli, 2011.

mismo sexo, en coherencia con las consideraciones expuestas, se presenta siempre en conexión con un derecho de naturaleza económica (o quizá solo aparentemente como tal), permitiendo al Tribunal una aproximación mediata y por ello probablemente más serena y objetiva de lo que se ha afirmado.

El primer pronunciamiento, en 1998²⁹, trae origen de la negativa por parte de una empresa de transportes a conceder un descuento en el transporte a la compañera de sexo femenino de una empleada. La empresa fundaba su negativa en la previsión del propio reglamento, que mencionaba entre los sujetos beneficiarios del descuento al cónyuge no separado legalmente o al conviviente de sexo opuesto, debiendo presentarse, en este último caso, una declaración solemne que certificara la existencia de una relación de convivencia durante al menos dos años³⁰.

El Tribunal fue llamado a verificar, en vía prejudicial, si dicha previsión era contraria al art. 119 TCE (posteriormente, art. 141 y actualmente art. 157 TFUE), que establece el principio de no discriminación en materia retributiva, y con la Directiva 75/117, relativa a la aplicación del principio de la igualdad de las retribuciones de los trabajadores de sexo masculino y femenino.

Confirmado que el descuento objeto de la reclamación forma parte del concepto de retribución y, en consecuencia, del ámbito de aplicación del art. 119³¹, el Tribunal procede a excluir que la disposición reglamentaria diera lugar a una discriminación fundada en el sexo, en tanto que la misma resulta aplicada a cualquier pareja homosexual, compuesta tanto de dos hombres como de dos mujeres³². En este caso, se comprueba si la situación de dos personas del mismo sexo que tengan una relación estable es equiparable a la de dos personas de diferente sexo casadas o convivientes de modo estable³³, pero sólo en relación con la concesión del descuento controvertido, y en consecuencia respecto de los límites del reconocimiento de un

²⁹ Tribunal de Justicia UE. Sentencia de 17/2/1998 (C-249/96 Grant).

³⁰ Ibid. Parágr. 5.

³¹ Ibid. Parágr. 13.

³² Ibid. Parágrs. 26-28.

³³ Ibid. Parágr. 29.

beneficio conexo a la retribución. Aquí el Tribunal pone de manifiesto los límites de su actuación. De hecho, aun en presencia de una manifestación oficial del Parlamento europeo que «deplora cualquier discriminación fundada en la tendencia sexual de un individuo», y a pesar de que algunos Estados equiparan «la comunión de vida entre dos personas del mismo sexo (...) al matrimonio»³⁴, reconoce que no existe en el actual estadio de desarrollo del derecho de la Comunidad, la posibilidad de considerar la relación estable entre dos personas del mismo sexo en términos equiparables a la de dos personas casadas o convivientes de sexo contrario³⁵. Sólo el legislador comunitario podrá adoptar las disposiciones idóneas para intervenir en esta materia³⁶, pero en ausencia de éstas, el Tribunal no puede sino denegar la existencia de trato discriminatorio³⁷.

En definitiva, el juez comunitario, oportunamente, desde un primer momento describe los límites de la cuestión, es decir, que el examen de la posible equiparación de la situación de dos convivientes estables de sexo contrario respecto de aquella de dos convivientes estables del mismo sexo se

³⁴ A diferencia (por ahora) de la mayor parte, que no reconocían totalmente tal equivalencia, o que lo hacían sólo con la finalidad de atribuir un número limitado de derechos (Tribunal de Justicia europeo, Sentencia de 17/2/1998, parágrs. 31-32). El Tribunal se refiere también a la posición de la Comisión europea de derechos humanos que, en aquel momento, aunque incorporando cambios respecto a la valoración de la homosexualidad, excluía que las relaciones homosexuales estables pudieran incluirse en el ámbito de aplicación del art. 8 CEDH, es decir, en el derecho al respeto de la vida privada y familiar (orientación que cambiará notablemente en 2010), y que las regulaciones nacionales de tutela de la familia, dirigidas a garantizar un tratamiento más favorable a las parejas casadas o convivientes de sexo opuesto respecto de las parejas convivientes del mismo sexo, no eran contrarias al art. 14 CEDH (parágr. 33).

³⁵ Ibid. Parágr. 35.

³⁶ Ibid. Parágr. 36.

³⁷ El Tribunal excluye también que, si bien como planteaba el recurrente, se puede identificar una discriminación fundada sobre la orientación sexual (parágr. 37 y ss), ésta no tiene cabida en el art. 119 TCE (actualmente 157 TFUE), cuyo alcance no puede ser ampliado, viniendo determinado sólo a partir de su tenor literal, de su objetivo y de su ubicación en el sistema del Tratado y el contexto jurídico que le es propio (parágr. 47).

realiza únicamente en relación con la concesión del descuento. Posteriormente, estructura su decisión en el contexto de los dos ámbitos, el ordenamiento comunitario, que no posee una regulación normativa en la materia, y los ordenamientos nacionales, en los que falta una orientación unitaria y compartida, rechazando situarse donde, a partir del respeto al patrimonio constitucional, no le estaría permitido.

Un supuesto diferente se plantea en la situación que conduce a la Sentencia de 31 de mayo de 2001³⁸, donde se pronuncia sobre la impugnación de una decisión del Tribunal, como consecuencia del recurso de un ciudadano sueco contra una decisión del Consejo de la UE, del que era empleado, que le había negado el beneficio del subsidio familiar, reconocido en el Estatuto del personal de la CE, al funcionario casado, viudo, divorciado, separado legalmente o soltero con uno o más hijos a su cargo³⁹.

En este caso el recurrente era pareja de una unión civil registrada en su Estado de origen, Suecia, que reconocía a aquélla los mismos efectos jurídicos que al matrimonio⁴⁰.

También en esta ocasión el juez europeo fue llamado a ocuparse de un derecho de naturaleza económico-retributiva, que tiene como fondo la compleja cuestión de las uniones homosexuales⁴¹. El Tribunal de Justicia afronta el problema relativo a la interpretación de los conceptos, contenidos en el Estatuto, de cónyuge y funcionario casado que, según el recurrente, deberían ser entendidos «en referencia al derecho de los Estados miembros» así como definidos «de modo autónomo», porque el estado civil es materia de competencia exclusiva de los Estados⁴². Si se actuara de este modo, la expresión cónyuge contenida en el Estatuto, sería entendida en el senti-

³⁸ Sentencia TJUE de 31/5/2001 (C-12/99 P e C-125/99 P).

³⁹ Ibid. Parágr. 2.

⁴⁰ Ibid. Parágr. 3.

⁴¹ El Tribunal de Justicia precisa (parágr. 21) que el Tribunal nacional ha delimitado correctamente el objeto de la demanda del recurrente, limitándolo a la concesión del subsidio de familia no extendiendo el reconocimiento, como se pretende, sobre la base de su unión estable registrada, a «todas las ayudas estatutarias que corresponden al empleado casado».

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 31/5/2001, parágrs. 29 y ss.

do de incorporar la figura de la pareja de una unión civil registrada, allí donde el Estado de origen del sujeto interesado dispusiera de una legislación en la materia que equipare la unión civil al matrimonio, como ocurre en este caso. Se trata, por tanto, de la pretensión de un particular, y del Estado miembro del que es ciudadano, de imponer una interpretación de una disposición de derecho comunitario en un sentido conforme al propio derecho nacional, configurando la versión del instituto del matrimonio allí contemplada, como común, y de reconocerla a nivel comunitario. Una opción que el Tribunal rechaza decididamente, no sólo como garantía frente a posibles futuras decisiones del legislador comunitario, sino también respecto de las diversas soluciones acogidas en los demás Estados miembros. De hecho, partiendo de la premisa, al menos por ahora pacífica, según la cual, el término matrimonio hace referencia a la unión entre dos personas de sexo diferente «según la definición comúnmente aceptada por los Estados miembros»⁴³, el Tribunal reconoce la progresiva difusión en los Estados de normativas que han instituido diversas formas de uniones entre personas de sexo diferente o igual, con «efectos idénticos o parangonables a los del matrimonio»⁴⁴, respecto de los mismos convivientes o de terceros. Incluso constata una «extrema heterogeneidad» de soluciones⁴⁵, acompañada de la permanencia de una distinción entre tales uniones registradas y el matrimonio. Con ello limita, de nuevo, el horizonte hermenéutico del juez europeo, que no puede interpretar el Estatuto incorporando en el matrimonio situaciones jurídicas que en sí mismas son distintas, en ausencia de una intervención del legislador comunitario, cuyas obligaciones el Tribunal distingue de las propias, dado el limitado número de Estados miembros que equiparan la unión estable registrada⁴⁶. En definitiva, el Tribunal rechaza que la configuración comunitaria, o, mejor, europea, de un principio o de un derecho deba ser, en primer término, necesaria y auténticamente común, debiendo pasar por la compartición real de su sustancia por parte de todos

⁴³ Ibid. Parágr. 34.

⁴⁴ Ibid. Parágr. 35.

⁴⁵ Ibid. Parágr. 36.

⁴⁶ Ibid. Parágrs. 37-39.

los Estados miembros⁴⁷. Si no es así, se permite a cada Estado la elección de ser diferente, afirmando los rasgos de la propia identidad constitucional. De este modo, el Tribunal se mueve en el camino de la construcción desde la base, de la aproximación gradual pero progresiva, como vía eficaz para una integración en sentido propio⁴⁸.

También resulta relevante el pronunciamiento del Tribunal de 7 de enero de 2004, dictado en virtud de una cuestión prejudicial⁴⁹. El caso se refería a una mujer, empleada del servicio sanitario inglés, a cuyo conviviente estable y transexual, el ente público había denegado la concesión de la pensión de viudedad⁵⁰. La decisión se fundaba en el hecho de que la consideración de pensionista estaba reservada al cónyuge supérstite, entendiéndose

⁴⁷ Entre los posteriores argumentos formulados por el recurrente está también el de la violación del art. 119 TCE (actualmente art. 157 TFUE), en tanto que al no poder percibir el subsidio familiar por el hecho de convivir con una pareja del mismo sexo, habría sido víctima de una discriminación fundada en el sexo. El Tribunal rechaza también este argumento, en tanto que el subsidio es denegado a cualquiera que no esté casado, independientemente del sexo (parágrs. 45 y ss.). De hecho, la condición para obtener el beneficio no es el sexo del cónyuge o del conviviente, sino la naturaleza jurídica del vínculo con el trabajador, lo que reconduce la cuestión al extremo examinado: es decir, la posibilidad de equiparar la situación del empleado casado a la del empleado conviviente con una persona del mismo sexo en una unión estable registrada (parágr. 48). El Tribunal retoma aquí la consideración de la «extrema heterogeneidad» de las soluciones adoptadas por los Estados miembros, para negar dicha posibilidad de equiparación y para excluir la violación del art. 119 TCE (actualmente art. 157 TFUE).

⁴⁸ Debe subrayarse que la particularidad de este caso se encuentra en el hecho de que tiene su origen en la pretensión de un Estado de imponer la propia noción de matrimonio como guía interpretativa que «debería prevalecer también en la aplicación del Estatuto» (parágr. 29). Una hipótesis, por así decirlo, que es refutada frente a la más común en la que es un ordenamiento o un tribunal supranacional quien define abstractamente un concepto de los derechos o de los principios que se impone posteriormente a los Estados. Resulta claro que ambas aproximaciones, a la vista del efecto común de homologación, son rechazadas.

⁴⁹ Sentencia TJUE de 7/1/2004 (C-117/01 K B).

⁵⁰ Nota de la traductora: En el ordenamiento jurídico italiano la pensión a los supérstites puede ser «de supervivencia», en el caso de que el fallecido ya percibiera la «pensión de jubilación»; «indirecta», en el caso de que el fallecido todavía desa-

por tal, aquel unido al trabajador por un matrimonio legal. El acceso a dicho status estaba, sin embargo, excluido a la recurrente como consecuencia de la particular rigidez del marco normativo nacional⁵¹ que preveía la

rollara una actividad laboral y tuviera un mínimo de cotización, siendo beneficiarios de la misma no sólo el cónyuge, sino también los hijos que en la fecha del fallecimiento fueran menores de edad, estudiantes que no desarrollen una actividad laboral (hasta los 26 años en el caso de universitarios), y discapacitados con independencia de la edad. En algunos supuestos excepcionales, también se admiten como beneficiarios en el ordenamiento italiano a los padres, los nietos y hermanos y hermanas del fallecido.

La Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (C-117/01 K B), utiliza el término «pensión de supervivencia» (<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48823&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2041345>), y la Sentencia del TJUE de 1 de abril de 2008 (C-267/06 Maruko), posteriormente examinada, el término «prestaciones de supervivencia» (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70854&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2044279>).

Por el contrario, en el ordenamiento jurídico español el concepto de «pensión por muerte y supervivencia» incluye tanto la «pensión de viudedad», cuyo beneficiario es el cónyuge superviviente; la «pensión temporal de viudedad», reconocida al cónyuge superviviente durante 2 años cuando no pueda acceder a la «pensión de viudedad»; la «pensión de orfandad» respecto de la cual son beneficiarios los hijos del causante, los hijos del cónyuge superviviente aportados al matrimonio siempre que éste se hubiera celebrado dos años antes del fallecimiento, hubieran vivido a expensas del fallecido, y no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos según la legislación civil; la «pensión en favor de familiares», reconocida atendiendo al cumplimiento de determinados requisitos a nietos y hermanos, madre y abuelas, padre y abuelos, hijos y hermanos; el «subsidio en favor de familiares», admitido respecto de hijas/os y hermanos/as en determinadas circunstancias específicamente previstas; el «auxilio por defunción», dirigido a paliar los gastos del sepelio siendo beneficiarios, por este orden, el cónyuge superviviente, los hijos/as y los parientes del fallecido que convivieran habitualmente con él; y las «indemnizaciones por accidente de trabajo (AT) o enfermedad profesional (EP)», compatibles con la pensión que en cada caso proceda.

Tratando de incardinar el supuesto objeto de la Sentencia del TJUE comentado en el ordenamiento jurídico español, y a efectos de una mejor comprensión del mismo, se ha optado por la utilización del término «pensión de viudedad».

⁵¹ Ibid. Parágrs. 10 y ss.

nulidad del matrimonio en el que los cónyuges no fueran de sexo femenino y masculino, prohibiendo cualquier modificación de la partida de nacimiento, a no ser por error de transcripción o error material⁵², y que limitaba el reconocimiento de la pensión de viudedad, en caso de fallecimiento de una mujer trabajadora, sólo al viudo, es decir, a la persona casada con el sujeto inscrito en el régimen de pensiones.

También en este caso el objeto de la controversia es un derecho de naturaleza económico-social, que el Tribunal reconduce pacíficamente al concepto de retribución⁵³, pero en este caso el Tribunal se encuentra ante la decisión acerca de una cuestión de naturaleza distinta. En primer término, el juez europeo afirma, de un lado, que la decisión de limitar la aplicación del beneficio de la pensión de viudedad sólo a las parejas casadas, con exclusión de aquellas que conviven, corresponda tanto al legislador comunitario como a los jueces nacionales, llamados a interpretar el derecho interno: en consecuencia no le corresponde a él dicha labor⁵⁴. De otro lado, niega que se pueda estimar un tratamiento discriminatorio ligado al sexo en el caso de la recurrente, en tanto que la condición del matrimonio viene exigida independientemente a un hombre y a una mujer⁵⁵. Sin embargo, no puede sino constatar que, en todo caso, subsiste una diferencia de trato, no en referencia a los criterios previstos por la normativa comunitaria para obtener la pensión de viudedad, es decir, el matrimonio, sino respecto a las condiciones exigidas por la legislación nacional⁵⁶ para recibirla, y en particular, a la diferencia de sexo entre los cónyuges, que debe ser tal desde su origen, no admitiéndose como legítimo un matrimonio celebrado entre dos sujetos si uno de los mismos ha adquirido un sexo diferente del otro a través de una intervención quirúrgica⁵⁷. Aquí aparece la necesidad para el

⁵² De no ser así, el conviviente transexual habría podido modificar la anotación sobre su sexo de femenino a masculino, convirtiéndose así en hombre y pudiendo acceder legítimamente al matrimonio.

⁵³ Ibid. Parágrs. 25 y ss.

⁵⁴ Ibid. Parágr. 28.

⁵⁵ Ibid. Parágr. 29.

⁵⁶ Ibid. Parágr. 30.

⁵⁷ Ibid. Parágrs. 31-32.

Tribunal de convertirse en garante de los derechos, pero siempre de modo sutil y respetuoso con las decisiones de los Estados. Ello se traduce en el reconocimiento de la «incompatibilidad» de la legislación inglesa con el principio de igualdad retributiva, establecido en el art. 141 TCE (actualmente art. 157 TFUE)⁵⁸ respecto a la concesión de la pensión de viudedad al conviviente, en tanto que corresponde a los Estados miembros establecer las condiciones para reconocer jurídicamente el cambio de sexo⁵⁹.

También en la Sentencia de 1 de abril de 2008⁶⁰, el Tribunal se debe ocupar de una cuestión relativa al disfrute de la pensión de viudedad⁶¹. El caso se refería a la pareja homosexual de un trabajador, ligado a éste por una unión civil (unión solidaria) legalmente reconocida por la legislación alemana, al que se le había denegado la pensión de viudedad tras la muerte del compañero. En la base de la denegación, se encontraba la circunstancia de que la normativa interna en materia asistencial requería, para el acceso al tratamiento de la viudedad, la subsistencia de un matrimonio, instituto que, sin embargo, estaba reservado únicamente a las parejas heterosexuales. No obstante, en 2001 fue reformada la Ley sobre las uniones solidarias, modificando el Código de la Seguridad Social⁶², estableciendo la equiparación entre la unión solidaria y el matrimonio, entre la pareja de la unión solidaria y el cónyuge, y entre la pareja superviviente y el viudo o viuda⁶³. Reconociendo, también en este caso, que la pensión de viudedad se incluye en el concepto de retribución ex art. 141 TCE (actualmente, 157 TFUE)⁶⁴, el Tribunal delimita el asunto y el espacio a éste reservado. Si bien, de hecho, el estado civil y las prestaciones ligadas a aquél correspon-

⁵⁸ Ibid. Parágr. 34, que el Tribunal acompaña de la referencia al art. 12 del CEDH, derecho a contraer matrimonio, utilizado aquí como parámetro ulterior, parágr. 33.

⁵⁹ Ibid. Parágrs. 35-36.

⁶⁰ Sentencia del TJUE de 1/4/2008 (C-267/06 Maruko), dictada en un procedimiento de reenvío prejudicial.

⁶¹ *Vid.* nota de la traductora n. 51.

⁶² Ibid. Parágrs. 8 y ss.

⁶³ Ibid. Parágr. 13.

⁶⁴ Ibid. Parágrs. 40 y ss.

den a la competencia de los Estados miembros⁶⁵, resulta cierto que tal competencia debe ser ejercida con respeto al principio de no discriminación. Ello supone que la pensión de viudedad, reconocida al cónyuge supérstite de un vínculo matrimonial, debe ser asignada también al cónyuge superviviente de una unión solidaria, allí donde el ordenamiento interno haya introducido dicho instituto para las parejas homosexuales, excluidas del acceso al matrimonio, y lo haya equiparado progresivamente al matrimonio mismo⁶⁶. Si, de hecho, las posiciones de cónyuge/pareja supérstite son análogas, un diferente trato en la pensión da lugar a una violación del principio de no discriminación, y, especialmente, de las disposiciones de la Directiva 2000/78, constituyendo una discriminación directa fundada en la orientación sexual⁶⁷. Pero —y aquí el Tribunal confirma de nuevo los límites de su propia intervención—, es competencia del juez nacional, y no suya, determinar si en el derecho interno «la unión solidaria» coloca «a las personas del mismo sexo en una posición análoga a la de los cónyuges» en lo que se refiere a la percepción de la pensión de viudedad por los «supérstites»⁶⁸. Únicamente si dicha comparación es positiva, podrá deducirse la incompatibilidad de la regulación nacional con el derecho comunitario. Por lo tanto, la exigencia de tutelar un derecho de naturaleza económica conduce al Tribunal al terreno de un derecho fundamental, el de no ser discriminado por razón de la orientación sexual; pero el juez europeo sabe bien dónde detenerse, no entrando ni en la definición del modelo de unión afectiva entre personas del mismo sexo, ni en la configuración de un concepto europeo del instituto matrimonial, ámbito en los que los únicos actores son los Estados, porque tales aspectos expresan su identidad constitucional⁶⁹.

⁶⁵ Ibid. Parágr. 59, en el que el Tribunal realiza esta afirmación a partir del considerando núm. 22 de la Directiva 2000/78 en materia de igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁶⁶ Ibid. Parágrs. 67 y ss.

⁶⁷ Ibid. Parágr. 72.

⁶⁸ Ibid. Parágr. 73.

⁶⁹ Véanse al respecto las Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer sobre el asunto Maruko, presentadas el 6/9/2007, parágr. 98.

Un último y más reciente pronunciamiento es el de 10 de mayo de 2011 ⁷⁰, también en este caso como consecuencia de una cuestión prejudicial y relativa a la materia de pensiones. Un ciudadano alemán, soltero y titular de una pensión complementaria de jubilación, contrajo una unión civil registrada con su compañero, sobre la base de la normativa nacional, introducida en 2001 ⁷¹. Reclamaba, por tanto al ente público que había sido su empleador, la aplicación del trato fiscal más favorable, previsto para los titulares de pensiones complementarias de jubilación si estaban casados ⁷². El ente público rechazaba su petición, en tanto que el beneficio fiscal estaba reservado únicamente a los titulares de pensiones que estuvieran casados y no vivieran permanentemente separados, situación en la que no se encontraba el reclamante ⁷³.

El Tribunal reconduce, como en los casos precedentes, el tratamiento de la pensión controvertida al concepto de retribución, lo que le permite sustentar la aplicación tanto del art. 157 TFUE como de la Directiva 2000/78, en materia de igualdad de trato en el empleo y la ocupación ⁷⁴. A continuación procede a describir el recorrido de la decisión, delimitando el camino que le está permitido seguir. Así, para determinar si en el caso controvertido se identifica una discriminación prohibida por la Directiva 2000/78 ⁷⁵, el Tribunal requiere que las dos situaciones concretamente examinadas sean simplemente equiparables y no necesariamente idénticas, y que la verificación del requisito de la comparación se haya realizado «no de modo global y abstracto, sino de manera específica y concreta en referencia a las prestaciones de que se tratase» ⁷⁶. Además, refiriéndose a la Sentencia prece-

⁷⁰ Sentencia TJUE de 10/5/2011 (C-147/2008 Römer).

⁷¹ Ley de 16/2/2001, modificada por la Ley de 15/12/2004, parágrs. 9 y ss.

⁷² Ibid. Parágr. 22, así como lo previsto en la legislación vigente en el Land de Hamburgo.

⁷³ Ibid. Parágrs. 23 y ss.

⁷⁴ Ibid. Parágrs. 29 y ss.

⁷⁵ Ibid. Parágrs. 37 y ss., de carácter directo, es decir, causada por un trato menos favorable a un sujeto que se encuentre en una situación equiparable a la de otro siendo tratada de modo diverso.

⁷⁶ Ibid. Parágr. 42.

dente en el Asunto Maruko, recuerda no haber «realizado una comparación global del matrimonio y de la unión civil registrada» dentro del ordenamiento nacional correspondiente, sino de haber fundado sus propias consideraciones «sobre el análisis de dicho ordenamiento efectuado por el juez autor de la solicitud de pronunciamiento prejudicial», que había reconocido la progresiva aproximación del régimen jurídico de la unión civil al del matrimonio⁷⁷. Por lo tanto, son tres los pasos en el razonamiento del Tribunal de Justicia: 1) el carácter equiparable de las dos situaciones y no su necesaria identidad; 2) la exigencia de su verificación concreta y ligada a las circunstancias del caso; 3) la referencia imprescindible al análisis desarrollado por el juez nacional, como único fundamento posible de la decisión del Tribunal de Justicia. Éste último dicta las coordenadas del itinerario, pero es el juez nacional el que lo ha recorrido. A éste le corresponde establecer que el Estado ha introducido la unión civil registrada como instituto reservado a personas del mismo sexo y que ha sido «asimilado» al del matrimonio; a él compete corroborar que no existe ninguna diferencia jurídica relevante entre el matrimonio y la unión civil registrada, que no sea el hecho de que el primero requiere el sexo diferente y el segundo igual sexo entre sus componentes; a él incumbe, incluso, reconocer en la legislación nacional la existencia, también para la pareja de la unión civil, de las mismas obligaciones de socorro y asistencia mutua previstos para los cónyuges⁷⁸. El Tribunal de Justicia, en definitiva, recorre hacia atrás el camino del juez nacional, y ello le conduce a reconocer la incompatibilidad con el derecho europeo de una normativa nacional que atribuya a la pareja de una unión civil una pensión complementaria de jubilación de importe inferior respecto a la del cónyuge supérstite no separado⁷⁹. La decisión del Tribunal de Justicia encuentra, así, fundamento, en las valoraciones del juez na-

⁷⁷ Ibid. Parágr. 42.

⁷⁸ Ibid. Parágrs. 44-48.

⁷⁹ Ibid. Parágr. 52, en el caso de que, en el concreto Estado miembro, se hayan previsto dos institutos diferentes, el matrimonio reservado a personas de distinto sexo y la unión civil, reservada a personas del mismo sexo; y si en el ordenamiento nacional la pareja de una unión civil se encuentra en una situación de hecho y de derecho

cional y, a través de ellas, en las decisiones normativas del Estado miembro, es decir, también aquí, en su identidad.

De esta reconstrucción, aunque no exhaustiva, se extraen los rasgos de la particular fisonomía que el Tribunal de Justicia quiere asumir en su condición de juez supranacional. No la de quien elabora interpretaciones de principios y de derechos generales y globales, ni de quien impone la igualdad en la ordenación de institutos o figuras con caracteres diferentes. Por el contrario, la de quien opera partiendo del caso concreto y de las particularidades de los ordenamientos nacionales, de un modo ascendente que debe conducir a una solución que constituya la síntesis de sus apreciadas y diversas identidades⁸⁰.

4. UN JUEZ DIFERENTE: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CUESTIÓN DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES

Una aproximación diferente al problema de las uniones homosexuales aparece en la Sentencia del TEDH de 24 de junio de 2010⁸¹. El asunto se refería a una pareja homosexual de ciudadanos austríacos que, no pudiendo acceder, ni pudiendo obtener ningún reconocimiento jurídico de su vínculo sobre la base de la legislación nacional vigente, se dirigió al TEDH alegando la vulneración del art. 12 (derecho a contraer matrimonio) y del

«equiparable» a la del cónyuge a efectos de la pensión, sufriendo, a través de su denegación, una discriminación directa fundada en la orientación sexual. Pero dicha valoración de «comparación reside en la competencia del juez del reenvío».

⁸⁰ Se puede destacar la posición de M. CARTABIA, *op. cit.*, pp. 610-611, que entiende que una Europa que exprese auténticamente una unidad en la diversidad de los Estados miembros, exige a los Tribunales Constitucionales la capacidad de «expresar plenamente la tradición constitucional del propio ordenamiento». De no suceder así, según el autor, «más rápidamente se perderá la riqueza del pluralismo cultural y constitucional de la futura Europa».

⁸¹ Sentencia del TEDH de 24/6/2010 (Demanda n. 30141/04 Schalk e Kopf v. Austria).

art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) en conexión con el art. 14 CEDH, relativo a la prohibición de discriminación. Antes de la decisión del TEDH, había sido adoptada la ley austríaca de 2010 sobre las uniones registradas, que ha introducido la unión civil registrada sólo para las personas del mismo sexo, reconociéndoles derechos y obligaciones recíprocos y efectos similares al matrimonio ⁸².

El Tribunal se encuentra frente al obstáculo, que parece resultar insuperable, del contenido literal del art. 12, que reserva el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia a un hombre y una mujer, y que confía la regulación a las leyes nacionales ⁸³. Ni la exigencia de considerar el CEDH como un «instrumento viviente» ⁸⁴, ni el contenido del art. 9 del CEDH que garantiza el derecho a contraer matrimonio y de formar una familia según las leyes vigentes en los Estados miembros sin hacer referencia a hombre o mujer ⁸⁵, pueden permitir, según el Tribunal, deducir del art. 12 una obligación positiva para los Estados de reconocer el instituto del matrimonio a las parejas homosexuales ⁸⁶. Por otro lado, prosigue el Tribunal, las connotaciones sociales y culturales del matrimonio pueden variar ampliamente y solo los Estados están en la mejor posición para apreciar y responder a las exigencias en las respectivas sociedades ⁸⁷. Para el Tribunal, por tanto, no existe violación del art. 12 del CEDH ⁸⁸.

⁸² Ibid. Parágrs. 16 y ss.

⁸³ Ibid. Parágrs. 49 y ss.

⁸⁴ Ibid. Parágr. 57.

⁸⁵ Ibid. Parágrs. 60 y ss.

⁸⁶ El Tribunal se basa en el hecho de que la formulación literal del Convenio Europeo, ha omitido la referencia al hombre y a la mujer como reflejo de la diversidad de las legislaciones nacionales, que van desde el reconocimiento del matrimonio homosexual a su expresa prohibición (parágr. 60). Entiende que no existe obstáculo al reconocimiento de las uniones homosexuales en el ámbito del matrimonio, pero que no constituye una llamada explícita a que los ordenamientos nacionales faciliten tales matrimonios.

⁸⁷ Ibid. Parágr. 90.

⁸⁸ Ibid. Parágrs. 63-64. Han disentido de la decisión del Tribunal los jueces Rozakis, Spielman y Jebens, que subrayan la incongruencia del razonamiento del Tribunal, que extiende a las parejas homosexuales la noción de vida familiar y que ad-

Esta premisa, sin embargo, no le impide, en los pasajes sucesivos, sortear el obstáculo del art. 12, y de este modo, el carácter heterosexual de la pareja que accede al matrimonio, a través del análisis de la violación conjunta del art. 14 y del art. 8 CEDH.

El Tribunal parte de la fiable reconducción del concepto de unión homosexual al ámbito de la «vida privada», cuyo derecho es tutelado por el art. 8 CEDH⁸⁹, pero se pregunta si, como es planteado por las partes, la relación homosexual no puede considerarse también «vida familiar»⁹⁰. La respuesta positiva se sustenta sobre la base de diversos elementos: la consideración ahora consolidada del status de familia a las parejas heterosexuales no unidas por el vínculo conyugal; la rápida evolución social registrada en los Estados miembros respecto a las uniones homosexuales; la adopción de normativas europeas que incluirían a las parejas homosexuales en el concepto de familia⁹¹. Por todo ello, el Tribunal entiende «artificial» mantener todavía que las parejas homosexuales, a diferencia de las

mite la posibilidad de examinar conjuntamente la violación de los arts. 14 y 8 CEDH, pero que luego no reconoce la diferencia de trato operada por el Estado austríaco, y no le impone una adaptación del marco normativo que ofrezca a los recurrentes la protección de la que disfruta la familia («Opinione dissenziente», parágrs. 4-5).

⁸⁹ Sentencia TEDH de 24/6/2010. Parágr. 90.

⁹⁰ Hasta ahora, el Tribunal ha excluido una tal posibilidad, dado que no existe una orientación común entre los Estados, si bien en un cierto número de ellos se haya proporcionado reconocimiento jurídico a las parejas de hecho homosexuales, y que aquéllos disponen, por lo tanto, de un amplio margen de apreciación. Sentencia del TEDH, parágr. 92. En relación a la Sentencia, véase L. PALADINI, «Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria», en *Dir. pubbl. comp. europ.*, 1, 2011, p. 137 y ss., y E. CRIVELLI, «Il matrimonio e le coppie omosessuali» y D. KRETZNER, «Same sex marriage e i limiti costituzionali delle Corti internazionali», in *Dieci casi sui diritti in Europa*, M. Cartabia (Cur.). Bologna, 2011, p. 61 y ss., y 71 y ss.

⁹¹ Sentencia del TEDH de 24/6/2010, parágrs. 91-93. Se subraya cómo, aún en ausencia de la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales y de la consiguiente configuración de las relaciones homosexuales como matrimonio, la idea de que tales relaciones puedan dar origen a una vida familiar y una familia puede tener efec-

heterosexuales, no pueden disfrutar del status de «vida familiar», en el sentido del art. 8 CEDH; y le permite valorar si los recurrentes han sido objeto de una discriminación, prohibida por el art. 14, en el tratamiento de su vida privada y familiar.

También en este caso, incluso, el Tribunal llega a excluir que se hayan producido violaciones del CEDH y que del art. 14 pueda desprenderse una obligación para los Estados de consentir la apertura del matrimonio⁹² a las parejas homosexuales, tanto por el margen de apreciación del que aquéllos disponen en esta materia⁹³, como porque el Estado austríaco dispone de una adecuada regulación que ha proporcionado a los recurrentes la posibilidad de obtener un reconocimiento jurídico de su unión⁹⁴.

Pero, más allá de las apariencias, el obstáculo del art. 12 resulta superado. De hecho, junto a la inicial y, a primera vista, real exclusión de las relaciones homosexuales del matrimonio, se coloca la también cierta e incontrovertible inclusión de las mismas en el concepto de vida familiar (y de familia), sobre la base del art. 8 CEDH, recorrido a través del cual, en el futuro, podría lograrse entender el instituto matrimonial referido tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales. Si, verdaderamente, vida familiar y familia son condiciones que pueden construirse tanto sobre una unión heterosexual como sobre una unión homosexual, resulta indiferente su diferenciación, e inútil limitar sólo a las parejas heterosexuales el acceso al matrimonio.

A través de esta gonzúa, el Tribunal, aun no pudiendo abiertamente imponer la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales⁹⁵, estable-

tos flexibilizadores. Sobre este aspecto se manifiesta F. VIOLA, *op. cit.*, p. 41 y ss., pp. 59-60, destacando cómo con ello se producirían consecuencias sobre la dimensión identitaria.

⁹² Sentencia del TEDH de 24/6/2010, parágr. 101.

⁹³ Ibid. Parágrs. 96 y ss.

⁹⁴ Ibid. Parágrs. 105 y ss.

⁹⁵ Este camino no es susceptible de ser recorrido en la actualidad, porque tiene como obstáculo la diversidad de las orientaciones de los Estados. Una decisión diferente probablemente habría expuesto al Tribunal a la necesidad de un posterior y duro revirement, como el acaecido en el caso Lautsi.

ce las premisas para una superación de la naturaleza del instituto, y para una redefinición del mismo que permita transformarlo en algo abstracto, construido «a cualquier precio»⁹⁶ en el frío laboratorio de un tribunal supranacional, pero lejano de las concepciones aceptadas y consolidadas en los Estados-nación, en las que, desde hace siglos, se refleja su identidad constitucional.

Y quizá puede sorprender, que uno de los factores sobre los que el Tribunal considera poder reconstruir la posibilidad de reconocer a las parejas homosexuales la condición de vida familiar, sea el derecho de la UE, y en particular, la Directiva 2003/86⁹⁷, que bajo el encabezamiento de «familiares» incluye la pareja no casada de un país tercero⁹⁸, y la Directiva 2004/38⁹⁹, que define como «familiares» al cónyuge y a la pareja con la que el ciudadano europeo haya celebrado una unión registrada¹⁰⁰. Y ello sin considerar que la normativa europea no ha pretendido introducir nociones abstractas y generales de familia, impuestas a los Estados, sino simples definiciones, por así decir, sectoriales, funcionales y limitadas al simple reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, y a la libertad de circulación y de residencia¹⁰¹.

⁹⁶ Sobre la tendencia creciente en el TEDH de construir standard europeos «a cualquier precio» teniendo siempre menos en cuenta el margen de apreciación de los Estados habla R. SAPIENZA, «La Grande Camera della Corte europea e la questione del crocifisso nelle aule italiane», en *Dir. umani dir. int.*, 3, 2011, p. 564 y ss., y p. 567.

⁹⁷ Relativa al derecho a la reunificación familiar.

⁹⁸ «(...) que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada» o el «nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada (...)», art. 4.3.

⁹⁹ Relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

¹⁰⁰ Siempre que la legislación del Estado miembro de acogida equipare la unión registrada al matrimonio, y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida, art. 2.2 a) y b).

¹⁰¹ Nos podemos preguntar entonces si, verdaderamente, en nombre de la tutela de los derechos de las parejas homosexuales, se puede pedir a los Estados que paguen un precio que suponga la renuncia a su propia identidad, imponiendo un concepto del matrimonio contrario a su patrimonio constitucional. Surge aquí el problema de

5. UNA POSIBLE SOLUCIÓN EQUILIBRADA AL PROBLEMA DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES

La cuestión del acceso de las parejas homosexuales al matrimonio se ha suscitado, recientemente, también en el ordenamiento italiano, hasta ahora, carente de una regulación que ofrezca reconocimiento jurídico a las uniones diversas de las conyugales ¹⁰².

A través de la Sentencia n. 138 de 2010, la Corte constitucional se ha manifestado al respecto ¹⁰³, estimando imposible, en vía interpretativa, incidir sobre el núcleo del contenido del art. 29 de la Constitución, que reconoce los derechos de la familia «como sociedad natural fundada en el matrimonio», instituto vinculado inalterablemente al diferente sexo de los dos cónyuges, «modificándolo en modo tal que incluya fenómenos y problemáticas no tomadas en consideración en ningún momento cuando fue aprobado» ¹⁰⁴. En todo caso, al margen del concepto de familia y de matrimonio

la tendencia a la proliferación, acentuada en tiempos recientes, de presuntos derechos fundamentales, a menudo sin embargo expresión de pretensiones de individuos o grupos, que exigen su imposición como absolutos y universales. Ello puede suponer el peligroso riesgo de una desnaturalización de la misma idea de derecho universal, que es precisamente tal, porque pertenece a todos.

¹⁰² Cabe recordar, entre las numerosas propuestas de ley, la C 1065, «Modifiche al Codice civile e altre disposizioni in materia di unione civile», presentada el 15/5/2008, que a fecha de 19/4/2012, se encontraba en fase de examen por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados.

¹⁰³ Las cuestiones planteadas han sido juzgadas infundadas atendiendo a los arts. 3 y 29 de la Constitución, e inadmisibles según los arts. 1 y 117 de la Constitución.

¹⁰⁴ Sentencia de la Corte costituzionale de 14/4/2010, n. 138, p. 9. Cons. dir. Como comentario, véase entre otros, A. RUGGERI, «“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte costituzionale n. 138 del 2010?», en *www.rivistaic*, 4/2011; B. PEZZINI, «Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale», en *Giur. cost.*, 3/2010, p. 2715 y ss.; B. NASCIBENE, «Unioni di fatto e matrimonio tra omosessuali. Orientamento del giudice nazionale e della Corte di giustizia», en *Corr. giur.*, 1/2010, p. 101 y ss; P.A. CAPOTOSTI, «Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza

constitucionalmente reconocidos, la pareja homosexual es, sin embargo, «formación social» tutelada por el art. 2 Const., a la que sólo la intervención del legislador puede atribuir forma jurídica, derechos y obligaciones.

Pero la actualidad y la urgencia de los casos concretos, no pueden esperar los tiempos de un legislador que se ha mostrado poco sensible y sustancialmente incapaz de adoptar las decisiones necesarias y oportunas. En este sentido una posible vía para adelantar una tutela adecuada a los derechos de los sujetos afectados ha sido trazada por el juez ordinario ¹⁰⁵.

El asunto hacía referencia a una pareja homosexual, compuesta por un ciudadano italiano y un ciudadano uruguayo, que habían contraído matrimonio en España (con fecha de 12 de marzo de 2010), utilizando la posibilidad ofrecida por la ley española ¹⁰⁶. Trasladada a Italia la pareja, el componente uruguayo reclamaba el permiso de residencia, en tanto que cónyuge

n. 138 del 2010», en *Quad. cost.*, 2010, p. 361 y ss.; R. CHERCHI, «La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale», en *www.costituzionalismo.it*; F. Dal CANTO, «La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale (nota a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138)», en *Foro it.*, 2010, I, p. 1369 y ss. Un esclarecedor análisis del problema del acceso de las parejas homosexuales al matrimonio es desarrollado por A. D'ALOIA, «Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio di persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale», en *forum di Quaderni costituzionali*, 2010.

¹⁰⁵ Véase el Tribunale di Reggio Emilia, I sez. Civile. Sentencia de 13/02/2012.

¹⁰⁶ Ley 13/2005, de 1 de julio, que ha modificado el art. 44 del Código civil añadiendo al primer inciso «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código», un segundo inciso que prevé que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo». Sobre el matrimonio de personas del mismo sexo en España, véanse las contribuciones de G. CÁMARA VILLAR, «Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo», en *Direitos fundamentais & justiça*, 17, 2011, pp. 13 y ss.; F. REY MARTÍNEZ, «Homosexualidad y Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época)*, n. 73, 2005, p. 11 y ss., e I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «La garantía del matrimonio en la constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2137, 2011, p. 1 y ss.

de un ciudadano italiano, pero la jefatura de policía negaba la expedición del documento y la consiguiente providencia de denegación, fue impugnada ante el tribunal civil competente. La decisión que adoptó el juez¹⁰⁷ proporciona una solución equilibrada, realizando una conciliación entre la libertad de circulación y residencia, garantizada a nivel europeo¹⁰⁸, y la exigencia de respetar las decisiones del Estado-nación respecto al concepto de familia, de matrimonio y de cónyuge.

Precisamente en relación al concepto de familia, de matrimonio y de cónyuge gira la reconstrucción operada, que distingue cuidadosamente los dos planos: de un lado la libertad de circulación «dominada por la normativa supranacional»¹⁰⁹, ligada a los intereses «también de carácter económico» que caracterizan a la UE; de otro el derecho de familia, fundado sobre principios establecidos por el legislador nacional y expresivos de decisiones constitucionales.

El objeto del pronunciamiento, afirma el juez, no es «el status de cónyuge»¹¹⁰ en sí mismo, que debe permanecer al margen en el ordenamiento italiano, sino su derecho a obtener el permiso de residencia, que la normativa interna ha construido sobre la base de la normativa europea. Pero, en tanto que ésta no proporciona, ni impone, ninguna definición general y absoluta del concepto de cónyuge o de pareja de una unión civil registrada¹¹¹, limitándose, sobre la base de una aproximación funcional, a reconocer a quien lo es, la libertad de circulación, del mismo modo, el ordenamiento nacional está llamado sólo a garantizar el ejercicio de esta libertad, en relación con la cual la condición esencial es la concesión del permiso de residencia, sin que exista habilitación jurídica para indagar sobre la naturaleza del vínculo entre los dos sujetos o sobre el carácter homosexual o heterosexual de su unión. Estos aspectos pertenecen a las decisiones adoptadas por el ordenamiento nacional en el que la relación se ha constituido¹¹², orde-

¹⁰⁷ Sentencia Tribunale di Reggio Emilia, I sez., de 13/2/2012.

¹⁰⁸ Directiva 2000/38 y Decreto legislativo n. 30 de 2007 que la ha aplicado.

¹⁰⁹ Sentencia Tribunale di Reggio Emilia, I sez. de 13/2/2012, pp. 4 y ss.

¹¹⁰ Ibid. p. 4.

¹¹¹ En base a la legislación de un Estado miembro.

¹¹² Sentencia Tribunale di Reggio Emilia, I sez. 13/2/2012, p. 11.

namiento que puede admitir el matrimonio de las parejas homosexuales y reconocer a sus componentes la condición de cónyuge.

Sin embargo, este criterio no puede extenderse al ordenamiento de otro Estado miembro, como en este caso Italia, al igual que tampoco lo hace, por lo demás, el derecho europeo, al reconocer que la configuración de dicha relación como matrimonio y la definición como cónyuges de sus miembros, se realiza según el ordenamiento propio y con carácter absoluto y general, sin negar uno de los rasgos fundamentales sobre los que se ha construido el concepto constitucional de familia y de matrimonio.

La solución adoptada, de este modo, aun no carente de críticas ¹¹³, puede suponer para el Estado «un punto de equilibrio» ¹¹⁴, en tanto que puede satisfacer el derecho a la libertad de circulación, reconocido a nivel europeo y, por tanto, interno, sin incidir sobre las decisiones nacionales y constitucionales en materia de familia y de matrimonio, proporcionando al mismo tiempo, la tutela de las formaciones sociales que la Constitución reclama en el art. 2 ¹¹⁵.

Ninguna novedad relevante cabe destacar en la Sentencia del Tribunal de Casación n. 4184 de 2012 ¹¹⁶, donde, a través de la articulación de una argumentación rica en referencias a la Sentencia del TEDH de 24/6/2010, confirma el derecho de las parejas homosexuales, en tanto que «formaciones sociales», a acudir a los jueces ordinarios para recibir «en específicas situaciones» un trato igualitario al garantizado a las parejas casadas ¹¹⁷, pero niega la posibilidad a las parejas homosexuales casadas en el extranjero de obtener la transcripción del acto del matrimonio en el registro civil italiano ¹¹⁸.

¹¹³ Y de posibles consecuencias futuras de mayor relevancia, como por ejemplo, si la calificación de cónyuge y de matrimonio en relación a las parejas homosexuales podría servir para la solicitud de adopción o de acceso a las técnicas de reproducción asistida.

¹¹⁴ Sentencia Tribunale di Reggio Emilia, I sez. 13/2/2012, p. 12.

¹¹⁵ Ibid. p. 12, como ha reconocido la Corte costituzionale en la Sentencia de 14/4/2010, n. 138.

¹¹⁶ Sentencia Corte di Cassazione, I sez. civile, 15/3/2012, n. 4184.

¹¹⁷ Ibid. p. 74.

¹¹⁸ Ibid. pp. 75-76. Véanse sobre esta decisión los comentarios de M. FINOCCHIARO, «L'atto deve essere considerato idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordi-

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

El recorrido de la integración europea presenta en el momento actual dificultades y obstáculos que no resultan fácilmente superables, pero probablemente no imprevisibles ¹¹⁹.

De hecho, mirando sólo al pasado, a los orígenes de la construcción comunitaria, puede observarse como ésta tenía como primer presupuesto la voluntad de cooperación de los Estados, en el entendimiento de la obligación de reunir medios y energías para reconstruir, pero también para construir algo nuevo y común sobre la base de un proyecto compartido por todos ¹²⁰.

Quizás la obstinación con la que se pretende hoy subordinar las etapas sucesivas de esta construcción a la necesaria existencia de una moneda única y de un sistema único de gobernanza bancaria, financiera y fiscal, está causando, con fórmulas y medidas diversas, la oposición de los Estados, todavía más decidida en un contexto de crisis y recesión, y, al mismo tiempo, está poniendo en riesgo seriamente el propio proceso de integración.

namento», en *Guida al Diritto*, n. 14, 2012, p. 35 y ss.; M. DI BARI, «Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2012 della Corte costituzionale», en *rivistaic*, 1/2012, y de I. MASSA PINTO, «“Fiat matrimonio!” L’Unione omosessuale all’incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso) di una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale?)», en *rivistaic*, 2/2012.

¹¹⁹ Respecto a estos aspectos, véanse las contribuciones de B. CARAVITA DI TORITTO, «La grande sfida dell’Unione europea tra prospettive di rilancio e ombre di declino», en *www.federalismi.it*, n.1, 2012; de G. GUARINO, «L’Europa imperfetta: UE: problemi, analisi, prospettive», en *www.costituzionalismo.it*, 21/11/2011, y de M. PIVETTI, «La lotteria del capitalismo e il disastro dell’Europa», en *www.costituzionalismo.it*, 19/12/2011.

¹²⁰ F. DEBENEDETTI, «Salvare l’euro? Salviamo l’Europa», en *Il Sole 24ore*, 27/6/2012, habla de «construcción abierta, comprensiva en tanto que fundada sobre la libertad de mercado en la que todos participan voluntariamente».

Sin embargo, nos deberíamos preguntar si este proceso debe realmente seguir las vías de la moneda y de las finanzas, o si, por el contrario, la nueva comunidad política, como se ha tratado de argumentar en las páginas precedentes, necesita primero conocer y sentir como propios los principios y los derechos que están en su base.

Estos principios y estos derechos han encontrado en el sistema de la Unión europea un artífice hábil y atento, el Tribunal de Justicia, que ha mostrado saber forjarlos desde la base, a partir de los derechos constitucionales y nacionales, que representan para cada Estado, como se ha recordado, el éxito de la positivación de valores prejurídicos y universales en el seno de las Constituciones. La obra del juez europeo ha realizado, así, en el tiempo, una especie de transfiguración de los derechos y de los principios constitucionales y fundamentales expresión de la identidad de los Estados, en una nueva versión, compartida, europea.

Recordar que los fundamentos de la comunidad política de la Unión europea reposan en este patrimonio constitucional, en el que las diferencias de los Estados pueden encontrar un anclaje seguro, puede servir, en mayor medida, para retomar el camino de la integración con todas las limitaciones y los sacrificios que el futuro camino pueda requerir.

Resumen:

El presente trabajo comienza recordando la formación del patrimonio constitucional a partir de las Constituciones estatales, las cuales generan unos principios comunes. Seguidamente, también a modo de introducción, analiza el papel que ha correspondido al Tribunal de Justicia en la formación de ese patrimonio. Desde este marco conceptual, estudia y compara la incidencia del Tribunal de Justicia y del TEDH en la determinación del contenido posible de las uniones entre personas del mismo sexo. Finalmente, se propone una solución equilibrada construida sobre las apreciaciones de la jurisdicción italiana, donde sin incidir en la condición de la unión, se le anudan las consecuencias ligadas a la libre circulación.

Palabras Clave: *Constitución estatal, Tribunal de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, uniones entre personas del mismo sexo.*

Abstract:

This paper begins remembering the creation of a common constitutional patrimony from the national Constitutions, which generate common principles. After that, still in an introductory way, the essay analyzes the role of the European Court of Justice

in the building of this patrimony. From this constitutional framework, the paper studies and compares the influence of the ECJ and ECHR in the formation of the rights of same gender couples. Finally, the author proposes an equilibrium solution, where without prejudicing the king of union, it gives to same gender couples similar rights to those of heterosexual couples.

Keywords: *National Constitutions, ECJ, ECHR, same gender couples.*

EL DESARROLLO DE LA SUPRANACIONALIDAD -

ALGUNOS APUNTES *

LUIS P. PEREIRA COUTINHO **

SUMARIO:

1. SUPRANACIONALIDAD, ETHNOS Y DEMOS
2. LA POLITEIA EUROPEA Y LA DIGNIDAD HUMANA

1. SUPRANACIONALIDAD, ETHNOS Y DEMOS

1. La idea de la supranacionalidad se ha configurado como algo totalmente nuevo, inesperado y sorprendente, si lo entendemos desde la perspectiva de la Modernidad política europea. En efecto, esta ha estado esencialmente marcada por un «proyecto totalizador», traducido en una asociación tenida por indisoluble entre tres elementos: «soberanía como poder político originario e incondicionado», «nacionalidad» (configurada en el ámbito de un exclusivismo identitario potencialmente agresivo), y «territorialidad bien demarcada»¹. Fueron las unidades políticas construidas conforme a tal proyecto —los Estados, unidades subsistentes en una atmósfera de anarquía, cuyo medio de comunicación exclusivo era la diplomacia y para las cuales la guerra era una posibilidad permanente— las que adquirieron las teorías clásicas del Derecho Internacional.

* Traducido del portugués por Augusto Aguilar Calahorro.

** Profesor Auxiliar de Derecho constitucional. Universidad de Lisboa (Portugal).

¹ En este sentido, cfr., por último, A. LINKLATER, *Critical Theory and World Politics - Citizenship, Sovereignty and Humanity*, Londres, Routledge, 2007, p. 80 ss.

El máximo potencial de violencia ínsito a este proyecto totalizador se verificó, como sabemos demasiado bien, a lo largo de la primera mitad del siglo XX. Y será precisamente el enfrentamiento con ese potencial lo que constituyó el principal inductor de la idea de supranacionalidad —del inherente desmantelamiento del proyecto totalizador.

2. Hablar de supranacionalidad significa hablar de algo más que de internacionalidad. Lo que se atestigua en el caso de que confrontemos las clásicas organizaciones internacionales de naturaleza inter-gubernamental con las instituciones que ya podemos designar como supranacionales —paradigmáticamente las Instituciones europeas. De hecho, las organizaciones internacionales de naturaleza inter-gubernamental no desmienten del todo la configuración estatocéntrica y anárquica de la realidad internacional. Ciertamente, obedecen aún a una lógica de coordinación inter-estatal, es decir, de articulación entre intereses que permanecen definidos en el nivel estatal. En consecuencia, su actuación depende del consentimiento de los Estados —de todos o de sólo algunos, según su estructura organizativa democrática u oligárquica—, teniendo los titulares de sus órganos un vínculo de representación con esos mismos Estados.

Las instituciones supranacionales trascienden, en teoría, la referida lógica de coordinación —les corresponden intereses supra-estatales cuyo preciso alcance es definido por ellas mismas. En consecuencia, la toma de decisiones vinculantes en el ámbito de las instituciones supranacionales no depende del consentimiento continuamente expresado por parte de todos o de algunos de los Estados, y ello se refleja en la inexigencia de unanimidad (democrática u oligárquica) en los procedimientos decisorios. Al desarrollarse la estructura organizativa supranacional incluye órganos cuyos titulares comprenden un vínculo de representatividad de los pueblos en sí mismos y no de los Estados, y/o que se encuentran vinculados al interés supra-estatal frente al interés de los Estados.

3. Aunque la Unión Europea es hoy un ejemplo paradigmático de las instituciones supranacionales, no deja de merecer el escepticismo de muchos. Así, el tradicional pensamiento realista, anticipa una neutralización o aún el fracaso de estas instituciones por considerarse que una lógica supranacional nunca logrará sobreponerse a una lógica de coordinación de intereses —eventualmente, a una lógica de coordinación entre las mayores

potencias— o a una búsqueda competitiva de las mayores «ventajas relativas»². O sea, se parte de una visión fija sobre las identidades e intereses de los Estados —que así desmiente la posibilidad de su revisión en el ámbito de una construcción supranacional— que eventualmente se ensombrece aun más con las identidades exclusivistas y los intereses egoístas que se tienen como inmutables y que son consustanciales, también, a una construcción cultural indeleblemente prendida al proyecto totalizador.

El escepticismo relativo a las instituciones supranacionales no parte sólo del tradicional pensamiento realista, marcado por un materialismo mecanicista, sino también de perspectivas sobre la identidad. Sobre esta línea, presuponiéndose que una realidad política sólo es posible como reflejo de una identidad compartida, se sostiene que las instituciones supranacionales estarán siempre marcadas por una pronunciada fragilidad. Y ello en virtud de que no puede encontrarse en ellas una comunidad política homogénea subyacente, animada por vínculos identitarios de pertenencia y solidaridad.

Esta última perspectiva encuentra una perseverante oposición en Habermas³. Para éste, una «constelación política supranacional» como la europea no se comprende por referencia a una homogeneidad étnica o cultural, sino en referencia al «patriotismo constitucional». Se refiere, no a la existencia de una primaria comunión identitaria, sino a la implicación del conjunto de instituciones jurídico-políticas y de prácticas que reflejan principios constitucionales abstractos; no a un «sustrato primordial», sino a un «con-

² Para la noción de «ventajas relativas», cfr. J. MEARSHEIMER, «The False Promise of International Institutions», apéndice a H. MORGENTHAU, *Politics Among Nations - The Struggle for Power and Peace*, 7.^a ed., New York: McGraw Hill, 2005, p. 573 ss.

³ Cfr. GREIFF, P., (Coord.) *The European Nation-State: On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship, On the Relation between the Nation, the Rule of Law and Democracy, Does Europe Need a Constitution? - Response to Dieter Grimm, en The Inclusion of the Other - Studies in Political Theory*, trad. Ciaran Cronin, Cambridge-Massachusetts, MIT Press, respectivamente, pp. 105-127, 129-153 y 155-161. V. también *La Constellation Postnationale et l'Avenir de la Démocratie*, in *Après l'État Nation - Une Nouvelle Constellation Politique*, trad. Rainer Rochlitz, Paris: Fayard, 2003, pp. 41-124.

texto comunicativo» correspondiente al «mismo proceso democrático»⁴. La tesis de Habermas asienta pues la distinción entre «patriotismo constitucional» e «identidad político-cultural», «civismo» y «nacionalismo».

Es irrefutable que una «politeia europea», de existir, no reflejará una homogeneidad étnica, más aun cuando se trata de una comunidad en cuyo ámbito «ethnos» y «demos» no se confunden. Encontramos aquí, la nota fundamental de la Unión Europea en tanto que proyecto político-cultural. Pero siendo así, no se puede pretender que la misma comunidad sea una realidad a-identitaria o a-cultural, enteramente emancipada de cualquier parámetro consustancial a la identidad político-cultural. Esa pretensión se encuentra implícita en Habermas, o en Gomes Canotilho⁵, en la medida en que acusan aun un cierto militantismo anti-comunitarista.

Ahora bien, contra tal pretensión, hay que subrayar que una comunidad política en cuyo ámbito «ethnos» y «demos» no se confunden es «todavía» una realidad político-cultural —si no lo fuese, de hecho, ni siquiera sería «una realidad»⁶— a la que corresponde un vínculo identitario relevante que comparta una concepción del bien. En efecto, es gracias a que diferentes comunidades nacionales se definen identitariamente en torno a un mismo parámetro valorativo —la dignidad humana comprendida como «igualdad fundamental de todos en la humanidad común»⁷— y soportan sistemas normativos que lo reflejen, como se hace pensable su aglutinación en el ámbito de una comunidad política supranacional. Comprender la emergencia y permanencia en el tiempo de una constelación europea supranacional supondrá considerar un ««a priori» político-cultural» cuya relevancia es enteramente negada por Habermas⁸.

⁴ Cfr. Does Europe Need a Constitution?, *loc. cit.*, p. 159.

⁵ Cfr. Interconstitucionalidade e Interculturalidade, en «Brançosos» e Interconstitucionalidade - Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 263-279, en especial, p. 271 ss.

⁶ Para la noción de realidad en este sentido, cfr. L. P. PEREIRA COUTINHO, *A Realidade Internacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 111 ss.

⁷ Formulación de J. RATZINGER, *A Europa de Bento na Crise de Culturas*, Braga, Aletheia, p. 54.

⁸ Cfr. Does Europe Need a Constitution?, *loc. cit.*, p. 161.

Acudiendo a las clásicas formulaciones planteadas por Aristóteles y recuperadas por D. Sternberger en el ámbito de una teoría de «patriotismo constitucional», sin «paideia» («idea moral, política y educacional de una comunidad política» que constituye el núcleo de la correspondiente identidad) no es pensable una «politeia»⁹. Nos referimos, en este último inciso, a que la teoría del «patriotismo constitucional» de Sternberger es distinta de la teoría de Habermas, ya que no supone que una «politeia» supranacional se resuma en un conjunto de instituciones y prácticas desafectadas de vínculo identitario alguno. Más bien supone que una identidad político-cultural compartida, aglutinada en torno a una «padeia», es la que integra a los ciudadanos en una «politeia», determinándolos a soportar lealmente las correspondientes instituciones.

Una «paideia» no tiene necesariamente que ser exclusiva o excluyente, igual que no tiene por qué serlo la correspondiente identidad político-cultural. Una identidad europea centrada en la idea de dignidad humana «no es» una identidad exclusiva o excluyente, poniendo en crisis la idea schmittiana de que lo político se define siempre en referencia a un exclusivismo identitario centrado en la distinción entre amigo y enemigo¹⁰. Debe decirse de hecho que, en este contexto, la concepción de Habermas es aun, paradójicamente, una concepción schmittiana: su empeño en pensar una comunidad política europea a la que no corresponde verdaderamente un vínculo identitario primordial o ««a priori» político-cultural» —al que apenas corresponde un «contexto comunicativo» relevante del «propio proceso democrático»— será en gran medida tributaria de la idea falsa de que existe una asociación necesaria entre el término identidad político-cultural y el término exclusivismo político.

Esta asociación necesaria —explícita en el pensamiento de Schmitt e implícita en el pensamiento de Habermas— se revela insostenible también

⁹ Cfr. *Der Staat des Aristoteles und der Moderne Verfassungsstaat e Die Neue Politie - Vorschläge zu einer Revision der Lehre vom Verfassungsstaat*, in *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt am Main, Insel, 1990, respectivamente, pp. 133-155 y 156-231, en especial, p. 160 ss.

¹⁰ Cfr. C. SCHMITT, *La Notion du Politique*, trad. M. Steinhauser, Paris, Flammarion, 1992.

desde el punto de vista histórico, si pensamos en el «lugar paralelo» sustancial a la experiencia política norteamericana. En efecto, y teniendo por referencia el trabajo de Tocqueville, «La Democracia en América», es irrefutable que en esta realidad subyacerá siempre una identidad político-cultural en relación con una determinada creencia o adhesión a las «verdades de por sí evidentes» enunciadas en la Declaración de Independencia, la primera de las cuáles es que los hombres han sido «creados iguales»¹¹. Y siendo irrefutable que en la realidad política norteamericana se ha encontrado siempre una realidad político-cultural inherente, el hecho es que esa identidad, con ese núcleo originario —o «por causa de» ese núcleo originario—, se desarrolló como identidad «no» exclusiva ni excluyente.

2. LA POLITEIA EUROPEA Y LA DIGNIDAD HUMANA

En definitiva, es necesario cuestionar la construcción de Habermas desde la perspectiva de la construcción política europea que elude el problema de la identidad y, así, suponiendo que esta subsista de forma superficial en el nivel de los procesos comunicativos indefinidamente repetidos. Aunque el contexto subyacente a esta tesis la hace comprensible —un contexto traumático de superación del proyecto totalizador—, incurre sin embargo en dos peticiones de principio: una traducida en la aceptación de que cualquier identidad política-cultural es exclusiva o excluyente; otra al suponer que una realidad política es posible en cuanto tal independientemente de cualquier a priori político-cultural, permaneciendo en el tiempo como una mera «procedimentalización política» desligada de cualquier presuposición sustantiva.

Contra la construcción habermasiana es de proponer la hipótesis de que la realidad política europea se corresponde con una «a priori» político-cultural «no étnico» sino «primordialmente relacionado con la asunción de un

¹¹ Para más ideas a este respecto, cfr. L. P. PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral da Constituição - Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 81 ss.

parámetro valorativo nuclear —la dignidad humana— y una memoria histórica que compele continuamente a los pueblos europeos que la asumen».

Lo que se expone, mantiene, aunque recontextualizado, las palabras de Tony Judt, para quien «si en el futuro tuviésemos que recordar por qué parecía tan importante construir un determinado tipo de Europa a partir los crematorios de Auschwitz, sólo la historia nos podría ayudar. La nueva Europa, unida por los signos y símbolos de su terrible pasado, es una victoria notable (...). Si los europeos tienen la determinación de mantener éste vínculo fundamental —si el pasado de Europa continúa proyectando en el futuro un significado admonitorio y un propósito moral— entonces deberá «enseñarse» desde el principio a cada nueva generación. La Unión Europea será, tal vez, una respuesta a la historia, pero nunca podrá sustituirla»¹².

Recogemos también, aunque en el ámbito de otra teoría del patriotismo constitucional, más fiel a Sternberger que a Habermas, la contribución de Jan-Werner Müller, en la medida en que se refiere a la emergencia de un patriotismo constitucional europeo de la memoria colectiva, poniendo de manifiesto inclusivamente la conversión de la memoria colectiva nacional en memoria colectiva transnacional. En palabras del autor, «ello podrá significar que los europeos reconocen las memorias colectivas de otros países, por muy extraño que pueda parecer. O que “memorias transnacionales” se encuentran en la base del sentido europeo de pertenencia. En la superficie, la primera hipótesis se muestra efectivamente extraña, si no absurda: un cuerpo colectivo nacional “puede” asumir la responsabilidad de su pasado (...). Pero no está nada claro que las naciones puedan —o deban— discutir el pasado de otras naciones. ¿Deben los alemanes discutir sobre el “síndrome de Vichy”, es decir, la representación colaboracionista francesa con los nazis que tuvo lugar después de 1945? ¿Por qué deben los franceses debatir sobre el trato de los británicos a los irlandeses? ¿Están los españoles en condiciones de lamentar el colonialismo portugués? Puede reconocerse, e incluso elogiarse, la forma en que otros países encaran sus pasados, pero no puede sustituirse a esos países. Y sin embargo, los Estados europeos efectivamente debaten sobre los pasados de otras naciones (...). Además de

¹² Cfr. Pós-Guerra - História da Europa desde 1945, Lisboa, Edições 70, 2006.

que no es “prima facie” imposible “fundir” memorias históricas o pensar “memorias transnacionales” o incluso forjar una cultura política común mediante el proceso de discutir sobre esos pasados»¹³.

Si a una comunidad política europea subyace un vínculo identitario posibilitado por la toma de conciencia de su pasado —o de sus pasados—, se puede decir que Europa no carece de una función congregadora. Y si así es, se ponen en duda las aproximaciones que afirman la existencia de una «crisis de Europa» inevitable, o insuperable, en virtud de la carencia de una «fundación mítica», imprescindible a su plena afirmación como «politeia». Aproximaciones como la de A. D. Smith¹⁴, autor que —manteniéndose fiel a la idea de que los «mitos políticos» son esenciales para la afirmación y subsistencia de una comunidad política como tal— sustenta que la Europa política se encuentra en una posición imposible: la ausencia de un «mito europeo» acompañada de la imposibilidad de «creación» de un nuevo mito europeo cuando la «era de los mitos acabó».

Habría, desde esta perspectiva, un «verdadero dilema de nueva Europa: la elección entre inaceptables mitos históricos y memorias [idénticos a aquellos que sustentaron el Estado-nación], por un lado, y un agregado de “cultura” científica y sin memoria, por otro, un agregado apenas unido por una voluntad política y por un interés económico que se encuentran sujetos a permanente mutación»¹⁵. Pero este dilema es un falso dilema. Los europeos, ciertamente, no carecen de «inaceptables mitos históricos y memorias» para vincularse en el ámbito de una «politeia» europea. A la luz de lo expuesto, ese vínculo pasa antes por un «permanente recordar, de los europeos, de su

¹³ Cfr. *Constitutional Patriotism*, Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 100 ss.

¹⁴ Cfr. *National Identity and the Idea of European Unity*, *International Affairs*, 68, 1992, pp. 55-76.

¹⁵ Cfr. *National Identity...*, *loc. cit.*, p. 74. Sobre esta discusión véase también los autores que pretenden de manera imposible que los mitos de la modernidad, como racionalidad o eficiencia burocrática, sean también mitos congregadores de la Unión Europea, resolviendo así el dilema planteado por A.D. SMITH, CFR. L. HANSEN / M. WILLIAMS, «The Myths of Europe: Legitimacy, Community and the «Crisis» of the EU», *Journal of Common Market Studies*, 37, 1999, pp. 233-249, en especial, pp. 240 ss.

historia efectivamente ocurrida», de su «aprendizaje colectivo» y, sobre todo, de los efectos fuertemente destructivos de los «inaceptables mitos históricos y memorias» que otrora los amarraron a la idea de nación en cuanto idea exclusiva o excluyente —un permanente recordar que «Europa nació de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial, que conoció la más horrenda de las alienaciones en relación a todos cuanto son percibidos como Otros»¹⁶.

En la Europa que supera aquellos «inaceptables mitos históricos y memorias» «pero que no pierde por eso todo presupuesto político-cultural o toda memoria» —sino que se construyó a partir de ellos— es Hegel el que vive y no Herder. A este nivel, Bauman es particularmente expresivo cuando afirma que, «al negociar aquel “paso de montaña” (...), Europa inventó las “naciones”. Ahora la cuestión es inventar la humanidad», intentando «ese último y definitivo acto de trascendencia en la larga y atormentada ruta de la humanidad en la dirección de sí misma»¹⁷. «Definitivo acto» que no se confunde con la construcción de una «nación» europea, es decir, con la producción a una escala continental de un nuevo «“focus” metafísico de identidad social, unidad social y propósito social, en nombre del cual se vive y se muere colectivamente»¹⁸.

Así, la Europa unida «no» será, por sí misma, una nación, sino otro tipo de «politeia» que marque la posibilidad de los hombres de congregarse políticamente en tanto que personas —a partir de una creencia fundamental en su dignidad en cuanto tales— y no en tanto que lusos, hispanos, francos, germánicos, británicos o eventualmente turcos. En este último contexto y para consumir semejante expansión de Europa —que confirmará que lo que está en causa «no» es, so pena de la perversión del proyecto, un etnocentrismo continentalmente transplantado—, debe decirse, con Duarte Nogueira, que «el resultado parecerá apuntar hacia una relativización de

¹⁶ Cfr. J. H. H. WEILER, *Uma Europa Cristã - Contributo para uma Reflexão sobre a Identidade Europeia*, trad. A. Pereira, Cascais, Principia, 2003, p. 101.

¹⁷ Cfr. Europa - *Uma Aventura Inacabada*, trad. C. A. Medeiros, Rio de Janeiro, Zahar, 2006, pp. 41-42.

¹⁸ Apoyándome aquí en la formulación de P. ALLOT, «Europe and the Dream of Reason», in *European Constitutionalism beyond the State*, org. J. H. H. Weiler / Marlene Wind, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 202-225, p. 209.

valores y de la propia “dimensión de futuro” del factor». En la realidad ese efecto será apenas aparente, derivado del hecho de llevarse a las últimas consecuencias su propia esencia. La identidad colectiva, pareciendo descuidarse estaría en realidad integrando elementos derivados de la misma». Invisible, el factor cultural «será entonces potencialmente decisivo para consolidar una identidad colectiva permeabilizada por la tolerancia». Igualmente, «y en relación con el principio que constituye el núcleo de esa identidad», no hay ni puede haber relativización, dado que «el rechazo a la relativización es en este caso condición de la supervivencia del grupo, no habiendo margen para posiciones neutras, pues la neutralidad implica siempre el fin a plazos de la posición compatible con la tolerancia»¹⁹.

Los aspectos perturbadores que se interponen entre los europeos y su comunidad política, no resaltan tanto una escisión entre los europeos (las diversidades lingüísticas, folclóricas, económicas, entre los europeos no son mayores que aquellas que existen en el interior de algunos Estados europeos) o cualquier déficit de «legitimación identitaria» (recurriendo a la formulación de Weiler, ese proclamado déficit será sólo un muy saludable déficit de lo «erótico», plenamente susceptible de colmatación por lo «civilizacional», considerada la poderosa carga magnética que los civilizacional también tiene, cuando es comprendido e interiorizado)²⁰, sino que parecen subrayar mucho más una escisión entre los europeos en general y las instituciones europeas. Instituciones generalmente «no sentidas como lealmente suyas» por aquellos, sino más bien vistas como marcadas por una excesiva burocratización —como «elitistas, opacas, burocráticas, tecnocráticas»²¹. Peor aun, las instituciones tienden a ser vistas como compro-

¹⁹ Cfr. *Direito Europeu e Identidade Europeia - Passado e Futuro*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2007, pp. 37-38.

²⁰ Cfr. *To Be a European Citizen: Eros and Civilization*, in *The Constitution of Europe - Do the New Clothes Have an Emperor? and other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 324-357, p. 347.

²¹ J. DE BEUS, «Quasi-National European Identity and European Democracy», *Law and Philosophy*, 20, 2001, pp. 283-311, p. 290 ss. Véase el estudio publicado por el *Eurobarómetro* en junio de 2005, respecto del «no» holandés al «Tratado Constitucional». 82% de los holandeses —78% de los que votaran «não»— apoyan la

medidas con una particular agenda ideológica (una ideología de reforma de Estado» o de «menos Estado», en nombre, claro está, del mercado) que llega incluso a ser denunciada como «análoga al Tribunal Supremo de los Estados Unidos durante la era «Lochner» y, así, tendente a la «desregulación» y al «debilitamiento de los sistemas de seguridad social de los Estados»²².

En cualquier caso, un sentimiento generalizado relativo a una «Europa de Bruselas» como abrigo de una «política bizantina» y de «economismo filisteo» será algo grave, ya que conducirá a muchos a dejar de identificar a Europa en referencia a sus «valores espirituales originarios», pasando a encararla como «fuente de «ressentiment» social»²³. Y será ciertamente un

profundización en la integración europea, pero el 61% revelaran tener una mala imagen de las instituciones europeas, que consideraban ser «alimentadas» por el «Tratado Constitucional». No hay que decir que respecto de los franceses, fue también significativo el número de aquellos que se refirió a un peligro de refuerzo de la «Europa de Bruselas», cfr. La Constitution Européenne: Sondage Post-Referendum en France, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl171_fr.pdf.

²² Assim, R. BELLAMY y D. CASTIGLIONE, «A Constituição da União Europeia: Alternativa Republicana ao Liberalismo», *Análise Social*, XXXIV, 2000, pp. 425-455, p. 435. M. POIARES MADURO es al respecto más blando y más revelador, sustentando que «este tipo de consequências de desregulação a *nível nacional* não resulta (...) de uma visão neoliberal do Tribunal de Justiça acerca da Constituição Económica, mas representa o resultado funcional de uma necessidade de promover a integração —que exige a integração negativa, sob a forma de fiscalização judicial das regulamentações nacionais com efeitos restritivos do comércio— conjugada com a ausência de um critério de justiça distributiva que poderia indicar ao Tribunal em que casos seria de autorizar tais restrições com base em motivos de ordem sócio-económica. A integração económica origina a concorrência entre os diferentes sistemas jurídicos e económicos nacionais. Este processo é reforçado se a integração se consegue sobretudo por meio de integração negativa (em que as liberdades de circulação põem em concorrência produtos conformes a diferentes regulações sociais nacionais), e não através da integração positiva (ou seja, pela introdução de regulações sociais comuns). Este processo tem como consequência a promoção da desregulação e a redução do controlo político sobre a esfera económica», cfr. A Constituição Plural - Constitucionalismo e União Europeia, Cascais, Principia, 2006, p. 230.

²³ Formulacións de WEILER sobre una «*malaise* e desafeição pública para com a construção da Europa que ameaça destruir as bases da sua legitimidade política», cfr. *To Be a European...*, *loc. cit.*, p. 340 ss.

riesgo que individuos con pocos recursos sociales, económicos y culturales se encuentren más expuestos a los efectos de la integración meramente negativa —a un consecuente «déficit social europeo»— y reaccionen «reforzando su identificación con el Estado-nación y rechacen cualquier progreso en el sentido de una integración europea más profunda»²⁴.

Siendo este último un riesgo serio —la historia de Europa demuestra la extrema gravedad de terrenos fértiles a lo «erótico»—, se puede aun conjeturar la posibilidad de que ese sentimiento generalizadamente europeo sobre una «Europa de Bruselas» puede constituir una señal paradójica de que una comunidad política de europeos se encuentra en vías de consumación histórica. Una comunidad que «no es» de «ciudadanos de mercado», sino de ciudadanos que comulgan de una misma cultura política que consideran también reflejada en un «equilibrio de derechos sociales, de solidaridad y de responsabilidad colectiva»²⁵. Equilibrio que los Estados ya no pueden defender por sí solos en el actual mundo globalizado, desde luego en la medida en que se encuentren en una situación de desventaja ante la lógica del capital y la empresa, quienes sí se encuentran en condiciones de cubrir el nuevo mundo globalizado y, así, de exigir esta o aquella «regulación» (o «desregulación»), por el riesgo de que las (malas) consecuencias sean sentidas por el «democrático» mercado.

En este contexto, el fracaso de la integración política europea dictaría hoy, muy probablemente, la condena definitiva de los Estados europeos «al poder no democrático de los mercados internacionales», los cuáles, como una poderosa construcción cultural, conocen la corporización de agentes poderosos. En efecto, lo que se evidencia cada vez más, en este escenario de globalización, es que la defensa de esa expresión político-cultural que es el «modelo social» ya no puede ocurrir al nivel de cada comunidad estatal. En este escenario, hasta ahora peligrosamente tendente a zozobrar en los «público, y consecuentemente lo democrático», la respuesta para su defensa pasa necesariamente por la integración regional (máxime, por la pers-

²⁴ Cfr. J. SCHILD, «National v. European Identities? French and Germans in the European Multi-level System», *Journal of Common Market Studies*, 39, 2001, pp. 331-351, p. 336.

²⁵ Recordando las palabras de JUDT, cfr. *Pós-Guerra...*, p. 888.

pectiva de problemas sociales comunes en términos supranacionales y, así, en términos no tan fácilmente evitables por las empresas que operan en términos de multinacionales). Es decir, las formas de integración política regional, complementadas por formas de cooperación inter-regional, tienen la virtud de permitir la preservación de un contra poder político al «imperio de los mercados»: un contra-poder que efectivamente conserve la posibilidad de actuar en cuanto «rule maker» en sede de protección social y medio-ambiental. Así, aun es esencial considerar debidamente, y ahora en este nuevo escenario, en el concepto de «countervailing power» de lo «público» hacia lo «privado», propuesto por John Kenneth Galbraith²⁶.

6. Debe aun realizarse una última nota para señalar que el desarrollo de las instituciones políticas supranacionales ha venido a ser preconizado también en términos prospectivamente globales y, así, no centrados en la Unión Europea. En realidad, autores como Habermas, Linklater o David Held, aun partiendo de perspectivas no enteramente coincidentes, han propuesto tal desarrollo como el mejor para colmar las insuficiencias de un sistema aun estatocéntrico.

Esas insuficiencias se tratan, no sólo como una posibilidad de degeneración —constituyendo el desarrollo de las instituciones supranacional una garantía esencial del no retorno al «proyecto totalizador»—, sino también, a otro nivel, como la existencia de un foso entre la autoridad política formalmente reclamada por los Estados y su efectiva capacidad para hacer frente a los procesos de globalización económica y financiera o deterioro medio ambiental. En efecto, se denuncia cada vez con mayor insistencia la incapacidad del Estado para regular por sí solo semejantes procesos y/o para prevenir o aminorar sus efectos negativos, lo que se revela aun más grave teniendo en cuenta que pueden asumir una dimensión catastrófica²⁷.

Ahora, el problema suscitado por ese foso —o «disjuntura», acudiendo a la terminología hoy corriente²⁸— no podrá eventualmente ser supe-

²⁶ Cfr. American Capitalism - The Concept of Countervailing Power, Londres, Penguin Books, 1968.

²⁷ Así, por ejemplo, HABERMAS, *The European Nation-State...*, loc. cit., p. 106 ss.

²⁸ Cfr. D. HELD, *Models of Democracy*, 3.^a ed., Stanford, Stanford University Press, 2006, p. 295 ss.

rado en términos adecuados por vía de mero desarrollo de las organizaciones intergubernamentales, a las que corresponde aun una lógica de articulación entre intereses nacionales. Por ventura, sólo la vinculación a un interés supra-nacional en el ámbito de estructuras de gobernanza supraestatal —de carácter más o menos institucionalizado— podrá permitir hacer frente a tales procesos.

Esta línea de argumentación se reforzaría si tuviesen en cuenta los fracasos de la «gobernanza ambiental internacional» aun obediente a una lógica intergubernamental. O si se tuviese en cuenta que la lógica intergubernamental que preside la «gobernanza económica internacional» (y que pasa por organizaciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y, de modo aun más evidente, mecanismos de articulación como el G7, G8 y el G20) está marcada por una profunda «incongruencia», definida ésta como un foso entre el número de Estados admitidos a participar (a participar efectivamente) en las decisiones (o la ausencia de éstas) —y así defender sus intereses— y el número de Estados que se ven afectados por las mismas decisiones (o su ausencia) y a los que nada más queda por hacer que acomodarse a la lógica intergubernamental de los grandes.

Este último aspecto —a veces referido como «multilateralismo de los grandes» o «multilateralismo de club»— es precisamente aquel que ha merecido una mayor atención crítica por parte de los Autores que se empeñan en «repensar la democracia en una era global» y que llegan así a proponer un «modelo cosmopolita de democracia». Tal modelo —en cuyo ámbito se procura promover tanto la igualdad entre los Estados, como ciertas medidas de participación de los ciudadanos y de las ONG en los procesos decisorios globales— se traduce en una «creación de instituciones políticas globales coexistentes con el sistema de Estados pero que pueden suplantar a los Estados en áreas circunscritas en las cuáles existan consecuencias transnacionales demostrables»²⁹.

²⁹ Cfr. Models of Democracy, p. 305. Véase también D. ARCHIBUGI, *The Global Commonwealth of Citizens - Towards Cosmopolitan Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

Held procura demostrar, sin gran éxito, que estamos ante un proyecto que traspasa el plano de la utopía. En cualquier caso, aunque la «teoría de la democracia global» no sea muy fructífera en cuanto a aquello que propone, la misma tiene el mérito nada despreciable de diagnosticar algunos de los principales problemas —las «quiebras» y las «incongruencias»— que marcan la realidad internacional contemporánea, fomentando relevantes herramientas conceptuales para su análisis. Puede así inclusivamente convocarse la idea de que el mérito del pensamiento utópico reside más en aquello que se hace patente sobre las insuficiencias de la realidad actual que en aquello que se conjetura sobre la realidad futura ³⁰.

Resumen:

Este trabajo intenta delimitar el concepto de supranacionalidad. La construcción de tal concepto pasa por abandonar los anclajes al Estado nación, pero obliga a reflexionar sobre las dosis de homogeneidad cultural y su posible manifestación en una suerte de patriotismo constitucional. En la segunda parte, quiere reconstruir el concepto de supranacionalidad desde la perspectiva de los valores, en especial la dignidad humana, pero señalando al mismo tiempo los riesgos que conlleva la separación de los ciudadanos respecto a las instituciones europeas.

Palabras Clave: *Supranacionalidad, homogeneidad cultural, patriotismo cultural, dignidad humana*

Abstract:

This paper tries to define the concept of supranationality. The elaboration of such a concept requires abandoning the principles of the nation State, but it pushes a reflection on cultural homogeneity and its projection on constitutional patriotism. In the second part, the essay rebuilds the concept of supranationality from a value perspective, for all human dignity, but underlining the risks of putting far away the citizens from their institutions.

Keywords: *Supranationality, cultural homogeneity, constitutional patriotism, human dignity*

³⁰ Nos inspiramos aquí en J. SHKLAR, «The Political Theory of Utopia e What Is the Use of Utopia?», in *Political Thought and Political Thinkers*, org. Stanley Hoffmann, Chicago, University of Chicago Press, 1998, pp. 161-174 y 175-192.

Artículos

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES *

PAOLO RIDOLA **

SUMARIO:

1. MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y MODELO EUROPEO DE CONVERGENCIA DE LAS JURISDICCIONES
2. FACTORES DE TENSIÓN EN EL SISTEMA EUROPEO DE CONVERGENCIA DE LAS JURISDICCIONES
3. LAS ORIENTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA: LAS RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y ORDENAMIENTO COMUNITARIO
4. LAS RELACIONES ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
5. COMPARACIÓN Y «DIÁLOGO» ENTRE LOS TRIBUNALES EUROPEOS

1. MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y MODELO EUROPEO DE CONVERGENCIA DE LAS JURISDICCIONES

Los aspectos problemáticos de la relación entre la justicia constitucional en Italia y los Tribunales europeos no pueden ser abordados sólo con referencia al marco nacional, ya que los nexos (en parte todavía dudosos) de las relaciones entre la Corte Constitucional, el Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se inscriben en un con-

* Traducido del italiano por Susana Ruíz Tarrías.

** Catedrático de Derecho constitucional. Universidad de Roma «La Sapienza» (Italia).

Ponencia presentada al X Congresso Internacional de Direito Constitucional sobre Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. Em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, organizado por la Escola Brasileira de Estudos Constitucionais - EBEC, Natal (Brasil) el 27 de abril de 2012.

texto más amplio, que requiere una aproximación de tipo comparativo, en un escenario transnacional en el que se mueven una pluralidad de actores, en primer término, el conjunto de los Tribunales constitucionales, pero también los jueces nacionales. Este escenario ha presenciado momentos de conflicto pero también líneas de convergencia y, por lo demás, en su seno los Tribunales constitucionales y los Tribunales europeos han encontrado posiciones protagonistas en el proceso de constitucionalización de Europa. En realidad, si el proceso de integración europea ha sido también una ocasión (y un laboratorio) de reflexión de los institutos y de los conceptos fundamentales del Derecho público del Estado nación, no puede sorprender que los Tribunales hayan jugado en dicha reflexión un papel especialmente significativo, propiciando un conflicto que, aun desarrollándose en el ámbito jurisprudencial, se interna con profundidad en el «derecho vivido». De ahí la necesidad de evitar, también y especialmente respecto de este tema, el riesgo de las aproximaciones autorreferenciales.

En 1956, cuando la Corte constitucional italiana inició su actividad, los horizontes de los sistemas de justicia constitucional se encontraban todavía marcados por los límites de la estatalidad. Era difícil imaginar la progresiva afirmación de un «sistema europeo» de justicia constitucional, a través del cual hubiera sido llamada a coordinarse. Con las características absolutamente peculiares con las que se ha venido estructurando este sistema, dicha afirmación se habría percibido como un desafío insidioso para la supremacía de las jurisdicciones constitucionales nacionales. De hecho, de este sistema forma parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, con la entrada en vigor del Protocolo n. 11 en 1994 y, sobre todo, como consecuencia de la introducción del acceso directo, ha consolidado su configuración como instancia jurisdiccional «única» respecto de los derechos en el ámbito de la Convención, manifestando constantemente una fuerte tendencia a desarrollar un control jurisdiccional pleno del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Al mismo pertenece también el Tribunal de Justicia, configurado por los Tratados constitutivos de la Comunidad europea como suprema instancia de decisión sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE. Además, la afirmación del principio de primacía del Derecho comunitario y la jurisprudencia «creadora» sobre los derechos, han contribuido, sin duda, a definir de un modo más enérgico el papel del Tri-

bunal como «Tribunal constitucional» de la UE, más allá de su consideración como «suprema instancia» jurisdiccional en el ordenamiento comunitario. Del «sistema europeo» de justicia constitucional forman parte, en fin, los Tribunales constitucionales de los Estados miembros como garantes, a nivel estatal, de la idea de constitución como «superior paramount law». Y sin embargo, estos Tribunales «constitucionales» europeos son completamente diferentes entre ellos, por el ámbito en el que desarrollan sus funciones y por las modalidades y los efectos de sus pronunciamientos. Pero aun en el contexto de su diversidad, —éste es el aspecto central y de algún modo la paradoja—, «crean sistema» e, incluso, moviéndose sobre planos diferentes e «interfiriéndose», expresan una vocación autorreferencial que deriva de la exclusividad del parámetro de enjuiciamiento utilizado. Un sistema, pues, irreductible en su conjunto a una jerarquización, en tanto que de ninguno de estos Tribunales puede decirse que tenga «la última palabra» en una estructura de varios niveles, pero no ordenada en forma piramidal. Estoy convencido pues —anticipando así la conclusión—, de que una aproximación a la comprensión de este sistema multinivel que parta de la convicción de que se debe ir en busca de una «*Letztentscheidung*» estaría fuera de lugar. La peculiaridad —y al mismo tiempo las potencialidades y los perfiles problemáticos— de esta estructura, coinciden en el hecho de que estamos ante niveles coordinados, pero cada uno, inevitablemente, «parcial», de justicia constitucional. Niveles que, por lo demás, dialogan, interactúan y desarrollan, a través de sus jurisprudencias, interdependencias y procesos de recepción.

En un ensayo muy estimulante, que parte de premisas diferentes de aquellas que apenas he expuesto, Rubio Llorente ha mantenido que el «modelo europeo» de convergencia de jurisdicciones desarrollado en relación con la protección de los derechos fundamentales, se distancia sensiblemente del «modelo kelseniano» que se fundamenta, como es conocido, sobre la idea de que la jurisdicción constitucional no está integrada en la organización del poder judicial. Ciertamente, no sólo las condiciones a través de las cuales se ha impuesto la primacía del Derecho comunitario (en Italia a partir de la sentencia n. 170 de 1984), se han desviado del modelo kelseniano de la separación de la jurisdicción constitucional de la jurisdicción ordinaria. También, es preciso añadir, la propia formación de un sistema de jurisdic-

ción constitucional multinivel, que puede ser tal únicamente porque no está jerarquizado, se distancia todavía más del modelo kelseniano coherente con la estructura piramidal del ordenamiento, y que presuponía una disposición de las fuentes rígidamente jerarquizada. En el caso de que el modelo kelseniano hubiera sido trasladado fielmente al ámbito de las relaciones entre los Tribunales constitucionales y Tribunales europeos, observa Rubio Llorente, se hubiera debido estructurar no a través de un sistema de convergencia, como el que, de hecho, se ha construido, sino de separación entre jurisdicciones supranacionales para la protección de derechos humanos, jurisdicciones constitucionales para la tutela los derechos fundamentales, y jurisdicciones ordinarias para la protección de los derechos legales¹. En cualquier caso, aunque no esté convencido de que el modelo europeo de convergencia entre jurisdicciones suponga el riesgo de que la multiplicación de las jurisdicciones termine por debilitar la protección de los derechos, como también sugiere el autor, las «ironías de la historia» han prevalecido sobre las «argucias de la razón»². No obstante, no se puede rebatir que el sistema europeo de justicia constitucional tenga peculiaridades propias, y que ello deje entrever la posibilidad de una protección más amplia de los derechos pero, al mismo tiempo, también aspectos problemáticos.

Es interesante observar cómo los mismos Tribunales europeos se han «autocalificado» como Tribunales constitucionales, lo que, al menos desde el plano de la autorrepresentación, no carece de significado. Recuerdo que, en la primera sentencia *Loizidou* de 1995, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos calificó la Convención como «instrumento constitucional de un orden público europeo»³; y que, por otro lado, respecto al Tribunal de Justicia de la Comunidad europea, en el asunto 1/91, sobre el espacio económico europeo, precisó que el Tratado CEE, aun cuando tuviese la forma de un tratado internacional, podía ser considerado como «la carta constitu-

¹ Cfr. F. RUBIO LORENTE, «Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos», en *Rev. esp. der. const.*, 2003, 49 ss.

² Cfr. F. RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, 63.

³ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23, de marzo de 1995, *Loizidou v. Turquía*.

cional de una comunidad de Derecho»⁴. Se ha ido conformando progresivamente, pues, una vocación de los dos Tribunales europeos como Tribunales «constitucionales», largamente cultivada y reforzada en el tiempo. De un lado, como consecuencia del perfeccionamiento de los mecanismos jurisdiccionales de la Convención de Estrasburgo en relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De otro, y por lo que respecta al Tribunal de Justicia, en el contexto de la constitucionalización del proceso de integración europea, que no ha sido obra exclusiva de las instancias jurisdiccionales, sino el resultado de la formación de un «espacio público europeo» del que, por lo demás, el Tribunal de Justicia ha sido parte, junto a los Tribunales constitucionales y los jueces de los Estados miembros. En este proceso de constitucionalización, el Tribunal de Justicia ha tenido una contribución decisiva. No es realmente difícil deducir, a partir de las ampliaciones del ordenamiento de la UE, una correlación entre el «proceso constituyente» europeo y la jurisprudencia creadora del Tribunal de Justicia, de tal modo que podría decirse, para retomar las impresiones de la obra de Bruce Ackerman que, gracias a la aportación de las jurisprudencias comunitarias y nacionales, se ha constituido precisamente un vínculo particularmente sólido entre «foundations, transformations e interpretations» de la «Constitución» europea⁵. Señalo a este propósito dos indicadores emblemáticos: En primer lugar, parecen interesantes las vías que han conducido a la afirmación de la primauté del Derecho comunitario, desarrollada por el Tribunal de Justicia a través de una lectura «fuerte», sobre todo, del art. 249 (ahora art.189) del TCE, según esquemas típicamente federales, apoyándose en una configuración unitaria, casi decididamente monista, del ordenamiento europeo, que presupone la idea de que tanto el Tratado como las constituciones de los Estados, constituyen constituciones parciales de una estructura multinivel, si no federal, sí prefederal. En segundo lugar, conviene recordar la contribución decisiva de la jurisprudencia a la aparición gradual de un sistema de derechos comunitarios fundado, de modo exclusivo, so-

⁴ Cfr. Tribunal de Justicia de la CE, Opinión 1/91, de 14 de diciembre de 1991 (creación del espacio económico europeo), punto 21 de la fundamentación.

⁵ La referencia del texto es a B. ACKERMAN, *We the people, I y II*, Cambridge/Mass. London 1991-1998.

bre las libertades económicas de los Tratados constitutivos de 1957, para alcanzar a construir, sobre bases normativas inicialmente bastante exiguas (el antiguo art. 215 TCE en relación a la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias), pero posteriormente más sólidas (el art. 6 del TUE después de las reformas de Maastricht), un catálogo amplio de derechos fundamentales del ordenamiento comunitario con vocación «generalista», si bien dirigido, y, por lo tanto, funcionalmente orientado, a la consecución de los objetivos fundamentales, todavía ampliamente economicistas, del Tratado. De ello se derivan dos consecuencias importantes para la relación con los Tribunales constitucionales, en cuanto que, de un lado, la afirmación de un estándar comunitario de protección de los derechos por parte del Tribunal de Justicia ha constituido una contrapartida decisiva y, en algún caso, una verdadera y auténtica arma utilizada en el conflicto con los Tribunales constitucionales italiano y alemán para mantener la primacía del Derecho comunitario. Por otro lado, principios generales del Derecho comunitario elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como el principio de la pluralidad y de apertura del acceso al mercado o, también, el principio de no discriminación, en cierto modo «neutralizados» respecto a su radicalización en la inspiración economicista de los tratados, han ejercido un fuerte impacto respecto del reconocimiento, mediante la actuación de los Tribunales constitucionales nacionales, de las «cláusulas de pluralismo» en el catálogo interno de los derechos fundamentales, con retrocesos significativos, por ejemplo, en el campo de la información, de los conflictos identitarios, y de la neutralidad ética.

Llegados a este punto, conviene preguntarse, por otro lado, si la «convergencia» de las jurisdicciones, que representa el rasgo peculiar del modelo europeo de jurisdicción constitucional, no responde a una necesidad estructural que impondría cánones de juicio y soluciones reconstructivas, sustancialmente inéditas respecto de la experiencia de una justicia constitucional encerrada dentro de la corteza de la estatalidad. Los Tribunales europeos han alterado, de hecho, una característica típica de la jurisdicción constitucional, al menos a la luz de las estructuras que ésta ha encontrado en el seno de la estatalidad. Respecto al nivel de los Estados, la justicia constitucional ha desarrollado una función «interactiva» entre el nivel constituyente y el legislativo, aunque en el marco de los bien definidos límites es-

tructurales que distinguen el papel respecto de uno y otro nivel. No obstante, este marco de límites estructurales parece ofrecer, tanto respecto del Tribunal de Justicia como en relación al Tribunal de Estrasburgo, un trazado menos seguro. Por lo que se refiere al Tribunal de Justicia, ya que, en primer lugar, al menos hasta la inclusión de la Carta de Niza en el nivel «constitucional» de los tratados, ha continuado operando en el vacuum de un marco normativo de nivel constitucional de los «derechos comunitarios», carente de una verdadera y auténtica proclamación constitucional de los derechos vinculante para las instituciones de la Unión y, en primer lugar, para el poder legislativo «comunitario»; en segundo lugar, porque falta, en sentido propio, la interacción de la jurisdicción constitucional europea con un legislador democráticamente legitimado, llamado a desarrollar los derechos partiendo del marco constitucional⁶. Ello ha obligado, en definitiva, al Tribunal de Justicia, a recurrir a elementos externos al propio ordenamiento de referencia (las tradiciones constitucionales comunes, la Convención Europea de Derechos Humanos), para incorporar a través de ellos los derechos, pero al mismo tiempo, ha creado márgenes amplios con el fin de que el propio Tribunal fuera quien trazara las líneas fundamentales de la articulación entre los ordenamientos estatales y el ordenamiento europeo (efecto directo, primacía del Derecho comunitario). Así pues, la vocación «generalista» del Tribunal como juez constitucional de los derechos en el ordenamiento europeo, abundantemente documentada por la jurisprudencia en los últimos años, no encuentra, en definitiva, límites de tipo jerárquico sino funcionales, en tanto que el papel que éste desarrolla se mantiene en los límites de la aplicación del Derecho comunitario y de los conflictos que dicha aplicación pueda provocar. Estamos lejos, pues, como resulta fácil imaginar, del paradigma kelseniano. De hecho, a mi modo de ver, el intento más convincente de sistematizar el modelo europeo de justicia constitucional contraviene, precisamente, este paradigma y su estructura de robustas jerarquías normativas, presididas por la jurisdicción constitucional, a través de la idea de un sistema de «kooperative Rechtsentwicklung», en el

⁶ V., en este sentido, F. BALAGUER CALLEJÓN, «Niveles y técnicas internacionales e internas de la realización de los derechos en Europa», en *Rev. der. const. eur.*, 2004, 25 ss., y partic. 32.

que los Tribunales europeos, los Tribunales constitucionales y los jueces nacionales serían protagonistas activos: protagonistas activos en el espacio público europeo, participando en un proceso comunicativo, en un ámbito discursivo en el cual los jueces de un «tercer poder multinivel» participan junto a las partes, sus defensores, y las instituciones estatales y comunitarias que están legitimadas en los procedimientos jurisdiccionales⁷.

La fisonomía «constitucional» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene caracteres parcialmente diversos. En la base de la estructura «parcial» de la que éste se ha convertido en el eje existe, de hecho, un contexto normativo representado por la Convención, y esta estructura no contempla, por otro lado, un «desarrollo» de sus contenidos a través de procedimientos normativos o administrativos, en tanto que el sistema de protección de los derechos se limita a la definición de un estándar convencional, establecido a través de los pronunciamientos del Tribunal, que no ha sido rebasado por los Estados partes. Ello produce, en contraposición con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un mayor desinterés respecto del Tribunal de Estrasburgo, así como también una más acentuada independencia de los compromisos y de las orientaciones de las opiniones públicas nacionales. El Tribunal de Estrasburgo —según se ha descrito con una imagen sugestiva—, ofrece una «visión en negativo fotográfico» de las jurisdicciones constitucionales nacionales⁸, aunque desde un plano inevitablemente más abstracto, en tanto que la labor de corrección o de remoción de medidas estatales lesivas de los derechos, no puede realizarse más que en el interior del contexto ordinamental en el que la lesión se ha producido. Pero también en este caso, como en el del Tribunal de Justicia, la definición de los derechos proviene de la vía jurisprudencial y en ausencia de un legislador democrático llamado a «configurar» los derechos «a partir del» marco constitucional. De modo que si se parte de la premisa de que las normas constitucionales sólo son un punto de partida que necesita de la actuación de un legislador que desarrolle un proyecto de convivencia organizada, o

⁷ Véase, entre las múltiples contribuciones ofrecidas por la escuela de P. Häberle en esta materia, al menos, I. PERNICE, «Die dritte Gewalt im europäischen Verfassungsbund», en *EuR*, 1996, 27 ss.

⁸ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, 36.

un «diseño de integración» contenido en la constitución y, por tanto, dentro de un marco de límites supervisados por la jurisdicción, también en el caso del nivel «constitucional» de la CEDH se esboza una alteración del modelo de equilibrio y de interacción entre constitución, ley y jurisdicción.

2. FACTORES DE TENSIÓN EN EL SISTEMA EUROPEO DE CONVERGENCIA DE LAS JURISDICCIONES

El cuadro que he trazado deja ya entrever elementos de tensión con las jurisdicciones constitucionales nacionales. Respecto del Tribunal de Estrasburgo, éstos derivan del carácter decididamente constitucional de su jurisprudencia, que ha afrontado todos los temas cruciales de la protección de los derechos, y está impregnada de un fuerte «pathos» constitucional⁹. Ciertamente, éste actúa sobre un terreno, el de la protección de los derechos humanos, que constituye «por excelencia» materia constitucional, logrando al mismo tiempo mantener las distancias de los ordenamientos nacionales y no conociendo, por lo demás, límites funcionales que, en cambio, delimitan y condicionan los horizontes del Tribunal de Justicia. Se olvida, en fin, que a pesar de una perspectiva de distancia respecto de los ordenamientos nacionales, o quizá precisamente por ello, la jurisprudencia del Tribunal Europeo no está condicionada por la distribución de poderes de los Estados y por las jerarquías normativas internas de éstos, y no se detiene, ni siquiera, ante la supremacía del nivel constitucional. De hecho, en tanto que la naturaleza del acto estatal que lesiona los derechos de la Convención es irrelevante para delimitar el juicio del Tribunal, éste puede cuestionar también normas de rango constitucional, así como, con mayor razón, las sentencias de los Tribunales constitucionales¹⁰. Los ejemplos al respecto no

⁹ Cfr. S.P. PANNUZIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», en S.P. Pannuzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 30 ss.

¹⁰ Véase la descripción ofrecida por V. ZAGREBELSKY, «Corte europea dei diritti dell'uomo e diritti nazionali», en S.P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee. Il dibattito nelle riunioni dell'Osservatorio costituzionale presso la Luiss «G. Carli» de 2003 a 2005*, Padua, 2005, 709 ss.

faltan. Piénsese en la línea inaugurada por la sentencia *Cordova c. Italia* de 2003, que pone en cuestión el instituto de la inviolabilidad parlamentaria «tal y como» ha sido interpretada, en sede judicial, en el Estado parte, incluso por la jurisprudencia constitucional ¹¹; la sentencia *Open door and Dublin Well Woman c. Irlanda* de 1992, que ha considerado subsistente la violación de la Convención en el caso de una imposición del Tribunal Supremo irlandés que se fundaba en la norma constitucional sobre la protección de la vida y la prohibición del aborto ¹²; la sentencia *Ruiz Mateos c. España* de 1993, en relación con la vulneración del principio de igualdad de armas en el proceso, en el juicio seguido ante el Tribunal constitucional ¹³; o incluso la sentencia *Partido comunista unificado de Turquía c. Turquía* de 2000, según la cual, ninguna jurisdicción de los Estados miembros se encuentra sustraída al imperio de la Convención ¹⁴.

Consideraré ahora brevemente los aspectos problemáticos de la relación entre el Tribunal de Justicia de la UE y las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros. Ciertamente, la jurisprudencia de Luxemburgo parecería condicionada, de modo más marcado, por las preocupaciones relacionadas con la salvaguarda de las finalidades fundamentales de los tratados, las cuales, a pesar de las sucesivas reformas derivadas del Acta Unica de 1986, están todavía ampliamente influenciadas de la originaria inspiración funcionalista de la comunidad. Así pues, también la ampliación de los horizontes del Tribunal en materia de derechos fundamentales ha estado, desde el inicio, dirigida a evidenciar perfiles de tutela que, de un modo u otro, derivan de dichas finalidades. Me refiero, en particular, al principio de no discriminación o al principio de la pluralidad en el mercado, nacidos en el ámbito de las libertades económicas y funcionales respecto a la fina-

¹¹ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 30 enero de 2003, *Cordova c. Italia*, rec. 40877/98 y 45649/99.

¹² Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de julio de 1992, *Open door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, Serie A, n. 246-A.

¹³ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23 de junio de 1993, *Ruiz Mateos c. España*, rec. 12952/87.

¹⁴ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de agosto de 2000, *Partido comunista unificado de Turquía c. Turquía*, rec. 35382/97.

alidad fundamental de asegurar un mercado abierto y en régimen de libre concurrencia, pero después trasladados a otros campos, como el de las discriminaciones por razón de género o el del pluralismo en la información; e, incluso, al sector del «desarrollo sostenible», por lo demás, riquísimo en consecuencias también inéditas; o, finalmente, a la heterogeneidad de los cánones de la competencia y la concurrencia, elaborados originariamente como pilares de las libertades económicas de los tratados, pero utilizados también para «neutralizar» cuestiones cargadas de difíciles condicionamientos éticos en los ordenamientos de los Estados, abriendo de este modo mayores espacios de libertad derivados de la proyección transnacional de los «derechos europeos». Esto ya bastaría para discutir la evidencia de que el tecnicismo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, implicaría una menor intensidad constitucional¹⁵. Añado que mientras la intensidad constitucional del Tribunal de Estrasburgo se limita a la fijación de estándar mínimos de tutela, la del Tribunal de Justicia puede revelarse más profunda, en tanto que el segundo está llamado por el art. 6 TUE a utilizar las tradiciones constitucionales comunes que incorpora junto a la Convención europea, a través de una operación interpretativa compleja, de comparación selectiva o valorativa («wertende Rechtsvergleichung»), con el objetivo de extrapolar de unas y otras sólo aquellos derechos que se encuadran en las finalidades fundamentales de los tratados. Se trata de una operación no desconocida por algunos Tribunales constitucionales europeos, quienes habitualmente ya argumentan en materia de derechos con referencia al «Wertordnung» del cual ellos son expresión, sobre la base de las orientaciones recurrentes trazadas por el «Bundesverfassungsgericht» alemán a partir del asunto Lüth-Urteil. Consiste —para subrayarlo más—, en una operación que penetra en profundidad, y que inserta al Tribunal de Justicia en un sistema «europeo» de justicia constitucional, en tanto que provoca procesos interactivos que implican a la interpretación constitucional. Restan, y no son silenciadas, zonas de penumbra. En particular, permanecen las dudas sobre una jurisprudencia que comparte con los Tribunales constitucionales nacionales el patrimonio de los procesos argumentativos que éstos han ensaya-

¹⁵ Véase en este sentido, la observación de S.P. PANUNZIO, *op. cit.*, 32 ss.

do (las ponderaciones, el principio de proporcionalidad), pero lo utiliza para sopesar las libertades económicas con derechos de naturaleza no económica (derecho al honor, a contraer matrimonio, a la identidad sexual, libre manifestación del pensamiento, libertad de reunión)¹⁶, o estrechamente ligados a la intangibilidad de la dignidad de hombre, como en el caso de la sentencia Omega de 2004. Un pronunciamiento cuya importancia residiría en constituir una muestra del distanciamiento de la jurisprudencia comunitaria respecto de los condicionamientos economicistas de los derechos, no debería ser demasiado enfatizado, desde el momento en que la motivación de éste rechaza, en esencia, el argumento de que la «Menschenwürde», en tanto que pilar del sistema de los «Grundrechte», sea sometida a ponderaciones con otros derechos, configurando así la dignidad del hombre no como principio del ordenamiento comunitario, sino obteniéndola a partir de una comparación selectiva con la libertad de prestación de servicios¹⁷. Por lo demás, también la jurisprudencia comunitaria, aunque dada a argumentar a través de ponderaciones más que sobre la base de estándar de tutela, no por ello resulta desprovista de carácter constitucional, sino al contrario, realmente a través de esta estructura argumentativa, más dúctil y abierta a opiniones diversas, parece poseer una gran capacidad de impacto sobre la jurisprudencia de los Tribunales nacionales.

¹⁶ Véase, entre múltiples pronunciamientos, Tribunal de Justicia, 2 de agosto de 2003, C-112/00, Schmidberger (libre circulación de mercancías y bloqueo de la circulación por carretera como consecuencia de una manifestación); 10 de enero de 2004, C-101/01, Lindqvist (tutela del tratamiento de los datos personales y libre circulación de los mismos); 15 de noviembre de 2003, C-148/02, Garcia Avello (derecho al honor y prohibición de discriminación fundada en la nacionalidad); 21 de febrero de 2004, C-117/01, K.B. (derecho de la pareja transexual a la pensión, paridad de las retribuciones y prohibición de discriminaciones basadas en el sexo).

¹⁷ Cfr. Tribunal de Justicia Unión Europea, 14 de octubre 2004, C-36/02, Omega; ya con anterioridad, existía una referencia a que era competencia del Tribunal de Justicia verificar «la conformidad de los actos de las instituciones a los principios generales del derecho comunitario y velar por el respeto del derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona». Tribunal de Justicia Unión Europea, 9 de octubre de 2001, C-377/98, Biotechnologie.

Para completar el marco en el que se inscribe la experiencia de las relaciones entre la Corte constitucional italiana y los Tribunales europeos, no debe infravalorarse la variedad de los modelos de justicia constitucional difundidos en el área europea. Basta considerar que en el «sistema europeo» de justicia constitucional conviven Tribunales que siguen el modelo kelseniano, fundado sobre la separación de la jurisdicción constitucional del poder judicial (en Italia, en Alemania, en España, en Portugal, en Luxemburgo desde 1996 y, naturalmente, en Austria), Tribunales Supremos con funciones de jurisdicción constitucional (en Irlanda, en Dinamarca, en el Reino Unido), órganos de proveniencia judicial con funciones de control preventivo de constitucionalidad (en Finlandia y en Suecia), el modelo, absolutamente peculiar, del «Conseil constitutionnel» francés, y el belga de un Tribunal con funciones esenciales de arbitraje de competencias. Incluso, retomando la distinción, en este momento relevante, entre sistemas axiológicamente cerrados y abiertos, en el ámbito europeo se encuentran jurisdicciones constitucionales que se sitúan en estructuras constitucionales con un fundamento axiológico robusto (el «Wertordnung» a menudo mencionado por el «Bundesverfassungsgericht» alemán) y jurisdicciones constitucionales insertas en sistemas axiológicamente abiertos¹⁸. En resumen, el cuadro de las jurisdicciones constitucionales incluidas en el ámbito europeo se muestra todo menos homogéneo, aunque desde hace tiempo se vengán desarrollando en su interior procesos comunicativos que han afectado también a culturas jurídicas históricamente más resistentes a la idea de control jurisdiccional sobre la constitucionalidad de las leyes, como demuestran la evolución del «Conseil» en Francia y, con otros perfiles, de la «House of Lords» en el Reino Unido. Esta referencia a las profundas divergencias constatables entre las experiencias de justicia constitucional en Europa, es una observación banal, pero con implicaciones significativas, porque es también gracias a esta diversidad de experiencias, como los dos Tribunales europeos han podido hacer mella, conquistar espacios y colocar-

¹⁸ La distinción entre sistemas axiológicamente cerrados y abiertos proviene de J. ESSER, voz «Rechtswissenschaft», en *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, VIII, Göttingen 1974, 774 ss.

se, a título propio, en el sistema europeo de justicia constitucional. Esta afirmación sirve para el Tribunal de Estrasburgo, por la capacidad de penetración de una jurisprudencia que se mantiene sobre un plano argumentativo más alejado y más abstracto, con una perspectiva de distancia de los ordenamientos nacionales, calculada a partir de los estándares mínimos de tutela, pero que es capaz de superar horizontalmente la diversidad de las jurisdicciones constitucionales nacionales, así como de poder adaptarse de modo flexible a la apertura o, por el contrario, a la cohesión axiológica de las constituciones de los Estados. También sirve, y de manera más evidente, para el Tribunal de Justicia. No existe duda de que para la plena ubicación de éste en el sistema europeo de justicia constitucional, ha sido esencial la extensión de la cuestión prejudicial ex art. 267 TFUE (antes art. 234 TCE) a todas las jurisdicciones nacionales, incluidas aquellas constitucionales, y que este instituto puede jugar el papel decisivo de aglutinador de un sistema europeo de justicia constitucional. Son evidentes las resistencias a la cuestión prejudicial de algunos de los Tribunales europeos, como el Tribunal constitucional español¹⁹, el «Bundesverfassungsgericht» alemán y la «Corte» italiana²⁰. Y por lo que se refiere a ésta última en particular, la orientación adoptada sobre la cuestión prejudicial parece reflejar una sustancial adhesión al modelo kelseniano de una justicia constitucional «separada» de la jurisdicción. Una valoración que no me parece desmentida por alguna aparente apertura, como cuando la Corte ha planteado recientemente una cuestión prejudicial en el curso de un proceso en vía principal, con motivaciones que rebaten, en sustancia, la exclusión de la cuestión prejudicial misma cuando el juicio de legitimidad constitucional esté relacionado, como en el caso del juicio incidental, con aspectos exclusivamente procesales²¹. De todos modos, no hay duda de que, precisamente gracias a la heterogeneidad de las jurisdicciones constitucionales nacionales, la cuestión

¹⁹ Cfr. STC 111, 180 y 372/1993. Sobre esta jurisprudencia *vid.* P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del derecho comunitario», en *Rev. esp. der. const.*, 2004, 315 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost. nn. 536 de 1995; 319 de 1996.

²¹ Cfr. Corte cost. n. 103 de 2008.

prejudicial ha podido abrir fisuras en algunas de ellas: en Tribunales no reconducibles al «modelo kelseniano», como la «House of Lords» desde 1979, la «Cour d'arbitrage» desde 1997, la Supreme Court irlandesa desde 1983, e igual en Grecia y Dinamarca, pero también en Tribunales fieles a aquel modelo, como el Tribunal austríaco desde 1999, y por último el luxemburgués. Tampoco faltan, en la jurisprudencia de los Tribunales que rechazan con prudencia el reenvío y las aperturas aisladas²². Emerge, en conclusión, un cuadro que ofrece al comparatista confirmaciones de la fisonomía de los modelos, pero también indicadores significativos de procesos de intercambio y de comunicación entre los mismos que el circuito jurisdiccional, constituido de modo más amplio gracias a los dos Tribunales europeos, sin duda ha favorecido.

3. LAS ORIENTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA: LAS RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y ORDENAMIENTO COMUNITARIO

Si a la luz de esta compleja descripción de la relación con los Tribunales europeos y de la formación de un sistema europeo de justicia constitucional, se pasa a considerar el papel que en ella ha jugado la Corte italiana, se delinea, en sus rasgos esenciales, un cuadro rico en luces y sombras.

Por lo que se refiere a las relaciones con el Tribunal de Justicia, se comprueba que la Corte constitucional ha logrado gestionar el conflicto abierto con la controversia Costa-Enel, de un modo más dúctil de lo que ha sido capaz de hacer, paralelamente, el «Bundesverfassungsgericht» alemán, y que el itinerario jurisprudencial de aquélla ha estado marcado también por importantes aperturas al proceso de integración europea. Señalo en primer término la lectura «eurofriendly» de la cláusula relativa a las limitaciones de la soberanía contenida en el art. 11 Cost., interpretada por la Corte, como

²² Cfr. Respecto a Alemania, BVerfGE 37, 271, Solange I; BVerfGE 52, 187, Vielleicht. Respecto a Italia, Corte cost. nn. 168 de 1991; 28 de 2010.

es conocido, para justificar los vínculos derivados de los tratados constitutivos. Es una observación recurrente que, con el avance del proceso de integración europea, el art. 11 resulta cada vez más inadecuado, por su formulación muy genérica y en la que no se prevén cesiones de soberanía a las Comunidades primero, y a la Unión Europea después. Y ha sido manifestada por muchos la necesidad de incluir en la Constitución un «artículo europeo», como ha sucedido en Alemania con el art. 23 «neue Fassung» GG o en Austria con la revisión del art. 23 de las letras a) a la f) de la Constitución federal, con el fin de concretar el marco constitucional en el que se inscribe la participación de Italia en la UE, incluso hasta llegar a formular la propuesta de indicación textual de los principios irrenunciables en el proceso de integración. Y añado que la inadecuación de la jurisprudencia sobre los «contralímites», sobre la cual me detendré más adelante, deriva también, en cierto modo, de la configuración demasiado genérica del marco constitucional de referencia. Y sin embargo, no se puede olvidar que, aún moviéndose sobre bases textuales tan genéricas, la Corte ha potenciado todas las virtualidades posibles dirigidas a la integración entre ordenamientos.

En segundo lugar, señalo la adhesión de la Corte al reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario y del principio del efecto directo. Una adhesión atormentada, a través de un recorrido marcado por el conflicto con el Tribunal de Justicia, un conflicto paralelo a aquel que se desarrollaba, alrededor de los mismos años, entre éste y el «Bundesverfassungsgericht» alemán sobre la cuestión decisiva de si en el ordenamiento comunitario estaba asegurado un estándar de protección de los «Grundrechte» similar, en su «Wesensgehalt», a aquel de la Ley Fundamental, estándar requerido, por lo demás, por el Tribunal alemán como condición irrenunciable para admitir el principio de primacía del Derecho comunitario directamente aplicable²³. El recorrido de la jurisprudencia constitucional italiana se ha desarrollado, como es conocido, mediante aproximaciones graduales: de la inicial reconducción de la contradicción entre la fuente comunitaria y la ley interna, al criterio de la sucesión de las leyes en el tiempo²⁴; al reconoci-

²³ Véase el giro fundamental marcado por el BVerfGE 73, 339, Solange II.

²⁴ Cfr. Corte cost. n. 14 de 1964.

miento de la primacía del Derecho comunitario directamente aplicable condicionado a concretarse, por lo demás, a través de la mediación necesaria del juicio de legitimidad constitucional de la ley interna²⁵; a la adhesión a las orientaciones del Tribunal de Justicia, con el reconocimiento de que la eficacia directa debe operar a través de la no aplicación de la ley interna por parte del juez nacional²⁶. De la sentencia n. 170 de 1984 se ha subrayado, acertadamente, una apertura decidida a la integración entre los ordenamientos: según el criterio de prevalencia, si el precedente del 73 había señalado el giro hacia el camino comunitario de la Corte²⁷, la sentencia n. 170 supondría el punto de llegada. Es difícil negar, en efecto, sobre todo a la luz de la jurisprudencia posterior, que la solución anticipada por el pronunciamiento de 1984 como acto conclusivo y extendido, a través de los reglamentos, a todos los actos comunitarios directamente aplicables²⁸, que la Corte haya abierto el camino, no sólo a una operatividad más amplia y penetrante del Derecho comunitario, sino también a alteraciones llamativas de los principios del sistema interno de las fuentes y de la posición de la ley, lo que habría implicado, entre otras cosas, la consecuencia, particularmente problemática, de una reformulación muy restrictiva del instituto de la reserva de ley²⁹.

Considero, sin embargo, que el juicio sobre esta jurisprudencia resulta cuestionable. En primer lugar porque la conclusión de una completa abdicación de la Corte a la gestión de la relación entre los ordenamientos, en favor del «continuum» juez comunitario-jueces nacionales, ha sido parcialmente redimensionada por la jurisprudencia posterior, que ha recuperado espacios en absoluto inconsistentes respecto del juicio de constitucionalidad: cuando, en el juicio principal, la verificación de la contradicción con el Derecho comunitario también directamente aplicable, sea sólo funcional

²⁵ Cfr. Corte cost. n. 183 de 1973,

²⁶ Cfr. Corte cost. n. 170 de 1984.

²⁷ Según la afortunada expresión de P. BARILE, «Il cammino comunitario della Corte», en *Giur. cost.*, 1973, 2406 ss.

²⁸ Cfr. Corte cost. nn. 113 de 1985; 168 de 1991; 384 de 1994; 94 de 1995.

²⁹ Emblemática en tal dirección es la sentencia sobre el «numerus clausus» en la universidad: Cfr. Corte cost. n. 383 de 1998.

respecto del restablecimiento de un orden constitucional de competencias vulnerado³⁰; o cuando, en la jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 2001, ha sido reconocido que «las directivas comunitarias representan normas interpuestas aptas para integrar el parámetro para la valoración de conformidad» de la normativa regional al I co. del nuevo art. 117³¹. Además —y me parece que éste resulta uno de los perfiles más problemáticos del camino comunitario de la Corte—, la orientación inaugurada por la sentencia n. 170 se presta quizá, también, a una lectura en clave menos «eurofriendly» de aquella que ha sido descrita. Se puede observar, de hecho, que el mecanismo de la no aplicación de la ley interna por parte de los jueces nacionales no ha tenido sólo el efecto de excluir a la Corte de la integración entre ordenamientos, sino que, sobre todo, ha perseguido el objetivo de preconstituir una sólida base con el fin de sustraerse al verdadero escollo de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. En resumen, el argumento kelseniano de la no equiparación a una jurisdicción nacional es utilizado por la Corte no tanto como una cesión a los argumentos del Tribunal de Justicia, sino, especialmente, con la finalidad de excluir a la Corte constitucional del circuito entre juez comunitario y jueces nacionales, respecto del cual el instituto de la cuestión prejudicial constituye el eje. Es un camino por el que se dirige la Corte, que no me convence. Porque considero que no sólo el papel de los Tribunales constitucionales, sino el propio futuro de las constituciones, son hoy inseparables de la conciencia de las interdependencias que evidencia la realidad del Estado constitucional, y que, permaneciendo fuera del circuito entre jurisdicción comunitaria y jurisdicciones nacionales, los Tribunales constitucionales quizá se posicionen en defensa de la normatividad de las constituciones, pero aíslen a las constituciones de contextos multinivel que condicionan su efectividad. Rechazando la cuestión prejudicial, la Corte «juega a la defensiva». Pero si ella, con el transcurso del tiempo, actúa menos como juez de los derechos y más como juez de las competencias, ello se debe también al hecho de no

³⁰ Cfr. Corte cost. nn. 384 de 1994; 94 de 1995.

³¹ Cfr. Corte cost. nn. 129 de 2006; 406 de 2005; 7, 3, 166 de 2004.

haber querido extraer las consecuencias necesarias de la participación en los circuitos comunicativos con los Tribunales europeos.

En este marco se inscribe también, a mi juicio, el criterio sobre la doctrina de los «contralímites», que la Corte ha utilizado desde 1973 como último obstáculo del proceso de integración, pero que parece no haber elaborado completamente. No sólo por las incertidumbres que todavía permanecen, después de la sentencia n. 232 de 1989, acerca de las modalidades procesales a través de las cuales los contralímites devendrían concretamente operativos. Sino, sobre todo, porque la doctrina de los contralímites no ha sido adecuadamente sistematizada. También en este ámbito, el paralelismo con la experiencia alemana ofrece el punto de partida para cualquier observación relevante. El «Bundesverfassungsgericht», aún antes de la «neue Fassung» del art. 23 GG, ha determinado los criterios constitucionales del proceso de integración sobre diferentes planos. En primer lugar, desde las sentencias «Solange» en los años 70 y 80, al «Bananenmarktbeschluß» de 2000, sobre el ámbito crucial del estándar de protección de los «Grundrechte»: guiada por su consolidada jurisprudencia sobre la Wesensgehaltgarantie del art. 19 GG, la atención del Tribunal alemán se ha focalizado en la valoración de si el ordenamiento comunitario ha descendido por debajo del nivel de protección considerado como irrenunciable por la GG. Un segundo plano es aquel de los criterios establecidos, a partir de «Maastricht Urteil» en 1993, sobre el ámbito de las competencias, disponiendo una reserva de control constitucional sobre el ejercicio de las competencias comunitarias, con el objetivo de verificar si resultan «ultra vires» y sobrepasan los confines de las cesiones de soberanía y, en particular, suponen una lesión del principio parlamentario y de la «Eigenstaatlichkeit» de los Länder³². Este «leit motiv» se ha mantenido también en la sentencia sobre la orden de detención europea, donde el «Bundesverfassungsgericht» pone el acento en la garantía de un umbral intangible de la «estatalidad», entendida como condición basilar e irrenunciable de integración de la comunidad política³³. No olvido que el paralelismo con la experiencia alemana debe

³² Cfr. BVerfGE, 89, 155, Maastricht.

³³ Cfr. BVerfGE, 113, 273, Europäischer Haftbefehl.

ser tratado con cautela, porque ésta se ha desarrollado sobre una construcción axiológica muy fuerte, como es la de la «Grundgesetz» de 1949, que no ha dejado de inspirar también una fuerte ambición expansiva en los conflictos con los principios «constitucionales» del ordenamiento europeo. Ni tampoco olvido que en la jurisprudencia constitucional alemana —así como, por lo demás, en la imponente elaboración teórica que se ha desarrollado en torno a ella—, a la sobrevaloración de la fuerte carga pedagógica de la tradición constitucional alemana, se ha añadido, frecuentemente, la infravaloración de la variedad de inspiraciones y de contribuciones nacionales que han confluído en el patrimonio constitucional «gemeineuropäisch». E, incluso, conviene reconocer al «Bundesverfassungsgericht», así como a las poderosas elaboraciones doctrinales desarrolladas tras la reforma de Maastricht, un esfuerzo de sistematización de los «principios» de la integración comunitaria, que ha sido guiado con mucha insistencia en la línea de la cooperación entre los Tribunales europeos³⁴. Resulta distinta, sin embargo, la valoración de la experiencia italiana, donde la doctrina de los contralímites ha constituido un factor relevante de aislamiento y de rigidez en la posición de la Corte constitucional en el circuito argumentativo de los Tribunales europeos. Resulta, por lo tanto, un cuadro problemático y, en gran medida, decepcionante, en tanto que la carencia de sistematización de la doctrina de los contralímites en el marco de una aproximación cooperativa con la jurisprudencia de otros Tribunales europeos, unida al rechazo de servir de la cuestión prejudicial ex art. 234 TCE, ha acentuado mucho el riesgo de un aislamiento autorreferencial de la Corte Constitucional respecto de un circuito comunicativo.

³⁴ El tema de la «cooperación entre los Tribunales» como vía para construir orientaciones «abiertas al derecho de la UE/*europarechtsfreundlich*» es recurrente en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, y desarrolla un papel concurrente con aquel, marcado, sobre todo, desde las sentencias *Maastricht* de 1993 y *Lissabon* de 2009, donde ha individualizado en la Ley Fundamental límites rigurosos a la ampliación de las competencias de las instituciones comunitarias: *vid.* la reciente decisión *Mangold* de 6 de julio de 2010 (BVerfGE, 2 BvR 2661/06), que contiene algunas significativas matizaciones respecto a *Lissabon Urteil*.

Es preciso añadir que la línea de división entre cuestión de compatibilidad entre norma interna y Derecho comunitario y cuestión de constitucionalidad no se ha perfilado siempre en términos tan ciertos y puntuales que no dejen márgenes a la apertura a la cuestión prejudicial. Esto puede observarse, en particular, en el caso de la contradicción entre la ley nacional y los «principios» del Derecho comunitario, y, por lo tanto, en el caso en que la norma interna contravenga el ordenamiento comunitario pero no el derecho directamente aplicable. También la solución adoptada por la Corte ante esta situación, restituyendo los actos al juez «a quo», con el fin de que sea éste quien formule la cuestión prejudicial y solicite al Tribunal europeo «una interpretación cierta y fiable» del Derecho comunitario³⁵, no se distancia en definitiva de las opciones de fondo de la sentencia n. 170, ya que la interpretación se mantiene en el Tribunal de Justicia que, como consecuencia de la eficacia directa reconocida a sus pronunciamientos, volvería de todos modos a imponerse como derecho inmediatamente aplicable, cerrando así el círculo. Se puede observar, por lo demás, que, también como consecuencia de la evolución de los principios del ordenamiento comunitario y de la referencia del art. 6 TUE a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, el impacto de tales principios no permanece necesariamente circunscrito al plano de la interpretación de la ley interna, sino que el entendimiento del parámetro constitucional resulta mucho más imbricado con la interpretación de aquéllas.

Alguna breve consideración merecen todavía las orientaciones de la jurisprudencia constitucional sobre la completa reconstrucción de la relación entre ordenamiento interno y Derecho comunitario. Bien mirado, el rechazo a servirse del instituto de la cuestión prejudicial es coherente con la reconstrucción de tales relaciones según el esquema del dualismo entre ordenamientos distintos y autónomos, aunque coordinados, que la jurisprudencia propone a partir de la sentencia n. 183 de 1973. Sin embargo, si se considera el «itinerario europeo» de la Corte en una perspectiva más amplia, la construcción dualista ha sido después muy problematizada por sus implicaciones. En el «discurso» comunitario de la Corte, la construcción

³⁵ Cfr. Corte cost. nn. 536 de 1995; 319 de 1996; 108 y 109 de 1998.

dualista continúa siendo realmente central, como premisa teórica necesaria para reconducir la relación entre la jurisdicción comunitaria y la Corte constitucional al esquema kelseniano de la separación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. No obstante, la premisa del dualismo entre los ordenamientos ha sido posteriormente redimensionada, al menos, en dos aspectos. El primero se refiere al giro de la sentencia n. 170, que ha establecido las bases de un circuito de continuidad entre ordenamientos, en el ámbito del cual, al comunitario le viene a ser reconocida no solo la tarea de prescribir cuál sea el derecho que prevalece, sino también los mecanismos procesales idóneos para hacer operativa esta prevalencia y, por lo que respecta a los jueces nacionales, éstos resultan no sólo el instrumento procesal de un vínculo directo con la jurisdicción comunitaria, sino los auténticos y propios «jueces europeos». No sé si se podría sostener que la sentencia n. 170 marca el repliegue de la Corte hacia una especie de ineludible monismo, pero ciertamente es difícil no compartir la conclusión de que, después de este pronunciamiento, el tradicional argumento del dualismo entre los ordenamientos si no ha resultado completamente inutilizable, ha sido, por lo menos, sometido a tensiones muy marcadas³⁶. El segundo aspecto me parece todavía más significativo. Si se considera la jurisprudencia posterior a la sentencia de 1984, es difícil sustraerse a la impresión de que la Corte no sólo ha «dialogado» con el Tribunal de Justicia, sino que, sobre todo, se ha servido a menudo, en la interpretación del parámetro constitucional interno, de las indicaciones provenientes de las reformas de los tratados y del «sistema» del Derecho constitucional común europeo representado por el art. 6 TUE. Esto conduce a concluir que, detrás de la fachada del dualismo de los ordenamientos, se ha abierto camino intensamente un «monismo interpretativo», cuando la Corte tiende a releer y reinterpretar el parámetro constitucional a la luz de los principios fundamentales del ordenamiento comunitario. Me limito a mencionar, sólo para mostrar algunos ejemplos, la jurisprudencia sobre el pluralismo en la información, donde,

³⁶ En este sentido *vid.* la argumentación más recurrente manifestada por la jurisprudencia de 1984 en F. SORRENTINO, «La tutela multilivello dei diritti», in *Riv. it. dir. comunit.*, 2005, 88 ss.

frecuentemente, ha utilizado el canon comunitario del «mercado abierto en régimen de libre concurrencia» para la interpretación del art. 21 Cost.³⁷, o la sentencia n. 443 de 1997, en relación con la discriminación inversa en perjuicio de los productores nacionales de pasta, en la que la Corte ha logrado declarar la inconstitucionalidad de la ley interna sobre la base de una nueva lectura del art. 41 Cost. «orientada» desde los principios del ordenamiento comunitario; o, en fin, la sentencia n. 129 de 2006, según la cual, la aplicación de directivas comunitarias «de tutela de la transparencia y de la concurrencia» en materia de contratos públicos, tal y como interpreta el Tribunal de Justicia, es configurada como un instrumento para asegurar, gracias a la cobertura de los arts. 11 y 117 I co. Cost., «el respeto de los derechos y de los principios fundamentales garantizados por la Constitución italiana». Estoy convencido de que, en este ámbito, se aprecian las más significativas y audaces aperturas comunitarias de la Corte italiana.

4. LAS RELACIONES ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Paso ahora a considerar las relaciones con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque sobre este tema me parece posible manifestar que la afirmación, desde hace tiempo confirmada por la jurisprudencia, salvo alguna matización aislada³⁸, según la cual las normas de la CEDH tienen en el ordenamiento interno el rango de la ley (ordinaria) que la ha ejecutado³⁹, expresa menos de lo que, posteriormente, se ha concretado en la amplia experiencia jurisdiccional, sobre la cual ha pesado, de modo decisivo a partir de las sentencias n. 348 y n. 349 de 2007, la nueva formulación del I co. del art. 117 Cost., que ha permitido elevar a la Convención, como ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

³⁷ Cfr. Corte cost. nn. 826 de 1988; 420 de 1994; 466 de 2002.

³⁸ Cfr. Corte cost. n. 10 de 1993.

³⁹ Cfr. Corte cost. nn. 188 de 1980; 32 de 1960; 177 de 1981; 15 de 1982; 153 de 1987; 323 de 1989; 315 de 1990; 469 de 1981; 75 y 143 de 1993; 32 de 1999.

al rango de norma interpuesta en el juicio de constitucionalidad de la ley interna que entra en contradicción con ella. Suscita perplejidad, en este esforzado itinerario jurisprudencial, la infravaloración de otros parámetros que la Corte habría podido invocar a fin de construir la cobertura constitucional de la Convención sobre bases sustanciales, antes que sobre premisas de jerarquía formal entre las fuentes: me refiero al contenido del art. 2 Cost., en este caso entendido como cláusula de apertura a la incorporación de los derechos reconocidos por los tratados internacionales o regionales, al art. 10 I co. Cost., donde se reconoce que la protección de los derechos humanos constituye un patrimonio generalmente reconocido en la comunidad internacional, o, por último, al art. 11 Const., interpretado en el sentido de que los principios pacifista e internacionalista operan también como principios de apertura a la protección supranacional de los derechos humanos. Por otra parte, con anterioridad al giro de 2007, no ha sido infrecuente encontrarse, en la jurisprudencia de la Corte, con la afirmación de que el estándar de protección de los derechos establecido por la Constitución es, al menos, igual al establecido por la CEDH⁴⁰. A partir de los años 80, la jurisprudencia constitucional sobre las relaciones con la CEDH, todavía parece orientarse con mayor frecuencia hacia una línea de convergencia, al menos en el sentido de que a la Convención se le debe reconocer un valor interpretativo, un papel de auxilio interpretativo según la fórmula elaborada por el «Bundesverfassungsgericht», con el fin de reforzar y extender el significado de la garantía constitucional⁴¹. Una línea que, a falta de una cláusula constitucional que imponga —como en el art. 10 II co. Const. española—, la vinculación de la interpretación conforme a la Convención, está fundada, evidentemente, en la referencia a las orientaciones ya declaradas por la jurisprudencia de Estrasburgo. El diálogo entre los Tribunales pare-

⁴⁰ Cfr. Corte cost. nn. 120 de 1967; 168 de 1994; 1 de 1961; 91 de 1986; 124 de 1972; 376 de 2000. *Vid.* también, para una afirmación significativa de que una garantía de la Convención no encuentra un eco adecuado en la Constitución, Corte. cost. nn. 202 de 1985, en relación con la duración de los procesos.

⁴¹ Cfr. Corte cost. nn. 73 de 1983; 137 de 1984; 41 de 1985; 102 y 212 de 1986; 345 de 1987; 103 de 1989; 69 y 202 de 1991.

ce, nuevamente, por lo tanto, una suma eficaz y sugestiva para construir un «bloque interpretativo» unitario en el ámbito de la protección de los derechos. Desde esta perspectiva, merecen ser señalados algunos desarrollos de la jurisprudencia constitucional que parecen orientados hacia el reconocimiento de un valor constitucional «material» a las normas de la Convención, y hacia la necesaria integración entre Constitución y Convención, a través de la interpretación y del contraste entre las interpretaciones⁴². Un bloque interpretativo unitario, pues, que supera el ineludible obstáculo del valor formal no constitucional de la Convención, y que se apoya, sin embargo, en la integración y la complementariedad recíproca a través de la interpretación.

Después del turning point de las sentencias «gemelas» de 2007, la jurisprudencia constitucional parece todavía oscilar, con algunas incertidumbres, entre el firme reclamo de criterios de jerarquía formal y prudentes aperturas a la integración material entre los ordenamientos. Hacia esta segunda dirección parecen inclinarse dos decisiones de 2009. En primer lugar, la Corte ha precisado, en la sentencia n. 311, que el control de constitucionalidad de la ley nacional por contradicción con el parámetro de constitucionalidad interpuesto, viene a configurarse como la última, y sólo eventual opción, al final de un circuito hermenéutico articulado que tiene como protagonistas al juez «a quo», llamado valorar en primer término si la contradicción no puede ser resuelta por vía interpretativa, y a la propia Corte constitucional, investida de una función «bifronte», en la vertiente de la apreciación de la irresolubilidad del conflicto por vía interpretativa, y en relación con la valoración de la contradicción igualmente irresoluble de la norma convencional con la Constitución, lo que convertiría a la primera en inapropiada para funcionar como parámetro interpuesto. Con la sentencia n. 317, casi subsiguiente, las aperturas esbozadas parecen perfilarse más claramente, porque la misma referencia al parámetro del art. 117 I co. Cost., viene insertada en una perspectiva de integración material entre ordenamientos en una estructura multinivel. Partiendo de la premisa de que la Convención y las constituciones nacionales dan vida a una «compenetra-

⁴² Cfr. Corte cost. nn. 399 de 1988 (proceso penal en rebeldía); 342 de 1999 (participación a distancia del imputado en la discusión a través de instrumentos audiovisuales).

ción» de tutelas de los derechos fundamentales, la Corte asigna a la nueva formulación del art. 117 I co., no sólo la función de presidir la supraordenación formal del nivel constitucional, sino también la de mantener a nivel constitucional un «resultado de integración», precisamente en el sentido de que el respeto de las obligaciones derivadas de la Convención se revela como «un instrumento eficaz de ampliación de la tutela» ofrecido por una estructura multinivel. Lo esencial, en definitiva, es que las interrelaciones entre los diferentes niveles sean el producto de una «combinación virtuosa», en tanto que orientada a la máxima ampliación de la tutela, a través de la obligación del legislador nacional de adecuarse al derecho convencional, la obligación del juez ordinario de interpretar el derecho interno de conformidad con los principios de la Convención, y la labor de la Corte de situarse como baluarte extremo cuando «se haya constatado un déficit de tutela respecto a un derecho fundamental». Al compararla con la jurisprudencia de 2007, en esta sentencia parece acogerse una conciencia más profunda de las dinámicas de un sistema multinivel, no sólo porque se reserva a la Corte un papel exclusivamente «subsidiario» en el circuito de la tutela de los derechos fundamentales sino, sobre todo, porque este papel deriva de las virtualidades esbozadas por el art. 117 I co., en tanto que dicha norma abriría el camino a un proceso de «continua y dinámica integración del parámetro».

Por otro lado, a pesar de estas aperturas en el frente de las dinámicas interpretativas de la relación entre Convención y Constitución, la Corte ha vuelto a trazar recientes límites constitucionales rigurosos respecto de la operatividad de un sistema multinivel, en el que interactúan una pluralidad de fuentes de tutela (Convención, Carta de Niza, Constitución). La primera cuestión se ha referido a las posibles modulaciones del tratado de Lisboa en relación con la posición de la Convención en el sistema de fuentes. Con la sentencia n. 80 de 2011, la Corte, rechazando la consideración de que la Convención, por la vía del art. 6 TUE, se habría convertido en parte integrante del derecho de la Unión, con la consecuencia de que los jueces ordinarios estarían habilitados para no aplicar las normas internas incompatibles con la Convención sin obligación de activar el control de constitucionalidad, rebate la tesis, ya vislumbrada en las sentencias de 2007, de la no identificación y de la no compenetración entre los vínculos provenientes del derecho de la Unión y aquellos derivados de la Convención. Para alcanzar esta

conclusión, la Corte ha utilizado, básicamente, dos argumentos: el primero, resultante de la lectura del art. 6 del TUE, en virtud del cual, en relación con la individualización de cuáles sean las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, la tutela de los derechos fundamentales de la Unión resultaría anclada en los principios generales del Derecho comunitario, y la CEDH desarrollaría un papel «instrumental», es decir, interno a las dinámicas interpretativas del Tratado. El segundo argumento parte de la consideración de la separación de los dos planos, convencional y unionista, en la tutela de los derechos, de modo que los principios generales ex art. 6 TUE, respecto de los cuales el juez comunitario asegura el respeto, son relevantes exclusivamente en relación a los casos particulares a los que es aplicable el derecho de la Unión y, en consecuencia, los efectos en los ordenamientos de los Estados miembros de esta aplicación no serían extensibles «per relationem» a las normas convencionales. Lo que no quita — se lee en un pasaje de la sentencia que, por lo demás, podrá ser susceptible de desarrollos significativos—, que la referencia a las tradiciones constitucionales comunes y a la CEDH se coloquen «en una inequívoca perspectiva de reforzamiento de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales», lo que podrá destacar, en primer término, en el marco de la interpretación de la Carta de Niza, contribuyendo a conferir mayor elasticidad al sistema de protección en ella codificado, y a evitar que la Carta cristalice los derechos fundamentales de la Unión, bloqueando su desarrollo en sede jurisprudencial. Permanece invariable, sin embargo, según la Corte, el obstáculo de una indirecta incorporación de la CEDH en el derecho primario de la UE por efecto de la cláusula de equivalencia del art. 52.3 de la Carta, en tanto que el presupuesto de la aplicabilidad de ésta y de los derechos unionistas es que «los casos particulares sometidos al examen del juez sea disciplinada por el derecho europeo».

Parece, por lo tanto, que también la jurisprudencia constitucional más reciente mantiene una actitud globalmente prudente en la utilización, sobre el terreno interpretativo, de las virtualidades ofrecidas por un sistema, multinivel de protección de los derechos fundamentales en referencia al contenido de los mismos, lo que supondría, en definitiva, el reconocimiento de la inevitable ubicación de la justicia constitucional en el seno de un circuito comunicativo más amplio. Por otra parte, es significativo que, frente

a la prudencia en el ámbito de la individualización del contenido de los derechos, tenga «pendant», una mayor deferencia respecto a los conflictos con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativos a la operatividad de los mecanismos procedimentales dirigidos a garantizar la máxima eficacia de los pronunciamientos del Tribunal en las controversias con los Estados adheridos a la Convención. En esta dirección se orienta la sentencia n. 113 de 2011, que ha declarado inconstitucional el art. 630 del Código procesal penal, en tanto que no prevé un caso distinto de revisión, cuando sea necesaria a fin de acatar una sentencia definitiva de la Corte de Estrasburgo. En esta decisión la Corte italiana ha elegido, muy oportunamente, vincular el juicio de constitucionalidad sobre la norma interna a la funcionalidad del «sistema europeo de protección de los derechos fundamentales», como ha anticipado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también subrayando en la interpretación del art. 46 CEDH la previsión de «un específico procedimiento de infracción, apto para constituir un medio más incisivo de presión en los conflictos con el Estado parte», y además favorecer una plena «restitutio in integrum en beneficio del interesado»: pronto, la incompleta previsión de medidas que garantizan la plena observancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se convertirá, según la Corte, en un «vulnus» constitucional relativo a los derechos del procedimiento, no sanable en vía interpretativa. En este ámbito, pues, el circuito interpretativo entre garantías convencionales del procedimiento y garantías constitucionales del proceso parece susceptible de actuar plenamente, y de aquí parece poder tomar la idea de un «due process of law» europeo, como pilar de un «sistema» europeo de protección de los derechos, en el ámbito del cual, también a la Corte constitucional le corresponde la labor de «poner remedio», removiendo los elementos nocivos que impiden la conexión entre garantías procedimentales convencionales y garantías procesales internas.

5. COMPARACIÓN Y «DIÁLOGO» ENTRE LOS TRIBUNALES EUROPEOS

La breve reseña jurisprudencial deja entrever un itinerario atormentado, que demuestra que la relación entre la Corte constitucional italiana y los

Tribunales europeos, mantenida durante más de un decenio, nos sitúa ante una «experiencia» compleja y esencialmente comunicativa, irreductible a su inserción en abstractas categorías dogmáticas. También en este espacio, por lo tanto, se requiere de la doctrina y de la jurisprudencia conciencia de los desafíos a los cuales se enfrenta la justicia constitucional en el contexto del Estado constitucional «abierto», y de los procesos de integración supranacional. No es, por otro lado, «artificial», la contraposición entre una perspectiva que actúa en base a criterios de jerarquía formal de las fuentes, y criterios de armonización en vía interpretativa o de integración material. Por lo demás, lo que está evidentemente en discusión, no es el hecho de que en el sistema multinivel de protección de los derechos cada uno de los tribunales sea llamado a desarrollar su propio papel, con competencias y fisonomías diferentes y en su propio nivel, sino el hecho de que sea plausible continuar concibiendo las relaciones entre las fuentes que sostienen este sistema multinivel sólo según criterios de jerarquía formal, sin dar la relevancia adecuada a los procesos de interdependencia que se desarrollan en el ámbito interpretativo y de los que, durante decenios, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y de los tribunales europeos ofrecen pruebas difícilmente refutables. Es difícil negar que las certidumbres de una «Stufenbau» de carácter formalista ofrecen caminos más seguros, pero eso no quiere decir que ellas no conduzcan a profundizar en la brecha entre normatividad y efectividad de la constitución, que en sistemas multinivel de protección puede ser superada, no a través de la abdicación del propio papel por parte de los singulares actores, sino a través de la conciencia de la ineludible unilateralidad de la perspectiva que estos asumen, y de la «parcialidad» de cada uno de los niveles de tutela. Razonando de modo diverso se corre el riesgo no sólo de radicalizar los términos del problema, sino de olvidar que los procesos interpretativos, en cuyo contexto se encuentran axiologías complejas y no monodimensionales o unilaterales, son instrumentos de armonización de los conflictos propios de la complejidad, cuya inexistencia puede comportar situaciones autorreferenciales de bloqueo quizá más peligrosas que las nieblas del diálogo. En el contexto de la discusión permanece, en definitiva, una alternativa de fondo: por una parte la aproximación ligada a la premisa de un nexo indisoluble entre constitución y estatalidad, para la que las «limitaciones de la soberanía» en los procesos de integración

supranacional y en el Estado constitucional «abierto» o «cooperativo», constituyen un cuerpo extraño y un «vulnus» del principio constitucionalidad; y por otro lado, la aproximación que reconoce más bien un recurso, o mejor, la ineludible respuesta a los desafíos que agitan el «futuro» de las constituciones. No sólo porque a las constituciones se les reclama introducir renuncias a la soberanía para poder alcanzar a preservar espacios indeclinables de la estatalidad, sino, sobre todo, porque pueden conservar su función como instrumentos esenciales de limitación del poder en una época dominada por bloques de poderes transnacionales ante los cuales las constituciones están cada vez más indefensas, sólo con la condición de que los procesos de constitucionalización trasciendan los límites de los Estados. Una apuesta, ésta, que afecta en primer lugar, como es evidente, a los Tribunales constitucionales.

Las consideraciones desarrolladas inducen a concluir que es ineludible tomar nota de que los Tribunales constitucionales europeos se mueven hoy en el marco de un «sistema europeo» de justicia constitucional, que no está construido sobre bases jerárquicas, sino acordado sobre el plano de la integración material, y que, para comprender el papel que aquélla desarrolla en dicha estructura, conviene liberarse de prejuicios radicados en el iuspositivismo estatista. Si cada ciencia es verdaderamente tal, es porque consigue poner continuamente en crisis los conceptos fundamentales sobre los cuales trabaja y que ella misma ha elaborado, esto vale también, naturalmente, para la ciencia jurídica. La adopción de una perspectiva europea «de sistema» sugiere sólo algunos aspectos problemáticos (y de interlocución), sobre el papel de la comparación en el diálogo entre los Tribunales europeos. Nos debemos preguntar si los procesos de integración supranacional se sitúan fuera de los horizontes de la comparación constitucional. Dicho más claramente: ¿la realidad del «Estado constitucional cooperativo» indica el desbordamiento de procesos de comunicación entre ordenamientos diversos, anteriormente protegidos de los recursos más dúctiles de los cánones de la comparación? ¿Tiene todavía futuro la comparación en la época del desbordamiento del «Estado constitucional» de los límites del «Estado nacional»? O después de haberla preparado, ¿deberá ceder el paso a mecanismos más compactos de «integración homologativa» entre ordenamientos? ¿Existe espacio todavía para el método comparativo en la inter-

pretación de las estructuras «prefederales» del constitucionalismo multinivel y de la protección multilevel de los derechos en el ordenamiento europeo? No es este el lugar para responder con profundidad a estos interrogantes. Solamente observo que, históricamente, en los procesos de formación de estructuras federales, la comparación en el Derecho público nace, precisamente, en el terreno de las estructuras multinivel como la desarrollada en el escenario de los Estados territoriales alemanes de la Restauración, y que las primeras teorizaciones sobre el método comparativo de Zachariä, Zöpfl, von Mohl, Mittermaier, Hugo, son inseparables de este contexto institucional. Son sólo esbozos de una reflexión más completa. Pero sobre estos interrogantes se juega, por lo demás, el futuro de la comparación constitucional. Porque, de un lado, no hay duda de que en el ordenamiento europeo de los derechos, la utilización de cánones comparativos por parte de los Tribunales (para identificar, por ejemplo, las «tradiciones constitucionales comunes»), se proyecta en una dimensión de integración que no es ya aquella que históricamente ha representado el ámbito sobre el que se ha desarrollado la comparación constitucional. De otro lado, los procesos de integración supranacional, a lo sumo, exigen el mantenimiento de vínculos más flexibles y dinámicos entre los diversos ordenamientos, que dejan espacio a la utilización de cánones comparativos sobre el terreno de la interpretación. La experiencia de la «creación jurisprudencial» de un sistema de derechos en el ordenamiento europeo multinivel, demuestra que el método comparativo constituye todavía el presupuesto necesario para la búsqueda de principios generales que trascienden los confines de los Estados. En un ensayo muy profundo de 1989, Peter Häberle ha puesto el acento con fuerza sobre las potencialidades de una doctrina de la comparación como «vergleichend», y sobre los recursos de la interpretación que utilizan el canon de la comparación como vehículo para la construcción de un estándar óptimo de protección de los derechos fundamentales⁴³. Y la perspectiva de una «in-

⁴³ Cfr. P. HÄBERLE, «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als «fünfter» Auslegungsmethode (1989)», en Id., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Berlín 1992, 27 ss.

interpretación abierta de los derechos fundamentales» resulta, volviendo al papel de la jurisprudencia constitucional, intrínsecamente comparatista. Ella constituye una extraordinaria oportunidad para los Tribunales constitucionales, pero también un desafío al que ellos no deberían sustraerse. La compleja evolución de la relación entre los Tribunales constitucionales y los Tribunales europeos, puede ser atemperada siguiendo la huella dejada por la idea de que la comparación es, esencialmente, «comunicación» entre experiencias diferentes: una comunicación que rehúye tentativas de rígida jerarquización porque es tal sólo si nadie tiene «la última palabra». Porque, en definitiva, no existe comparación allí donde se construyen monopolios o primacías en la interpretación, en tanto que ésta se alimenta ante todo, del diálogo entre culturas.

Resumen:

El presente trabajo se inicia revisando si las estructuras contemporáneas de justicia constitucional en el continente europeo pueden todavía configurarse como una manifestación del paradigma kelseniano. A continuación, analiza a través de una serie de ejemplos, cómo esas estructuras han experimentado tensiones de configuración. Los dos últimos apartados están dedicados a estudiar en concreto la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana en referencia al derecho de la Unión y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Palabras Clave: *Jurisdicción constitucional, Derecho de la Unión, Convenio Europeo de Derechos Fundamentales, Tribunal de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte constitucional italiana.*

Abstract:

This paper begins taking account of the modern constitutional jurisdiction in Europe and it wonders if the Kelsen's paradigm is still a useful as an analytical criteria. After that, it explains with several examples the tensions that the constitutional jurisdiction has experienced lately. The last two points are dedicated to study the Italian Constitutional Court jurisprudence related to European Law and the EHRC.

Keywords: *Constitutional jurisdiction, European Union Law, European Convention, ECJ, ECHR, Italian Constitutional Court*

LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO UNITARIO EN ITALIA: DESDE LA UNIFICACIÓN HASTA LA REPÚBLICA *

GIANCARLO ROLLA **

SUMARIO:

1. LA APUESTA CENTRALISTA DEL REINO DE ITALIA
2. EL PRINCIPIO UNITARIO EN LA CONCEPCIÓN DE LOS CONSTITUYENTES
3. LA AFIRMACIÓN DE UNA NUEVA «IDEA» DE REGIÓN Y LA DIFUSIÓN PROGRESIVA DE FUERZAS HOMOGENEIZADORAS
4. LA REFORMA DEL TÍTULO V DE LA CONSTITUCIÓN ENTRE EL «ENCANTO» DE LA HOMOGENEIDAD Y LA EMERSIÓN DE INESPERADOS IMPULSOS HACIA LA CENTRALIZACIÓN

1. LA APUESTA CENTRALISTA DEL REINO DE ITALIA

Cuando definieron los caracteres constitucionales del naciente Reino de Italia, los constituyentes pudieron hacer referencia a dos experiencias distintas de ordenamientos unitarios: las Repúblicas federales y las Monarquías constitucionales.

Las primeras habían nacido históricamente para cumplir con una exigencia de mayor unidad: diferentes comunidades territoriales habían renunciado a una parte de su soberanía originaria con el fin de afrontar mejor problemas comunes, pues la forma de Estado federal parecía la organización institucional más adecuada para asegurar la unificación jurídica y económica, favoreciendo además una fusión de culturas y tradiciones.

* Traducido del italiano por Sabrina Ragone.

** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Génova (Italia).

La propensión unitaria de las primeras experiencias de federalismo (en los Estados Unidos de América, en Canadá, en México, en Argentina, en Venezuela) era tan evidente que destacados autores habían considerado el federalismo un «paso hacia la unidad de gobierno»¹. Al respecto es especialmente aguda la reflexión de Dicey, el cual individualizó las precondiciones para la creación de una federación: por un lado, la presencia de varios territorios mancomunados por la historia, la raza, la nacionalidad; por otro lado, el deseo de unión, pero no de homogeneidad, de los habitantes de estos territorios².

Al contrario, las Monarquías constitucionales se habían difundido en Europa —antes de que se revocasen como reacción al fracaso de los movimientos revolucionarios de 1848— inspirándose en los principios organizativos del Estado liberal de derecho: principio de legalidad, separación de poderes, abandono de la unidad del poder del soberano y mayor poder de los legislativos, y centralidad de la ley respecto de las demás fuentes del derecho.

Se trataba de dos experiencias consideradas alternativas tanto en perspectiva histórica como teórica, siendo prevalente la idea de que existiese una contraposición sustancial entre Estados unitarios federales y Estados monárquicos, pues los primeros llegan a la unidad a través de la libertad de los pueblos y los segundos actúan prevalentemente a través de la fusión y la anexión³. La historia del siglo XIX —que coincide en nuestro continente con la historia de las Monarquías europeas— podría llevar a pensar en una incompatibilidad entre ordenamiento monárquico y principio de autodeterminación de los pueblos, con la consecuencia de individualizar en el principio republicano una base mayormente propicia para el desarrollo de una organización federal del Estado.

¹ J. BRYCE, *The American Commonwealth*, Nueva York, 1888, p. 906.

² A. DICEY, *An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Oxford, 1885, p. 141.

³ Véase D. VENERUSO, «Carlo Cattaneo e la mancata affermazione del modello federalistico nell'Europa dell'ottocento», en D. PREDÀ, C. ROGNONI VERCELLI (eds.), *Storia e percorsi del federalismo*, Bolonia, 2005, p. 95 ss.

Para reforzar esta convicción se puede subrayar que, en Latinoamérica, muchos de los Estados que se formaron tras el proceso de independencia optaron contextualmente por la forma republicana y por el federalismo (México, Venezuela, Brasil, Argentina), al igual que Estados Unidos y Suiza que se constituyeron como Repúblicas. Con referencia a Europa, se puede observar que la afirmación sustancial del federalismo en Austria surgió de la crisis de la Monarquía austrohúngara, con la aprobación de la Constitución federal de 1918; mientras que en Alemania —aunque la Constitución de 1871 calificaba al imperio como un pacto entre príncipes— el principio federal fue delineado bajo la Constitución de Weimar y, posteriormente, consolidado al final de la segunda guerra mundial, cuando la República federal de Alemania se afirmó como asociación voluntaria de unidades autónomas, animadas por un espíritu centrípeto y una voluntad cooperativa.

A la luz de estas consideraciones se puede decir que la opción italiana a favor de la Monarquía constitucional era coherente con el proceso histórico, pero no lo era la configuración de una forma de Estado rígidamente centralista: introduciendo una ruptura respecto de algunas tendencias institucionales del Resurgimiento y de las posiciones de los que sostenían la oportunidad de una unificación pluri-institucional, capaz de dar expresión a las diferencias culturales, a las realidades históricas y de calificar el proceso de unificación más como agregación de pueblos diferentes que como incorporación dentro del Estado Saboya⁴.

La centralización política y administrativa del Estado fue perseguida con coherente determinación y consiguió un resultado fundamental: la fusión en poco tiempo de siete Estados y la superación del particularismo territorial anterior. Sin embargo, la misma manifestó también límites, considerando las decisiones principales tomadas al principio de la formación del Estado unitario.

En primer lugar, la relación entre el Estado Saboya y los demás ordenamientos pre-unitarios se desarrolló con un proceso unívoco, que llevó a evitar incluir en el sistema mismo instituciones provenientes de otros

⁴ Véase L. ZANZI, «Cattaneo: il federalismo di fronte alla storia», en D. PREDA, C. ROGNONI VERCELLI (eds.), *Storia e percorsi del federalismo*, cit., p. 41 ss.

ordenamientos. Excluida la convocatoria de una Asamblea Constituyente —considerada peligrosa para los equilibrios alcanzados— se prefirió una evidente continuidad entre fase sardo-piamontesa de la dinastía Saboya y la fase italiana: símbolos de esta continuidad fueron la decisión que el Estatuto Albertino fuese la Constitución del Estado nacional italiano; el hecho de que el Rey, cuando asumió el título de Rey de Italia, siguió siendo «Vittorio Emanuele II» (y no I) y el hecho de que la legislatura del nuevo Reino fue enumerada como la octava⁵.

En segundo lugar, el diseño unitario, que se cumplió con la aprobación de la ley 2245/1865 sobre la unificación administrativa del Reino —un amplio proceso de codificación de la ley municipal y provincial, de seguridad pública, de sanidad, sobre el Consejo de Estado y el contencioso administrativo y las obras públicas—, afectó también al sistema de las autonomías territoriales. De hecho, la mencionada ley municipal y provincial preveía un alcalde no electivo, nombrado mediante real decreto; una distinción rígida entre gastos obligatorios y facultativos que transformó a los Municipios en sede periféricas de las políticas nacionales; la doble naturaleza del alcalde como jefe de la administración y oficial del gobierno y, sobre todo, enfatizaba el papel del prefecto como representante del poder ejecutivo y jefe de la Diputación provincial⁶.

Otra señal de esta tendencia general fue también la rápida retirada del proyecto de ley en materia de administración municipal, provincial y regional presentado por el ministro Minghetti durante el primer Gobierno de Cavour, que deseaba crear un consorcio interprovincial denominado Región presidido por un «gobernador» dependiente del Gobierno y por una Comi-

⁵ Para profundizar véase C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia*, Bari, 2000.

⁶ Véase G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bolonia, 1996; A. PETRACCHI, *L'origine dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, Milán, 1962; A. AMORTH, *Le Province*, Vicenza, 1968; M.S. GIANNINI, *I Comuni*, Vicenza, 1967; E. ROTELLI, *Costituzione e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Bolonia, 1981; G. MIGLIO, *La formazione dello Stato unitario*, Milán, 1961.

Para una reconstrucción detallada de los estudios sobre la ley municipal y provincial de 1865, véase G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, Milán, 1998, p. 297 ss.

sión elegida por las Asambleas provinciales interesadas. La propuesta tenía el objetivo de reducir la uniformidad de la organización administrativa del Estado, consecuente a la decisión de extender la organización institucional del Piamonte a todo el territorio italiano; para usar las palabras del ministro proponente, el fin era «conciliar la variedad reglamentaria de las partes de Italia con la unidad legislativa de toda la Nación». Este proyecto fue bloqueado por el Gobierno porque la estructura unitaria y concentrada del Estado era considerada el mejor antídoto contra el particularismo.

Hay que subrayar que los artífices del proceso constitucional de unificación del Estado no ignoraron la utilidad de la descentralización y la oportunidad de un reequilibrio entre el Piamonte y las otras zonas del País, pero consideraban que este resultado se podría alcanzar sin reconocer la autonomía de los distintos territorios. En su opinión, para superar las diferencias regionales eran suficientes unas «leyes buenas», una administración formada por «funcionarios válidos» y la inclusión en la estructura del Estado de los más preparados de cada área del País.

En otras palabras, se rechazaba la descentralización política, pero no la administrativa. Se puede recordar, por ejemplo, la experiencia de las lugartenencias regionales, que actuaban en las dependencias del Estado y estaban dotadas de poderes extraordinarios de gobierno; o la preferencia atribuida a las administraciones municipales y provinciales —que, en virtud de la normativa sobre el régimen local, estaban ampliamente controladas por la administración central— respecto de la posibilidad de instituir Regiones, por el miedo a que éstas evocasen, en algunas zonas, el recuerdo de los antiguos Estados pre-unitarios⁷.

Los estatistas que se encargaron de promover un proceso rápido de unificación social y política del País manifestaron —como lo hemos subrayado— un cambio de actitud respecto a posiciones anteriores sobre la descentralización política: piénsese, por ejemplo, en Crispi que había criticado en

⁷ Para un análisis del debate sobre las Regiones antes de la Constitución republicana, véase R. RUFFILLI, *La questione regionale dall'unificazione alla dittatura (1862-1942)*, Milán, 1971; G. ROLLA, «Appunti per uno studio sui caratteri della battaglia autonomista in Italia», en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Milán, 1975, p. 816 ss.

sus estudios juveniles las consecuencias negativas de la «servidumbre del poder municipal hacia el central», mientras que Ricasoli había sido entre los moderados a favor de una corriente autonomista. A su vez Cavour, admirador de la experiencia inglesa del «self-government» y descrito como «ciegamente confiado» en la importancia de la descentralización, tomó decisiones centralistas conforme iban llegando los informes de los observadores enviados al Sur de Italia⁸.

La opción a favor de una organización administrativa uniforme en todo el territorio estatal, muy centralizada y políticamente homogénea, tuvo motivaciones diferentes que —a pesar de las notables y numerosas aportaciones de la doctrina— es difícil sintetizar.

Seguramente fueron determinantes las motivaciones políticas, alimentadas por la difusa convicción de que reconocer autonomías territoriales sería peligroso para la consolidación de la unificación política del País y favorecería las tendencias centrífugas, propiciadas por la falta de una conciencia nacional. Así prevaleció una actitud de desconfianza hacia la madurez de la sociedad italiana, confirmada por el comportamiento del mismo Cavour, que, siendo Presidente del Gobierno, pareció temer que la región se transformase en algo demasiado parecido al federalismo y representase un peligro para la consolidación del Reino⁹.

Estas preocupaciones fueron alimentadas también porque a menudo, tras la solicitud de mayor autonomía, se escondían intenciones de naturaleza corporativa y conservadora, que veían en la Región un instrumento útil para contrarrestar el proceso de reforzamiento del Estado nacional: no es una casualidad que los principales centros de irradiación de la idea regionalista fuesen los territorios más perjudicados por la creación de un ordenamiento unitario centralizado, mientras que eran bastante elitistas los grupos políticos y sociales que propugnaban la regionalización del Estado unitario como factor de dinamismo económico y medio de democracia política.

⁸ Véase B. KING, *Storia dell'unità d'Italia (1814-1870)*, Roma, 1960, p. 240 ss. Véase también E. RAGONIERI, *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Bari, 1967, p. 166 ss.

⁹ Véase E. PASSERIN D'ENTREVES, *L'ultima battaglia politica di Cavour. I problemi dell'unificazione italiana*, Turín, 1976.

Asimismo, a favor de una organización administrativa centralizada se aportaron motivaciones tanto económicas (porque los jóvenes liberales consideraban el centralismo político y administrativo el camino más seguro para secundar el desarrollo de la economía italiana)¹⁰ como jurídicas e institucionales. Entre ellas, se pueden recordar, por un lado, una idea de la soberanía del Estado que excluía la transferencia de las funciones estatales a entes políticamente autónomos y, por otro lado, una concepción del principio de igualdad —entendido exclusivamente como parificación desde el punto de vista formal de las condiciones en el ámbito de la ley— inconciliable con el reconocimiento de las diferencias existentes en la sociedad italiana y entre sus territorios. Al mismo tiempo la experiencia y el modelo institucional francés influyeron notablemente sobre la decisión de crear una organización política homogénea y una estructura administrativa uniforme¹¹.

A la luz de estas consideraciones no sorprende que, en concreto, las propuestas de instituir dentro de la organización administrativa del Estado unitario ordenamientos regionales fuesen limitadas y muy lejanas en el tiempo. Aparte de la ya mencionada (y decepcionante) experiencia del proyecto de ley presentado por el ministro Minghetti, hay que llegar hasta el Real Decreto 1319/1921, que instituyó una comisión consultiva para la reorganización administrativa de las Regiones Trentino Alto Adigio y Venecia Julia, para evaluar la posibilidad de conceder a aquellos territorios una autonomía regional. Este decreto tenía el fin de ejecutar el «Tratado de Saint Germain», relativo a la anexión a Italia de los territorios que formaban parte del Reino austrohúngaro tras la primera guerra mundial; pero no logró ningún resultado concreto.

2. EL PRINCIPIO UNITARIO EN LA CONCEPCIÓN DE LOS CONSTITUYENTES

De todo lo anterior se deduce que la aprobación del Título V de la Constitución no representa la conclusión de un proceso histórico lineal. La ins-

¹⁰ Véase por todos R. ROMEO, *Capitalismo e risorgimento*, Bari, 1959.

¹¹ Véase C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia*, cit., p. 87 ss.

titución del ordenamiento regional es no solamente —junto con la justicia constitucional y la independencia del poder judicial— una de las profundas novedades introducidas por la Asamblea Constituyente, sino también un elemento de discontinuidad en la evolución de la forma de Estado, debido a una nueva conciencia de la inadecuación de una tradición autonomista y el intento de reconstruirla para resolver los problemas planteados por la edificación de un Estado renovado y moderno¹².

Se trató, entre otras cosas, de una decisión no improvisada, porque fue anticipada por la decisión de instituir a algunas Regiones especiales¹³ y porque las decisiones tomadas en la Asamblea Constituyente estuvieron precedidas por una notable actividad preparatoria —por ejemplo, los estudios de la Comisión para la reforma de la Administración y de la Comisión para la reorganización del Estado— además de la documentación del Ministerio para la Constituyente¹⁴.

¹² Al respecto, disculpad si menciono mi estudio G. ROLLA, *La commissione per le questioni regionali nei rapporti tra Stato e Regioni*, Milán, 1979, p. 12.

¹³ Sobre las autonomías regionales especiales: G. LA BARBERA, *Lineamenti di diritto pubblico della Regione siciliana*, Milán, 1958; V.M. IMMORDINO, F. TERESI, *La Regione Sicilia*, Milán, 1988; G. SILVESTRI, «Statuto Sicilia, Leggi costituzionali e di revisione costituzionale», en *Commentario della Costituzione*, Bolonia, 1995, p. 316 ss; G. CONTINI, *Lo statuto della Regione sarda: documenti sui lavori preparatori*, Milán, 1971; P. PINNA, «Statuto Sardegna, Leggi costituzionali e di revisione costituzionale», en *Commentario della Costituzione*, cit., p. 362. Véanse también: M.R. CARDIA, *La nascita della Regione autonoma della Sardegna*, Milán, 1992; P. CARROZZA, «Statuto Valle d'Aosta, Leggi costituzionali e di revisione costituzionale», en *Commentario della Costituzione*, cit., p. 401 ss; E. ROTELLI, E. VITTA, *L'autonomia regionale della Valle d'Aosta. Profili storici e giuridici*, Turín, 1973; R. BARBAGALLO, *La Regione Valle d'Aosta*, Milán, 1978; V. BUSCEMA, R. FUSCO, *La Regione Friuli-Venezia Giulia*, Milán, 1982; M. BERTOLISSI, «Statuto Friuli Venezia Giulia», en *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale*, en *Commentario della Costituzione*, cit., p. 486 ss; P. CESAREO, *L'autonomia della Regione Trentino-Alto Adige e delle Province di Trento e Bolzano*, Milán, 1957; F. BERTOLDI, *Il Trentino Alto Adige*, Milán, 1958.

¹⁴ Véanse las referencia en G. MIELE, *La Regione*, en *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, II, Florencia, 1950, p. 229.

Con esta base, los constituyentes configuraron una organización del Estado en la cual la tutela de la unidad política y el respeto a las autonomías regionales se tenían que realizar de forma contextual. Modificando muchas impostaciones culturales y políticas que habían alimentado la formación del Estado nacional, la Constitución republicana afirma por primera vez en nuestra historia constitucional la compatibilidad entre naturaleza unitaria del Estado y descentralización política. El Estado regional —como variante del «tipo» de Estado unitario— presupone la convivencia entre la autonomía de las comunidades territoriales y el principio de unidad del ordenamiento constitucional. Naturaleza unitaria del Estado y distribución territorial del poder político son valores complementarios, representan dos polos opuestos pero inseparables, pues el Estado, las Regiones y los entes locales dan lugar a ordenamientos distintos y autónomos, pero integrados dentro de un mismo sistema constitucional de valores y principios ¹⁵.

A pesar del temor por algunas tendencias separatistas y de la preocupación por los problemas sociales y económicos de la reconstrucción, entre los constituyentes maduró la convicción que algunas zonas del País representarían un centro potencial de movimientos anti-unitarios si no se atribuían a las comunidades regionales poderes e instrumentos para facilitar la participación de los ciudadanos en la vida pública y las decisiones políticas ¹⁶.

Sobre la actividad del Ministerio para la Constituyente, véanse: C. GIANNUZZI, «L'istituzione e l'attività del Ministero per la Costituente», en *Il Ministero per la Costituente: l'elaborazione dei principi della carta costituzionale*, Florencia, 1995, p. 3 ss.; S. BENVENUTO, «Elementi di raffronto fra i più significativi istituti della costituzione e i suggerimenti del ministero per la Costituente», en *Il Ministero per la Costituente: l'elaborazione dei principi della carta costituzionale*, cit., p. 2055 ss. Sobre la labor y las propuestas del Ministerio, véase asimismo el *Bollettino d'informazione e documentazione del Ministero per la Costituente*, Roma, 1945-1946.

¹⁵ Véase al respecto G. ROLLA, «Las relaciones entre niveles institucionales en los Estados Federales y Regionales: autonomía, unidad e integración», en J.L. GARCÍA RUIZ, E. GIRÓN REGUERA (coords.), *Estudios sobre descentralización territorial*, Cádiz, 2006, p. 9 ss.

¹⁶ Véase G. ROLLA, *La Commissione per le questioni regionali nei rapporti tra Stato e Regioni*, cit., p. 17 ss. y también G. AMBROSINI, *L'ordinamento regionale*,

Los constituyentes eligieron así un Estado unitario con base regional, creando un prototipo de Estado unitario: una organización institucional «intermedia» entre Estado federal y sistema unitario concentrado¹⁷. El mismo texto del art. 5 de la Constitución y su colocación entre los principios fundamentales de la República revelan la intención de incluir la autonomía de las comunidades territoriales entre aquellos principios que determinan nuestra forma de Estado republicana: al igual que, por ejemplo, la Constitución de la República federal alemana incluye la estructura federal del Estado entre los elementos no reformables¹⁸.

En consecuencia, al reconocimiento de condiciones constitucionales de autonomía se suelen acompañar normalmente de poderes eficaces para que el Estado intervenga en defensa de la unidad del sistema, evitando que las diferencias entre comunidades regionales afecten el principio de igualdad (por lo que se refiere a los derechos sociales y económicos) y la solidaridad (entre territorios). Por otro lado, es significativo que la redacción inicial del art. 5 de la Constitución retomase —en su sustancia y letra— la fórmula «una e indivisible», preferida por los Montañeses y presente en la Constitución francesa de 1791 y en la de 1793.

La clave para entender las normas del Título V se encuentra en el art. 5 de la Constitución, que, según Esposito, simbolizaba la fusión de las diferentes posiciones alrededor de un punto común, es decir, la preocupación por garantizar que en la distribución de las competencias no se perdiera la unidad del País y que el pluralismo no generase una separación o un enfrentamiento institucional¹⁹.

Bolonia, 1957; E. ROTELLI, *L'avvento della Regione in Italia*, Bolonia, 1975; ID., *Dallo Stato accentratore allo Stato delle autonomie*, Italia 1945-1975, Milán, 1975; AA. VV., *Regioni e Stato dalla Resistenza alla Costituzione*, Bolonia, 1975.

¹⁷ Véase M. VOLPI, «Le forme di Stato», en G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bolonia, 1995, p. 387 ss.

¹⁸ Los caracteres innovadores de esta decisión fueron subrayados, por ejemplo, por M. MIELE, *La Regione*, cit., p. 233, C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, cit., p. 66 ss.

¹⁹ Así C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento nell'art. 5 della Costituzione italiana*, cit., p. 69.

Hay numerosas disposiciones que desarrollan el sistema de las autonomías dentro de un contexto institucional atento a la protección de los intereses nacionales y los principios unitarios del ordenamiento. Se pueden recordar, por ejemplo, la competencia atribuida al legislador estatal para determinar los principios fundamentales dentro de los cuales la Región desarrolla su potestad legislativa (art. 117 Const.); la competencia de la ley estatal para regular la autonomía financiera de las Regiones, coordinándola con la hacienda estatal (art. 119 Const.); la previsión de un complejo sistema de controles preventivos sobre los órganos —mediante el poder estatal de disolución de las Asambleas regionales (art. 126 Const.)— y sobre los actos normativos de las Regiones (art. 125 y art. 127 Const.); la prohibición de adoptar actos que obstaculicen de cualquier forma la circulación libre de personas y cosas entre las Regiones o limiten el ejercicio del derecho al trabajo en el territorio nacional.

Igualmente los múltiples límites (materiales y procedimentales) impuestos por el art. 123 Const. a la potestad estatutaria de las Regiones se debían a la voluntad de los constituyentes de evitar que la autonomía organizativa de las Regiones pudiera afectar la unidad del ordenamiento republicano.

Es emblemática también la atención con la cual, en la redacción del estatuto especial para Sicilia (mayo de 1946) se atemperó el reconocimiento de la potestad legislativa exclusiva de la Región en materia de agricultura e industria, con el límite general de las «reformas agrarias e industriales deliberadas por la Constituyente del pueblo italiano»: ello por el miedo a que la autonomía del legislador regional pudiese anular aquellas reformas que el Gobierno deseaba realizar en materia de relaciones agrarias e industria.

Otro elemento característico de la arquitectura del Título V consiste, en nuestra opinión, en una evidente acentuación del papel del legislador nacional en la elaboración de la autonomía. Ésta no surge —como en España— del principio dispositivo²⁰, sino se desarrolla bajo el impulso de la activi-

²⁰ Sobre este punto véase G. ROLLA, «El Estado autonómico. La experiencia española desde la óptica del regionalismo italiano», en M.L. BALAGUER (coord.), *XXV Aniversario de la Constitución española*, Málaga, 2005, p. 79 ss.

dad legislativa del Estado: como lo manifiesta el art. 5 Const., donde se emplea la expresión «promueve» para evidenciar que el proceso de descentralización se deriva de la acción unilateral del sujeto titular de la soberanía, es decir, el Estado.

Del diseño constitucional emerge la intención de individualizar en el Estado el sujeto que conforma la autonomía de las comunidades territoriales: por esto los ordenamientos de los niveles sub-estatales se consideran derivados, en el sentido de que, por un lado, las Regiones se originan por voluntad del Estado —que las ha individualizado y que tiene la competencia sobre la variación de su territorio—; por otro lado, sus ordenamientos son uniformizados por el poder del Parlamento nacional de no aprobar los estatutos de las Regiones ordinarias y elaborar los de las Regiones especiales.

Además, el ejercicio por parte de las Regiones de sus competencias administrativas y legislativas estaba condicionado, en el primer caso, por la necesaria aprobación por parte del Estado de leyes de transferencia de las funciones administrativas conforme a la disposición transitoria VIII de la Constitución; en el segundo caso, por el vínculo previsto en el art. 9 de la ley 62/1953, que (en su texto originario) subordinaba la aprobación de las leyes regionales a la adopción de los principios de la materia por parte del Parlamento nacional.

Finalmente, la capacidad del Estado para conformar la autonomía normativa de las Regiones era aumentada por el art. 117.2 Const., que otorgaba al Parlamento nacional el poder de decidir si atribuir o no a las Regiones una competencia legislativa integradora en determinadas materias. Por último, no se puede olvidar el intento de los primeros comentaristas del art. 117 Const. de relacionar la competencia legislativa regional al significado que las materias tenían en el momento de la labor constituyente²¹.

²¹ Es el caso, por ejemplo, de M. MAZZIOTTI, *Studi sulla potestà legislativa delle Regioni*, Milán, 1961.

3. LA AFIRMACIÓN DE UNA NUEVA «IDEA» DE REGIÓN Y LA DIFUSIÓN PROGRESIVA DE FUERZAS HOMOGENEIZADORAS

En el rendimiento de las instituciones, un papel importante lo reviste el «factor tiempo»: el retraso en la ejecución de la Constitución no determinó sólo una omisión por parte de Gobierno y Parlamento, sino también una desviación de las decisiones originarias²². De esto parecía consciente la misma Asamblea Constituyente, que había previsto tiempos rápidos para la institución de las Regiones, pues la disposición transitoria VIII establecía que las elecciones de los diputados regionales se realizaran en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Constitución, mientras que la disposición transitoria IX daba al Parlamento tres años para adecuar la legislación estatal a las nuevas competencias regionales.

Como es sabido, el ordenamiento regional fue implementado con retraso, y además en un contexto social, económico y político modificado²³. En otras palabras, se puede decir que las Regiones nacieron basadas en motivaciones diferentes de las que habían inspirado tanto la labor constituyente como otras experiencias descentralizadas.

Al respecto, en un estudio anterior intentamos clasificar las motivaciones que fundamentan la creación de sistemas constitucionales multinivel, individualizándolas en la exigencia de reconocer las diferencias culturales de algunos territorios, favorecer el autogobierno de comunidades territoriales o establecer un principio organizativo basado en el criterio de subsidiaridad²⁴. Ahora bien, se puede afirmar que la «fase constituyente» de las Regiones italianas se caracterizó por la intención de conseguir objetivos institucionales que no coinciden con aquellos que acabamos de mencionar.

²² Sobre las resistencias a la implementación de la Constitución, sobre todo con referencia a las instituciones más innovadoras, véase la doctrina mencionada por G. ROLLA, *Riforma delle istituzioni e costituzione materiale*, Milán, 1980, p. 21 ss.

²³ Véase F. BASSANINI, *L'attuazione delle Regioni*, Florencia, 1970; E. ROTELLI (ed.), *Dal regionalismo alle regioni*, Bolonia, 1973.

²⁴ Así, por ejemplo, en G. ROLLA, *L'organizzazione territoriale della Repubblica*, Milán, 2011, p. 11 ss.

Fue preponderante la exigencia de configurar a las Regiones como factores de innovación institucional, elementos de mejora de los mecanismos de participación democrática y entes de planificación territorial; la atención se centró en el papel que éstos asumirían en el proceso de renovación de las instituciones y su capacidad para insertar nuevos principios en la organización del Estado²⁵.

A este respecto, no es una casualidad que las Regiones se instituyeran en una fase en la cual, por un lado, el Parlamento aprobó algunas leyes significativas que pretendían promover la participación y el pluralismo y, por otro lado, se reforzó en la sociedad la exigencia de mejorar los procesos decisivos, dando más visibilidad a instancias pluralistas que no estaban del todo reflejadas en los órganos representativos tradicionales²⁶. Se auguraba, así, que una mayor autonomía de las comunidades territoriales propiciara la democratización del Estado y corrigiese una visión de la soberanía basada enteramente en la representación política nacional.

En síntesis, se puede decir que el comienzo y la consolidación del Estado regional ha afectado al «deber ser» de las Regiones; al igual que su concreto funcionamiento ha producido —sin que se reformara la Constitución— modificaciones notables respecto de las intenciones originarias de los constituyentes.

En primer lugar, ha cambiado el sistema de relaciones interinstitucionales, determinando el paso gradual de un regionalismo de tipo garantista

²⁵ Véase especialmente F. BASSANINI, *L'attuazione delle Regioni*, cit.; G. GUARINO, «Le regioni nell'evoluzione politica e costituzionale», en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1970, p. 5 ss; D. SERRANI, «Momento costituente e Statuti», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, p. 600 ss.; AA. VV., *Le Regioni politica o amministrazione?*, Milán, 1973; E. ROTELLI, *L'alternativa delle autonomie. Istituzioni locali e tendenze politiche dell'Italia moderna*, Milán, 1978.

²⁶ Los estudiosos de Derecho público también se interesaron por el tema de la participación popular en las funciones del Estado. Para referencias generales, véanse G. BERTI, *La partecipazione amministrativa*, Milán, 1973; M. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977; A. SAVIGNANO, *La partecipazione politica nell'ordinamento costituzionale italiano*, Nápoles, 1979; M. SCAPARONE, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, Milán, 1980.

a uno de naturaleza colaborativa. El fundamento del regionalismo (o del federalismo) de relación es que las relaciones interinstitucionales tienen que respetar criterios de lealtad institucional y colaboración: el primero conlleva que ningún nivel institucional puede obstaculizar el funcionamiento regular del sistema o disminuir la cohesión que tiene que existir entre las diferentes partes que componen el Estado; la colaboración, a su vez, impone la superación de una lógica competitiva, mediante acuerdos para alcanzar finalidades comunes. La experiencia hasta la fecha demuestra que la forma de Estado regional funciona sólo si se establece una actitud colaborativa entre las instituciones, que es decisiva para la eficacia global del sistema.

Esta apertura hacia formas de colaboración interinstitucional fue propiciada por factores tanto endógenos como exógenos. Entre los primeros, podemos mencionar la «crisis» de un criterio de división de las competencias que suponía —a través del listado de las materias de competencia regional— una individualización estática de las competencias de Estado y Regiones. La existencia de numerosas superposiciones y cruces entre las materias ha hecho necesaria una coordinación entre las políticas nacionales y las locales y, por otra parte, se ha introducido una «desconstitucionalización» sustancial de los ámbitos de competencia legislativa regional, con la afirmación (incluso jurisprudencial) de que la definición jurídica concreta de las materias es decidida por el legislador (estatal) y determinada por la evolución de la producción normativa.

Entre los factores exógenos, al contrario, hay que incluir los efectos del reforzamiento de la integración comunitaria sobre las relaciones interinstitucionales, especialmente porque las relaciones entre la Unión Europea y los Estados están reguladas de forma diferente de la formulación originaria del Título V de la Constitución: encontramos, por ejemplo, la armonización de las normas en lugar de la distinción rígida de las competencias, la colaboración leal en los procesos decisorios en lugar de la separación entre ordenamientos, la subsidiariedad en lugar de un sistema estático de atribución de las competencias.

Aunque existe cierta discrecionalidad en la selección de los instrumentos para la colaboración, en nuestra opinión, el tipo de regionalismo está relacionado con los tipos de colaboración y su influencia varía según se trate de un sistema homogéneo o diferenciado. En el regionalismo homogéneo

prevalece, normalmente, una colaboración institucional vertical, general y multilateral; en el diferenciado se prefiere una colaboración funcional, sectorial y bilateral. Hay que reconocer que en este ámbito las decisiones del legislador resultan bastante coherentes con el tipo de regionalismo italiano, homogéneo y basado en la atribución al Estado de poderes de coordinación y primacía: se ha potenciado, en primer lugar, la colaboración orgánica y luego se han superado progresivamente los órganos sectoriales, concentrando las competencias en órganos con competencia general, como la Conferencia de los Presidentes de Regiones y la Conferencia permanente para las relaciones entre Estado, Regiones y Provincias autónomas de Trento y Bolzano²⁷.

Sobre los mecanismos de colaboración se pueden notar dos aspectos: permanece un límite y se ha introducido una novedad. El límite consiste en el hecho de que la colaboración —debido también a una actitud restrictiva de la Corte Constitucional y de la decisión del legislador de no constitucionalizarla— no se ha transformado en un principio del ordenamiento, siendo un criterio útil a la hora de ejecutar, según el caso, el principio unitario, la subsidiariedad o el buen funcionamiento de la Administración Pública; también es significativa la decisión de excluir que subsista un deber de procedimientos legislativos inspirados en la colaboración leal entre Estado y Regiones. La novedad se encuentra en el art. 8 de la ley 131/03, que modificó el procedimiento de la actividad estatal de dirección-orientación («indirizzo»), previendo, en lugar de actos deliberados por el Gobierno, acuerdos de la Conferencia Estado-Regiones. Se trata de un cambio importante, que no afecta sólo a aspectos procedimentales, sino también una configuración diferente de las relaciones interinstitucionales, que se puede sintetizar en el paso de una relación de supremacía a una de colaboración.

Una contribución notable a la «actualización» del ordenamiento regional fue proporcionada por la jurisprudencia constitucional, que ha favorecido una modificación gradual y «tácita»: se puede hablar de erosión de una

²⁷ Para consideraciones generales sobre las relaciones interinstitucionales en Italia, véase G. ROLLA, «Relaciones entre ordenamientos en el sistema constitucional italiano», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2004, p. 139 ss.

superficie que los «silencios» del texto constitucional hicieron muy porosa. La Corte Constitucional ha propiciado la evolución del sistema, tanto delineando sus caracteres, como resolviendo algunas cuestiones relacionadas con los necesarios procedimientos de coordinación entre niveles institucionales²⁸. Es suficiente considerar que algunas instituciones o principios, antes de ser regulados por el legislador, fueron elaborados por la Corte²⁹; otros son eminentemente el resultado de su actividad interpretativa —como la determinación del concepto legal de materia regional, la definición de la relación entre legislación estatal de principios y leyes regionales en las materias del art. 117 Const.—³⁰.

²⁸ En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las Regiones ha sido ampliamente estudiada y debatida por la doctrina, hasta el punto de que en Italia también, como se dijo en España, se puede hablar de un derecho regional jurisprudencial. La expresión se encuentra en M. ARAGÓN, «¿Estado jurisdiccional autonómico?», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1986, p. 7 ss.

Sobre las aportaciones de la jurisprudencia constitucional en la fase de construcción y desarrollo del regionalismo, véanse G. BERTI, F. BASSANINI, «Corte costituzionale e autonomie locali», en *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bolonia, 1978, p. 176 ss.; AA. VV., *Le regioni nella giurisprudenza*, Bolonia, 1981; AA. VV., *Corte Costituzionale E Regioni*, Nápoles, 1988; S. BARTOLE, M. SCUDIERO, A. LOIODICE (eds.), *Regioni e Corte costituzionale: l'esperienza degli ultimi 15 anni*, Milán, 1988.

²⁹ Como es el caso de la actividad de dirección y coordinación, donde, en los límites de la actividad de relevancia internacional de las Regiones, el principio de colaboración leal es el criterio básico para el desarrollo de la relación entre Estado y Regiones.

³⁰ La jurisprudencia constitucional en materia regional ha contribuido, además, a flexibilizar la división de competencias, introduciendo en el sistema algunos factores de elasticidad, sobre todo por lo que se refiere a las relaciones entre fuentes: no sólo ha encomendado a la evolución de la legislación el papel de determinar el significado normativo de las materias regionales, sino ha consentido incluso deducir los principios de las materias que representan los límites de la potestad legislativa regional concurrente por vía interpretativa con base en la legislación estatal vigente.

Además, la Corte ha reiterado que la competencia de las Regiones en una materia determinada no es abstracta, pues es efectivamente reivindicable sólo cuando la ejercita concretamente: en consecuencia, por un lado, el Estado ha podido legislar en

Es cierto que el ordenamiento regional, en su evolución, se ha innovado, ha modificado su «deber ser» y ha adquirido una calidad diferente; sin embargo, no se puede negar que estas modificaciones no han conseguido afectar a aquel deseo secular del Estado de uniformidad institucional y homogeneidad política.

Numerosos ejemplos lo demuestran, si se considera que la autonomía estatutaria tenía, antes de la reforma constitucional de 1999, como límite la legislación estatal de organización; que el significado jurídico de las materias regionales es definido por la evolución de la legislación vigente; que el traspaso de las competencias administrativas tiene que hacerse en el respeto al objeto y a los criterios directivos fijados por leyes de delegación; que la acción regional está limitada por la actividad de dirección y coordinación del Estado, titular incluso de un poder sustitutivo; que finalmente, estaba reservada al Estado la determinación de los criterios y de las modalidades de ejecución de las directivas comunitarias, aunque fueran relativas a materias de competencia concurrente de las Regiones.

Por otra parte, la revalorización del papel de la ley, es decir, del Parlamento nacional, parecía coherente con la idea difusa de enfatizar la «centralidad» constitucional de las Asambleas parlamentarias, por su función de garantes del interés nacional, como expresión primaria de la soberanía popular³¹.

Además, no se puede infravalorar la función homogeneizadora del sistema de partidos políticos, que ha limitado la tendencia a la diferenciación

materias regionales por la inercia de la Región y, por otro lado, se ha modificado profundamente el sistema de las fuentes añadiendo —como se ha visto con anterioridad— a los principios tradicionales de jerarquía y competencia también la supletoriedad, entre otros.

Sobre el problema de la definición jurídica de las materias, véase L. PALADIN, «Problemi legislativi ed interpretativi nella definizione della materie di competenza regionale», en *Foro amministrativo*, 1971, III, p. 3 ss; G. ROLLA, «La determinazione delle materie di competenza regionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale», en *Le Regioni*, 1982, p. 100 ss. Más en general: A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle regioni*, Roma, 1974; S. MANGIAMELI, *Le materie di competenza regionale*, Milán, 1992.

³¹ Véase A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milán, 1973.

a favor de soluciones uniformes en el territorio regional, conforme a la idea (no nueva en la formación del Estado italiano) de que es preferible descentralizar la administración y centralizar la política. Las Regiones han actuado, desde su creación, en un contexto caracterizado por la presencia de fuertes partidos de masas, nacionales, centralizados, y han terminado aceptando su lógica, siendo víctimas conscientes de esta realidad³².

Además, la falta de partidos regionales —la misma «Lega Nord», especialmente en los últimos años, ha actuado más como partido nacional que como partido de carácter regional— ha hecho menos incisiva la actividad reivindicativa de las Regiones; al mismo tiempo, las estrategias de los partidos políticos nacionales han ido reproduciendo en las comunidades locales las dinámicas nacionales, usando aquellas cuestiones para experimentar o anticipar soluciones institucionales a adoptar luego en el conjunto del Estado³³.

4. LA REFORMA DEL TÍTULO V DE LA CONSTITUCIÓN ENTRE EL «ENCANTO» DE LA HOMOGENEIDAD Y LA EMERSIÓN DE INESPERADOS IMPULSOS HACIA LA CENTRALIZACIÓN

No se pueden olvidar las profundas novedades introducidas por las reformas constitucionales de 1999 y 2001, que tocaron todos los aspectos del

³² Así G. PASQUINO, «Organizzazione dei partiti», en *La regionalizzazione*, Milán, 1983, p. 785 ss. Véanse también AA. VV., *Autonomia regionale e sistema dei partiti*, Milán, 1988; A. FEDELE, *Autonomia regionale e sistema dei partiti. Le forme politiche del regionalismo*, Milán, 1988.

³³ Lo confirma, por ejemplo, el debate político acerca de la reforma de las formas de gobierno, donde la modificación de la forma de gobierno local mediante la ley 81/1993 sirvió para la experimentación de las teorías sobre la «democracia inmediata» y para la racionalización de las crisis de gobierno; y la experiencia globalmente positiva de la forma de gobierno municipal y provincial propició la introducción de mecanismos parecidos a nivel regional y orientó el debate sobre la modificación de la forma de gobierno estatal.

ordenamiento regional: desde la potenciación de la autonomía estatutaria a la modificación de los criterios de división de las competencias legislativas y administrativas; desde la forma de gobierno a los controles; desde los principios sobre la autonomía financiera de las Regiones a la introducción de los criterios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación para encomendar las competencias administrativas³⁴.

Sin embargo, diez años después, su proceso de implementación no permite todavía establecer qué camino ha emprendido el regionalismo italiano. En efecto, el análisis del nuevo texto constitucional no ofrece una idea unívoca sobre el papel futuro de las Regiones, como lo demuestra el hecho de que los primeros comentaristas hablaron alternativamente de federalismo, neo-regionalismo o federalismo administrativo³⁵. El Derecho Comparado enseña diferentes modelos posibles de distribución territorial del poder, pero el legislador italiano no parece tener la intención de elegir uno de ellos de forma neta, con lo cual en la Constitución se encuentran disposiciones inspiradas en visiones opuestas: hay indicios de un regionalismo tanto homogéneo como asimétrico y a la vez una concepción funcionalista de la autonomía parece coexistir con una comunitaria.

³⁴ Entre los numerosos trabajos sobre la reforma del Título V de la Constitución, véase A. D'ATENA, *L'Italia verso il «federalismo»*, Milán, 2001; A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, Turín, 2002; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Turín, 2002; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Turín, 2002; G.F. FERRARI, G. PARODI (eds.), *La revisione costituzionale del titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, Padua, 2003; E. ROZO ACUÑA, *Lo Stato e le autonomie: le regioni nel nuovo Titolo V della Costituzione. L'esperienza italiana a confronto con altri paesi*, Turín, 2003; E. MALFATTI, «Legge costituzionale 18 ottobre 2001», n. 3 (reforma del Titolo V), en *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005), Commentario della Costituzione*, cit., p. 263 ss. Para un reciente estudio del proceso de implementación de las reformas de 1999 y 2001, véase S. MANGIAMELI, *Lecture sul regionalismo italiano*, Turín, 2011.

³⁵ De una contradicción entre intenciones y realidad habla, por ejemplo, A. D'ATENA, *L'Italia verso il «federalismo»*. *Taccuini di viaggio*, Milán, 2001; ID. (ed.), *Regionalismo in bilico. Tra attuazione e riforma della riforma del titolo V*, Milán, 2005; y también B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, cit.

Algunas soluciones normativas parecen debidas a la voluntad del legislador de dotar al sistema de organicidad y estabilidad, tras treinta años de evolución³⁶; otras disposiciones, al contrario, desvelan un objetivo más ambicioso, es decir, la intención de superar tanto la regulación originaria de las Regiones establecida por los constituyentes como la misma evolución concreta del regionalismo que se había dado en el tiempo. Las dificultades interpretativas —debidas en buena medida a la oscura redacción de algunas disposiciones— se suman a los límites de los dos procesos políticos de referencia: el previo a la reforma y el posterior.

Por lo que se refiere al primer aspecto, es ampliamente conocido que la Ley constitucional 3/2001, aprobada por una mayoría parlamentaria muy reducida y con profundas divisiones políticas, fue el primer caso en el que una decisión relativa al ordenamiento regional se tomó sin el acuerdo de las fuerzas políticas principales presentes en el Parlamento. Este aspecto merece particular atención, no solamente porque representó una clara discontinuidad respecto a la anterior praxis parlamentaria, sino también (y más) porque ha condicionado negativamente el proceso de implementación de la reforma. Dicho proceso fue a su vez retrasado por una serie de alternativas —actuar la Constitución o aprobar otra reforma; confiar la evolución del sistema al pluralismo regional o seguir el camino de una descentralización guiada por el centro— y la rápida alternancia de mayorías opuestas lo han hecho cada vez más contradictorio y menos lineal.

Frente a tantas dudas, la inercia del sistema pareció buscar su equilibrio en la continuidad y por ello ha habido muchas tendencias favorables,

³⁶ Por ejemplo, se puede ver cierta continuidad entre los principios en materia de titularidad de las funciones administrativas contenidos en el art. 118 Const. y las normas del Decreto Legislativo 112/1998, que había considerado a los Municipios como los entes públicos más adecuados para el ejercicio de las competencias administrativas por su cercanía a las comunidades territoriales y había otorgado a las Regiones la tarea de organizar el sistema de las funciones locales.

Desde otro punto de vista, hay que subrayar que la inversión del criterio de división de competencias entre Estado y Regiones del art. 117 Const. había sido anticipado por el art. 1 de la Ley 59/1997, que había ampliado la descentralización de las competencias más allá de las materias previstas en la Constitución hasta incluir otras, con la excepción de las reservadas a la legislación estatal.

por un lado, a la homogeneidad del regionalismo italiano y, por otro lado, al reforzamiento de la función coordinadora del Estado.

Con referencia a la primera tendencia, se pueden recordar algunos elementos que parecen (si no contradecir) como mínimo contrastar la idea de que la autonomía postula una propensión a la diferenciación y la revalorización de las peculiaridades territoriales.

Uno de ellos es el uso uniforme de la autonomía estatutaria en la determinación de la forma de gobierno, pues la solución «transitoria» prevista por la Ley constitucional 1/1999 se ha transformado en permanente y general: ninguna Región ha elegido una forma de gobierno diferente de la indicada en las disposiciones constitucionales, considerando políticamente inaceptable la elección indirecta del Presidente del ejecutivo regional; por otra parte, las integraciones estatutarias para enfatizar el papel político de la Asamblea regional, aumentando sus funciones de control y participación en la definición de las políticas, han sido claramente imitadas del Decreto Legislativo 267/2000 en materia de forma de gobierno de Municipios y Provincias³⁷. Así las Regiones han «autónomamente» elegido una forma de gobierno uniforme y unitaria, que mancomuna a todos los niveles descentralizados.

Un segundo indicio se encuentra en el escaso (prácticamente nulo) éxito del art. 116.3 Const., que prevé que las Regiones ordinarias, siguiendo un procedimiento específico, pueden adquirir más competencias³⁸. Esta posibilidad —si hubiese sido usada con determinación— habría creado, dentro de la distinción tradicional entre autonomía ordinaria y especial, una situación «intermedia», caracterizada por formas de regionalismo asimétrico. Se trataba, en nuestra opinión, de una innovación potencial de la forma de ser del regionalismo italiano, tanto porque la disposición constitucional prefigura una relación institucional pactada y sectorial —que se contrapone a la situación actual basada en relaciones multilaterales y paritarias—, porque

³⁷ Véase, por ejemplo, R. BIFULCO (ed.), *Gli statuti di seconda generazione*, Turín, 2006; AA. VV., *I nuovi statuti delle regioni ordinarie: problemi e prospettive*, Bologna, 2006; G. DI COSIMO (ed.), *Statuti atto II*, Macerata, 2007.

³⁸ Al respecto: G. D'IGNAZIO, *Integrazione europea e tendenze asimmetriche del neoregionalismo in Italia, en Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, Milán, 2007, p. 1 ss.

pone en entredicho una tendencia, ya consolidada, a la uniformidad competencial, creando procesos de diferenciación en las competencias.

Un tercer síntoma de la permanencia de una tendencia a la homogeneidad está, además, en algunas decisiones tomadas por el legislador constitucional en 2001: por un lado, la Ley constitucional 2/2001 previó la misma forma de gobierno de las Regiones ordinarias para las especiales (en particular, la elección directa del jefe del ejecutivo); por otro lado, el art. 10 de la Ley constitucional 3/2001 estableció que las normas constitucionales dirigidas a las Regiones ordinarias se aplicarían también a las especiales, si conllevaban formas de autonomía más amplias. Así, filtrando algunas características de las Regiones ordinarias en las autonomías especiales, se ha acentuado el proceso de osmosis entre las dos categorías³⁹.

Al mismo tiempo, en la fase actual del regionalismo se pone de manifiesto una potenciación del papel del legislador estatal y de su capacidad de coordinación y dirección, debido a factores como la estructura lingüística de algunas materias reservadas a la legislación del Estado y la creciente necesidad de control del gasto público para hacer frente a la crisis económica y a las obligaciones que derivan de la pertenencia a la UE.

Los nuevos criterios de división de competencias entre Estado y Regiones previstos por la reforma constitucional de 2001 habían hecho pensar en una ampliación cuantitativa (nuevas materias) y cualitativa (menos límites) de la potestad normativa regional, con especial referencia a la competencia residual⁴⁰.

En realidad, la experiencia hasta ahora demuestra que se trataba de una expectativa demasiado optimista: la primera superficial conclusión que algunos habían sacado de la lectura del nuevo texto del art. 117 Const. tiene

³⁹ En el primer caso hubo dudas acerca de la aprobación de una única ley constitucional para todas las Regiones especiales, que parece contradecir la lógica del art. 116 Const. que habla de leyes individuales (y no de diferentes disposiciones dentro de una misma ley) para los estatutos especiales; en el segundo caso, la disposición del art. 10 de la Ley constitucional 3/2001 fue criticada por el riesgo de que las Regiones especiales fueran equiparadas a las ordinarias.

⁴⁰ Un enfoque crítico al respecto se encuentra en G. ROLLA, *L'autonomia delle comunità territoriali. Profili costituzionali*, Milán, 2008, p. 140 ss.

que ser rectificada mediante un análisis sustancial de la relación entre niveles institucionales, donde hay una revalorización de la coordinación y dirección del legislador estatal, propiciada, en particular, por la división en «sub-materias» de las competencias estatales y regionales hecha por la reforma constitucional (por ejemplo, con referencia a medioambiente, bienes culturales, educación) y por la atribución al Estado de la regulación de las denominadas «materias transversales» con las cuales el Estado puede intervenir en ámbitos de competencia concurrente o exclusiva de las Regiones: entre ellas, tienen una importancia notable, en la fase económica actual, la tutela de la competencia, la compensación de los recursos financieros (art. 117 Const.) y los principios de coordinación de la hacienda pública y del sistema tributario (art. 119 Const.).

La expansión del legislador estatal se ha manifestado especialmente a través de su competencia financiera y fiscal y este proceso ha sido reiteradamente justificado por la Corte Constitucional: su jurisprudencia al principio persiguió el objetivo de evitar que en la fase de transición del viejo al nuevo régimen competencial hubiese una cesura en la continuidad del sistema de finanzas públicas y luego el objetivo de evitar que la autonomía de gasto de Regiones y entes locales afectase al «pacto de estabilidad interno» para alcanzar los resultados previstos en el pacto de estabilidad y crecimiento que el País se ha comprometido a cumplir con la UE.

En consecuencia, la Corte Constitucional ha aclarado que el paso al nuevo sistema de competencias en este ámbito tiene que ser gradual y de todas formas posterior a la definición, por parte del Estado, de los principios de coordinación en materia financiera y tributaria; asimismo ha afirmado que, a la espera de la implementación del art. 119 Const. —todavía lejos de realizarse— es racional «la definición de una regulación transitoria que permita el paso ordenado del sistema actual, caracterizado por la existencia de una hacienda regional y local en buena medida derivada, es decir, dependiente del presupuesto estatal, a un nuevo sistema»⁴¹.

Igualmente, la necesidad de respetar las obligaciones sobre el déficit público derivadas de la adhesión a la UE habilita —según los magistrados

⁴¹ Véase por todas la sentencia 37/2004.

constitucionales— al legislador estatal para establecer vínculos en las políticas presupuestarias de Regiones y entes locales (aunque éstos, indirectamente, inciden en la autonomía de gasto regional), para restringir la autonomía de gasto de los entes descentralizados y fijar de forma transitoria límites al gasto corriente.

Sin embargo, esta «incursión» del legislador estatal en un ámbito de competencia regional tendría que hacerse con modalidades que salvaguardasen la autonomía de la Región, es decir, con procedimientos de colaboración leal. En particular, conforme a la jurisprudencia constitucional, las limitaciones o las prohibiciones tendrían que establecerse intentando lograr un acuerdo con los diferentes niveles institucionales involucrados; tienen que encontrarse en un acto legislativo y no en medidas administrativas; finalmente, tienen que reflejarse en normas de principio más que de detalle.

Sin embargo, mientras no se alcance un acuerdo con las autonomías territoriales, el Estado puede introducir unilateralmente límites al gasto en su función de garantía y salvaguardia: siendo evidente que, sin prohibiciones temporales a la espera de dicho acuerdo, el logro de los fines relacionados con el control del gasto público sería frustrado por completo⁴².

Resumen:

Este trabajo realiza una revisión en clave histórica de la formación y evolución del principio unitario. Comienza resaltando la ligazón existente entre el principio monárquico y el principio unitario. A continuación estudia el debate sobre la articulación del principio unitario en el momento constituyente. En los dos últimos epígrafes se concentra en analizar dos impulsos aparentemente enfrentados, de un lado la potenciación de las Regiones en el derecho constitucional italiano, de otro una cierta tendencia a la homogeneización de estas regiones.

Palabras Clave: Principio unitario, Constitución italiana, Regiones

Abstract:

This paper takes account of the historical development of the unity principle. It begins underlining the link between the monarchy principle and the territorial unity. After that, it studies the articulation of unity in the Italian constitutional process. Finally, in the last two points, it tries to explain the force of two forces: the reinforce of the Italian Regions in the Constitution and a tendency to homogenize those Regions.

Keywords: Unity principle, Italian Constitution, Regions

⁴² Así la sentencia 90/2004.

DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERNET: NUEVOS PROBLEMAS, NUEVOS RETOS

RAMÓN M. ORZA LINARES *

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. DERECHO DE ACCESO
3. DERECHO AL ANONIMATO
4. DERECHO AL OLVIDO
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Aunque el debate sobre la necesidad de incorporar al orden jurídico nuevos derechos fundamentales no es nuevo en la teoría jurídica, es cierto que en la actualidad estamos asistiendo a unos cambios tecnológicos tan acelerados que muchas de las categorías jurídicas que se han utilizado hasta ahora están dejando de ser útiles o muestran graves carencias a la hora de resolver los problemas generados por las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información.

Ello nos obliga a los juristas a que redoblemos los esfuerzos para que la utilización de estos nuevos instrumentos tecnológicos no supongan nuevas amenazas a la libertad y la igualdad de las personas. De hecho, es evidente que la intensidad con la que internet está modificando numerosos hábitos sociales puede llevar a la obligación de modular y de cambiar muchas

* Profesor Contratado Doctor. Universidad de Granada.

de las categorías jurídicas que se han ido construyendo como protección de los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, aunque la aparición de internet es relativamente reciente¹, los cambios que ha introducido en nuestras sociedades son de tal envergadura que todavía son difíciles de prever las consecuencias de todo orden que pueden implicar.

Así, aunque la protección de datos personales ha avanzado de modo significativo desde los años ochenta del pasado siglo, lo cierto es que los derechos consolidados alrededor de esa protección —derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición— no pueden ser simplemente trasladados a las nuevas realidades de la «sociedad del conocimiento». Y ello a pesar del esfuerzo que las distintas agencias reguladoras, entre ellas la Agencia Española de Protección de Datos, están realizando en orden a intentar resolver los nuevos problemas que plantea internet con los instrumentos, ya más consolidados, que se han venido utilizando para la protección de datos.

Recientemente, sin embargo, esta vía de solución ha llegado a cierto bloqueo, como lo demuestran los recursos presentados por «Google» contra los acuerdos de la Agencia Española de Protección de Datos y la cuestión prejudicial presentada por la Audiencia Nacional ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea².

Desde el ámbito jurídico constitucional resulta obligado, por lo tanto, que no ocupemos de esta «nueva frontera» de los derechos fundamentales, dónde se están construyendo las bases de la sociedad futura y en los que están presentes nuevos retos como la superación de las fronteras físicas entre los Estados, las diversas concepciones de la libertad de expresión y el de-

¹ La definición del protocolo TCP/IP y de la palabra «internet» hay que situarla alrededor de 1982, todavía hay que esperar a 1991 para que aparezca la World Wide Web y a 1993 para que aparezca el primer navegador web el «NCSA Mosaic» (Cfr. <http://es.wikipedia.org/wiki/Mosaic> [Consulta: 6 de diciembre de 2012]. Información adicional sobre este navegador se puede obtener en <ftp://ftp.ncsa.uiuc.edu/Web/Mosaic/> [Consulta 6 de diciembre de 2012]).

² El texto del Auto en formato pdf, se puede obtener en <http://goo.gl/ASVo0> [Consulta 25 de octubre de 2012].

recho a la información, las dificultades procesales para la persecución de las infracciones administrativas y los delitos cometidos a través de la red o, en fin, la dificultad de perseguir los sitios de internet situados extraterritorialmente

En relación con el limitado objetivo de este artículo, pretendemos exponer sólo algunos de los nuevos problemas que ahora aparecen en relación con internet y la «sociedad del conocimiento» y algunas de las soluciones que, siquiera provisionalmente, se están adoptando internacionalmente. En este artículo nos vamos a referir, por lo tanto, al derecho al acceso, al derecho al anonimato y al derecho al olvido. Pero con ellos no se recogen todos los posibles problemas que puede plantear internet: dejamos de lado todo lo referente a la protección de datos personales, a la protección de copyright, a la censura o, entre otras, a la neutralidad de la red³.

2. EL DERECHO DE ACCESO

Podríamos señalar que éste es el primero de los derechos vinculados a las nuevas tecnologías, ya que si no hay posibilidad de acceso a internet, poco más podemos decir. De hecho, así lo entendió la Comisión Especial sobre Redes Informáticas, creada por el Senado Español, ya en 1998, cuando en sus conclusiones lo mencionaba dentro de su primera propuesta: «Todas las personas tienen el derecho fundamental de acceder libremente a la Red, sin discriminación de sexo, condición, características físico-psíquicas,

³ Unas primeras aproximaciones al estudio de estos nuevos retos puede encontrarse EN R. M. ORZA LINARES, «¿Es posible la creación de nuevos derechos fundamentales asociados a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación?». Comunicación presentada al *IV Congreso de la Cibersociedad 2009*. En línea. Se puede consultar en <http://www.cibersociedad.net/congres2009/es/coms/es-posible-la-creacion-de-nuevos-derechos-fundamentales-asociados-a-las-nuevas-tecnologias-de-la-informacion-y-de-la-comunicacion/991/> [Consulta: 10 de noviembre de 2012]. Vid. también, del mismo autor, «Las nuevas tecnologías de la información y comunicación y nuevos derechos fundamentales». En VV.AA. *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*. Tomo VI. Ed. Universidad Javierana y Ed. Themis, Bogotá, 2010, pp. 251-285.

edad o lugar de residencia»⁴. De hecho, para esta Comisión del Senado, «es una responsabilidad de los legisladores y del Gobierno Central y de los de las Comunidades Autónomas garantizar la igualdad de oportunidades a los ciudadanos y a los territorios del Estado». De tal modo que «la cesión de la configuración de redes únicamente al operador y al mercado inspirados en razones de carácter mercantil impide que se cumpla el principio de universalidad y de servicio público», ya que «todos los individuos y grupos sociales tienen derecho a disponer de instrumentos para su desarrollo y es aplicable el principio de subsidiaridad, cuando no pueden acceder a tales instrumentos por motivos ajenos a su voluntad de desarrollo humano como la distancia, la diferencia de renta, discapacidades físicas, densidad de población, predominio del sector agrícola, o los modos de vida rural, entre otros». Por ello, «no es posible dejar a los agentes del mercado las decisiones sobre el tendido y extensión de las redes cuya planificación y ordenamiento deben corresponder a la Administraciones Públicas»⁵.

Las características técnicas de la Red exigen que, para poder acceder a la misma, se den unas condiciones técnicas previas. Es necesario tener un ordenador, u otro dispositivo que pueda conectarse (teléfono, tableta y, en los últimos años, televisiones, fotocopiadoras, impresoras, etc.), y una infraestructura de red que permita el acceso de los ciudadanos a la misma.

Las preocupaciones en este ámbito, van, pues, en esa doble dirección. Por un lado, de cara a los ordenadores u otros dispositivos y, por otro, en el desarrollo de los puntos de acceso y la red que los interconectan.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, es de destacar la aparición de algunas iniciativas privadas para la construcción de ordenadores portátiles con pocas exigencias técnicas, que incluyan la conexión a internet y

⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. Serie I. Núm. 812, 27 de diciembre de 1999, pp. 1 y ss. En especial las pp. 46-48. Este Boletín, como el resto de las publicaciones oficiales del Senado español, puede consultarse en la página web del Senado. Concretamente, el citado en esta nota puede consultarse, en formato pdf, en: <http://www.senado.es/legis6/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0812.PDF> [Consulta: 5 de diciembre de 2012].*

⁵ *Ibídem*, p. 46.

que tengan un coste reducido⁶. Y en relación con el desarrollo de la red de conexión tanto diversas entidades internacionales como algunos Gobiernos han impulsado distintas iniciativas al respecto. En este apartado, deberíamos destacar también los enormes desequilibrios que existen en la actualidad a la hora de poder acceder a la Red. De hecho, según datos del «Internet World Stats», referidos a junio de 2012, sólo un 34,3% de la población mundial tendría acceso a internet, destacando por encima de la media, Norteamérica, con un 78,6%, Australia/Oceanía con el 67,6% o Europa con un 63,2%. Mientras que bastante por debajo de la media se encontrarían África, con sólo el 15,6% de penetración o Asia con el 27,5%. En Oriente Medio la penetración sería de un 40,2% y en América Central y del Sur y en el Caribe el porcentaje se situaría en el 42,2%⁷.

No obstante también existen algunas opiniones en contra de considerar el acceso a internet como un derecho humano. Así, Vinton G. Cerf, cocreador del protocolo TCP/IP y que es considerado como uno de los creadores de internet, en un artículo publicado en el *New York Times*, el pasado día 4 de enero de 2012 señalaba que «la tecnología es un facilitador de derechos, no un derecho en sí mismo» y habría que restringir la consideración de derecho humano a consideraciones como la libertad de expresión o la libertad de acceso a la información, pero éstos no deben estar ligados a ninguna tecnología en particular en un momento determinado⁸.

⁶ Destaca, por su importancia, la iniciativa que impulsó Nicholas Negroponte —director del «MIT Media Lab»— para que se construyan ordenadores de bajo coste que permitieran disminuir la «brecha digital» en los países más pobres. Este proyecto se presentó en el año 2005 en el Foro económico mundial de Davos. La iniciativa se engloba bajo la sigla en inglés OLPC (Un Ordenador Por Niño) y su página web es la siguiente: <http://olpc.com/> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

⁷ También existen muchas diferencias dentro de cada una de las regiones entre unos países y otros. Cfr. <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

⁸ VINTON G. CERF: «Internet Access Is Not a Human Right». *New York Times*, 4 de enero de 2012. En línea: http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html?_r=2& [Consulta: 4 de diciembre de 2012]. En el mismo sentido, A. THIERER expone que cualquiera que apoye el acceso a internet como

2.1. Iniciativas internacionales

En todo caso, la APC «Association for Progressive Communications», que desde 1995 es organismo consultivo de la ONU, y que agrupa a más de cincuenta redes de miembros y socios en todo mundo, en el año 2006 elaboró una carta sobre Derechos en Internet cuyo primer apartado se refiere al «impacto del acceso sobre el desarrollo y la justicia social» indicando que «Un acceso asequible, rápido y fácil a internet puede ayudar a generar sociedades más igualitarias». Asimismo, «puede servir para fortalecer los servicios de educación y salud, el desarrollo económico local, la participación pública, el acceso a la información, la buena gobernanza y la erradicación de la pobreza». En su apartado segundo «el derecho a acceder a la infraestructura sin importar dónde se viva» hace mención a que «Internet funciona como una estructura pública global» y que dicha infraestructura «debe estar ampliamente distribuida y ser soporte del ancho de banda suficiente para permitir a las personas de todas partes del mundo utilizar ese potencial para hacerse oír, mejorar su vida y expresar su creatividad». Así «la gente tiene derecho a contar con una columna vertebral de la red (conocida como “back-bone”) bien distribuida y conectada a la red internacional». Junto a ello también es obligación de los gobiernos «locales y nacionales» y las organizaciones internacionales y comunitarias y las entidades del sector privado «apoyar y promover oportunidades gratuitas o de bajo costo en las áreas de capacitación, metodologías y materiales relativos al uso de internet para el desarrollo social»⁹. Más concretamente, la APC procla-

un derecho debería preguntarse quién paga los costes de ese derecho y cuáles serían las posibles desventajas para la competencia y la innovación, en «Vint Cerf on Why Internet Access Is Not a Human Right (+ A Few More Reasons)». En línea, <http://techliberation.com/2012/01/05/vint-cerf-on-why-internet-access-is-not-a-human-right-a-few-more-reasons/> [Consulta: 4 de noviembre de 2012]. Para un análisis de este debate, Cfr. JACINTO LAJAS, «El acceso a internet como derecho fundamental». En línea, <http://www.periodismociudadano.com/2012/01/21/el-acceso-a-internet-como-derecho-fundamental/> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

⁹ «Carta de la APC sobre derechos en internet». En línea, <http://www.apc.org/en/node/5677/> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

ma «derecho a interfaces, contenido y aplicaciones accesibles para todos (incluido el diseño)», de tal modo que interfaces, contenidos y aplicaciones deben diseñarse para garantizar el acceso de todos, incluso las personas con discapacidades físicas, sensoriales o cognitivas, las personas analfabetas y las que hablan lenguas minoritarias»¹⁰. También «el derecho igualitario para hombres y mujeres»¹¹, el «derecho a un acceso asequible»¹², el derecho «al acceso en el lugar de trabajo»¹³, el «derecho al acceso público»¹⁴ y el «derecho a acceder y crear contenidos cultural y lingüísticamente diversos»¹⁵. En definitiva, la APC también vincula Internet a la educación y al derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad.

¹⁰ *Ibidem*. Apartado 1.4.

¹¹ «En varios lugares, las mujeres y los hombres no tienen acceso igualitario a informarse, acceder, usar y adaptar internet a sus necesidades. Los esfuerzos en pos de incrementar el acceso deben reconocer y eliminar las desigualdades de género existentes. Debe haber plena participación de la mujer en todas las áreas relativas al desarrollo de internet para garantizar la igualdad de género». *Ibidem*, Apartado 1.5.

¹² «Los responsables de la formulación de políticas y regulaciones deben garantizar que cada persona tenga un acceso asequible a internet. El desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones y el establecimiento de normas, precios, impuestos y aranceles debería hacer posible el acceso a personas de cualquier nivel de ingresos» *Ibidem*. Apartado 1.6.

¹³ «Para muchas personas el lugar de trabajo es el principal o único punto de acceso a internet. Los trabajadores y empleados deben poder acceder a la red en los lugares de trabajo, incluso con fines educativos y para la protección de los derechos laborales». *Ibidem*, Apartado 1.7.

¹⁴ «Muchas personas no gozarán nunca de acceso privado a computadoras o a internet. Debe haber puntos de acceso público disponibles, como telecentros, bibliotecas, centros comunitarios, clínicas y escuelas, para que todas las personas pueden tener acceso a una distancia razonable de su lugar de residencia o trabajo. Esto es especialmente importante para la gente joven de los países donde el acceso a internet aún no está suficientemente extendido o no es asequible». *Ibidem*, Apartado 1.8.

¹⁵ «En los sitios web, las herramientas en línea y el software predominan las lenguas latinas. Ello afecta el desarrollo de contenidos locales en lenguas no latinas e impide el intercambio de contenidos entre las culturas. El desarrollo técnico debe alentar la diversidad lingüística en internet y simplificar el intercambio de información entre las lenguas». *Ibidem*, Apartado 1.9.

En esta misma línea, el día 1 de junio de 2011, el Relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Relatora especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y la Relatora especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos adoptaron conjuntamente una Declaración sobre «Libertad de Expresión e Internet» en la que señalaban, entre otros extremos, que «los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres»¹⁶. Asimismo, indican que «la interrupción del acceso a Internet, o a parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público (cancelación de Internet) no puede estar justificada en ningún caso, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional. Lo mismo se aplica a las medidas de reducción de la velocidad de navegación de Internet o de partes de este». Y que «la negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituye una medida extrema que solo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos». Además, «otras medidas que limitan el acceso a Internet, como la imposición de obligaciones de registro u otros requisitos a proveedores de servicios, no son legítimas a menos que superen la prueba establecida por el derecho internacional para las restricciones a la libertad de expresión»¹⁷.

Por todo ello, «los Estados tienen la obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet», y, como mínimo, deberían: «establecer meca-

¹⁶ «Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet», 1 de junio de 2011. p. 4. En línea. Documento pdf: <http://www.osce.org/es/fom/78325> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

¹⁷ *Ibidem*.

nismos regulatorios —que contemplen regímenes de precios, requisitos de servicio universal y acuerdos de licencia— para fomentar un acceso más amplio a Internet, incluso de los sectores más pobres y las zonas rurales más alejadas». También «Brindar apoyo directo para facilitar el acceso, incluida la creación de centros comunitarios de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y otros puntos de acceso público», y «Generar conciencia sobre el uso adecuado de Internet y los beneficios que puede reportar, especialmente entre sectores pobres, niños y ancianos, y en las poblaciones rurales aisladas». Finalmente, deberían «Adoptar medidas especiales que aseguren el acceso equitativo a internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos»¹⁸.

Por su parte el Comité de Derechos Humanos de la ONU, reunido en Ginebra en julio de 2011 adoptó una *Observación General* en la que mencionaba que «Los Estados partes deberían tener en cuenta la medida en que la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación, como Internet y los sistemas de difusión electrónica de la información en tecnología móvil, han cambiado sustancialmente las prácticas de la comunicación en todo el mundo». Y que «ahora existe una red mundial en la que intercambiar ideas y opiniones, que no se basa necesariamente en la intermediación de los medios de comunicación de masas». Por lo que «los Estados partes deberían tomar todas las medidas necesarias para fomentar la independencia de esos nuevos medios y asegurar el acceso a los mismos de los particulares»¹⁹.

Y, en fin, el 10 de agosto de 2011 el Secretario General de la ONU transmitió a la Asamblea General el informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión en el que se señala que «aunque el acceso a internet aún no es un derecho humano como tal... los Estados tienen la obligación positiva de promover

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU: *Observación General núm. 34*. 11 de julio de 2011. párrafo 15. Sig. CCPR/C/GC/34. En línea, <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/453/34/doc/G1145334.DOC?OpenElement> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

o facilitar el disfrute del derecho a la libertad de expresión y los medios necesarios para ejercer este derecho, lo que incluye a Internet». Además, «El acceso a internet no sólo es esencial para gozar del derecho a la libertad de expresión, sino también otros derechos como el derecho a la educación, el derecho a la libertad de asociación y de reunión, el derecho a la plena participación en la vida social cultural y político y el derecho al desarrollo social y económico»²⁰. En el debate que se produjo a propósito de este informe en la Tercera Comisión de la Asamblea General, celebrado el 21 de octubre de 2011, el Relator Especial el Sr. La Rue Lewy destacó que «el uso de internet continúa a la zaga en los países en desarrollo», por lo que es necesario que «los Estados desempeñen una función dinámica haciendo que Internet sea más asequible y facilitando el acceso», además, «alienta también a los Estados a prestar apoyo a la formación de aptitudes en tecnología de la información y de las comunicaciones», lo que, en su opinión, podría hacerse «integrando la alfabetización en internet en los programas de estudios escolares». No obstante, la Sra. Alsaleh de la República Árabe Siria manifestó que a su delegación le gustaría saber «de qué modo puede conciliarse [la responsabilidad del Estado de proporcionar acceso a internet a sus habitantes] con el hecho de que un gran número de países desarrollados rechaza esa posición creando obstáculos al acceso de los países en desarrollo a la tecnología de la información y las comunicaciones», así como «los efectos de las sanciones económicas que imponen unilateralmente los países desarrollados y que afectan al acceso libre e irrestricto de los países en desarrollo a la tecnología...»²¹.

²⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*. Sexagésimo sexto periodo de sesiones. Tema 69 b) del programa provisional. Sig. A/66/290. En línea, <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/449/81/doc/N1144981.DOC?OpenElement> p. 18 [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

²¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, TERCERA COMISIÓN: «Acta resumida de la 28.ª sesión». Nueva York, 21 de octubre de 2011. Págs. 3 y 6. En línea, documento pdf: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/558/15/PDF/N1155815.pdf?OpenElement> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

2.2. Iniciativas gubernamentales en Europa

En Europa, en los últimos años, hemos podido asistir a una creciente garantía del derecho de acceso a internet. De hecho, en el periodo que va desde el 31 de diciembre de 2000 hasta el 30 de junio del 2012 se ha producido un incremento del al población con acceso a internet de un 393,4% ²².

Así, en Suiza, el Consejo Federal determinó, tras una consulta pública en relación a la modificación de la «Ordonnance sur les services de télécommunication (OST)» en 2006²³ que, a partir de 1 de enero de 2008, toda la población podría tener acceso de banda ancha. Se estableció un servicio universal con una velocidad de transmisión mínima de 600 kbits por segundo de descarga y 100 kbit por segundo de subida. La conexión debía incluir también un canal de voz, un número de teléfono y una entrada en el directorio telefónico público ²⁴.

En Francia, en la *Decisión* del Consejo Constitucional Francés sobre la Ley por la que se favorece la Difusión y la Protección de la Creación en Internet ²⁵, se considera como un derecho básico el derecho de acceso a

²² Según Internet World Stats, en Europa los usuarios de internet pasaron de 105.096.093 personas a 518.512.109 personas, en el periodo reseñado. Tales datos pueden consultarse en <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

²³ Se puede consultar el Informe final, en formato pdf, en http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00909/01543/index.html?lang=fr&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042l2Z6ln1ae2IZn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdYR9gGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A— [Consulta 4 de diciembre de 2012].

²⁴ Cfr. la página web de la Oficina Federal de Comunicaciones en el Departamento de Medio Ambiente, Transporte, Energía y Comunicaciones <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/medieninformatioenen/00471/index.html?lang=en&msg-id=7308>. Concretamente, el art. 16 párr. 3 de la Ley de Telecomunicaciones facultó al Consejo Federal para adaptar el servicio universal al estado de la técnica y las exigencias sociales y económicas, En línea, http://www.admin.ch/ch/f/rs/784_10/a16.html [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

²⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision* núm. 2009-580 DC du 10 juin 2009, «Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet». Se puede lo-

internet, bien que deduciéndolo directamente del art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²⁶, entendiendo que «en el estado actual de los medios de comunicación y con respecto al desarrollo generalizado de los servicios de comunicación pública en línea» este acceso es importante para «la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones»²⁷.

En Finlandia, el 1 de julio de 2010 entró en vigor una ley por la que se obligaba a todas las compañías de telecomunicaciones a proporcionar una conexión mínima de 1 Mb a todos los usuarios²⁸, pero curiosamente quedan fuera de esta garantía las segundas residencias (Casas de veraneo «kesäasuntoja»). Además, para 2015 el gobierno prevé que todos los finlandeses dispondrán de una conexión de 100 Mb. Estonia también ha legislado de modo similar.

En el Reino Unido, el Gobierno preveía para 2012 garantizar una conexión de, al menos, 2 Mb para todos los hogares, pero no consideraba establecerlo como derecho. Tal compromiso lo adquirió en un Informe deno-

calizar en la siguiente dirección electrónica: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html> [Consulta: 4 de diciembre de 2012], *passim*. La documentación completa de su tramitación legislativa puede obtenerse en la siguiente dirección: <http://www.senat.fr/dossierleg/pj107-405.html> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

²⁶ «La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley».

²⁷ Parágrafo 12 de la *Décision núm. 2009-580 DC del 10 de junio de 2009*, ya citada.

²⁸ El establecimiento y definición del servicio universal está contemplado en el Capítulo 6 de la Ley. El texto de la misma puede consultarse en <http://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2003/20030393?search%5Btype%5D=pika&search%5Bpika%5D=Internet-yhteys> [Consulta: 4 de diciembre de 2012]. Las velocidades de conexión las supervisa la Autoridad Reguladora de las Comunicaciones («Viestintävirasto»). Su página web es la siguiente: <http://www.ficora.fi/> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

minado «Digital Britain Final Report»²⁹ elaborado en junio de 2009 y presentado al Parlamento. Fruto de ese informe fue la «Digital Economy Act» de 2010³⁰, que entró en vigor el 8 de junio de 2010, aunque no contempla ninguna regulación sobre derecho de acceso a internet o garantías de acceso mínimo³¹.

Pero el problema no se plantea sólo en la posibilidad de acceso a internet, sino que el acceso a la Red se haga en condiciones de calidad y de rapidez. De hecho, en un informe elaborado por la Comisión Europea, se señalaba que «los beneficios de la banda ancha son tales que la imposibilidad de acceder a ella constituye un problema que debe abordarse con urgencia»³². De tal modo que «la falta de acceso a las conexiones de banda ancha constituye un aspecto del problema más general que suele denominarse «brecha digital», a saber, la distancia que separa a personas, empresas y territorios en cuanto a oportunidades de acceder a las TIC y utilizarlas»³³. Para ello, y teniendo en cuenta los derechos involucrados, la Comisión proponía la intervención pública en el desarrollo de la banda ancha, sobre todo para garantizar la conexión prioritaria de «centros escolares, administraciones públicas y centros sanitarios»³⁴.

²⁹ DEPARTAMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT AND DEPARTAMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS: *Digital Britain Final Report*. En línea: <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm76/7650/7650.pdf> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

³⁰ Se puede consultar en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents>. En especial, su p. 82. [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

³¹ De hecho, su objetivo principal es la protección de los derechos de autor y combatir las infracciones de copyright y otras regulaciones sobre la televisión y la radio.

³² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Superar los desequilibrios de la banda ancha*. Bruselas, 20 de marzo de 2006. Pág. 3. Localizable en el servidor jurídico de la Unión: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0129:FIN:ES:HTML> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, pp. 8 y 11.

En otro informe posterior, y partiendo de la base de que «Los Estados miembros deben garantizar, ... que todos los usuarios finales tengan acceso desde ubicaciones fijas a servicios de transmisión de voz y datos, incluido el «acceso funcional a Internet», causando la menor distorsión posible en el mercado», la Comisión considera que, por ahora, no es necesario «modificar el concepto y los principios básicos del servicio universal en cuanto instrumento para evitar la exclusión social», de tal modo que deben ser los propios Estados, de acuerdo con el principio de subsidiaridad, los que determinen «la velocidad adecuada de transmisión de datos en las conexiones de red que ofrezcan “un acceso funcional a internet”», aunque para evitar distorsiones, la Comisión «iniciará conversaciones con los Estados miembros, el Parlamento europeo y otras partes interesadas» sobre estas materias. Asimismo, «la Comisión presentará propuestas en el primer trimestre de 2012 para garantizar que los usuarios con discapacidad puedan acceder sin restricciones antes de 2015 a los sitios web del sector público y a los que ofrecen servicios básicos a los ciudadanos»³⁵.

Por último debemos también reseñar que el Parlamento Europeo adoptó el 5 de julio de 2011 una Resolución en la que afirmaba que «Destaca la importancia de las obligaciones de servicio universal (OSU) como red de seguridad para la integración social cuando las fuerzas del mercado no han sabido proporcionar por sí solas servicios básicos a los ciudadanos y a las empresas» y «Respalda los objetivos de «Acceso de banda ancha para todos» de la Agenda Digital y tiene el convencimiento de que el acceso a la banda ancha ayuda a los ciudadanos y a las empresas a sacar el máximo provecho del mercado único digital, en especial al mejorar la integración social, crear nuevas oportunidades para las empresas innovadoras desde los

³⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El servicio universal en el ámbito de las comunicaciones electrónicas: informe sobre el resultado de la consulta pública y de la tercera revisión periódica del alcance de ese servicio conforme al art. 15 de la Directiva 2002/22/CE*. Bruselas, 23 de noviembre de 2011. En línea, se puede obtener, en formato pdf, en la siguiente dirección: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0795:FIN:ES:PDF> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

puntos de vista ambiental y social, impulsando el empleo y el crecimiento y aumentando las oportunidades de comercio transfronterizo; aboga, a tal fin, por el fomento de la formación digital» por lo que pide a la Comisión que «ofrezca mayor apoyo financiero a los proyectos locales que proporcionan acceso digital y a todas las comunidades que ayudan a grupos con discapacidad a acceder a instrumentos tecnológicos, proporcionando conexiones en edificios públicos con acceso a Internet gratuito», por cuanto «una combinación de políticas y tecnologías (redes alámbricas, por cable, fibra, móvil y satélite) puede fomentar el desarrollo de nuevos servicios y aplicaciones en línea por parte de las empresas y los organismos públicos, como la e-educación, la e-sanidad y la e-administración, impulsando la demanda de conexiones de Internet más rápidas, haciendo más rentables las inversiones en redes abiertas de banda ancha, alentando así las asociaciones entre los sectores público y privado y desarrollando el mercado único digital, al tiempo que se mejora la inclusión de los ciudadanos marginados»³⁶.

2.3. Regulación en España

En España no han existido hasta el momento pronunciamientos sobre el carácter de derecho fundamental del acceso a internet. No obstante, sí podemos encontrar alguna regulación al respecto en relación a la posibilidad de que todos puedan conectarse a internet con independencia de su lugar de residencia, desde hace relativamente pocos años.

Así, la primera mención a la conexión de internet como derecho se encuentra en la inicial redacción del Real Decreto 425/2005³⁷ que indicaba

³⁶ PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución de 5 de julio de 2011, sobre el servicio universal y el número de urgencia 112*. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0306+0+DOC+XML+V0/ES> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

³⁷ Real Decreto 425/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (Boletín Oficial del Estado, núm.

las condiciones por las que se establecía la conexión a internet como servicio universal. El que fuera considerado servicio universal implicaba, de acuerdo con el art. 27, «el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible»³⁸. Y, dentro del conjunto definido de servicios, el art. 28 d) recoge: «Establecer comunicaciones de datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet, con arreglo a las recomendaciones pertinentes de la serie V de la UIT-T, sin perjuicio de que se puedan utilizar otros interfaces, previa autorización del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en casos concretos y debidamente justificados. A estos efectos, se considerará velocidad suficiente la utilizada de manera generalizada para acceder a Internet por los abonados al servicio telefónico fijo disponible al público con conexión a la red mediante pares de cobre y módem para banda vocal». En definitiva, lo único que se garantizaba era la conexión a internet a baja velocidad.

Un par de años más tarde, la Ley 57/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, en su Disposición Adicional Segunda señalaba que: «El Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, impulsará la extensión de la banda ancha con el fin de conseguir, antes del 31 de diciembre de 2008, una cobertura de servicio universal de conexión a banda ancha, para todos los ciudadanos, independientemente del tipo de tecnología utilizada en cada caso y de su ubicación geográfica»³⁹. No obs-

102, 29 de abril de 2005). El texto de este Real Decreto y del resto de las leyes recogidas en este artículo se pueden consultar en la página web del *Boletín Oficial del Estado*: <http://www.boe.es/>

³⁸ Esta definición viene recogida del art. 22 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, que indica que «Se entiende por servicio universal el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible» (*Boletín Oficial del Estado* núm. 264, de 4 de noviembre de 2003).

³⁹ Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (*Boletín Oficial del Estado* núm. 312, 29 de diciembre de 2007).

tante esta Ley no caracterizaba el acceso a internet como un derecho de manera distinta a como lo hacía el Decreto anterior, ni introducía nuevas especificaciones.

Finalmente, en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible⁴⁰, se introdujo, en su art. 52, como elemento integrante del servicio universal de telecomunicaciones la conexión a banda ancha a una velocidad de 1 Mb, a través de cualquier tecnología. En el mismo artículo se habilitaba al Gobierno para que, en el plazo de cuatro meses, mediante Real Decreto estableciera las condiciones de acceso a banda ancha dentro de este servicio universal. Ese Real Decreto se publicó, finalmente, el 24 de mayo de 2011⁴¹.

En su texto se modifica el art. 27 del anterior Real Decreto 424/2005, ya citado, en el sentido de establecer que el servicio universal es «el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio razonable». De tal modo que, en base al mismo, «todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas desde una ubicación fija». Y, en el nuevo art. 28.1 b) se establece que, por lo que se refiere a internet, este servicio debe garantizar «comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1Mbit por segundo».

En todo caso, en el informe realizado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en junio de 2010, se señalaba que en España la banda ancha en sus tramos de velocidad más alta, no sólo tenía una escasa penetración, sino que resultaba significativamente más cara que en el resto de los países de la Unión Europea.

Así, en junio de 2010 el tramo de líneas a velocidad alta (igual o superior a 10 Mb), sólo alcanzaba al 31,5% de las líneas y su coste era supe-

⁴⁰ El texto oficial de la ley se puede consultar en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-4117> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

⁴¹ Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. Se puede consultar en formato pdf en <http://www.boe.es/boe/dias/2011/05/24/pdfs/BOE-A-2011-9012.pdf> [Consulta: 4 de diciembre de 2011].

rior, en el mejor de los casos, en un 18,1% a la media de la Unión Europea. Además, el 60% de las líneas se situaban en el tramo de velocidad media (entre 2 Mb y 10 M, no incluido), con un coste superior, también de la mejor oferta, en un 11,5% a la media de la UE. Y, por último, todavía subsistía un 8,5% a baja velocidad (desde 144 KB hasta 2 Mb, no incluido) cuyo costo, éste sí, se encontraba por debajo de la media de la UE en un 4,8%⁴². Y, en todo caso, el número de viviendas con acceso a internet en España, con datos de 2012, sólo llegaba al 67,9% del total de hogares⁴³.

Finalmente, es posible encontrar en las últimas redacciones de algunos Estatutos de Autonomía un reconocimiento al derecho de acceso a internet por parte de los ciudadanos.

Concretamente, el art. 34 de Estatuto de Autonomía de Andalucía señala que «Se reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca»⁴⁴. También el art. 53.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña recoge que «Los poderes públicos deben facilitar el conocimiento de la sociedad de la información y deben impulsar el acceso a la comunicación y a las tecnologías de la información, en condiciones de igualdad, en todos los ámbitos de la vida social, incluido el laboral; deben fomentar que estas tecnologías se pongan al servicio de las personas y no afecten negativamente a sus derechos, y deben garantizar la prestación de servicios mediante dichas tec-

⁴² COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES: *Comparativa internacional de ofertas comerciales de banda ancha en la Unión Europea y España a junio de 2010*. p. 7 En línea, documento pdf: http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=0c8aa925-a102-410f-b13f-e546c7f680f2&groupId=10138 [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

⁴³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de la información y comunicación en los hogares en 2012*. En línea, <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t25/p450/a2012/10/&file=01001.px&type=pcaxis&L=0> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

⁴⁴ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los textos oficiales, de ésta y de las siguientes leyes citadas, como se ha indicado, se pueden obtener en <http://www.boe.es/>

nologías, de acuerdo con los principios de universalidad, continuidad y actualización»⁴⁵ o, entre otros, el art. 7.6 del Estatuto de Autonomía de Extremadura que indica que los poderes públicos «Estimularán la investigación científica y técnica, la incorporación de procesos innovadores por los actores económicos, el acceso a las nuevas tecnologías por parte de empresas y ciudadanos y los mecanismos legales y técnicos que faciliten el libre acceso de todos al conocimiento y la cultura»⁴⁶ y el art. 19.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana indica que «Queda garantizado el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías y a que la Generalitat desarrolle políticas activas que impulsen la formación, las infraestructuras y su utilización»⁴⁷. No obstante, las iniciativas de las Comunidades Autónomas en este sentido han sido escasas, aunque se han hecho importantes esfuerzos en relación con la dotación de equipamientos de uso público para numerosos pueblos⁴⁸.

⁴⁵ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

⁴⁶ Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁴⁷ Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. También la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, en su art. 28.2 señala que [los poderes públicos de Aragón] «Del mismo modo, promoverán las condiciones para garantizar en el territorio de Aragón el acceso sin discriminaciones a los servicios audiovisuales y a las tecnologías de la información y la comunicación». También el art. 16.21 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León indica que «La plena incorporación de Castilla y León a la sociedad del conocimiento, velando por el desarrollo equilibrado de las infraestructuras tecnológicas en todo su territorio y garantizando la igualdad de oportunidades de todas las personas en el acceso a la formación y al uso de las tecnologías de la información y la comunicación». En la misma línea, el art. 29 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears establece que «En el ámbito de sus competencias, los poderes públicos de las Illes Balears impulsarán el acceso a las nuevas tecnologías, a la plena integración en la sociedad de la información y a la incorporación de los procesos de innovación».

⁴⁸ Por ejemplo, las Aulas Guadalinfo en Andalucía, utilizando software Linux. Cfr. <http://www.guadalinfo.es> [Consulta: 17 de diciembre de 2012].

3. EL DERECHO AL ANONIMATO

Pero una vez que hemos accedido a internet, otros problemas se plantean. Por ejemplo, la salvaguarda de un cierto anonimato en la navegación por internet puede suponer una importante protección de la libertad de la persona. La participación política, la configuración de la opinión pública e, incluso, las compras o las transacciones económicas a través de la red, pueden exigir, en ocasiones, una importante salvaguarda de la identidad propia.

3.1. Regulación legal del control de los datos

Así, en la *Declaración de Derechos del Ciberespacio* que Robert B. Gelman redactó el 12 de noviembre de 1997, en su art. 3 se establecía que «Toda persona tiene derecho a la privacidad, anonimidad y seguridad en las transacciones en línea»⁴⁹. Quizá fuera ésta una de las primeras ocasiones en las que se remarcaba este aspecto en relación con internet⁵⁰.

Entre nosotros, el Tribunal Constitucional Español, en la Sentencia 144/1999⁵¹, señalaba que «el art. 18.1 garantiza... un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, ve-

⁴⁹ Puede consultarse el texto de la Declaración y un breve análisis de la misma, realizada por L.G. PEÑARRIETA BEDOYA, «Derecho al acceso a las tecnologías de comunicación e información», disponible en <http://www.monografias.com/trabajos37/derechos-ciberespacio/derechos-ciberespacio2.shtml> [Consulta: 25 de octubre de 2012].

⁵⁰ Un análisis más exhaustivo del derecho al anonimato se puede encontrar en R. M.^a ORZA LINARES, «El derecho al anonimato en la Red» *Revista Telos*, Núm. 89: Redes Sociales y democracia, octubre-diciembre, 2011, pp. 24-33.

⁵¹ Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC) 144/1999, de 22 de julio (Sala 2^a) Fundamento Jurídico 8. Se trataba de un complejo Recurso de Amparo en el que el recurrente, candidato a unas elecciones, había observado que su hoja de antecedentes penales había sido utilizada sin su consentimiento por la Junta Electoral competente en esas elecciones y, a través de ellas y de otras actuaciones judiciales, acordar su inelegibilidad. El recurrente pretendía que el Tribunal Constitucional anulara esa declaración de inelegibilidad por, entre otras consideraciones, su vulneración del

dando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio». Y, además, el art. 18,3 garantiza también el secreto de las comunicaciones⁵².

Por ello, no es extraño que la *Directiva* de la Unión Europea 2002/58/CE (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) fuera muy cuidadosa a la hora de garantizar el anonimato en llamadas telefónicas ante la posibilidad de que los operadores de telefonía pudieran comunicar el número desde el que se llama a la hora de establecer una conexión telefónica. Así, en su parágrafo 34, la *Directiva* señalaba que «Es necesario, por lo que respecta a la identificación de la línea de origen, proteger el derecho del interlocutor que efectúa la llamada a reservarse la identificación de la línea desde la que realiza dicha llamada y el derecho del interlocutor llamado a rechazar llamadas procedentes de líneas no identificadas», lo que se justifica por el hecho de que «Determinados abonados, en particular las líneas de ayuda y otras organizaciones similares, tienen interés en garantizar el anonimato de sus interlocutores»⁵³.

Y, de hecho, el art. 8 de esta *Directiva* establece que «1. Cuando se ofrezca la posibilidad de visualizar la identificación de la línea de origen, el proveedor del servicio deberá ofrecer al usuario que efectúe la llamada

derecho a la intimidad. El Tribunal consideró que, en efecto, su derecho a la intimidad había sido vulnerado, pero no aceptó la anulación de las decisiones de la Junta Electoral en cuanto a la inelegibilidad.

⁵² El art. 18,1 de la Constitución Española establece que: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

Y su párrafo 3 señala que «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

⁵³ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO *Directiva 2002/58/CE* de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:ES:PDF> [Consulta: 25 de septiembre de 2012].

la posibilidad de impedir en cada llamada, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de la línea de origen. El abonado que origine la llamada deberá tener esta posibilidad para cada línea. 2. Cuando se ofrezca la posibilidad de visualizar la identificación de la línea de origen, el proveedor del servicio deberá ofrecer al abonado que reciba la llamada la posibilidad, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, siempre que haga un uso razonable de esta función, de impedir la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes», bien que con la posibilidad de eliminar esta opción en determinados casos (art. 10 de la *Directiva*)⁵⁴.

Esta *Directiva* fue trasladada al derecho interno español en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones que, en su art. 38,3 indica que: «En particular, los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos: ... f) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de su línea en las llamadas que genere o la presentación de la identificación de su línea al usuario que le realice una llamada. g) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes y a rechazar las llamadas entrantes en que dicha línea no aparezca identificada»⁵⁵.

Si la mera ocultación del número de los teléfonos que realizan llamadas ha merecido tal atención dentro de la Unión Europea, como una indudable garantía para el ejercicio de diversos derechos fundamentales, mucho

⁵⁴ Art. 10: «...el proveedor de una red pública de comunicaciones o de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público podrá anular: ... 2. la supresión de la presentación de la identificación de la línea de origen y el rechazo temporal o la ausencia de consentimiento de un abonado o un usuario para el tratamiento de los datos de localización, de manera selectiva por línea, para las entidades reconocidas por un Estado miembro para atender llamadas de urgencia, incluidos los cuerpos de policía, los servicios de ambulancias y los cuerpos de bomberos, para que puedan responder a tales llamadas».

⁵⁵ Es significativo que, si bien, la *Directiva* se refiere a las llamadas telefónicas, en la legislación española se extiende este derecho a las «comunicaciones electrónicas», concepto que parece más amplio que las meras llamadas telefónicas.

más interés debería tener la protección del anonimato a la hora de navegar por internet. Como es imaginable, el estudio de una mera relación de páginas visitadas por una persona concreta, sobre todo si el rastreo se refiere a un periodo de tiempo más o menos prolongado, puede ofrecer una enorme información sobre la personalidad, la economía, los gustos, las aficiones, las preocupaciones de ese ciudadano en concreto. El perfil obtenido puede ser utilizado con diversos fines y puede entrañar serias amenazas para su libertad o seguridad.

De hecho, la jurisprudencia internacional ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse sobre estos extremos. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 3 de abril de 2007, «Caso Copland»⁵⁶, analizó si el seguimiento de las llamadas telefónicas, del uso del correo electrónico y de la navegación por internet realizada por los responsables de un «College» universitario de Gales (Reino Unido) sobre una trabajadora del mismo, suponía una violación de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En sus alegaciones, el Gobierno británico aceptó que, en este caso, «si bien se efectuó cierto seguimiento de las llamadas, el correo electrónico y la navegación por Internet de la demandante con anterioridad a noviembre de 1999, no se llegó a interceptar las llamadas telefónicas ni a analizar el contenido de las páginas web visitadas por ella». Para el Gobierno inglés, «el seguimiento no consistió pues en nada más que un análisis de la información generada automáticamente para determinar si las instalaciones del College se habían usado con fines personales»⁵⁷. Se trataba no de interceptar el contenido de las llamadas, o de los correos electrónico, sino de simplemente conocer a qué números se llamaba, a quién se enviaba los correos electrónico y el nombre o la dirección de las páginas web que se consultaba. Es más, según sus alegaciones, «En el supuesto de que el análisis de la relación de llamadas telefónicas, el correo

⁵⁶ Sentencia del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (STEDH) 23/2007, de 3 de abril. La jurisprudencia del Tribunal, usualmente en francés o inglés, puede consultarse en la página web <http://www.echr.coe.int/>. La página web del Consejo de Europa es <http://www.coe.int/>

⁵⁷ Parágrafo 32.

electrónico e Internet se considerase una injerencia en el respeto de la vida privada o la correspondencia, el Gobierno señala que la injerencia estaba justificada»⁵⁸, Ya que, «En primer lugar, perseguía el fin legítimo de proteger los derechos y libertades de los demás al asegurar que no se abusase de unas instalaciones con cargo a los fondos públicos» y, en segundo lugar, «la injerencia tenía un fundamento en derecho interno en la medida en que el College, como organismo estatutario, cuyos poderes le facultan para ofrecer formación superior y hacer lo necesario y oportuno con tal propósito, tenía el poder de controlar razonablemente sus instalaciones para asegurar su capacidad de llevar a cabo sus funciones estatutarias». Concluía que «era razonablemente previsible que las instalaciones con las que cuenta un organismo estatutario con cargo a los fondos públicos no podían ser utilizadas en exceso con fines personales»⁵⁹.

A pesar de estas alegaciones, el Tribunal consideró que tales injerencias no estaban justificadas, ya que «según la reiterada jurisprudencia del Tribunal, las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales pueden incluirse en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» a efectos del art. 8.1 (Sentencias Halford [TEDH 1997, 37], previamente citada, ap. 44 y Amann contra Suiza [TEDH 2000, 87] [GC], núm. 27798/1995, ap. 43, TEDH 2000-II). Es lógico pues que los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo estén protegidos en virtud del art. 8, como debe estarlo la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet»⁶⁰.

⁵⁸ Parágrafo 33.

⁵⁹ Parágrafo 34.

⁶⁰ Parágrafo 41. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (4 de noviembre de 1950) señala que: «Art. 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Asimismo, el Tribunal recuerda que «la utilización de información relativa a la fecha y duración de las conversaciones telefónicas y en particular los números marcados, puede plantear un problema en relación con el art. 8 (RCL 1999, 1190 y 1572), ya que dicha información es «parte de las comunicaciones telefónicas» (Sentencia Malone contra el Reino Unido de 2 agosto 1984 [TEDH 1984, 1], serie A núm. 82, ap. 84)» y el hecho de que el College obtuviese esos datos legítimamente, «en forma de facturas telefónicas», no es impedimento para «constatar una injerencia en los derechos garantizados por el art. 8 (ibidem)» Y, lo que resulta más relevante, «el almacenamiento de datos personales relativos a la vida privada de una persona se halla también en el ámbito de aplicación del art. 8.1 (Sentencia Amann [TEDH 2000, 87], previamente citada, ap. 65)»⁶¹. Además el Tribunal considera que tal injerencia no estaba justificada ni por el derecho interno, ni por las normas internacionales⁶².

Por todo ello, «el Tribunal considera que la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del art. 8 del Convenio»⁶³, concediéndole a la recurrente una indemnización por daño moral y obligando al Gobierno británico a correr también con los gastos del proceso⁶⁴.

⁶¹ Parágrafo 43.

⁶² Parágrafos 45-48.

⁶³ Parágrafo 44.

⁶⁴ No obstante, la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo considera que la obtención del número telefónico, por sí sólo no supone una injerencia en el ámbito protegido de la intimidad personal. Así, por ejemplo, la Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO (STS) 921/2009 de 20 de octubre, considera, haciendo suyos unos votos particulares emitidos en la STS de 19 de febrero de 2007, que «Los números identificativos con los que operan los terminales no pueden constituir, por sí mismos, materia amparada por el secreto de las comunicaciones, pues afirmar lo contrario supondría, a nuestro juicio, confundir los medios que posibilitan la comunicación con la comunicación misma», y ello porque «Sostener semejante criterio no supone contradicción alguna, en nuestra opinión, con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente la contenida en la Sentencia del denominado «caso

Así, hay que tener en cuenta que, en este mismo sentido de proteger la intimidad y el anonimato a la hora de navegar por internet, tanto la legislación de muchos países, como la actuación de las agencias gubernamentales de protección de datos, consideran a la dirección IP⁶⁵, un dato de carácter personal.

Malone», ni con la del Tribunal Constitucional ni, mucho menos aún, con la de esta misma Sala, pues esa doctrina se refiere a la extensión del ámbito protegido de la «comunicación» no tanto a los números telefónicos sino al hecho de que, a través de la averiguación de esos números, se conozcan extremos como el momento, la duración y, lo que es aún más importante, la identidad de las personas que establecen el contacto. Y eso sí que puede sostenerse que forma parte, auténticamente, de la «comunicación».

⁶⁵ Según la WIKIPEDIA, una dirección IP es «una etiqueta numérica que identifica, de manera lógica y jerárquica, a un interfaz (elemento de comunicación/conexión) de un dispositivo (habitualmente una computadora) dentro de una red que utilice el protocolo IP (Internet Protocol), que corresponde al nivel de red del Modelo OSI. Dicho número no se ha de confundir con la dirección MAC, que es un identificador de 48bits para identificar de forma única la tarjeta de red y no depende del protocolo de conexión utilizado ni de la red. La dirección IP puede cambiar muy a menudo por cambios en la red o porque el dispositivo encargado dentro de la red de asignar las direcciones IP decida asignar otra IP (por ejemplo, con el protocolo DHCP). A esta forma de asignación de dirección IP se denomina también se ocupa para encontrar domicilios y toda la información necesariadirección IP dinámica (normalmente abreviado como IP dinámica). Los sitios de Internet que por su naturaleza necesitan estar permanentemente conectados generalmente tienen una dirección IP fija (comúnmente, IP fija o IP estática). Esta no cambia con el tiempo. Los servidores de correo, DNS, FTP públicos y servidores de páginas web necesariamente deben contar con una dirección IP fija o estática, ya que de esta forma se permite su localización en la red. Los ordenadores se conectan entre sí mediante sus respectivas direcciones IP. Sin embargo, a los seres humanos nos es más cómodo utilizar otra notación más fácil de recordar, como los nombres de dominio; la traducción entre unos y otros se resuelve mediante los servidores de nombres de dominio DNS, que a su vez facilita el trabajo en caso de cambio de dirección IP, ya que basta con actualizar la información en el servidor DNS y el resto de las personas no se enterarán, ya que seguirán accediendo por el nombre de dominio...». COLABORADORES DE WIKIPEDIA. *Dirección IP* [en línea]. Wikipedia, La enciclopedia libre, 2012 [Consulta: 28 de octubre de 2012]. Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Direcci%C3%B3n_IP.

Así, el Grupo de Trabajo sobre el art. 29⁶⁶, en su Dictamen 4/2007, sobre el concepto de datos personales, indicó que «si bien la identificación a través del nombre y apellidos es en la práctica lo más habitual, esa información puede no ser necesaria en todos los casos para identificar a una persona». Así puede suceder cuando se utilizan otros «identificadores» para singularizar a alguien. Efectivamente, los ficheros informatizados de datos personales suelen asignar un identificador único a las personas registradas para evitar toda confusión entre dos personas incluidas en el fichero. Y por lo que se refiere a internet «las herramientas de control de tráfico permiten identificar con facilidad el comportamiento de una máquina y, por tanto, la del usuario que se encuentra detrás. Así pues, se unen las diferentes piezas que componen la personalidad del individuo con el fin de atribuirle determinadas decisiones. Sin ni siquiera solicitar el nombre y la dirección de la persona es posible incluirla en una categoría, sobre la base de criterios socioeconómicos, psicológicos, filosóficos o de otro tipo, y atribuirle determinadas decisiones puesto que el punto de contacto del individuo (un ordenador) hace innecesario conocer su identidad en sentido estricto». En otras palabras, «la posibilidad de identificar a una persona ya no equivale necesariamente a la capacidad de poder llegar a conocer su nombre y apellidos»⁶⁷.

Y, en particular, respecto de las direcciones IP el Dictamen señala que «el Grupo de trabajo considera a las direcciones IP como datos sobre una persona identificable», ya que como se indicó ya en el año 2000, «los pro-

⁶⁶ Este Grupo se creó en virtud del art. 29 de la *Directiva 95/46/CE*. Se trata de un organismo de la Unión Europea, de carácter consultivo e independiente, para la protección de datos y el derecho a la intimidad. Este Grupo está compuesto por representantes de las autoridades nacionales de control de datos de los Estados miembros, de un representante del Controlador Europeo para la Protección de Datos (CEPD) y de un representante de la Comisión europea. Como ya hemos indicado, la dirección de internet en la que se puede consultar toda la legislación europea es <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁶⁷ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales* (20 de junio de 2007), Disponible: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_es.pdf [Consulta: 28 de octubre de 2012], p. 15.

veedores de acceso a Internet y los administradores de redes locales pueden identificar por medios razonables a los usuarios de Internet a los que han asignado direcciones IP, pues registran sistemáticamente en un fichero la fecha, la hora, la duración y la dirección IP dinámica asignada al usuario de Internet. Lo mismo puede decirse de los proveedores de servicios de Internet que mantienen un fichero registro en el servidor HTTP. En estos casos, no cabe duda de que se puede hablar de datos de carácter personal en el sentido de la letra a) del art. 2 de la Directiva»⁶⁸. Así, es posible que «en muchos casos exista la posibilidad de relacionar la dirección IP del usuario con otros datos de carácter personal, de acceso público o no, que permitan identificarlo, especialmente si se utilizan medios invisibles de tratamiento para recoger información adicional sobre el usuario, tales como “cookies” con un identificador único o sistemas modernos de minería de datos unidos a bases de datos con información sobre usuarios de Internet que permite su identificación»⁶⁹. Y ello sobre todo, si «el tratamiento de direcciones IP se lleva a cabo con objeto de identificar a los usuarios de un ordenador (por ejemplo, el realizado por los titulares de los derechos de autor para demandar a los usuarios por violación de los derechos de propiedad intelectual), el responsable del tratamiento prevé que los «medios que pueden ser razonablemente utilizados» para identificar a las personas pueden obtenerse, por ejemplo, a través de los tribunales competentes (de otro modo la recopilación de información no tiene ningún sentido), y por lo tanto la información debe considerarse como datos personales»⁷⁰.

Ya con anterioridad, la legislación española sobre protección de datos iba por el mismo camino. Así, el art. 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, se refiere a «dato de carácter personal» como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». Y, en desarrollo de la mis-

⁶⁸ Documento de trabajo WP 37: *Privacidad en Internet*: - Enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea adoptado el 21.11.2000. Disponible en español en la siguiente dirección: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2000/wp37es.pdf [Consulta: 28 de octubre de 2012], p. 23.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ GRUPO DE TRABAJO ... cit, pp. 18-19.

ma, su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, define en su art. 5.f) los datos de carácter personal como «cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a una personas físicas identificadas o identificables». El apartado o) del citado art. 5 recoge la definición de «persona identificable» y considera como tal «toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social».

Esta definición de dato personal se realiza en términos tan amplios que permite incluir sin ningún problema, como dato personal, todo aquel que permite vincular una información personal a una persona, condición que sin muchas complejidades, puede predicarse de las direcciones IP y en cumplimiento de ello han existido algunas resoluciones de la Agencia de Protección de Datos⁷¹.

Desde otro punto de vista, grandes empresas de internet como Google han cuestionado que la dirección IP sea considerada un dato personal. Así, en un Encuentro que tuvo lugar en mayo de 2008, defendían que la dirección IP no podía ser un dato personal. Los argumentos más importantes eran que, en el caso de ordenadores compartidos —bibliotecas, cybercafés, etc.—

⁷¹ *Resolución* de la AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS de fecha 5 de marzo de 2009. Se trata de una resolución dictada en un procedimiento abierto por una denuncia presentada por el Director de la Oficina de Defensa de los Derechos del Menor de las Islas Baleares en la que se ponía de manifiesto que una página web en que existía una red social denominada «Tcuento», publicaba las direcciones IP de las personas que participaban en la misma, muchos de ellos menores de edad. Este procedimiento no pudo concluir con sanción por no encontrar a la persona responsable de la citada página web. Ya hace algunos años esta Agencia ya defendía que la dirección IP era un dato de carácter personal, obligando al registro en la propia Agencia de las bases de datos que recogieran esos datos, en su *Informe 327/2003 «Carácter de dato personal de la dirección IP»*. El texto de esta Resolución y de las otras dictadas por esta Agencia, puede encontrarse en su página web: <http://www.agpd.es/>. Para una descripción somera de las características de esta Agencia, cfr, el extenso estudio realizado, ya hace algunos años, por M.M. SERRANO PÉREZ, *El derecho fundamental a la protección de datos*. Madrid, Civitas, 2003, pp. 471 y ss.

la asignación de direcciones IP podía ser compartida también por muchas personas diferentes, que muchos proveedores de internet asignaban direcciones IP dinámicas, por lo que varias cuentas diferentes podían usar la misma dirección IP durante el curso de una semana. Asimismo, que, en ambientes corporativos, cientos de usuarios podían estar conectados a una única dirección IP de salida⁷², que una dirección IP por sí sola no puede asociarse a un individuo ni lo identifica, sino que sólo identifica a un equipo informático conectado a una red (de hecho, una variedad de equipos como impresoras, fax, escáneres, pueden poseer direcciones IP) o que, en fin, las direcciones IP pueden ser falsificadas o disfrazadas⁷³. En este sentido señalaban la dificultad que se le plantean a empresas como Google, que recolectan direcciones IP «para garantizar la seguridad y la calidad de servicios», la caracterización de estos datos como «datos personales», tanto a la hora del impacto negativo que tendrían en sus operaciones técnicas, como a la hora de cumplir con los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales para tratar los datos personales. Esto último, especialmente centrado en dos aspectos: requerir el consentimiento para el tratamiento de estos datos en el caso de usuarios no autenticados, incluyendo la prueba de que el consentimiento ha sido otorgado, y el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

⁷² En este sentido, es significativo que en la *Resolución* de fecha 19 de julio de 2006 de la AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, se decidiera el archivo de una denuncia por publicación de datos personales por cuanto la dirección IP de la que provenía la información correspondía a un servidor *proxi* de la Universidad de Alicante, sin que constara que persona concreta podría haberla utilizado. El texto completo de la *Resolución* se puede consultar en la siguiente dirección electrónica: https://www.agpd.es/portalweb/resoluciones/archivo_actuaciones/archivo_actuaciones_2006/common/pdfs/E-01055-2005_Resolucion-de-fecha-19-07-2006_Art-ii-culo-6-LOPD.pdf [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

⁷³ P. LESS ANDRADE, «Google, protegiendo la privacidad en Internet». En *VI Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos*. Cartagena de Indias, mayo de 2009 (en línea). Localización: https://www.agpd.es/portalweb/internacional/red_iberroamericana/encuentros/VI_Encuentro/common/pla_privacidad_internet_vi_encuentro_iberroamerica.pdf [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

En cualquier caso, la desconfianza de las autoridades en el uso que por los ciudadanos se pueda estar haciendo de internet ha hecho que la Unión Europea haya aprobado la Directiva 2006/24/CE, que también modifica la anterior Directiva 2002/58/CE, en la que se establecía la obligación de los proveedores de acceso a internet de conservar los datos generados en las transmisiones electrónicas.

Así, en los que podíamos considerar como la exposición de motivos de esta Directiva, se señala que, si bien los arts. 5, 6 y 9 de la anterior Directiva 2002/58/CE establecían como obligaciones de los proveedores que los datos obtenidos en las transmisiones a través de internet deberían borrarse o hacerse anónimos cuándo no se necesiten para la transmisión, «salvo los datos necesarios para la facturación o los pagos por interconexión»⁷⁴, también se permitía que los Estados miembros limitasen esta obligación, siempre que tales restricciones constituyeran «medidas necesarias, apropiadas y proporcionadas en una sociedad democrática para fines específicos de orden público, como proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas»⁷⁵. Como varios Estados, entre ellos España⁷⁶, hicieron uso de esa posibilidad, aunque con una gran diversidad en sus legislaciones, su corrección e igualación venía obligada, que es lo que pretendía la nueva Directiva del año 2006.

Así, aunque «de conformidad con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamenta-

⁷⁴ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO *Directiva 2006/24/CE*, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, que modifica la anterior *Directiva 2002/58/CE*. Parágrafo 3. Se puede localizar el texto de esta Directiva en la siguiente dirección: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:ES:PDF> [Consulta: 210 de noviembre de 2012].

⁷⁵ Art. 15, apartado 1, de la *Directiva 2002/58/CE*.

⁷⁶ En la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

les (CEDH), toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y de su correspondencia» y ello obliga a que no pueda existir injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, lo cierto es que esta injerencia podrá realizarse cuándo «esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria, entre otras cosas, para la seguridad nacional o la seguridad pública, la prevención de desórdenes o delitos, o la protección de los derechos y las libertades de terceros».

Y para la Unión Europea, «dado que la conservación de datos se ha acreditado como una herramienta de investigación necesaria y eficaz para aplicar la ley en diferentes Estados miembros, en particular en asuntos de gravedad como la delincuencia organizada y el terrorismo, es necesario garantizar que los datos conservados se pongan a disposición de las fuerzas y cuerpos de seguridad durante un determinado período de tiempo, con arreglo a las condiciones establecidas en la presente Directiva». Por consiguiente, «la adopción de un instrumento de conservación de datos que cumpla los requisitos del art. 8 del CEDH es una medida necesaria»⁷⁷. No obstante, los datos que se deben conservar son los «generados o tratados como consecuencia de una comunicación o de un servicio de comunicación y no los datos que constituyen el contenido de la información comunicada. Los datos deben conservarse de tal manera que se evite que se conserven más de una vez. Los datos generados o tratados, cuando se presten servicios de comunicaciones electrónicas, se refieren a los datos accesibles». En particular, en lo referente a la conservación de datos relativos a los correos electrónicos y la telefonía por Internet, «la obligación de conservar datos sólo puede aplicarse con respecto a los datos de los servicios propios de los proveedores o de los proveedores de redes»⁷⁸.

Para ello, el art. 1 de la Directiva establece, en su apartado 1, la obligación de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de una red pública de comunicaciones de conservar determinados datos generados o tratados por los mismos, «para garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuicia-

⁷⁷ *Directiva 2006/24/CE*, parágrafo 9.

⁷⁸ *Ibidem*, Parágrafo 13.

miento de delitos graves, tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro», y en su apartado 2, que los citados datos son concretamente «los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o al usuario registrado», pero no «se aplicará al contenido de las comunicaciones electrónicas, lo que incluye la información consultada utilizando una red de comunicaciones electrónicas»⁷⁹.

El periodo de conservación de tales datos se establece en una horquilla que va desde los seis meses, como mínimo, a los dos años como máximo (art. 6).

En la ley española que aplica esta directiva, la Ley 25/2007⁸⁰ se establece una regulación prácticamente idéntica a la recogida en la Directiva comunitaria, estableciendo concretamente que la duración de la conservación de los datos sea de doce meses⁸¹. Indica la exclusión del deber de conservación al propio contenido de las comunicaciones electrónicas «incluida la información consultada utilizando una red de comunicaciones electrónicas»⁸², aunque el rango de datos que se deben conservar es muy amplio.

Así, por sólo citar los datos que se refieren a las comunicaciones electrónicas, los operadores deben conservar los «Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación: ...Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:

- i) La identificación de usuario asignada.
- ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía.

⁷⁹ Art. 1 de la *Directiva 2006/24/CE*. Concretamente, en el art. 5 se pormenorizan los datos que necesitan ser conservados. Además, en el apartado 2 de este art. 5 se enfatiza de nuevo que «De conformidad con la presente Directiva, no podrá conservarse ningún dato que revele el contenido de la comunicación».

⁸⁰ Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 251 de fecha 19 de octubre de 2007).

⁸¹ Art. 5 de la Ley 25/2007.

⁸² Art. 1.3 de la Ley 25/2007.

- iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono»⁸³.

Asimismo, los «Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación: ... Con respecto al correo electrónico por Internet y la telefonía por Internet:

- i) La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet.
- ii) Los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación»⁸⁴.

Por lo que se refiere a los «Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación ... Con respecto al acceso a Internet, al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet:

- i) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado.
- ii) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario»⁸⁵.

Y también los «Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación. ... Con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: el servicio de Internet utilizado»⁸⁶.

Finalmente los «Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación: ... Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:

⁸³ Art. 3 a) 2. de la Ley 25/2007.

⁸⁴ Art. 3 b) 2. de la Ley 25/2007.

⁸⁵ Art. 3 c) 2. de la Ley 25/2007.

⁸⁶ Art. 3 d) 2. de la Ley 25/2007.

- i) El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números.
- ii) La línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación»⁸⁷.

Y para todo tipo de comunicaciones móviles, los «Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil:

- 1.º La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación.
- 2.º Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período en el que se conservan los datos de las comunicaciones»⁸⁸.

Pero es que, además, tampoco se escapan de este control las llamadas infructuosas. Así el art. 4,2 de la Ley 25/2007 extiende la obligación de conservación «a los datos relativos a las llamadas infructuosas, en la medida que los datos son generados o tratados y conservados o registrados por los sujetos obligados. Se entenderá por llamada infructuosa aquella comunicación en el transcurso de la cual se ha realizado con éxito una llamada telefónica pero sin contestación, o en la que ha habido una intervención por parte del operador u operadores involucrados en la llamada».

También señala concretamente que los datos deben cederse, previo mandamiento judicial⁸⁹, a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera y al personal del Centro Nacional de Inteligencia⁹⁰ y el plazo para esta cesión de datos «Si no se establece otro plazo distinto» será de setenta y dos horas «contadas a partir de las 8:00 horas del día laborable siguiente a aquél en que el sujeto obligado reciba la orden»⁹¹.

⁸⁷ Art. 3 e) 2. de la Ley 25/2007.

⁸⁸ Art. 3 f) 2. de la Ley 25/2007.

⁸⁹ Esta necesidad de mandamiento judicial para la cesión de estos datos, también se extendió al Ministerio Fiscal por decisión de la Sala General no jurisdiccional del Tribunal Supremo, con fecha 23 de febrero de 2010. *Vid.* STS 247/2010, ya citada.

⁹⁰ Art. 6 de la Ley 25/2007.

⁹¹ Art. 7 de la Ley 25/2007.

En otras latitudes, también nos encontramos intentos gubernamentales de establecer medidas adicionales para evitar el anonimato en la Red. Concretamente en Perú, se está discutiendo una propuesta de ley⁹², que ya ha sido sometida a una primera discusión en el Parlamento y que, en Dictamen aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, de fecha 26 de junio de 2012, señala en su art. 23 que «no se encuentran dentro del secreto de las comunicaciones» los datos correspondientes a la identidad de los titulares de «... los números de protocolo de internet», estableciendo además, la obligación de las empresas proveedoras de servicios de ceder los datos anteriores, junto con los datos de identificación a la Policía o al Ministerio Público, eso sí, «con la autorización del juez a cargo del proceso».

Y en Méjico se ha aprobado una denominada popularmente «ley de Geolocalización»⁹³ que permite solicitar datos de geolocalización para investigaciones policiales, sin necesidad de una orden judicial de por medio y bajo motivos de mera sospecha⁹⁴. Los proveedores que se nieguen a entregar la información recibirán una cuantiosa multa por negarse a cooperar

⁹² El texto oficial del Pre Dictamen y el texto original de Proyecto de ley 0034/2011-CR se puede consultar en la siguiente dirección web: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/9acc347a13bfb859052578e9007c116f/\\$FILE/PL00034110811.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/9acc347a13bfb859052578e9007c116f/$FILE/PL00034110811.pdf) [Consulta: 10 de octubre de 2012]. Asimismo, el estado actual del proyecto puede consultarse en <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf> [Consulta: 10 de octubre de 2012] y el texto actual del proyecto en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/c577d32aa8f2602605257a420003de03/\\$FILE/00034DC15MAY200712.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/c577d32aa8f2602605257a420003de03/$FILE/00034DC15MAY200712.PDF) [Consulta: 10 de octubre de 2012].

⁹³ Denominada oficialmente «Decreto por el cual «SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, DE LA LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MÍNIMAS SOBRE READAPTACIÓN SOCIAL DE SENTENCIADOS Y DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA» publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de abril de 2012. El texto de la citada norma se puede consultar en la siguiente dirección web http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5243973&fecha=17/04/2012 [Consulta: 10 de octubre de 2012].

⁹⁴ Concretamente el nuevo art. 133 Quáter señala que: «Tratándose de investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro,

con las autoridades. No obstante esta ley ha sido recurrida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por inconstitucional⁹⁵. Los argumentos esgrimidos son fundamentalmente tres: Que no es necesario una orden del juez para acceder a estos datos, que existe imprecisión en cuanto a las personas que pueden ser investigadas (la norma señala «equipos de comunicación móvil asociados a una línea, que se encuentren *relacionados* con investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas») y falta de precisión en cuanto al tiempo de la duración de la investigación. Por todo ello, los recurrentes consideran que las medidas acordadas «tienen un sumo potencial para la trasgresión de los derechos fundamentales», por cuanto la facultad discrecional otorgada a las Procuradurías General de la República y locales, en concreto: «a) carece de limitación temporal; b) no es clara respecto de las personas que pueden o no ser sujetas a la vigilancia y, c) no contempla la participación de la autoridad judicial en la autorización, supervisión y revocación de la misma».

3.2. Datos personales y páginas web privadas

Por lo que se refiere a la utilización de páginas web propiedad de entidades privadas, es obvio que debe primar en todo caso el consentimiento de los interesados. Ese requisito debe ser una condición previa para el uso de todas las facilidades que se ofrecen libremente en el ámbito de la red. Sin embargo, ese consentimiento está condicionado por varios factores. En primer lugar, las condiciones de uso de los diferentes sitios o páginas web normalmente se refieren a legislación ajena a la del país en la que se encuen-

extorsión o amenazas, el Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue la facultad, solicitarán por simple oficio o medios electrónicos a los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea, que se encuentren relacionados».

⁹⁵ El texto de la demanda se puede consultar en http://cndh.org.mx/Acciones_Inconstitucionalidad [Consulta: 10 de octubre de 2012].

tra el usuario y suelen estar redactadas en un lenguaje críptico difícil de entender por la generalidad de las personas. Además, las grandes corporaciones que explotan sitios como «Microsoft», «Apple», «Google» o «Facebook, por citar las más conocidas, suelen situar sus sedes en Estados Unidos, dónde las regulaciones estatales de protección de los usuarios suelen tener una menor intensidad que, por ejemplo, en la Unión Europea. Además las condiciones se ofrecen sin posibilidad de ser matizadas por sus usuarios que sólo tienen la opción de aceptarlas o rechazarlas en bloque —y ya son conocidos los problemas derivados de los contratos de adhesión, en el ámbito de los derechos de los consumidores—. Por último, y no es un problema menor, no existen controles fiables que impidan que los menores de edad no estén aceptando —y por lo tanto, contratando— condiciones y términos legales que ni entienden ni están autorizados a suscribir.

La cuestión del consentimiento también tiene una enorme importancia en relación a la persecución de los delitos cometidos por la divulgación de datos o imágenes de terceros. Concretamente, por lo que se refiere a la comisión de un delito contra la intimidad consistente, por ejemplo, en la difusión de imágenes en internet, es necesario que su previa captación haya sido también delictiva. Como apunta Puente ABA, la difusión de imágenes captadas con consentimiento de los interesados, o mediante técnicas lícitas de captación de imágenes (por ejemplo, cámaras de seguridad), no resultaría delictiva⁹⁶. Sin embargo, si la propia captación de imágenes no es consentida y con la intención de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad, ya sí estaríamos dentro lo prohibido por el art. 197⁹⁷ del Código penal y podría imponerse la pena prevista en el mismo.

⁹⁶ Aunque la autora se refiere a los tipos contemplado en el art. 197 del Código Penal. No obstante, sí pueden ser típicos de un delito o falta de injurias, o constituir infracciones de la legislación (no penal) relativa a la protección del honor, de la propia imagen o de los datos personales. L. M.^a PUENTE ABA, «Difusión de imágenes ajenas en Internet: ¿ante qué delitos nos encontramos?» En J.C. CARBONELL MATEU, y otros (dir.) *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal* tomo II. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2009, pp. 1541-1547.

⁹⁷ Art. 197 del Código Penal Español: «1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, car-

Por lo demás, y en relación a combatir el anonimato, se observa una tendencia creciente a buscar datos reales de las personas que utilizan las redes sociales. No es sólo que una persona ceda voluntariamente sus datos, sino que se establecen controles y cruces de información con otros usuarios para comprobar que los datos que se introducen son reales, pertenecen a personas físicas identificables a los que, además, se les incita de muy diversas maneras, a seguir incluyendo información de carácter personal (profesión, nombres de los cónyuges, edad, sexo, lugar de residencia, centros de enseñanzas, aficiones, gustos literarios y musicales, etc.). Y a todo ello se le suma la posibilidad de vincular fotografías y vídeos personales. En definitiva nos encontramos con una exposición absoluta de la intimidad personal. En este sentido es muy reveladora la denominada «política de nombres» de «Google+». Así, esta empresa no tiene ningún problema en señalar que «es importante que uses tu nombre para que las personas que quieran relacionarse contigo puedan encontrarte. Tu nombre es aquel por el que te conocen tus amigos, familiares y compañeros de trabajo». Y en caso de que exista alguna «incidencia de nombre», la empresa te pedirá que envíe una prueba de que ése es tu nombre verdadero, incluso enviando documentación oficial escaneada⁹⁸. En fin, no sólo quieren que demos nuestros datos verdaderos, bajo pena de bloquear o borrar todo el contenido que hayamos incluido en todos los servicios de «Google» («Gmail», «Blogger»,

tas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses... 4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior...».

⁹⁸ Vid. <http://support.google.com/plus/bin/answer.py?hl=es&answer=1228271> [Consulta: 15 de octubre de 2012].

etc.) sino que, además, quieren que, para acreditarlo fehacientemente, le enviemos copia de nuestra documentación oficial.

De hecho, sólo a través de las protestas y críticas públicas se ha podido obligar de alguna manera a las redes sociales a establecer algún grado de protección de la privacidad «por defecto» o a introducir algunos controles para los menores de edad⁹⁹.

Significativamente, las recomendaciones de la Agencia Española de Protección de Datos van en una línea radicalmente diferente¹⁰⁰. Así, por lo que se refiere a las peticiones de nombres, la Agencia recomienda que «No utilice su nombre real para configurar el ordenador, aplicaciones, móviles y otros servicios de internet para los que no sea realmente necesario». Es más, la Agencia recuerda que «en Internet no todo el mundo es quien dice ser». Por lo tanto «si cuando solicitan sus datos no dicen para qué los van a usar, o no entiende lo que le dicen, nunca dé sus datos».

Por lo que afecta a las redes sociales señala que «Las redes sociales son una importante fuente para la obtención de información sobre las personas. Debe garantizar la seguridad de su información mediante una configuración adecuada de su perfil y utilizando contraseñas adecuadas. Tenga presente que los buscadores pueden permitir a cualquier tercero obtener la información pública de los perfiles». En todo caso, «No publique en los perfiles de las redes sociales excesiva información personal».

Y, por último, en relación al correo electrónico la Agencia también indica que «Conviene utilizar una segunda cuenta, aparte de la personal, para acceder a servicios con interés temporal o comerciales».

⁹⁹ Precisamente, Facebook, Inc. y Facebook Ireland Ltd, hasta el día 10 de diciembre de 2012 han abierto una votación de sus usuarios sobre una «Declaración de derechos y responsabilidades» y una «Política de uso de datos». En línea, <http://www.facebook.com/> [Consulta: 4 de diciembre de 2012].

¹⁰⁰ Se trata de unas *Recomendaciones para una navegación más privada* en las que recoge numerosos consejos para la utilización responsable de internet. Puede consultarse en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/jornadas/dia_internet_2012/recomendaciones-ides-idphp.php [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

3.3. Reconocimiento facial

Especial atención debe prestarse últimamente a los programas de reconocimiento facial. Aunque ya hace años que se ha venido trabajando en tecnologías biométricas, con la finalidad de identificar personas a través de una imagen de la misma, lo cierto es que ya se han producidos avances muy significativos en este campo. De hecho es sorprendente la fiabilidad que están teniendo en el reconocimiento facial, programas de uso generalizado como, por ejemplo, «Picasa» o «Find my face» de «Google» o en «Facebook». Ello permite obtener datos personales para la identificación, localización y acceso a otros datos personales, sin consentimiento del interesado, simplemente a través del análisis de una imagen que contenga el rostro de esa persona y obtenida, por ejemplo, de otras imágenes online o capturadas con un simple teléfono móvil.

De hecho, como señala la Agencia Española de Protección de Datos en su Memoria de 2011, «la popularización de estos servicios, su implantación en redes sociales como Facebook o en servicios de reconocimiento facial y etiquetado de fotografías como «Find my Face» de Google, conlleva una serie de desafíos para la privacidad, como puede ser el tratamiento de imágenes digitales de personas que no utilizan el servicio y no han dado su consentimiento para ello, o la utilización de las imágenes para otras finalidades distintas para las que fueron tomadas». Hasta tal punto que, en opinión de la Agencia, «cabe llegar la posibilidad de buscar personas mediante la introducción de su imagen en un buscador (sacada por ejemplo a través de un teléfono móvil) obteniendo como resultado imágenes coincidentes o el perfil de una red social»¹⁰¹.

Fruto de esas preocupaciones, el Grupo de Trabajo del art. 29¹⁰² de la Unión Europea adoptó unas recomendaciones en marzo de 2012. En este

¹⁰¹ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Memoria AEPD 2011*. En línea, en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/memorias/memoria_2011/common/Memoria_2011.pdf p. 47 [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

¹⁰² GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Dic-tamen 2/2012 sobre reconocimiento facial en los servicios en línea y móviles*. El do-

documento se observa que, actualmente, los servicios en línea y móviles « pueden captar imágenes de una persona (con o sin su conocimiento) y transmitir las a continuación a un servidor remoto para su tratamiento». De hecho, «los servicios en línea, muchos de los cuales pertenecen a entidades privadas que se encargan de explotarlos, han acumulado vastos archivos de imágenes cargadas por los propios individuos». Es más, «en algunos casos, esas imágenes pueden haber sido obtenidas ilícitamente, recuperándolas de otros sitios públicos como las memorias caché de los motores de búsqueda», u obteniéndolas a través de fotografías realizadas con dispositivos móviles (cámaras o teléfonos, por ejemplo) que permiten a los usuarios «obtener imágenes y conectarse en tiempo real a servicios en línea a través de conexiones permanentes». En consecuencia, «los usuarios pueden compartir esas imágenes con otras personas o llevar a cabo una identificación, autenticación/verificación o categorización para acceder a información adicional sobre la persona, conocida o desconocida, que se encuentra delante de ellos»¹⁰³.

Por ello, y teniendo en cuenta que la imagen de una persona es considerado un dato personal que puede considerarse incluso como de categoría especial, por cuanto puede incidir en aspectos tales como origen étnico, religión o salud de una persona en concreto, el Grupo de Trabajo elabora unas recomendaciones. Así, recomienda a los responsables del tratamiento de los datos, un especial cuidado en la obtención del consentimiento de las personas cuyos imágenes están siendo obtenidas o tratadas. Asimismo éstos «deben asegurarse de que las imágenes digitales y las plantillas únicamente se utilizan para el objetivo especificado para el que han sido facilitadas». Debiendo establecer «controles técnicos para reducir el riesgo de que las imágenes digitales sean sometidas a tratamientos posteriores por parte de terceros para fines a los que el usuario no ha dado su consentimiento», así como «incorporar herramientas para que los usuarios controlen la visi-

cumento, adoptado el 2 de marzo de 2012, se puede consultar en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp192_es.pdf [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

¹⁰³ Ibídem, p. 1.

bilidad de las imágenes que hayan publicado cuando la configuración por defecto sea restringir el acceso por parte de terceros». Además, «los responsables del tratamiento de los datos deberán asegurarse de que las imágenes digitales de las personas que no sean usuarios registrados del servicio o no hayan dado su consentimiento en otra forma para tal tratamiento únicamente sean objeto de tratamiento en la medida en que el responsable de los datos tenga un interés legítimo en el mismo»¹⁰⁴.

En todo caso, «los responsables del tratamiento de los datos deberán garantizar que los datos extraídos de una imagen digital para elaborar una plantilla no sean excesivos y contengan solamente la información necesaria para el fin previsto, evitando así cualquier tratamiento posible en el futuro», además de asegurarse de que las plantillas no pudieran «ser transferibles de un sistema de reconocimiento facial a otro». Finalmente, «el responsable del tratamiento de los datos deberá facilitar a las personas afectadas los mecanismos adecuados para ejercer su derecho de acceso, cuando proceda, tanto a las imágenes originales como a las plantillas generadas en el contexto del reconocimiento facial»¹⁰⁵.

Pero, en la práctica, estas funcionalidades han supuesto una invasión tan importante en la privacidad que también algunas autoridades de protección de datos han adoptado medidas más enérgicas al respecto. Así, en Irlanda, el Comisionado para la Protección de Datos inició una investigación sobre «Facebook»¹⁰⁶ en la que concluyeron que la posibilidad de establecer eti-

¹⁰⁴ Ibídem, p. 8. En todo caso, para la correcta valoración del interés legítimo, puede consultarse la *Sentencia* del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA de 24 de noviembre de 2011 en el que se resuelve una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo en relación al concepto de «interés legítimo». La sentencia se puede obtenerse en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=115205&doclang=ES&mode=&part=1> [Consulta: 10 de noviembre de 2012]. También la STS de 8 de febrero de 2012. Puede consultarse en http://www.elderecho.com/administrativo/Tribunal-Contencioso-Administrativo-Sentencia-Recurso-EDJ-EDEFIL20120215_0007.pdf [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

¹⁰⁵ Ibídem, pp. 9 y 10.

¹⁰⁶ El informe se puede consultar en http://dataprotection.ie/documents/press/Facebook_Ireland_Audit_Review_Report_21_Sept_2012.pdf [Consulta: 10 de octubre

quetas de nombre en las imágenes, sin consentimiento de las personas interesadas no era admisible. «Facebook», posiblemente ante el temor de un endurecimiento de las políticas de privacidad en Europa, y antes de agotar el plazo de cuatro semanas que se le había otorgado (cuyo incumplimiento podría conllevar la imposición de una multa de 100.000 euros) actuó desactivando ese servicio. Asimismo se comprometió a eliminar antes del 15 de octubre de 2012 cualquier patrón o modelo de datos que se usara como base para reconocer las caras de los usuarios. No obstante es fácil augurar que estas tecnologías seguirán teniendo un uso intensivo en el futuro.

4. DERECHO AL OLVIDO

4.1. Consideraciones generales

La otra cara de la moneda para proteger la libertad de los ciudadanos, una vez que nuestra identidad ya haya aparecido claramente incorporada a la red, la protagoniza el «derecho al olvido». Este derecho debería entenderse como el derecho de las personas a impedir que datos personales propios circulen por internet sin su consentimiento. Las razones pueden ser muy variadas, pero en lo que se refiere a datos cuyo conocimiento pueda perjudicar a las personas, de lo que se trata, como ha señalado Pere Simón recientemente, es de tener la posibilidad de «equivocarse y volver a empezar»¹⁰⁷.

de 2012]. Otras autoridades de protección de datos, como las de Noruega, por ejemplo, también anunciaron a lo largo del verano de 2012 que iniciaban investigaciones sobre el reconocimiento facial en «Facebook» Cfr. <http://www.bloomberg.com/news/2012-08-02/facebook-faces-norway-probe-over-facial-recognition-photo-tags.html> [Consulta: 10 de octubre de 2012].

¹⁰⁷ P. SIMÓN CASTELLANO: «El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos» *Ponencia presentada en el Congreso Libertad, transparencia y política en Internet: ejercicio, amenazas y garantías*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 19

De hecho, como también ha apuntado este autor, este «derecho a equivocarse» está contemplado en nuestros ordenamientos de maneras muy diversas¹⁰⁸. De hecho, en todos los países de nuestro entorno cultural existen normas sobre la prescripción de los delitos, sobre la cancelación de antecedentes penales que constan en los Registros Públicos o sobre la cancelación de informaciones sobre aspectos económicos que pudieran afectar a las personas (quiebras, insolvencias, etc.). Es más, es posible encontrar resoluciones jurisdiccionales que defienden y amparan en diversos países un cierto «derecho al olvido», sobre todo en lo atinente a cuestiones penales¹⁰⁹.

4.2. El derecho al olvido en España

Entre nosotros, la Agencia Española de Protección de Datos, principalmente desde el año 2007, ha realizado una importante labor en defensa de

y 20 de octubre de 2012. Pendiente de publicación. Su monografía *El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital* (Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2012) es imprescindible para el conocimiento actual de esta materia. También L. COTINO HUESO «Entre el derecho al olvido y el olvido de la libertad de información y la transparencia». *Ponencia presentada en el Congreso Libertad, transparencia y política en Internet: ejercicio, amenazas y garantías*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2012. Pendiente de publicación. *Vid.* también, desde un punto de vista más general, L. COTINO HUESO (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011.

¹⁰⁸ Y cita, entre otras, «la anonimización de los datos personales en la publicación de las sentencias, la cancelación de antecedentes penales, la regulación de la amnistía» entre otros. P. SIMÓN CASTELLANO «El carácter relativo del derecho al olvido...», *op. cit.*

¹⁰⁹ Cfr. A. PACE «El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media» *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, enero-abril de 1998, pags. 33-52. En especial, la p. 48 y la nota núm. 50. No obstante el autor se muestra bastante pesimista sobre la posibilidad de que un afectado pueda impedir que los medios de comunicación vuelvan a publicar noticias o informaciones de su vida pasada, si vuelve a ser relevante.

los derechos de los ciudadanos a que sus datos no circulen por internet sin su consentimiento, aunque ha centrado su objetivo en impedir no tanto que los datos no estén contemplados en la páginas de internet, sino en que los buscadores, en especial «Google» no indexara en sus búsquedas esos datos ¹¹⁰. Esta solución, aunque pudiera satisfacer en parte los intereses de los particulares que recurrían, no deja de ser insatisfactoria, ya que no afecta a la propia existencia de los datos en la red, sino a dificultar que se encuentren.

En la actualidad esta vía de resolución de los conflictos está en una cierta vía muerta por cuanto «Google Spain S.L.» ha recurrido estas resoluciones ante la Audiencia Nacional al considera que la responsabilidad de mantener esos datos accesibles al público es de terceros ajenos. Así, en el curso del procedimiento ordinario 725/2010 que se sigue a su instancia contra la Agencia Española de Protección de Datos, se ha dictado un Auto de fecha 27 de febrero de 2012 en el que la Sala de lo Contencioso Administrativo (Secc. 1) de la Audiencia Nacional acuerda el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que este Tribunal declare, entre otras cuestiones «Si la actividad de GOOGLE, como buscador de contenidos de terceras personas, puede considerarse un tratamiento de datos» y, por lo tanto, debe garantizar los derechos de cancelación y oposición, «Si la AEPD ... puede requerir a GOOGLE para que cancele o bloquee la información, aun cuando su mantenimiento en la página de origen sea lícita, pero el solicitante considere que su aparición en los resultados de búsqueda atenta a su privacidad, dignidad o al derecho al olvido « y, en definitiva, «si la AEPD ... puede requerir directamente al buscador, sin dirigirse previa o simultáneamente al

¹¹⁰ Un análisis exhaustivo de las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos puede encontrarse en R.M. ORZA LINARES, Y S. RUÍZ TARRÍAS «El derecho al olvido en Internet» En A. CARRILLO I MARTÍNEZ, M. PEGUERA, I. PEÑALÓPEZ y M. VILASAU SONALA (coord.) *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11-12 de julio de 2011. Ed. Huygens, Barcelona, 2011. Pp. 371-389 (el texto, disponible en pdf, se puede obtener en <http://goo.gl/bs4kO>) [Consulta: 25 de septiembre de 2012].

webmaster para exigir la retirada de la información»¹¹¹. En la actualidad este procedimiento todavía no ha concluido.

Recientemente, desde 2010, la Agencia también ha comenzado a interpretar más rigurosamente los requisitos que los recurrentes deben cumplir para atender sus reclamaciones. Así, deben concurrir las siguientes circunstancias para que el citado derecho de oposición regulado en el art. 34.a) del Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos aprobado por Real Decreto 1720/2007, pueda ser atendido: «a) Que exista un motivo legítimo y fundado. b) Que dicho motivo se refiera a su concreta situación personal y c) Y que el motivo alegado justifique el derecho de oposición solicitado»¹¹². En el mismo sentido, una Resolución de fecha 12 de julio de 2012 señala que «desde ese análisis de los requisitos legales, no se parecía motivo legítimo y fundado que justifique el derecho de oposición en este caso, ya que se trata de un supuesto de relevancia pública, en el que no se han acreditado que los datos, y la información que éstos proporcionan, sean inexactos o hayan quedado obsoletos». Criterio que hasta el momento sólo se había aplicado a los medios de comunicación en sentido estricto¹¹³.

Como novedad, en las últimas Resoluciones de la Agencia también aparecen los buscadores «Yahoo» o «Bing», aunque es de reseñar que tanto uno como otro se niegan a reconocerle autoridad a la Agencia para imponerle sus decisiones. En el caso de «Bing» suele alegar que tiene su sede operativa en Luxemburgo, y por lo tanto no le afecta la legislación española, y

¹¹¹ El texto del Auto, ya citado, en formato pdf, se puede obtener en <http://goo.gl/ASVo0> [Consulta 25 de octubre de 2012].

¹¹² Resolución de 17 de febrero de 2010, en base a una queja presentada por un particular. Disponible en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2010/common/pdfs/TD-01435-2009_Resolucion-de-fecha-17-02-2010_Art-ii-culo-6.4-LOPD_Recurrida.pdf [Consulta: 25 de septiembre de 2012].

¹¹³ Resolución de 12 de julio de 2011, en base a una queja presentada por un particular contra una información publicada que lo relacionaba con un caso de narcotráfico. Disponible en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2011/common/pdfs/TD-00249-2011_Resolucion-de-fecha-12-07-2011_Art-ii-culo-16-LOPD-34-RD-1720-b-2007.pdf [Consulta 25 de septiembre de 2012].

«Yahoo» se remite a un acuerdo que posee con Microsoft Corp. por lo que toda reclamación presentada contra ella debe entenderse contra Microsoft Corp., en su sede de Redmond, Washington, Estados Unidos.

A pesar de todo ello, según datos de la propia Agencia, las reclamaciones sobre «derecho al olvido» han aumentado en 2011 un ochenta por ciento en relación con las reclamaciones presentadas en el año 2010. Concretamente, la Agencia señala que se han presentado, en 2011, un total de 160 reclamaciones para solicitar la cancelación de datos personales en internet, que contrasta con las tres reclamaciones que se presentaron en 2007¹¹⁴. En todo caso, como señala la propia Agencia en su Memoria de 2011, esta demanda creciente de los ciudadanos sólo se puede atender desde su conexión con los tradicionales derechos de cancelación y oposición¹¹⁵.

En esta misma línea de incidir sobre los buscadores y no sobre la fuente de los datos, también la Agencia ha emitido distintas resoluciones y recomendaciones en relación con los instrumentos técnicos apropiados para evitar la indexación de las páginas web por los buscadores.

Concretamente, en relación con los datos publicados por el Boletín Oficial del Estado (B.O.E.), la Agencia, en una significativa Resolución, la dictada el 28 de agosto de 2012 en el que se analiza una reclamación de un ciudadano contra la publicación en el B.O.E. de sus datos a propósito de la concesión de un indulto. Aunque la Agencia rechaza la reclamación, es muy interesante el razonamiento que recoge en su Resolución. Así, tras concluir que el BOE «al publicar en su página web los datos personales de ciudadanos, está realizando un tratamiento de datos total o parcialmente automatizado; y ello aunque exista una obligación legal de publicar determinados actos administrativos y de que sea considerado una fuente de acceso público», ello no le exime —según la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal— «de adoptar las medidas necesarias, y adecuadas según el estado actual de la tecnología, para evitar la indexación

¹¹⁴ Datos recogidos en la *Memoria* de sus actividades correspondientes al año 2011. Se puede consultar en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/memorias/memoria_2011/common/Memoria_2011.pdf [Consulta 10 de noviembre de 2012], P. 44.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 45.

de los datos personales del reclamante en sus páginas, con objeto de que en el futuro los motores de búsqueda de internet no puedan asociarlas a él y con ello se impida la divulgación de manera indiscriminada de sus datos personales».

Por ello, la Agencia considera que «si bien el ciudadano no puede oponerse al mantenimiento en el Boletín Oficial de sus datos de carácter personal, al resultar éste perfectamente legítimo por encontrarse amparado en la Ley que ordena la publicación de los Reales Decretos de indulto, sí puede sin embargo el ciudadano oponerse —en los casos en que exista un motivo legítimo y fundado en el sentido previsto en el art. 6.4 de la LOPD— a que sus datos personales sean objeto de tratamiento previniendo su posible captación por los buscadores de Internet o dicho de otra forma, obstaculizando una cesión para el tratamiento por los mismos por los responsables de dichos motores de búsqueda»¹¹⁶.

Y el estado actual de la tecnología a la que se refiere la Agencia, consiste en la utilización de un archivo denominado *robots.txt* que se inserta en el fichero que se sube a internet y que recoge los datos que los buscadores no deben indexar a la hora de rastrear las páginas webs.

Pero la utilización de esos ficheros por el BOE tampoco es pacífica. De hecho, el Boletín los vino utilizando hasta 2010, pero luego dejó de hacerlo, por lo que todo lo que aparecía en el Boletín era indexado y clasificado por los buscadores. La Agencia se ocupó de ello y, en una Resolución de fecha 23 de noviembre de 2011 indicó que «La AEPD entiende que, en el actual estado de la tecnología —al margen de las mejoras técnicas que quepa introducir sobrevenidamente (sic.)— la adopción del protocolo de la industria denominado «robots.txt» es un método válido para atender las solicitudes de los ciudadanos que, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo IV del Título III del Reglamento de desarrollo de la LOPD han ejercitado su derecho de cancelación o de oposición ante un boletín o diario oficial, al

¹¹⁶ Resolución de 29 de agosto de 2012. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-01018-2012_Resolucion-de-fecha-29-08-2012_Art-ii-culo-34-RD-1720-b-2007.pdf [Consulta 10 de noviembre de 2012].

considerar que existen motivos que justifican la cesación del tratamiento consistente en permitir la indexación de sus datos publicados en una determinada edición»¹¹⁷. De hecho, el BOE comunicó a la Agencia que volvía a utilizar esos ficheros para que los buscadores no indexaran los datos que aparecían allí¹¹⁸.

En cualquier caso, esto es una solución parcial, ya que en nuestro país existen numerosos Boletines Oficiales (uno por cada Comunidad Autónoma, uno por cada provincia, etc.) que están faltos de una regulación común y donde cada uno ofrece soluciones distintas y, además, en la actualidad los buscadores han empezado a ofrecer en sus resultados de búsquedas algunos de los datos que, en teoría no hubieran podido obtener, de acuerdo con el contenidos en esos ficheros *robots.txt*¹¹⁹.

4.3. El estado de la cuestión en la Unión Europea

Por lo que se refiere a los intentos de regulación legal, en estos momentos, está en discusión, en la Comisión del Parlamento Europeo encargada de Libertades Públicas, Justicia y Asuntos de Interior, la Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre la «Protección de los individuos con respecto al procesamiento de datos personales y el libre flujo de dichos datos» de fecha 25 de enero de 2012¹²⁰. Esta Propuesta, en su art. 17 (*De-recho al olvido y a la supresión*), dispone que:

¹¹⁷ Resolución de fecha 23 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2011/common/pdfs/TD-00950-2011_Resolucion-de-fecha-23-11-2011_Art-ii-culo-34-RD-1720-b-2007.pdf [Consulta: 10 de septiembre de 2012].

¹¹⁸ En la siguiente página web puede consultarse su fichero *robots.txt*: <http://www.boe.es/robots.txt> [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

¹¹⁹ No obstante, en las últimas semanas el buscador «Google» está ofreciendo páginas no indexables por el archivo *robots.txt*, pero acompañándolos de la siguiente información: «No hay disponible una descripción de este resultado debido al archivo *robots.txt* de este sitio».

¹²⁰ Se puede consultar en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:ES:PDF> [Consulta: 25 de septiembre de 2012].

«1. El interesado tendrá derecho a que el responsable del tratamiento suprima los datos personales que le conciernen y se abstenga de darles más difusión, especialmente en lo que respecta a los datos personales proporcionados por el interesado siendo niño, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) los datos ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados;

b) el interesado retira el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el art. 6, apartado 1, letra a), o ha expirado el plazo de conservación autorizado y no existe otro fundamento jurídico para el tratamiento de los datos;

c) el interesado se opone al tratamiento de datos personales con arreglo a lo dispuesto en el art. 19;

d) el tratamiento de datos no es conforme con el presente Reglamento por otros motivos.

2. Cuando el responsable del tratamiento contemplado en el apartado 1 haya hecho públicos los datos personales, adoptará todas las medidas razonables, incluidas medidas técnicas, en lo que respecta a los datos de cuya publicación sea responsable, con miras a informar a los terceros que estén tratando dichos datos de que un interesado les solicita que supriman cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos. Cuando el responsable del tratamiento haya autorizado a un tercero a publicar datos personales, será considerado responsable de esa publicación.

3. El responsable del tratamiento procederá a la supresión sin demora, salvo en la medida en que la conservación de los datos personales sea necesaria:

a) para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de conformidad con lo dispuesto en el art. 80;

b) por motivos de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con lo dispuesto en el art. 81;

c) con fines de investigación histórica, estadística y científica de conformidad con lo dispuesto en el art. 83;

d) para el cumplimiento de una obligación legal de conservar los datos personales impuesta por el Derecho de la Unión o por la legislación de un Estado miembro a la que esté sujeto el responsable del tratamiento; las legislaciones de los Estados miembros deberán perseguir un objetivo de interés público, respetar la esencia del derecho a la protección de datos personales y ser proporcionales a la finalidad legítima perseguida;

e) en los casos contemplados en el apartado 4.

4. En lugar de proceder a la supresión, el responsable del tratamiento limitará el tratamiento de datos personales cuando:

a) el interesado impugne su exactitud, durante un plazo que permita al responsable del tratamiento verificar la exactitud de los datos;

b) el responsable del tratamiento ya no necesite los datos personales para la realización de su misión, pero estos deban conservarse a efectos probatorios; c) el tratamiento sea ilícito y el interesado se oponga a su supresión y solicite en su lugar la limitación de su uso;

c) el interesado solicite la transmisión de los datos personales a otro sistema de tratamiento automatizado de conformidad con lo dispuesto en el art. 18, apartado 2.

5. Con excepción de su conservación, los datos personales contemplados en el apartado 4 solo podrán ser objeto de tratamiento a efectos probatorios, o con el consentimiento del interesado, o con miras a la protección de los derechos de otra persona física o jurídica o en pos de un objetivo de interés público.

6. Cuando el tratamiento de datos personales esté limitado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4, el responsable del tratamiento informará al interesado antes de levantar la limitación al tratamiento.

7. El responsable del tratamiento implementará mecanismos para garantizar que se respetan los plazos fijados para la supresión de datos personales y/o para el examen periódico de la necesidad de conservar los datos.

8. Cuando se hayan suprimido datos, el responsable del tratamiento no someterá dichos datos personales a ninguna otra forma de tratamiento.

9. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86, a fin de especificar:

a) los criterios y requisitos relativos a la aplicación del apartado 1 en sectores y situaciones específicos de tratamiento de datos;

b) las condiciones para la supresión de enlaces, copias o réplicas de datos personales procedentes de servicios de comunicación accesibles al público a que se refiere el apartado 2;

c) los criterios y condiciones para limitar el tratamiento de datos personales contemplados en el apartado 4».

Aunque aún es pronto para ver cuál puede ser la redacción definitiva de este Reglamento, lo cierto es que se siguen observando muchas similitudes con el derecho de cancelación ya conocido y estudiado. La novedad,

por lo tanto, puede estribar en la posibilidad de armonizar las legislaciones internas en esta materia y en la capacidad que pueda tener la Unión Europea para obligar a los grandes portales y buscadores de internet en el cumplimiento de esta regulación. A pesar de estas limitaciones, esta armonización es una posibilidad esperanzadora.

Por lo que respecta a intentos de regulación en otros países, en la mayoría de las ocasiones lo que ocultan son intentos más o menos elaborados de control de lo que se publica en internet o, incluso, de censura ¹²¹.

Así, en Italia está en estos momentos en discusión parlamentaria un Proyecto de Ley sobre difamación ¹²² con una serie de enmiendas que, si se aprobaran, podría permitiría a cualquier persona que considere que una entrada en Wikipedia es ofensiva a su imagen, la posibilidad de ordenar la corrección o la eliminación de dicho contenido. Ante la gravedad de esta regulación, la propia página de Wikipedia en italiano publicó un comunicado señalando que la aprobación de esa futura ley en esos términos posiblemente supondría la desaparición de Wikipedia en italiano ¹²³. Concretamente, la enmienda 3400 ¹²⁴ permitiría que «l'interessato, anche senza esperire la procedura di cui al comma 2, può chiedere al prestatore di servizi della società dell'informazione l'eliminazione dei contenuti diffamatori o dei dati personali trattati in violazione della presente legge». En caso de negativa a la eliminación el responsable de la página pudiera ser condenado con multas. A la fecha de la redacción de este trabajo el Senado italiano todavía no ha terminado la discusión de este proyecto de ley.

¹²¹ Cfr. R. ORZA LINARES «El derecho al olvido en internet: Algunos intentos para su regulación legal» *Comunicación presentada en el Congreso Libertad, transparencia y política en Internet: ejercicio, amenazas y garantías*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2012.

¹²² El texto original de la propuesta puede consultarse en <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/16/DDLPRES/679457/index.html> [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

¹²³ El comunicado se puede leer en http://it.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Comunicato_24_ottobre_2012/es [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

¹²⁴ El texto de la Enmienda completa puede consultarse en: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Emend&leg=16&id=681524&idoggetto=709641> [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

5. CONCLUSIONES

Aunque en estos temas la elaboración de las conclusiones no puede tener sino una finalidad esencialmente provisional, sí me gustaría poner algunos aspectos de manifiesto.

El primero de ellos es la vigencia del debate sobre la necesidad de incorporar al orden jurídico nuevos derechos de carácter fundamental. De hecho desde la aparición de las primeras Declaraciones de Derecho, y especialmente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la necesidad de completar y aumentar los derechos allí recogidos ha sido una necesidad social, analizada doctrinal y jurisprudencial de manera constante.

Así, como es conocido, a la «primera generación» de derechos de carácter estrictamente liberal, que pretendían garantizar a la persona simplemente una esfera de libertad y autonomía (libertad, igualdad, propiedad, etc.), le siguió una «segunda generación» de derechos vinculados a la creación constitucional del Estado social. La definitiva incorporación de este tipo de Estado a las Constituciones, llevó a sus textos nuevos derechos fundamentales como el derecho a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la huelga, que, además, exigían un intervencionismo estatal para garantizar su eficacia.

Y más posteriormente se ha planteado en el debate social y doctrinal la necesidad de ir incorporando a las Constituciones nuevos derechos constitucionales como el derecho a un medio ambiente adecuado, a la protección del patrimonio, a la salud o el acceso a la cultura. En esa línea, Constituciones como la española de 1978 ya realizaron una cierta incorporación de estos nuevos derechos a su articulado, aunque en este caso se hiciera a través de su consideración como «Principios», con una eficacia diferida a su posterior desarrollo legal ¹²⁵.

¹²⁵ Una evolución muy ilustrativa del contenido de la Constitución, en lo que se refiere a los derechos, lo podemos encontrar en M. BONACHELA MESA «Los Derechos y Deberes fundamentales» en M. BONACHELA; J. CAZORLA y J.J. RUIZ-RICO *Derechos, Instituciones y Poderes en la Constitución de 1978*. Granada, 1983, pp. 147 y ss.

Y cuando aún no se ha terminado de llegar a un consenso sobre qué derechos pueden ser incluidos en esta «tercera generación», ni acaban de encontrarse cauces idóneos para hacerlos realmente efectivos¹²⁶, se abre con enorme fuerza la necesidad de definir otro nuevo conjunto de derechos a incluir en los textos constitucionales, vinculados a lo que empieza a conocerse como la «sociedad del conocimiento» y que vayan más allá de la mera protección de los datos personales o de una adaptación más o menos forzada de los derechos tradicionales.

Se trataría de un serio intento doctrinal de evitar la disociación de la sociedad en razón a su conocimiento o ignorancia de estas nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Por lo tanto, se habla de la necesidad de, en primer lugar, garantizar el derecho de acceso para todos los ciudadanos a estas nuevas tecnologías (para evitar lo que se conoce como la «brecha digital»)¹²⁷, con independencia de su nivel cultural, social o económico. Pero también de hacer efectivos otros derechos como el de la autodeterminación informativa (lo que se ha venido denominando «habeas data») y el conocimiento de los mecanismos de control en la utilización de los datos personales por terceros¹²⁸, la extensión del secreto de las

¹²⁶ Piénsese en los problemas derivados del cumplimiento efectivo de derechos como los recogidos en el art. 45.1 de la Constitución española: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo», o en el art. 47 del mismo texto legal: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», que tantos debates está planteando en la sociedad española actual.

¹²⁷ No hay que olvidar que el hecho de que distintas partes de la sociedad cambien a distinta velocidad, que unas se muevan rápidamente y otras se retrasen es fuente de tensiones sociales. El llamado «*cultural lag*» es un fenómeno estudiado desde hace años y cuyas consecuencias se conocen detalladamente. Cfr, F. MURILLO FERROL *Estudios de sociología política*. Madrid, Tecnos, 1972, pp. 93 y ss.

¹²⁸ Incluyendo por supuesto, a los propios funcionarios de las administraciones públicas. De hecho, en 2009, la Secretaría General de la Administración de Justicia tuvo que emitir una Circular en la que acordaba «calificar de indebidas todas las consultas que, sin estar autorizadas por resolución judicial se realicen a través de las aplicaciones disponibles en el Punto Neutro Judicial», de tal modo que se obligaba a «poner en conocimiento de los Secretarios Judiciales la realización de cualquier consulta

comunicaciones a las comunicaciones electrónicas, la garantía de un cierto derecho al anonimato cuando se navegue por internet, se hagan transacciones económicas o se participe políticamente a través de la Red, o, entre otros, de la implantación de un derecho al olvido con la cancelación de datos privados incorporados a internet.

Además, también es necesario tener en cuenta la aparición de reguladores privados diferenciados de los aparatos tradicionales del Estado (administración pública, policía, tribunales), que poseen, y de modo creciente, un enorme poder. Por poner algunos ejemplos, la fuerza que pueden tener los proveedores de acceso o de contenido a la red o la posibilidad que tienen buscadores como Yahoo, Google o Bing (Microsoft), de establecer mecanismos de censura privados, incluso de manera opaca, sin conocimiento de su existencia por parte de los ciudadanos o de las administraciones públicas nacionales, pueden suponer una enorme amenaza para el ejercicio de las libertades ciudadanas.

Pero el camino para la incorporación a los textos constitucionales de estos nuevos derechos nunca es fácil ni rápido. De hecho, es común la resistencia de las Constituciones a las reformas (la idea de la «rigidez» constitucional), por lo que en la práctica se ha acudido con frecuencia, en ocasiones anteriores, a otras vías para atender estas nuevas necesidades puestas

indebida realizada por los funcionarios, por si consideraban conveniente proceder a su baja como usuarios de la aplicación de consulta». Es más, «Si las consultas indebidas fueron realizadas por los Secretarios Judiciales, se pondrá en conocimiento de los Secretarios de Gobierno a los efectos oportunos». Y además, se establecía que «respecto a la consultas no autorizadas por resolución judicial de las que pudiera derivarse la comisión de una falta grave o muy grave por perseguir la obtención de cualquier tipo de información relativa a ex cónyuges, familiares o terceras personas, físicas o jurídicas, que guarden cualquier relación con cónyuges o familiares de los usuarios, se remitirá copia a las Administraciones disciplinariamente competentes para que, en su caso, se instruyan los correspondientes expedientes, remitiéndose testimonio al Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia territorialmente competente, cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delito». El texto íntegro de esta sorprendente Circular 6/2009 se puede consultar en <http://www.samuelparra.com/wp-content/uploads/2009/04/circular-6-2009.pdf> [Consulta: 5 de diciembre de 2012].

normalmente de manifiesto por la doctrina o por la práctica. Así, dejando al margen las posibles «mutaciones» constitucionales a las que ya se refirió Jellinek¹²⁹, la vía de la interpretación jurisprudencial aparece como una de las más adecuadas para ello. De hecho, para De Vergottini la influencia ejercida por la jurisprudencia en este ámbito es «particularmente importante», especialmente «la de los tribunales cuyo fin principal consiste en comprobar la conformidad de la legislación ordinaria con la Constitución e interpretarla». En estos casos, «para saber cuál es el alcance efectivo de la Constitución es imposible prescindir del conocimiento de las sentencias de los Tribunales», ya que su actividad «ha llevado a continuas adecuaciones a la realidad contemporánea... a veces modificándolas sensiblemente como demuestra la experiencia de EE.UU., de Canadá y de Australia»¹³⁰.

A ello se refería concretamente el Magistrado del Tribunal Constitucional español, Jiménez de Parga, cuando en un Voto Particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 290/2000, de 30 de noviembre, indicaba que «no ha de sorprendernos que en la Constitución Española de 1978 no se tutelase expresamente la libertad informática», ya que «veintidós años atrás la revolución de la técnica en este campo apenas comenzaba y apenas se percibía». Y ello supone un problema ya que «A diferencia de lo que ocurre en otros textos constitucionales (por ejemplo, en los de Portugal o Argentina, siguiendo la senda de la Constitución de Estados Unidos de América) nuestra Ley Fundamental de 1978 no incluye una cláusula abierta, después de haber consignado una amplia lista de derechos y libertades»¹³¹.

¹²⁹ Para JELLINEK, la reforma de la Constitución es «la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas», mientras que «por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación». En G. JELLINEK *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

¹³⁰ G. DE VERGOTTINI *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, Espasa-Calpe, 1985, pp. 177-178.

¹³¹ Voto Particular del Magistrado Jiménez de Parga, al que se sumó también el Magistrado Mendizábal Allende, a la STC 290/2000, de 30 de noviembre (Pleno),

No obstante, para Jiménez de Parga, incluso con estas dificultades, es posible configurar un nuevo «derecho de libertad informática», con unos contenidos «mucho más amplios que los que proporciona el art. 18.4 de la Constitución» a través de la consideración que de la dignidad de la persona hace el art. 10.1 de la Constitución española. Así, «nos hallamos... ante unos principios constitucionales (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás)» que condicionan toda la interpretación del ordenamiento, a la vez que son directamente aplicables. Con ellos «y el apoyo de determinados derechos expresamente reconocidos en la Constitución de 1978, así como en Textos internacionales, es posible extender la tutela a ciertos derechos de singular relieve e importancia en el actual momento de la historia». Tal es «el derecho fundamental a la libertad informática». Y concluye señalando que «reitero que el reconocimiento y protección de nuevos derechos fundamentales es un cometido importante de la jurisdicción constitucional, la cual, con esta ampliación de su tutela, facilita la permanencia durante largo tiempo de la Constitución»¹³².

Junto con la jurisprudencia, también sería posible que estos eventuales nuevos derechos tuvieran acogida en tratados y convenios internacionales que, dadas las características transnacionales de estas nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, aparecen como un medio especialmente idóneo. De hecho, la regulación de los nombres de dominios e, incluso,

Ponente: González Campos, Recursos de Inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Boletín Oficial del Estado, núm. 4 (4 de enero de 2001), Suplemento, pp. 70-93. El voto particular, a partir de la página 92. La jurisprudencia completa del Tribunal Constitucional Español, desde el año 1981 hasta la actualidad, también se puede consultar en su página web: <http://www.tribunalconstitucional.es/>

¹³² *Ibídem.* Un análisis más exhaustivo de los mecanismos de interpretación constitucional en relación a los valores y principios que contempla la Constitución de 1978, puede encontrarse en R. M.^a ORZA LINARES *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*. Granada, Ed. Comares, 2003, en especial en el Cap. III.

la creación de un cierto «gobierno de internet» exige la colaboración internacional ¹³³. Un ejemplo constante de esta vía puede ser la labor legislativa —a través del derecho originario (los tratados) o del derecho derivado (elaborado por sus propios órganos)— de la Unión Europea.

De hecho, esta evolución la podemos observar en relación con el derecho de acceso a internet y la generalización del servicio universal. Sin embargo, parece claro que hemos observado un serio retroceso en lo que se refiere a la protección del anonimato en las comunicaciones electrónicas. De hecho, aunque la protección del secreto de las comunicaciones telefónicas avanzaba en la línea de proteger incluso los números telefónicos que eran objeto de utilización, lo cierto es que en estos últimos años el retroceso ha sido espectacular. Así, se ha pasado de una creciente garantía no sólo del contenido de la comunicación, sino también de los elementos que la facilitan, a obligar a las compañías prestadoras de servicios a que establezcan los medios técnicos necesarios para que registren, en España durante un año, los datos de todas las comunicaciones «incluso las infructuosas» que realizan todos los ciudadanos sin excepción. Algo esperanzadora es, en esta línea la labor que está desarrollando la Unión Europea en la línea que indica el documento de la Unión Europea conocido como el «Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano» ¹³⁴: «Cuando se trata de evaluar la intimidad del individuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia, prevalece el derecho a la libertad. El derecho al respeto de la vida privada y el derecho a la protección de los datos personales de los ciudadanos están inscritos en la Carta de los Derechos Fundamentales». Y así «Principios básicos como la limitación en función del objetivo, la proporcionalidad, la legitimidad del tratamiento de datos, los límites del período de almacenamiento, la seguridad y la confidencialidad,

¹³³ Como ejemplo la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, celebrada en Ginebra (primera fase-2003) y Tunez (segunda fase-2005). Se puede obtener información sobre las mismas en <http://www.itu.int/wsis/geneva/index-es.html> y en <http://lac.derechos.apc.org/wsis/wsis.shtml> [Consulta: 7 de diciembre de 2012].

¹³⁴ Este documento se puede consultar en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:es:PDF> [Consulta: 25 de septiembre de 2012].

así como el respeto a los derechos individuales, el control por unas autoridades de supervisión nacionales independientes y el acceso a recurso judicial efectivo deben quedar garantizados, y debe establecerse un sistema general de protección».

Al menos sí se ha garantizado legalmente en la mayoría de los países la obligación de mandamiento judicial para la cesión de estos datos a los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad. Aunque lo cierto es que la mera custodia de esos datos durante prolongados lapsos de tiempo, amplía enormemente las posibilidades de una utilización ilegítima de los mismos.

No se trataría sólo de que la policía tenga acceso a ellos, mediante mandamiento judicial, sino que su existencia puede facilitar el uso —incluso ilegítimo— de tales datos, sobre todo teniendo en cuenta que la evolución acelerada de la tecnología facilita enormemente la gestión de tales datos y la posibilidad de encontrar los datos escogidos de una manera rápida y fácil y sin que los funcionarios con autorización de acceso posean especiales conocimientos informáticos.

Este es el típico caso en el que, con la excusa de la protección de la seguridad pública y la lucha contra el terrorismo, se han justificado la adopción de medidas que, de otra manera, parecerían desproporcionadas y carentes de justificación constitucional.

En todo caso es muy significativo que, como ya hemos citado, hasta la propia Agencia Española de Protección de Datos recomiende que no se utilice el nombre real para todo aquello en lo que no sea necesario o que no se publiquen en los perfiles de las redes sociales excesiva información personal ¹³⁵. Y es que, en efecto, podemos coincidir con la Agencia en la necesidad de que, en la medida de lo posible, seamos nosotros mismos los primero que procuremos proteger nuestra privacidad. Este aspecto nos lleva a la necesidad de aumentar la formación y la información de los ciudadanos en estos ámbitos. Y especialmente cuando se trate de menores.

¹³⁵ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Recomendaciones para una navegación más privada*, ya citada. Puede consultarse en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/jornadas/dia_internet_2012/recomendaciones-ides-idphp.php [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

En el caso de que deseemos borrar los datos propios que aparecen en internet, los problemas son también importantes.

En la práctica sólo podemos utilizar los derechos reconocidos ya hace algunos años en relación con la protección de datos. Esto es, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Y, en ese sentido, habría que alabar los esfuerzos de la Agencia Española de Protección de Datos para garantizar el «derecho al olvido» a través de una reinterpretación continuada de estos derechos.

Sin embargo, cabría concluir que en la actualidad la confluencia, por un lado, de una demanda creciente de datos personales reales en internet, la continua fuente de datos personales que las publicaciones oficiales se vuelcan en la red y el creciente volumen de información que suministran también a internet los medios de comunicación, hacen que los intentos de los ciudadanos por preservar su vida privada al margen de internet, utilizando estos recursos, resultan infructuosos.

Por ello habría que introducir en la legislación otros instrumentos legales, al margen de la reinterpretación de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, que refuercen la posición del ciudadano que desea preservar su anonimato, incluso en internet. Quizá sea la STC 144/1999 al señalar que «el art. 18.1 [Constitución Española] garantiza... un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos», la que ofrezca un nuevo punto de apoyo para la creación de instrumentos legales que refuercen el control sobre nuestra propia vida y garanticen también en estos ámbitos, en definitiva, nuestra libertad.

Resumen:

En el texto se analizan las consecuencias que el impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC's) puede suponer para la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Así, vamos a estudiar el modo en el que el ordenamiento jurídico responde a esos nuevos retos y se propone, finalmente, la configuración de unos nuevos derechos vinculados a estas tecnologías: el derecho de acceso, que se predica universal y no discriminatorio, el derecho al anonimato, consagrado en el ámbito de las comunicaciones telefónicas, pero muy discutido en el ámbito de internet, y el derecho al olvido como medio para evitar que la divulgación, utilizando las nuevas tecnologías, de informaciones antiguas, erróneas o desactualizadas, puedan afectar a la vida y condicionar la libertad de las personas.

Palabras Clave: *Constitución, Derecho Constitucional, Unión Europea, Derechos fundamentales, Internet, nuevas tecnologías, privacidad, anonimato, derecho de acceso, derecho al olvido, TIC's.*

Abstract:

The following text analyzes the consequences that the impact of new technologies of information and communication technologies (ICT) can suppose for the liberties and equality of citizens. We are going to study the way in which the legal system responds to these new challenges and proposes finally setting some new rights associated with these technologies: the right of access, it should be universal and non-discriminatory, the right to anonymity, respected in the area of telephone communications, but much discussed in the area of internet, and the right to be forgotten as a means to prevent the disclosure, using new technology, old information, incorrect or outdated, may affect life and affect the liberties of the people.

Keywords: *Constitution, Constitutional Law, European Union, Fundamental Rights, Internet, new technologies, privacy, right to anonymity, right to internet access, right to be forgotten, ICT.*

Perfiles/Noticias

NOTICIA DE LAS JORNADAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA, CELEBRADAS EL 14 Y 15 DE MARZO DE 2012 EN GRANADA *

El catorce y quince de marzo de 2012, en la Universidad de Granada, se celebraron en su novena edición las «Jornadas sobre la Constitución europea», bajo el amparo del Catedrático Jean-Monnet ad personam, Francisco Balaguer Callejón, en el marco de un grupo de investigación de la Junta de Andalucía y con el apoyo de la Fundación Peter Häberle. En las jornadas tomaron parte científicos provenientes de España e Italia.

El objeto principal de las Jornadas fueron, en el contexto de la crisis económica, el reparto competencial, la integración supranacional y la globalización. Los temas se abordaron de manera general por diversas conferencias conectadas entre sí. Antonio Torres del Moral (UNED, Madrid) mostró una imagen profunda del origen y los perfiles de la soberanía estatal, relativizada primero por los límites del Estado de derecho y del Estado constitucional, y luego por la integración supranacional. Guerino D'Ignazio (Universidad de Calabria) afrontó las funciones, formas y problemas jurídicos de la cooperación interregional en la Unión Europea y subrayó la flexibilidad que conlleva la resolución de problemas a partir de la relativización de la posición de los Estados. Laura Lorello (Universidad de Palermo) trató los derechos fundamentales en el proceso de integración supranacional a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Partió del conflicto que

* Crónica publicada por Dian Schefold, Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Bremen, en *Juristen Zeitung*, 17/2012, pp. 859 y 860, y traducida del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

conlleven los límites a la integración hasta llegar al análisis de controversias éticas, como la dignidad humana y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Yo mismo resalté la problemática de las diversas justicias constitucionales en un sistema de distintos niveles, siempre a la luz de los tribunales constitucionales de los Länder.

Respecto al tema nuclear, el Profesor Balaguer Callejón (Universidad de Granada), anfitrión de las Jornadas, presentó al debate una impresionante panorámica de la crisis económica, la Unión Europea y las Constituciones nacionales. Reconoció que es tarea de la Unión la lucha contra la crisis pese a la debilidad frente a los mercados de capitales, pero lamentó el sesgo social tan marcado y la tutela sobre los Estados miembros. Por encima de todo, haciendo uso de ejemplos dramáticos, criticó las medidas del Banco Central y el Consejo, así como su influencia sobre el ámbito competencial de los Estados miembros. En conexión con este asunto, intervino Silvio Gambino (Universidad de Calabria) hablando sobre el tema de la unidad jurídica, los derechos de los ciudadanos y el reparto de competencias, todo ello desde la igualdad e identidad de los Estados miembros garantizada en el artículo 4 del Tratado de la Unión; advirtió de que puede servir como una atribución en blanco de las competencias a la Unión. Dio una especial importancia al control del Tribunal de Justicia, incluso si su jurisprudencia sobre aspectos sociales plantea algunos problemas. Eleonora Ceccherini (Génova) constató el peso de los gobiernos en el marco de los acuerdos intergubernamentales a nivel europeo y nacional, y remitió a los riesgos de circunvalar los límites competenciales y el papel del Parlamento, e incluso de los Tribunales Constitucionales.

La posición de los parlamentos nacionales se presentó al modo de un contrapeso y se valoró positivamente en términos generales. La exposición de las soluciones dadas en el ámbito europeo y las reglas de concreción en España, fueron realizadas por Francisco Javier Matía Portilla (Universidad de Valladolid). Sin embargo, sus conclusiones sobre la eficacia de la colaboración parlamentaria fueron poco optimistas. En especial desde el punto de vista del gobierno económico, Antonella Sciortino (Universidad de Palermo) se ocupó de los límites a los presupuestos y deuda de los Estados miembros en el marco del paquete fiscal. Las obligaciones previstas y el control de la Comisión debilitan la potestad presupuestaria del Parlamento

y contradicen la posición garantizada a los parlamentos nacionales en el artículo 12 del Tratado de la Unión. En concreto, respecto a la reforma del artículo 135 de la Constitución española, Juan Francisco Sánchez Barrilao informó de los límites que provoca sobre el parlamento.

En las conferencias siempre apareció un especial interés en las decisiones Maastricht y Lissabon del Tribunal Constitucional Federal alemán. Ambas, aunque habitualmente criticadas por motivos distintos, en muchas contribuciones fueron valoradas positivamente por el papel que dan a los parlamentos nacionales y las competencias de los Estados miembros. También la técnica alemana del control de deuda mereció atención. Fueron muy duras las críticas ante la presión de Alemania y el Banco Central Europeo contra los Estados en crisis financiera y frente a los intentos de salvar la crisis a través de una vía intergubernamental a través del Pacto fiscal. Las críticas recordaron a las realizadas en el encuentro de Münster de la Asociación alemana de profesores de derecho público.

Pero, ¿desde qué premisas ha de superarse la crisis? Se habló de poner un acento sobre el principio del Estado social y el de solidaridad (Balaguer), pues también se trata de principios de la Unión. Ahora bien, para que sean útiles a la Unión deben ir acompañados de las correspondientes competencias. Así como la generación de un proceso político propio, sobre todo mediante la potenciación del Parlamento europeo y en menor medida de los nacionales. Por tanto, deberían desarrollarse el ámbito competencial y las formas de organización de la Unión en los términos previstos por la decisión Lissabon.

Por el contrario, es difícil discutir que la posición del Consejo Europeo y del Consejo de la Unión favorecen el intergubernamentalismo. Esto claramente perjudica al Parlamento europeo, pero la adecuada colaboración de los gobiernos redundará en el parlamentarismo de los Estados miembros, donde el conflicto es inevitable por mucho que se suavice, al modo similar del principio federal en Alemania que favorece la cooperación intergubernamental.

Las Jornadas hicieron presentes las principales líneas de conflicto y se valoró, criticó y discutió la profunda influencia de Alemania. Parte de los resultados se publican en este mismo número de la Revista. Y sería interesante que este debate fuese seguido en Alemania.

Textos Clásicos

LA TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA *

HANS KELSEN **

El conocimiento de la «Sociedad» posee la característica de estar, a diferencia de las ciencias de la naturaleza, en el riesgo permanente de confundir la «esencia» del objeto a comprender con el «valor» deseado del cognoscente. Así, se considera carácter necesario y general de un modelo social a aquello que tan solo es un interés especial, posible y determinado, que conforma la correspondiente relación social. Se toma por resultado logrado a través del conocimiento objetivo, lo que tan solo es expresión de una voluntad subjetiva; voluntad que a menudo se corresponde con los intereses de grupos más o menos grandes. En tanto que no se deja justificar, o precisamente porque no se puede justificar, la imposición de un interés o voluntad particular frente a otro, la voluntad dominante o que busca ser dominante, se oculta presentando su objetivo como una circunstancia «natural», «orgánica», la única «verdadera», cuya esencia ha sido determinada a través del conocimiento científico.

La doctrina de la soberanía es una máscara de este carácter, en verdad un máscara trágica, bajo la que se esconden deseos de dominio de distinto

* La traducción se ha realizado a partir del texto alemán recopilado en Hanns Kurz, *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, 1970, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt. Esta recopilación remite a su vez a una primera publicación en *Studi Filosofico-Giuridici*, Bd. II. Modena 1931, pp. 1-11.

** Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

tipo. Este término del latín, que proviene de «supremitas» y que en todas las lenguas modernas se ha convertido en un término técnico, en el fondo, no significa más, en suma, que un superlativo, el de ser lo máximo, en boca de quien lo emite. Primariamente contiene un sentido determinado mediante el sujeto al que se vincula como predicado. A esto se circunscribe su significado. Pero es en el campo del Derecho y del Estado, donde la soberanía se trae a colación para señalar que un sujeto se encuentra en el escalón superior dentro de un rango de valores. ¡Y a cuántos han tenido por soberanos la teoría del estado y del derecho! Con la teoría de que el príncipe es soberano, se ha sostenido su poder contra la nobleza y el pueblo, el de la monarquía centralista contra el federalismo de los feudos y las ciudades estado; con la tesis de que el pueblo es soberano, se ha intentado afirmar y extender su poder contra el príncipe y la nobleza. Y se piensa que se ha alcanzado una verdad esencial, sobre todo una consecuencia política ancilar, cuando se reconoce que ni el príncipe ni el pueblo, en realidad ningún órgano del Estado puede hacerse valer como soberano, que el Estado no necesita ser autocrático, o centralista y ni siquiera democrático o descentralizado, pues en esencia el Estado es soberano en sí mismo. Se apunta como una ganancia científica situar a la soberanía del Estado en el lugar de la teoría de la soberanía del príncipe o del pueblo. Pero este avance de la doctrina en verdad significa un cambio de frente al que apuntan fuerzas políticas disfrazadas de dogma científico. La teoría de la soberanía suministró fundamento ideológico primero a la lucha por el poder en el Estado, luego a la lucha del Estado contra poderes extra estatales. Y, finalmente, la doctrina de la soberanía ofrece al individuo la bandera del liberalismo y del anarquismo en su lucha contra el Estado.

El principio de la soberanía del Estado y su doctrina, tenida al menos hasta hoy como doctrina científica, fue fundada en la segunda mitad del siglo XVI por el francés Jean Bodin. Surge en un momento en el que gran parte de los Estados europeos, desde un punto de vista secular, formalmente todavía está asociada al Sacro Imperio Romano, y desde un punto de vista espiritual integradas en la Iglesia, de manera que el Káiser sería señor feudal y el Papa la cabeza religiosa del principado; es este un tiempo en el que se eleva sobre los Estados, al menos la idea, de la doble autoridad de un orden jurídico secular y otro espiritual. En la lucha del Rey francés por su

independencia frente al Káiser y el Papa, la doctrina de que el Estado presenta su esencia a partir de la más alta comunidad jurídica, es el principal instrumento intelectual, que el astuto jurista francés pone a disposición del rey en sus «Six livres de la république». Que este escrito se convirtiera en uno de los más afamados en la bibliografía de la teoría del estado y del derecho, hasta el punto de convertir velozmente el dogma de la soberanía del Estado en opinión dominante, es solo un síntoma de la quiebra de cualquier comunidad supraestatal, que en la forma de Imperium Romanum y Ecclesia Universalis había sostenido el mundo jurídico del medievo. Paulatinamente, la idea del derecho internacional emerge en el lugar de esta monarquía universal de dos cabezas. Sin duda, es de mayor universalidad puesto que intenta agrupar en una comunidad jurídica algo más que a los integrantes del imperio romano y los Estados cristianos. Pero en cuanto que idea jurídica dotada de racionalidad no es ni de lejos un principio al nivel de la metafísica religiosa de la cristiandad indivisa que alimenta el poder del Papado y del Imperio. Su lema es claro: el dogma de la soberanía del Estado choca con el nuevo objetivo en formación dirigido a construir una comunidad jurídica supraestatal. La idea de que el Estado soberano representa el orden jurídico más alto es simplemente incompatible con la pretensión de que exista un derecho internacional por encima del Estado titular del derecho, que da fundamento al Estado y lo obliga frente a otros Estados. Que el derecho internacional pueda limitar el ámbito de poder de unos Estados frente a otros y coordinarlos como sujetos de derecho, es un pensamiento que solo ha de realizarse poco a poco y en lucha con el dogma de la soberanía del Estado. La lenta pero continua y creciente organización del mundo, que se halla en el origen y paulatino refuerzo del derecho internacional como comunidad jurídica supraestatal, se refleja en la cambiante forma de la ideología que acompaña a este desarrollo real: el cambio de significado que experimenta con el tiempo el concepto de soberanía del Estado y con él —al mismo paso, como adversario— el concepto de derecho internacional.

En tanto que el dogma de la soberanía se mantenga de manera plena y completa, en tanto que el Estado individual, esto es, el «único» Estado, se siga analizando como la entidad jurídica más alta, entonces, la pretensión de que sobre ese Estado exista un ordenamiento que lo obliga y lo sitúa en igualdad con otras entidades colectivas similares, se topará con la afirma-

ción de que tal ordenamiento no es un ordenamiento jurídico. Las normas que obligan a la realización por el Estado de una determinada conducta frente a otro Estado, no tienen el mismo carácter que el del propio ordenamiento estatal. Por tanto, si no se quiere contradecir la existencia del derecho internacional, se ha de negar su carácter jurídico, para así garantizar la posición del Estado como la más alta autoridad jurídica. El llamado derecho internacional sería una suerte de moral. Su vulneración en todo caso no tendría el significado de una infracción jurídica, no sería enjuiciada como una conducta en contra del ordenamiento estatal, que es el único que se ha de considerar como ordenamiento jurídico en sentido estricto. En la relación del Estado con el exterior, el poder antecede al derecho, es más, en esta esfera no existe ningún derecho que pueda limitar el poder. Dadas tales circunstancias, no se sostiene la exigencia del reconocimiento de un ordenamiento jurídico preexistente y por encima los ordenamientos estatales. En caso contrario, la teoría ha de pagar su peaje en el intento de conservar el dogma de la soberanía del Estado. Las normas que regulan el hacer y permitir del Estado con otros Estados, son normas jurídicas; pero lo son solo en cuanto que el Estado reconozca en su propio ordenamiento que poseen el carácter de ordenamiento jurídico. Pues solo el Estado puede conceder a una determinada norma el valor de norma jurídica al reconocerla como tal. Así, el derecho internacional está constituido por las normas que, en virtud de la propia fuerza de la voluntad del Estado, rigen su conducta hacia fuera. El derecho internacional es derecho del Estado en el exterior. Su razón de validez no reside fuera del Estado, reside en su voluntad, pues el Estado es soberano y esto significa que solo él a través de su propia voluntad puede sujetarse jurídicamente, de ahí que el derecho internacional como tal haya de ser reconocido, pues existe para él y contra él. Y así como la validez del derecho internacional, también la existencia jurídica de otros Estados, se reconduce a la voluntad del Estado particular. Para esta doctrina, la existencia jurídica de otro Estado requiere en relación con el propio, que éste reconozca a aquél. El dogma de la soberanía del Estado, dirigido por la «teoría del reconocimiento», triunfa en esta comprensión de los otros Estados y del conjunto de la comunidad de Estados. En ella la voluntad del Estado es la última razón de validez de todo ordenamiento que quiera ser considerado como jurídico y ese Estado se muestra no solo como el de más alto

rango, sino incluso como el único ordenamiento jurídico completo —pues determina, siquiera en un sentido formal, la validez de los restantes, aunque no su contenido o eficacia. Desde el punto de partida del Estado, cuyo reconocimiento se exige tanto para la validez del derecho internacional como para la existencia jurídica de los restantes Estados, pues su soberanía requiere tal reconocimiento, no hay otra comunidad jurídica que junto a él sea soberana, esto es, del rango más alto y que como tal pueda ser un ordenamiento completo. La soberanía del Estado es incompatible con la soberanía del derecho internacional o con la de otro Estado. Ciertamente, esta construcción jurídica se puede levantar desde cualquier ordenamiento estatal, desde cualquier Estado puede producirse el sistema en su conjunto, cualquier Estado particular puede ser su cima. Pero tal empresa es en todo caso posible solo a partir de un punto de partida, que excluye todos los demás. Tal punto de partida es el del «primado del ordenamiento jurídico propio».

Quien considere esta pretensión teórica del Estado y del Derecho a la vez como una teoría del conocimiento, entonces tendrá que intentar presentar la reconducción de la validez del conjunto del orden jurídico a la voluntad de un único Estado, tanto del derecho internacional como del ordenamiento de un Estado, de otra forma simétrica a aquella posición de principio en la que toda la realidad es solo representación del cognoscente, todo valor resultado de la voluntad del sujeto. Si esto es individualismo subjetivista, el dogma de la soberanía, con su primado de ordenamiento de un Estado, es subjetivismo estatal.

Se ha de subrayar que tan pronto como se dé carácter jurídico a las normas de derecho internacional, el dogma de la soberanía no se puede mantener en sus últimas consecuencias ni llevarse a término. Un derecho internacional que tan solo es parte del ordenamiento de los Estados particulares y que tiene validez en virtud de la voluntad de estos Estados, no puede realizar su función específica: posibilitar una pluralidad de Estados coordinados y limitados jurídica y recíprocamente en su ámbito normativo. Esa ordenación jurídica y paritaria de los Estados ha de deducirse de un ordenamiento jurídico superior a los mismos, cuya validez no es dependiente de la voluntad de los Estados singulares. El intento de mantener el dogma de la soberanía a través de la teoría del reconocimiento y al mismo tiempo sostener

la idea de una pluralidad de Estados jurídicamente coordinados, lleva a contradicciones insolubles. El propósito de deshacer tales contradicciones obliga a un debilitamiento paulatino del principio de soberanía. Un síntoma de esta tendencia es la extendida doctrina que afirma que el derecho internacional se diferencia del derecho estatal por ser esencialmente un «derecho contractual»; sin duda no es un derecho intraestatal, sino, por decirlo de algún modo, entre Estados, pero en ningún caso supraestatal. Las obligaciones contractuales surgen principalmente por la voluntad de los obligados. Con todo, en este caso ha de dejarse a un lado que las obligaciones contractuales surgen «del acuerdo de la voluntad» de los obligados, pero no «de la voluntad» de los obligados. La obligatoriedad de un tratado entre Estados solo es deducible de una norma que tiene como supuesto de hecho el consentimiento concurrente de dos o más Estados a los que vincula la consecuencia del sometimiento a las conductas previstas en el tratado; y esta norma jurídica, el principio contractual, no es en sí misma un tratado, sino la condición previa de todo derecho producido a través de tratados y, so pena de caer en una «*petitio principii*», debe valer necesariamente al margen de la voluntad de los contratantes, esto es, debe ser pensada por encima de ellos. No de otro modo ocurre con la forma contractual dispuesta a los particulares mediante un principio jurídico reconocido en el Código Civil y que se encuentra por encima de los contrayentes. Y así como la ley estatal que reconoce autonomía privada no presupone la soberanía de los sujetos particulares, tampoco puede pensarse como manifestación de la soberanía de los sujetos de derecho internacional, el hecho de que los Estados a través del derecho internacional gocen de la competencia para ordenar jurídicamente su conducta a través de tratados. Y eso, soslayando que, aparte del principio «*pacta sunt servanda*», en el derecho internacional se reconocen otros principios de derecho internacional, que de ninguna manera fundan derechos y obligaciones contractuales entre las partes, por lo que el derecho internacional no puede ser caracterizado simplemente como derecho de tratados.

La doctrina que pretende configurar el derecho internacional no como parte del ordenamiento estatal particular, no como mera manifestación exterior del derecho estatal, sino como resultado de un derecho de tratados entre Estados, debe introducir la idea de que los Estados que celebran tra-

tados entre ellos, están jurídicamente en situación de igualdad y que son sujetos jurídicos en el mismo plano. Esta idea solo es posible, sin embargo, bajo la condición de aceptar que sobre los Estados existe un ordenamiento internacional que los delimita jurídicamente de forma igualitaria y que los dota de personalidad jurídica al justificarlos y obligarlos. Y para acomodar tal derecho internacional con el dogma de la soberanía del Estado, debe acometerse el desesperante esfuerzo de separar conceptualmente la esfera del derecho internacional de aquella de los Estados, de manera que queden aisladas una frente a la otra. Esta «construcción dualista», todavía muy apreciada, cree salvar así la soberanía del Estado, de suerte que se argumenta del siguiente modo: para que el Estado quede obligado en el ámbito del derecho internacional, su poder jurídico dentro de sus propias fronteras no ha de ser limitado. Si el derecho del Estado entra en contradicción con el derecho internacional, este conflicto es jurídicamente irresoluble. Sin embargo, esta doctrina se ha demostrado insostenible. En ella, pese a negar la «unidad del derecho internacional y el derecho estatal», se da por supuesta que la ilicitud jurídico-internacional de un acto estatal (una ley o un acto administrativo) admite un juicio jurídico y no moral, pues el derecho internacional es un orden jurídico y no moral. De este modo, confunde el hecho de que contra el Estado vulnerador del derecho internacional solo es posible la sanción penal del derecho internacional, esto es, la guerra, con la comprensión de que el derecho internacional y el derecho del Estado sean dos sistemas normativos independientes. Pero en general, la relación que existe dentro del ordenamiento estatal entre la Constitución y la ley no es diferente. La ley inconstitucional permanece vigente mientras que no exista una instancia estatal que la enjuicie (por ejemplo, un tribunal constitucional). Solo se puede sancionar al órgano responsable de su constitucionalidad, un Ministro o un Jefe del Estado. Y, sin embargo, nadie ha dudado de que la Constitución, junto a la ley y el acto que la ejecuta, forman un sistema jurídico único, el del Estado, pese a que su constitucionalidad únicamente puede garantizarse mediante la sanción penal. La idea de la soberanía del Estado se habrá perdido irremediabilmente con que se dé una sola vez la posibilidad de que un acto del Estado se tenga por ilícito desde un punto de partida jurídico, pues esto es posible cuando contradice una norma superior al ordenamiento del Estado, es decir, cuando se

reconoce que existe un ordenamiento superior que dispone la guerra como acto jurídico internacional.

La construcción dualista del derecho internacional, que realiza el desesperado intento de tapar la quiebra del dogma de la soberanía, también sostiene que la soberanía no es realmente un concepto de derecho internacional, sino de derecho del Estado y que, por tanto, no puede allí realizarse en plenitud. En consecuencia, se intenta desde el punto de partida del Estado diferenciar en dos direcciones la característica de la soberanía, hacia «adentro» y hacia «afuera», separando así la soberanía de derecho del Estado de la de derecho internacional. La soberanía significa que el Estado hacia adentro es el poder u orden superior a todas las comunidades jurídicas que lo integran, pero hacia afuera significa que es independiente, esto es, independiente de cualquier otro Estado, que no está sometido a ninguno. Se abandona el verdadero y original significado del concepto de soberanía, que expresa un escalón en el orden jurídico superior de manera absoluta. El Estado «soberano» lo es ahora solo hacia adentro, solo frente a los entes jurídicos que no son Estados, esto es, que no son sujetos en posición igual al Estado soberano; esta postura, sin embargo, como ya se ha dicho, se consume bajo la condición de que se conciba una comunidad de Estados sobre Estados iguales, comunidad que sería soberana en todas direcciones. La soberanía del Estado ha pasado de ser una cualidad absoluta a relativa. El Estado que es concebido y debe ser concebido con los otros Estados en una comunidad jurídica superior de derecho internacional no es ya en sentido estricto soberano, lo es en el término, pero no en el fondo, pues la autoridad jurídica más alta se posee en todas direcciones o simplemente no se posee. Afirmar que el principio de soberanía en el concepto de la «soberanía de derecho internacional» significa la independencia de un Estado respecto a los otros, es una atenuación que tiene como fin exclusivo asegurar la idea de la coordinación de una pluralidad de entidades reconocidas como Estados y, por tanto, la existencia de un ordenamiento internacional y de una comunidad internacional superior a estas entidades. Con este presupuesto, se ha desprendido, sin embargo, al Estado de su existencia absoluta y excluyente. Cuando se reconoce sobre la comunidad jurídica estatal una comunidad jurídica plena y superior, entonces no se puede reconocer al Estado como una comunidad jurídica plena y superior frente a los

entes jurídicos que lo componen —las provincias autónomas, los entes locales, las asociaciones, etc.—. Se ha «relativizado» al Estado como autoridad jurídica. Es obvio que esta relativización del Estado deificado a toda costa, muestra un poderoso cambio de la ideología social. Por ello se comprende que este cambio primero se intente ocultar bajo una terminología que parece buscar la conservación de la soberanía del Estado.

El concepto de la soberanía, en su significado originario de esencia absoluta y superior, poseía un carácter completamente formal. El cambio de significado que se realiza con su relativización lo muestra ahora como un concepto material y en especial como un concepto de contenido jurídico. Este concepto «material» de soberanía quiere expresar en cierta medida una plenitud de poder fáctica o jurídica. Se da la primera perspectiva, si se piensa, en vez de en un máximo, en una medida mínima de poder fáctico. Este significado difícilmente sería compatible con el concepto jurídico de soberanía que, sin embargo, es acogido de manera general por la mayoría de los autores al subrayar el carácter jurídico del concepto e incluso sostener expresamente en ocasiones la independencia de la soberanía de cualquier grado de poder de hecho. No obstante, habitualmente se toma por condición de la soberanía del Estado una significativa dimensión del territorio del Estado, un número correspondiente de población, la existencia de una suficiente riqueza natural y en especial un cierto poder militar. De otro lado —tal y como se deduce del concepto de soberanía— el poder fáctico del Estado no debe ser excesivo. En definitiva, no concuerda con la esencia de la soberanía ni la impotencia de una estructura minúscula o una comunidad plenamente desarmada, ni la superioridad de un imperio mundial. No se trata, evidentemente, de la exposición del contenido comprobable de un principio positivo de derecho internacional, que determina las condiciones mínimas o máximas para la existencia de un Estado. Más bien se defiende con ello un postulado de derecho natural. Bajo el principio del dogma de la soberanía se encierra el principio de «equilibrio», tal y como es expuesto en la forma de la teoría del equilibrio europeo. Por otro lado, como concepto jurídico supone una determinada dimensión de competencias estatales. La distinción entre interior y exterior, soberanía de derecho del Estado y de derecho internacional, se cultiva como flujo del primero: el Estado posee el derecho a organizarse políticamente, esto es, a darse una Constitución,

una ley constitucional; y asimismo el el Estado puede darse leyes. El «derecho» del Estado a ejecutar estas leyes nunca se precisará plenamente como «derecho a la autoregulación y autoadministración», a «la dirección de la administración del Estado», a la «jurisdicción y derecho judicial». En tales enumeraciones de los derechos soberanos cobra claramente una importancia especial la descripción de las más significativas e importantes funciones del Estado en el tráfico internacional. Ocasionalmente se subrayan como derechos especiales de soberanía: el derecho a la provisión de cargos o, entre otros, el derecho a regular libremente la situación religiosa de los súbditos. La enumeración del catálogo de los derechos internos de soberanía es un intento de exponer como derechos subjetivos las competencias materiales que el Estado ve garantizadas mediante el derecho internacional dentro de su espacio territorial. Este intento no tiene sentido, pues el Estado, dentro de este espacio, posee por principio toda competencia que afecta a las relaciones humanas. Termina exponiendo de manera exhaustiva todo el posible contenido del ordenamiento jurídico particular. Como derechos de la «soberanía externa» o de la independencia se incluyen: el derecho a relacionarse libremente con otros Estados y autorizar representantes con este fin (el derecho de legación), el derecho a declarar la guerra y celebrar tratados bajo determinadas condiciones, el derecho a la igualdad, el derecho al respeto a los sujetos jurídicos, etc. En especial se cuidan de subrayar el derecho a excluir en su propio territorio la eficacia de los actos de otro Estado, no ser juzgado por la jurisdicción de otro Estado, el derecho de todo Estado a excluir a sus enviados del sometimiento al poder público del Estado de recepción, el derecho de cada Estado de proteger a sus nacionales frente a los extranjeros. Es obvio que este catálogo tampoco puede ser completado plenamente. En cualquier caso, todo principio jurídico de derecho internacional, todo contenido de una norma objetiva de derecho internacional, se deja presentar de algún modo como derecho subjetivo del Estado, cuando existe el interés de que tal derecho esté protegido por una norma. La soberanía como encarnación de los derechos de soberanía no es nada distinto del derecho internacional objetivo, en tanto que con él se protegen los intereses del Estado particular (el conjunto de los derechos de soberanía quedarían garantizados por el derecho internacional cuando protege el ordenamiento del Estado concreto). El intento de disolver la so-

beranía en un conjunto de competencias particulares del Estado y de este modo transformar en forma jurídica un concepto jurídico, termina convirtiéndose a la soberanía que ha de caracterizar al poder público, en el mismo poder público.

El concepto de soberanía pierde todo valor con esta transformación. Ha de observarse que en el ámbito de la comunidad internacional no se da ese supuesto ideal de todo un conjunto de posibles actuaciones jurídicas ilimitadas en manos del Estado. En definitiva, «Derecho» significa al mismo tiempo una habilitación condicionada de la actuación jurídica. A través del derecho internacional, el Estado está limitado no solo en sus actuaciones particulares, sino en general. Todo derecho es necesariamente obligación —vinculación, límite— de otro. En definitiva, nunca se llega al final en esta tendencia inmanente a la construcción conceptual. Obviamente no se llega a una enumeración de todos los posibles derechos de soberanía. Se quiere tan solo describir aquel conjunto de derechos mediante los cuales el Estado todavía es soberano, un mínimo que no admite limitación, sin el cual el Estado pierde la característica de la soberanía y con ella «el carácter de Estado». Con tal concepto solo en cierta medida pueden fijarse fronteras firmes y en todo caso se excluye la separación entre comunidades jurídicas soberanas y no soberanas. Además, esta materialización del concepto de soberanía, que aparece no en el lugar de una característica del poder público o del Estado, sino como la propia substancia del poder público o el Estado, deja en un segundo plano la pregunta sobre cuándo es soberano todavía el Estado y pone en un primer plano la pregunta de cuándo una comunidad política todavía es un Estado, cuándo su poder todavía es poder estatal.

Este desplazamiento de los interrogantes, que está ligado a una represión del problema de la soberanía, se une de la manera más íntima con la construcción de la esencia de un Estado, que evidentemente no se correspondía con el tipo normal de Estado centralista, tomado en consideración durante todo un siglo. Me refiero a los llamados «Estados federales». Los Estados Unidos de América, Suiza, el Imperio alemán, son Estados que surgen de la unión de Estados, sin que estos Estados miembros pierdan su rango de Estado. En este contexto, la soberanía como rasgo esencial del Estado debe desaparecer en la misma medida que la teoría del estado intenta

responder al reto de la unión de Estados y de que los Estados miembros de la Federación, antes Estados autónomos, se continúen considerando Estados y no meramente provincias autónomas. El entendimiento de la esencia del Estado federal empuja hacia un paso decisivo en el proceso intelectual que hemos calificado como relativización de la soberanía. Sin duda, primero se intentó conservar el dogma de la soberanía frente al Estado federal. Para ello surgió la doctrina de la soberanía compartida, la doctrina de los Estados con soberanía compartida. Y fruto de esta doctrina, la antes mencionada materialización o substancialización del concepto de soberanía ha realizado su identificación con el concepto de poder estatal. Pues aunque la particularidad del ser supremo no se puede dividir, sí, en cambio, cuando se piensa como sustancia del poder estatal, como la suma de los poderes estatales, de sus competencias. Y la esencia del Estado federal reside precisamente ahí, en el reparto —por lo demás reunidas por una autoridad central— de las competencias entre una instancia central y otras locales, en la distribución de las competencias estatales entre la Federación y los Estados. Pero la doctrina de la soberanía repartida o compartida no se puede sostener a largo plazo. Su persuasión quiebra con los miembros del Estado federal, que obviamente no son comunidades jurídicas soberanas, pero sí Estados. Así se realiza plenamente la separación del concepto de Estado y del concepto de soberanía.

Ha de aceptarse, que entre los Estados miembros y la comunidad total del Estado federal, esto último identificado en todo caso como soberano, con sus comunidades parciales intraordenadas, solo existe una diferencia cuantitativa, pues los dos responden al *genus* del Estado, perspectiva que recobraría vigor a largo plazo, pues entre la unión de Estado preexistentes —el Estado federal— y otras reuniones de Estados —por ejemplo, la Confederación— existe una diferencia de grado pero no de esencia. Pero ocurre que los vínculos de derecho internacional —la comunidad jurídica internacional— no son otra cosa que una unión de Estados. Y debe señalarse que todas las comunidades jurídicas, desde la Confederación hasta la última asociación de derecho civil, pasando por el Estado federal, el Estado unitario, el Estado federado, la provincia autónoma o la entidad local, son ordenadas por la universal comunidad jurídica internacional en una cadena continua de formas jurídicas. Cuando alguien considere que una de las configu-

raciones jurídicas integradas en esta cadena pueda ser soberana, esto significará, como mucho, que tal comunidad jurídica tiene sobre sí únicamente a la comunidad jurídica internacional, que su posición jurídica deviene directamente del ordenamiento internacional, como ocurre en la mayoría de los Estados, pero no, por ejemplo, en los Estados miembros de la Federación, cuya «actuación de derecho internacional» es mediada. Y puede que se trate únicamente de mostrar el principio de integración de la pluralidad de formas jurídicas en la unidad de la comunidad jurídica universal, así como el principio de su singularidad dentro del conjunto del sistema, el «principium unitatis» y el «principium individuationis». Uno es el criterio de la «delegación» escalonada, que asegura el vínculo de todas las comunidades jurídicas en la comunidad jurídica internacional; el otro, es la ley de la graduación cuantitativa, el principio de la «centralización» y «descentralización».

Cuando esta comprensión se haya convertido en un lugar común, cuando la idea del primado del ordenamiento estatal haya sido desplazada por la idea del «primado del derecho internacional», entonces no seguirá siendo posible sostener como argumento habitual que la esencia del Estado, su soberanía, choca contra la exigencia de una construcción técnica de la comunidad jurídica internacional, o contra una determinada unión de Estados, en especial las propiciadas por el derecho internacional, o contra la exigencia de introducir una justicia obligatoria entre Estados, o la transferencia de la ejecución del derecho internacional a una organización internacional particular. Ha de saberse, pues, que afirmar que una extensa centralización de la comunidad jurídica internacional o de una particular unión de pueblos no concuerda con la esencia del Estado sería algo así como afirmar que la sustitución de la venganza por la justicia centralizada no va de acuerdo con la esencia de la naturaleza humana. Pues la soberanía, en su sentido original de absoluta supremacía de un ordenamiento completo, solo es predicable como cualidad del conjunto del sistema jurídico y no como peculiaridad de una comunidad particular dentro de este sistema, pues la ciencia que transforma toda diferencia cualitativa en cuantitativa, toda característica absoluta en particular se dirige —como toda ciencia— hacia la unidad de sus sistema y gana así —como las ciencias naturales con la unidad de lo físico— la «unidad de la concepción jurídica del mundo».

Resumen:

Este estudio plantea las tensiones que sobre el concepto de soberanía provoca el surgimiento del derecho internacional, hasta el punto de que denuncia el uso ideológico (no científico) del citado concepto de soberanía. Para alcanzar esa conclusión repasa la formación del concepto, las contradicciones indisolubles que surgen cuando se confronta con la idea de una comunidad jurídica-internacional, y los esfuerzos inútiles de salvar esa contradicción recurriendo a la tesis de la soberanía del Estado, la comprensión del derecho internacional como un derecho de contratos, a la doctrina dualista o a la materialización del concepto de soberanía.

Palabras Clave: Soberanía, Estado, derecho internacional.

Abstract:

This paper studies the intellectual clash between the concept of sovereignty and the building of an international community, to the point of denouncing the ideological and non scientific use of the concept of sovereignty. To reach this conclusion, the author goes briefly over the concept of sovereignty, the superb contradictions that this concept encounters if confront with the idea of an international law community and the empty tries to circumvent that contradictions through the thesis of State's sovereignty, international law as contract law, the dualist doctrine or the materialization of the concept of sovereignty.

Keywords: Sovereignty, State, international law.

Jurisprudencia

EL USO DE LA HISTORIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS *

ANDREA BURATTI **

SUMARIO:

1. PREMISA: ¿PETRIFICAR LA HISTORIA O HACER CUENTAS CON EL PASADO?
2. EL PROBLEMA DEL USO DE LA HISTORIA EN LA JURISPRUDENCIA DE Estrasburgo
3. EL ARGUMENTO HISTÓRICO EN LA JURISPRUDENCIA DE Estrasburgo: CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA Y TOLERANCIA CONSTITUCIONAL
4. LA INSUFICIENCIA DEL ARGUMENTO HISTÓRICO (EL CASO SEJDIĆ AND FINCI C. BOSNIA-HERZEGOVINA)
5. LA FUGA DEL PASADO COMUNISTA
6. PRINCIPIO DE LAICIDAD Y TRADICIONES HISTÓRICAS
7. INTERROGANTES EN EL USO DEL ARGUMENTO HISTÓRICO
8. NEGAR LA VERDAD HISTÓRICA: UN ABUSO DEL DERECHO
9. CONCLUSIÓN: ¿PROTECCIÓN DE LAS TRADICIONES HISTÓRICAS O MÉTODO HISTÓRICO CRÍTICO?

La historia nunca es justiciera, pero siempre es justificadora; y no podría ser justiciera, sino haciéndose injusta ¹.

1. PREMISA: ¿PETRIFICAR LA HISTORIA O HACER CUENTAS CON EL PASADO?

En Hungría, durante el año 2004, algunos periódicos de derecha promovieron la construcción de una estatua en homenaje a Pál Teleki, primer

* Traducido del italiano por Miguel Azpitarte Sánchez.

** Investigador de Derecho constitucional. Universidad de Roma «Tor Vergata».

¹ B. CROCE, *Teoria e storia della storiografia (1915-17)*, edición de G. Galasso, Adelphi, Milán, 1989, p. 98.

ministro húngaro en los años cuarenta. La iniciativa —dirigida a la rehabilitación de un personaje considerado responsable de la legislación antisemita y más en general de haber llevado a Hungría a la segunda guerra mundial— provocó un debate amplio y encendido, en el cual intervino el historiador Karsai, dando respuesta a la iniciativa y recordando tanto los crímenes como la responsabilidad de Teleki. Condenado por difamación en los tribunales nacionales, Karsai recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora Tribunal o TEDH), que en el año 2009 le dio la razón. Según el Tribunal:

El recurrente —un historiador que ha publicado diversos trabajos sobre el Holocausto— ha escrito el trabajo discutido en el ámbito de un debate concerniente a la intención de un país de dar cuenta de su pasado, cuya historia presenta episodios de totalitarismo. El debate, por tanto, es del máximo interés público (Karsai c. Hungría, 2009, § 35).

Se trata, por muchos motivos, de un caso emblemático sobre la radicalidad de las cuestiones relativas al uso público de la historia, de la alternativa entre su «petrificación» en tradiciones y símbolos —compartidos o de una parte— y su sometimiento a un debate público permanente.

2. EL PROBLEMA DEL USO DE LA HISTORIA EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO

El pasado, su representación pública y su memoria compartida, constituyen los fundamentos de la identidad constitucional de los pueblos. Son, por tanto, objeto de un debate y un «uso» público, articulado en diversos planos culturales². No ha de sorprender que ese debate suscite tantos con-

² La reflexión sobre el uso público de la historia se hace palpable con la intervención de Jürgen Habermas en la controversia iniciada, al final de los años ochenta, por parte de Ernst Nolte, en torno a la minimización de los crímenes nazis (las contribuciones están recogidas en el volumen *Germania: un pasado que no pasa. Los crímenes nazis y la identidad alemana*, edición de G.E. Rusconi, Torino, 1987). Pero el

flictos y condicione la interpretación de los derechos fundamentales en aquellos países donde la consolidación de la democracia todavía es débil.

El TEDH, cuando es situado delante de controversias que conllevan la discusión del pasado y de las tradiciones, es obligado a menudo a erigirse en juez de la historia de los pueblos y las naciones. También a menudo, el propio Tribunal recurre a la narración histórica para motivar sus sentencias, en el intento de mediar a través de la argumentación histórica entre las exigencias de tutela de un orden objetivo de derechos y la especificidad de los contextos nacionales. De otro lado, el propio texto del Convenio invita a una interpretación histórica y contextual mediante cláusulas generales como «el patrimonio común de tradiciones e ideales políticos», la noción de «la necesidad de un sociedad democrática», la «protección del orden público o de la moral», el «peligro público que amenaza la vida de la nación», las «convicciones religiosas y filosóficas» o la «libre expresión de la opinión del pueblo»³.

Pero el contraste con la historia de los pueblos sitúa al Tribunal ante una dificultad específica a resultas de su «distancia» respecto a la experiencia nacional. Primero de todo, se trata de una dificultad informativa, que el Tribunal intenta colmar a través del análisis de organismos de apoyo y estudio, como la Comisión de Venecia, que se sostiene sobre los recursos informativos y culturales derivados de la dialéctica entre las partes y los «amici curiae»⁴. Ciertamente, el extrañamiento del Tribunal respecto al

uso conflictivo del pasado y de la memoria representa un motivo dominante ya en la tragedia griega (muy relevante, D. SUSANNETTI, *Catostrofi politiche. Sofocle e la tragedia di vivere insieme*, Carocci, Roma, 2011).

³ L. BÉGIN, «L'internationalisation de droits de l'homme et le défi de la "contextualisation"», *Rev. Interdisc. d'études jur.*, 53, 2004, pp. 64-66: «En fait, et cela pourra paraître paradoxal, l'internationalisation effective des droits fondamentaux va de pair avec une déformalisation et une contextualisation progressives du droit » (p. 66).

⁴ A. PECORARIO, «Argomenti comparativi e giurisprudenza Cedu: il ruolo della Commissione di Venezia in materia di diritto elettorale», en *diritticomparati.it* (noviembre 2010): «La Commissione di Venezia ed altri organismi del Consiglio d'Europa (a titolo non esaustivo si possono ricordare l'Assemblea parlamentare, il Congresso dei poteri locali e regionali, ed il Centro di Prevenzione della Tortura), attraverso i

debate público nacional —al ofrecer una mirada externa— agrava la percepción de arbitrariedad de sus juicios históricos, en especial cuando avalan simplificaciones y reducciones de narraciones complejas y controvertidas.

Así, el problema de la valoración y del uso de la historia en la argumentación jurídica —que implica la actividad de cada juez, sea en un Tribunal Constitucional o en un Tribunal internacional⁵— adquiere, con referencia al Tribunal de Estrasburgo, una especificidad destacada, como se demuestra en la atención que el Tribunal ha conferido a la reflexión sobre el «método histórico» que caracteriza su jurisprudencia.

En este trabajo quiero reconstruir el acercamiento con el que el TEDH se enfrenta a la historia, a la memoria y a la tradición histórica nacional, y el uso del análisis histórico y contextual en su jurisprudencia. En un primer momento analizaré las diversas líneas jurisprudenciales en las cuales la historia nacional es elemento para la resolución de la controversia (§ 3-7); después, pasaré a examinar más específicamente la jurisprudencia madurada en los casos del negacionismo histórico, en el cual el método histórico que orienta al Tribunal se hace más explícito (§ 8).

En la perspectiva elegida para este estudio, por tanto, la referencia al argumento histórico no coincide —salvo algunas cuestiones de método— ni con la noción de «interpretación histórica» reconducible a Savigny, ni con el problema del originalismo, que siendo su tratamiento abundante en la

summenzionati strumenti di *soft law* (raccomandazioni, risoluzioni, opinioni e così via), svolgono una preziosa opera di mediazione fra testo (convenzionale) e contesto (storico, politico e sociale) di riferimento - da questo punto di vista, benché la loro azione non dia luogo alla elaborazione di atti giuridici altrettanto formalizzati, è bene ricordare anche il ruolo cruciale che viene quotidianamente svolto (“sul campo”) dai *Bureaux extérieurs* del Consiglio d’Europa, istantanei misuratori della democraticità delle Istituzioni nei Paesi di riferimento delle attività dell’Organizzazione Internazionale».

⁵ R. UITZ, *Constitutions, Courts and History. Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Ceu Press, Budapest-New York, 2005, pp. 5-14, que por otro lado, reconstruye el debate y la crítica a la «law-office history» en los Estados Unidos (pp. 17 y ss.).

doctrina estadounidense⁶, también ha sido discutido con referencia a la intención de las partes contratantes del Convenio de Roma y que ha marcado algunas motivaciones de la Corte europea⁷. En este estudio, con la noción de «interpretación histórica» me refiero a una «práctica de interpretación contextual»⁸ que valora la referencia a la historia en la reconstrucción de casos y la motivación de decisiones judiciales.

⁶ La bibliografía es interminable, véase al menos, A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton, Princeton Univ. Press, 1997. Una reconstrucción prevalentemente crítica se encuentra ya en J.G. WOFFORD, «The Blinding Light: The Uses of History in Constitutional Interpretation», *Univ. Chic. Law Rev.*, 31/1963-64, pp. 502 y ss. (que reconduce al originalismo tres operaciones distintas: el recurso a la intención de los padres fundadores, el recurso al significado originario de la terminología constitucional, el recurso a la comprensión del problema al origen de la formulación de las disposiciones constitucionales).

Para su encuadre en la experiencia italiana, cfr. las diversas contribuciones recogidas en la edición de F. Giuffrè e I. Nicotra, *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁷ B. RANDAZZO, «Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale», *Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti*, 4/2011, pp. 29-30: «Il ricorso ai lavori preparatori dei testi normativi al fine della loro interpretazione è criterio, com'è noto, comune a tutti gli ordinamenti, e richiamato pure dall'art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (interpretazione storica); anche la Corte di Strasburgo lo utilizza, sempre, peraltro, come criterio complementare e da solo non decisivo».

Insistiendo en el recurso marginal de la interpretación histórica en la jurisprudencia de Estrasburgo, F. OST, «Originalità dei metodi di interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo», en M. Delmas Marty (a cura di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, (1989), Cedam, Padova, 1994, pp. 277-8, 280 y ss., donde muestra como ya en el caso *Golder* (1975) el Tribunal, en referencia al artículo 32 del Convenio de Viena sobre derecho de los Tratados, no concede demasiado peso a los trabajos preparatorios y a la intención de las partes contratantes, refiriéndose a ellas con una mera finalidad de apoyo. Ost identifica un solo caso en el que el reclamo a los trabajos preparatorios determina el significado de una disposición del Convenio (p. 286). Más amplio, siempre según Ost, es el peso de los trabajos preparatorios en los votos particulares, en sintonía con acercamientos más conservadores.

⁸ En el sentido propuesto por L. BÉGIN, *op. cit.*, p. 64 nota 1, pp. 76 y ss.

3. EL ARGUMENTO HISTÓRICO EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO: CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA Y TOLERANCIA CONSTITUCIONAL

Un perfil muy significativo de la argumentación histórica normalmente aparece en las sentencias más contaminadas por la lucha política. Así, en el filón jurisprudencial de los llamados partidos antisistema⁹, por ejemplo, en la conocidísima *Refah Partisi (Welfare Party) and Others c. Turquía* (2003), la Gran Cámara confirmó la sentencia de la Sección que había considerado conforme al artículo 11 del Convenio la disolución del Refah en razón de su programa y de su acción dirigida a afirmar la Sharia. Para reforzar la argumentación de la Sección y justificar una medida que en numerosos casos ha sido considerada contraria a los derechos protegidos por la Convención¹⁰, los jueces reconstruyen el recorrido histórico de la instauración del Estado constitucional turco, que se caracteriza, como es sabido, por la superación radical de la conciencia teocrática del poder público y de la estatalidad:

El Tribunal no debe perder de vista el hecho de que en el pasado, movimientos políticos basados en el fundamentalismo religioso estuvieron en condiciones de acceder al poder en algunos Estados y tuvieron la ocasión de realizar el modelo de sociedad que tenían en mente. El Tribunal sostiene que, en el respeto de las previsiones del Convenio, cada Estado contraente puede oponerse a estos movimientos políticos a la luz de su experiencia histórica.

⁹ Al respecto P. RIDOLA, «Art. 11», en S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 359-363

¹⁰ Para una contextualización del *Refah Partisi* respecto a la jurisprudencia en materia de «partidos antisistema», C. BOLOGNA, «Ordine pubblico europeo e scioglimento dei partiti politici: verso la protezione della democrazia europea?», en L. Mezzetti - A. Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo (Atti del Convegno internazionale di studi, Bologna, 5 marzo 2010)*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 453 y ss.

El Tribunal observa además que con la vigencia del derecho otomano se afirmó un régimen teocrático islámico. Cuando el anterior régimen teocrático fue desmantelado y se instauró el régimen democrático, Turquía optó por una forma de laicidad que ha confinado el Islam y las restantes religiones a una esfera de práctica religiosa privada. Consciente de la importancia del respeto del principio de secularidad para la supervivencia del régimen democrático en Turquía, el Tribunal sostiene que el Tribunal Constitucional estaba legitimado para decretar la incompatibilidad con la democracia de la política de restablecimiento de la Sharia, objetivo del partido Refah (§ 124-125).

Pero la influencia del contexto histórico en las decisiones del Tribunal todavía se hace más evidente en la jurisprudencia sobre la legislación electoral de los Estados contratantes, que toma cuerpo en los años setenta en algunas decisiones de la Comisión ¹¹: al rechazar los argumentos que consideraban contraria al Convenio el sistema mayoritario a una sola vuelta aplicado en Inglaterra, la Comisión observó que este sistema formaba parte «del patrimonio común de las tradiciones políticas evocadas en el Preámbulo del Convenio» (X c. Reino Unido, 1976) ¹². Todavía es más evidente la llamada a la tradición histórica nacional en la decisión W.X.Y y Z.c. Bélgica (1975), en la que se discutía sobre la legitimidad de la ley constitucional que reserva un asiento senatorial al heredero del trono, escaño que se adquiere a la edad de dieciocho años, en contra de la regla que prescribe la

¹¹ F. BOUCHON, «L'influence de cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme», en *Rec. trim. dr. de l'homme*, 1/2001, p. 155.

¹² «La Comisión considera que el artículo 3 del Protocolo adjunto al Convenio no puede ser interpretado de manera que imponga un determinado sistema electoral que garantice que el número total de votos emitidos a favor de un candidato o de una lista de candidatos deba siempre y en todo caso reflejarse en la composición de la asamblea legislativa. La Comisión, por otro lado, subraya que tanto hoy como a la firma del Convenio, alguna de las partes contratantes adoptaron y continuaron a adoptar un sistema electoral mayoritario de turno único, mientras otros utilizaban el proporcional. Estos dos modelos de sistema electoral pueden ser considerados como «parte del patrimonio común de las tradiciones políticas evocadas en el Preámbulo del Convenio» (las cursivas son mías).

edad de cuarenta años para ser candidato en términos generales. La Comisión también aquí rechazó el recurso, viendo en la norma discutida «una tradición de la monarquía constitucional belga».

Cuando en el año 1982, un ciudadano inglés residente en la Isla de Jersey recurrió ante el TEDH frente a la imposibilidad de participar en las elecciones a la Cámara de los Comunes, la Comisión ratificó que los principios del Convenio no pueden mellar «vínculos constitucionales excepcionales, fundados sobre razones históricas previas al Convenio» (X c. Reino Unido, 1982). De nuevo, en 1984 es «la tradición histórica del Commonwealth» la que salva al Reino Unido del recurso de un diputado norirlandés, que venía excluido del sufragio pasivo en el parlamento de otros países de la Commonwealth (M.c. Reino Unido, 1984).

En *Mathieu-Mohin and Clerfait c. Bélgica* (1987), la Gran Cámara reconstruye los acontecimientos históricos de la progresiva «disociación federal» del ordenamiento constitucional belga, lo que le permite fundar sobre las específicas condiciones políticas del país la legitimidad de las reglas electorales que reservan determinados cargos electivos a los miembros de la comunidad cultural:

Cada sistema electoral debe ser encuadrado a la luz de la evolución política del país a que se refiere; aspectos inaceptables en el marco de un determinado ordenamiento se justifican en otro (§ 54).

Esto son solo los primeros episodios de una serie jurisprudencial consolidada, que se ha reproducido recientemente con tendencias afines. Tomemos, entre otros, el caso *Yumak and Sadak c. Turquía* (2008), sobre la legitimidad de la barrera electoral del 10% en las elecciones nacionales. Aquí, rechazando las conclusiones de todos los documentos del Consejo de Europa y de la Comisión de Venecia —que situaban en un máximo del 3% la barrera tolerable en relación a la protección de la minoría en el proceso electoral—, el Tribunal salva la legislación turca, con la finalidad de contribuir a la tutela de la estabilidad del gobierno. El peligro de estabilidad política es reconstruido en parte sobre las elecciones de los años cincuenta, en una narración que liga en relación de causa-efecto la fragmentación partidocrática, la inestabilidad de gobierno y la preservación del orden democrático:

Las elecciones de 1950, 1954 y 1957 —en las que se utilizó el sistema electoral mayoritario— no aseguraron un equilibrio entre mayoría parlamentaria y oposición. Este desequilibrio fue una de las principales causas del golpe de estado de 1960. Después de la intervención de las fuerzas armadas, el Parlamento adoptó el sistema electoral proporcional [...] con la finalidad de reforzar el pluralismo y el sistema político. El resultado fue que las elecciones de 1965 y de 1969 determinaron mayorías estables en la Asamblea Nacional, a la vez que se permitió la representación de los partidos minoritarios. Después de las elecciones de 1973 y 1977, los partidos políticos principales no fueron capaces de establecer gobiernos estables, pese a que gozaron de un amplio consenso electoral. Este periodo de inestabilidad gubernamental fue caracterizado por la formación de diversas coaliciones, todas ellas frágiles por la influencia desproporcionada de los partidos minoritarios sobre los partidos de gobierno (§ 44).

En definitiva, cuando es llamado a pronunciarse sobre el reconocimiento del derecho de sufragio activo o pasivo, la valoración del sistema electoral, la modalidad de la organización del procedimiento electoral, o el contencioso electoral, el Tribunal da un amplio margen de apreciación a los Estados en la conformación del proceso electoral dado su contexto específico¹³. Si nos movemos hacia la investigación de «temas recurrentes» en la jurisprudencia electoral, podemos identificar tres pasos de gran importancia: el primero, según el cual la legislación y el sistema electoral «deben siempre ser juzgados a la luz de la evolución política del país»¹⁴; por tanto, la constatación de que «existen numerosas formas de organización y funcionamiento del sistema electoral y una multitud de diferencias en Europa determinada por la evolución histórica, la diversidad cultural y el pensamiento político, de manera que corresponde a cada Estado contratante incorporar su propia concepción de la democracia»¹⁵; en fin, la conclusión

¹³ F. BOUCHON, «L'influence de cadre historique», *op. cit.*, pp. 164-5, en especial notas. 34-39, con ulteriores indicaciones jurisprudenciales.

¹⁴ Al respecto la citada sentencia *Mathieu-Mohin and Clearfays c. Bélgica* (1987).

¹⁵ A partir de *Hirst c. Reino Unido* (2004).

de que «aspectos inaceptables en el marco de un determinado ordenamiento se justifican en otro»¹⁶.

Esta última afirmación está confirmada en la jurisprudencia reciente Grosaru c. Rumanía (2010), en la cual el Tribunal declaró incompatible con la Convención el sistema del contencioso electoral rumano, confiado íntegramente a la verificación parlamentaria. El Tribunal —después de haber afirmado la carencia de imparcialidad de este tipo de control parlamentario sobre la validez de las elecciones, en sintonía con las advertencias de la Comisión de Venencia— se pregunta si este juicio debe ser igual para los restantes países contrayentes que poseen un sistema similar (Italia, Bélgica y Luxemburgo), dando una respuesta negativa, que salva la verificación parlamentaria sobre el siguiente argumento:

Estos tres países gozan de una larga tradición democrática que lleva a disipar las dudas sobre la legitimidad de tal práctica (§ 28).

Un argumento que no es convincente y que no satisface ni la exigencia de una tutela rigurosa de los derechos fundamentales, ni la necesaria precisión de la reconstrucción histórica; parece más bien inspirada en razones de deferencia en favor de los Estados.

4. LA INSUFICIENCIA DEL ARGUMENTO HISTÓRICO (EL CASO SEJDIĆ AND FINCI C. BOSNIA-HERZEGOVINA)

Ciertamente, la reconstrucción del contexto histórico y la especificidad nacional no siempre conducen a salvar las normas estatales¹⁷: en *Matthews c. Reino Unido* (1999), el Tribunal condenó al Estado por excluir a los residentes en Gibraltar del sufragio activo al Parlamento europeo, apartándose del citado precedente del 82, dado en el caso de la Isla de Jersey. Por otro lado, en el 2004, la «fidelidad ciega y automática a la tradición histórica» no salva al Reino Unido de una condena a resultas de la norma que exclu-

¹⁶ De nuevo, cfr. *Matthieu-Mohin and Clearfays c. Bélgica* (1987).

¹⁷ F. BOUCHO, «L'influence de cadre historique», *op. cit.*, p. 166.

ye siempre y en todo caso los derechos electorales de las personas sometidas a una pena de privación de libertad (*Hirst c. Reino Unido*, 2004)¹⁸. Y llamado a pronunciarse sobre las condiciones del derecho al voto de la población turca de Chipre —impedido sustancialmente por el régimen de separación de la Constitución chipriota y de la ocupación militar turca del norte de la isla— el Tribunal condenó a Chipre:

Aunque el Tribunal recuerda que los Estados gozan de una notable amplitud al establecer reglas que, compatibles con su sistema constitucional, regulen las elecciones parlamentarias y la composición del parlamento, y que los criterios relevantes pueden variar en razón de los factores históricos y políticos peculiares de cada Estado, estas reglas no deben excluir de la participación en la vida política a personas o grupos de personas y en especial de la elección del órgano legislativo, un derecho, éste, garantizado tanto por la Convención como por la Constitución de todos los Estados contratantes (*Aziz c. Chipre*, 2004, 28).

Más recientemente, Moldavia ha sido condenada por una legislación que reservaba el sufragio pasivo a los que poseyeran exclusivamente la ciudadanía moldava (*Tânase c. Moldavia*, 2010). En este caso, el Tribunal recuerda que «consideraciones históricas y políticas particulares pueden justificar medidas más restrictivas» (§ 172), y luego se detiene en la «situación particular de Moldavia», reconstruyendo la historia nacional a partir del medioevo (§ 173), si bien concluye que se ha vulnerado el artículo 3 del Protocolo «pese al contexto histórico y político específico de Moldavia» (§ 180)¹⁹.

No obstante, el caso más relevante para ejemplificar cómo la apreciación del contexto histórico no siempre orienta las decisiones del Tribunal hacia la tolerancia frente a las restricciones estatales de los derechos fun-

¹⁸ «[...] La Corte considera que un Estado contratante no puede invocar su margen de apreciación para justificar restricciones del derecho de voto que no han sido objeto de un debate profundo en los órganos legislativos y que derivan esencialmente de una fidelidad ciega y automática a la tradición histórica» (§ 14).

¹⁹ F.R. DAU, «Il diritto a elezioni libere tra attivismo della Corte EDU e argomenti storici: in merito alle pronunce *Tanase c. Moldavia* e *Aliyev c. Azerbaijan*», *diritticomparati.it* (mayo 2011).

damentales, se halla en *Sejdić and Finci c. Bosnia-Herzegovina* (2009), un caso de extraordinario impacto en la opinión pública internacional, en el que quizá se verifica un desequilibrio al minusvalorarse el contexto histórico. Los recurrentes son dos ciudadanos bosnios que impugnan la exclusión del sufragio pasivo al Parlamento y a la Presidencia nacional, en razón de su origen gitano y hebreo respectivamente. La Constitución bosnia es un resultado del Tratado de paz, fruto de los Acuerdos de Dayton en 1995, que pusieron fin al conflicto yugoslavo, a la vez que introduce una organización federal fundada sobre un riguroso reparto de funciones entre las tres etnias bosnia, serbia y croata, estableciendo una presidencia colegial y la atribución de poderes de veto accionable por parte de los representantes de los componentes étnicos. En razón de este reparto, sólo aquellos que declaran su pertenencia a una determinada comunidad constituyente pueden adquirir el derecho de sufragio pasivo.

El Tribunal no ignora este peculiar modelo de integración étnica constitucionalmente garantizada (§ 6-7) y los acontecimientos de la difícil convivencia entre pueblos²⁰, pero considera que ya se ha superado el momento crítico de la génesis de la Constitución (§ 46), concluyendo sobre el carácter discriminatorio de la exclusión de la titularidad de un derecho fundamental, a quien, por pertenecer a una comunidad distinta, no declare su pertenencia a ninguna de las tres comunidades constitutivas.

Para justificar la discordancia entre los éxitos del acuerdo de paz, los jueces citan diversas tomas de posiciones de los organismos internacionales.

²⁰ «45 [...] El Tribunal hace notar que esta regla de exclusión persigue un fin esencial entre los objetivos generales del Convenio, entre ellos, como expresa el preámbulo, el restablecimiento de la paz. Cuando las normas constitucionales fueron dispuestas, estaba en camino un frágil alto el fuego. Aquellas normas se proponían finalizar un conflicto brutal de genocidio y «limpieza étnica». La naturaleza del conflicto era tal que la solución de «pueblos constituyentes» (señaladamente bosnios, croatas y serbios) era necesaria para asegurar la paz. Esto explica, sin que por ello lo justifique, la ausencia de representación de las otras comunidades (por ejemplo, los gitanos locales y la comunidad hebrea) en las negociaciones de paz y la preocupación de los participantes por garantizar una igualdad efectiva entre pueblos constituyentes en la sociedad post-conflicto».

les e introducen una distinción entre el draft originario de la Constitución, redactado en Dayton por los países mediadores y el texto definitivo, modificado en virtud de las presiones ejercitadas por los componentes étnicos. Es interesante observar que esta deslizante distinción está sostenida en citas de la literatura relativa al acuerdo de Dayton (§ 13-14), es más, en toda la jurisprudencia considerada es el único caso en que son explicitadas las fuentes de la reconstrucción histórica acogidas por el Tribunal.

Pero los votos particulares golpean el corazón del razonamiento del Tribunal, subrayando la carencia reconstructiva del contexto histórico y el escaso nivel que se le confiere: según los jueces Mijović y Hajiyev, el Tribunal «ha errado en su análisis del contexto histórico y de las circunstancias que impusieron la adopción de la Constitución de Bosnia-Herzegovina»; según el juez Bonello, «el Tribunal tira la historia por la ventana» y así «separa a Bosnia-Herzegovina de la realidad de su propio pasado reciente»:

Con el debido respeto al Tribunal, la sentencia me parece un ejercicio de estilo completamente separado de la realidad, que no toma en consideración los ríos de sangre que han fertilizado la Constitución de Dayton. El Tribunal ha preferido agarrarse a sus propias negaciones aseguradoras, antes que abrir la puerta a la dura realidad que queda afuera. Quizá ello explique por qué en la narración de los hechos, la sentencia rechaza referirse siquiera superficialmente a la tragedia que han precedido a Dayton y que se terminaron exclusivamente gracias a Dayton. El Tribunal, deliberadamente o no, ha expulsado de su propia versión no la superficie, sino el centro de la historia balcánica.

Y con referencia a la cuestión central, en verdad se ha de considerar superado el momento crítico post-bélico que había justificado la medida recurrida —Mijović y Hajiyev se oponen al análisis de la mayoría, mientras Bonello critica tanto el análisis como la misma legitimidad del Tribunal para juzgar la transición histórica:

Yo rechazo el razonamiento con el que el Tribunal ha considerado que la situación en Bosnia-Herzegovina ya ha cambiado y que el delicado equilibrio tripartito ya no es necesario. Puede ser así, y espero que lo sea. En mi opinión, sin embargo, una institución judicial alejada del corazón del disenso

no puede ser el mejor juez. Frente a los acontecimientos revolucionarios y traumáticos, no corresponde al Tribunal establecer, mediante un proceso de divinización, cuándo se ha entrado en el periodo de transición y cuándo se ha superado un estado de emergencia nacional y la situación ha vuelto a la normalidad. Dudo de que el Tribunal esté mejor posicionado que las autoridades nacionales para establecer cuándo se han cicatrizado las fracturas existentes, aplacado los resentimientos históricos y armonizado los resentimientos entre generaciones.

5. LA FUGA DEL PASADO COMUNISTA

Pese a la importancia de esta última decisión, los casos en los que el Tribunal supera la especificidad histórica son todavía minoritarios respecto a la tendencia a la salvaguardia de un amplio margen de apreciación estatal en materia electoral. Lo vemos con mayor nitidez en la jurisprudencia relativa a los procesos de transición política en los países pertenecientes al viejo bloque comunista, donde el recurso al argumento histórico resulta central y controvertido, al punto de que el Tribunal expone su verdadera «doctrina» acerca del uso de la historia en la jurisprudencia.

En *Rekvényi c. Hungría* (1999) se debate sobre la conformidad con la Convención de la norma constitucional, introducida en el 1994, que impide la participación en la vida política de los agentes de policía, en razón de la vinculación del cuerpo de policía con el régimen comunista anterior. Según el Tribunal, «la historia particular de algunos Estados contratantes» puede justificar restricciones de las libertades políticas de ese tipo, para así consolidar la salvaguardia de la democracia (§ 46). En la reconstrucción del Tribunal, la historia de la Hungría comunista prueba la estricta adherencia del cuerpo de policía con el régimen:

El Tribunal observa que entre 1949 y 1989, Hungría ha estado gobernada por un partido único. La adhesión al partido en muchos círculos sociales era una premisa para la manifestación de adhesión al régimen. Esta expectativa todavía estaba más marcada en el ámbito de las fuerzas armadas y de la policía, en donde la pertenencia al partido de la mayoría del personal garantizaba que la voluntad del partido fuese inmediatamente aplicada.

Y este es el vicio que las normas sobre la neutralidad de la policía quieren prevenir (§ 47).

En *Ždanoka c. Letonia* (2006), la Gran Cámara considera conforme al Convenio la ley letona que excluye del electorado pasivo a personas pertenecientes al partido comunista antes de 1991, restricción que debe ser encuadrada, según afirma el Tribunal, en el «contexto histórico-político específico», de lo que deriva un amplio margen de apreciación estatal (§ 121):

Aunque tales medidas difícilmente podrían ser consideradas aceptables en ciertos sistemas políticos, por ejemplo, en un país que lo ensalza un conjunto estable de instituciones democráticas con decenios y siglos de historia, son todavía aceptables en Letonia, en razón del contexto histórico-político que ha llevado a su adopción y en consideración del reto que supone para el nuevo orden democrático el resurgir de ideas que si se les deja ganar terreno libremente, estarían en condiciones de restaurar el viejo régimen (§ 133).

En el caso concreto, es la propia interpretación del contexto histórico la que se disputa: de hecho, la recurrente llama al Tribunal a estimar la interpretación elaborada por la autoridad nacional a la luz de los hechos de la primavera de 1991, caracterizada por el intento soviético de reprimir la independencia lituana y la responsabilidad del partido comunista lituano en aquellos acontecimientos²¹. A diferencia de *Rekvényi*, el contexto ya no es un elemento objetivo reforzador, al margen de cualquier cuestión, y que ofrece a la jurisprudencia un sólido asidero retórico para la solución de una

²¹ Las partes divergen sobre quién es el responsable de las muertes ocurridas en Vilnius entre el 12 y el 13 de enero de 1991. Según el Gobierno recurrente, el Partido comunista es el responsable directo de aquellas muertes, ocurridas en un momento en el que las tropas soviéticas tenían un control pleno y efectivo. La otra parte rechaza la versión del Gobierno, afirmando que la agresión de la armada soviética contra el Gobierno y el pueblo no es cierto; en este sentido, presenta una copia de un artículo de prensa ruso, en el cual se afirma que son los propios independentistas lituanos los que abrieron fuego contra la masa con la intención de desacreditar al ejército soviético (§ 21).

controversia. Al contrario, ahora conforma el terreno de la disputa. Por ello, la necesidad de explicitar de manera rápida su doctrina sobre el uso de la historia:

El Tribunal, en todo lo que sea posible, se abstendrá de pronunciarse sobre cuestiones relativas a los hechos puramente históricos, que no entran bajo su jurisdicción; si bien puede aceptar algunas verdades aclaradas («well-known historical truths») y basar sobre ellas su argumentación (§ 96).

Avalando la interpretación de hechos históricos dados por la autoridad judicial nacional y justificando la medidas estatales restrictivas, la Gran Cámara se aparta de la decisión de las Sección (*Ždanoka c. Letonia* (2004), en la cual la restricción del derecho de sufragio pasivo se consideró justificada en los primerísimos años sucesivos a la independencia letona, pero desproporcionada una vez pasados muchos años. Retorna con fuerza, como se ve, el problema de la «duración» de la transición, como exponen los jueces Mijović y Hajiyeve en el caso *Sejdić*.

Apenas dos años después, la sentencia *Adamson c. Letonia* (2008), vuelve sobre el tema, circunscribiendo el valor de *Ždanoka*. En *Adamson*, el análisis del contexto histórico es mucho más profundo y asume el máximo nivel, pero no conlleva la justificación de una medida restrictiva general del sufragio pasivo frente a los agentes del KGB durante el régimen soviético²². Y, de hecho, aunque el KGB es considerado «el órgano principal

²² En este caso, el recurrente es un ex oficial de la marina militar soviética —dependiente del KGB— que, en el momento de la independencia, entra en la marina militar letona, apenas establecida, convirtiéndose pronto en una figura de primer plano. Posteriormente inicia una carrera política, desempeñando el cargo de Ministro del interior. Electo como parlamentario a partir del año 1995, adquiere un papel central en el partido socialdemócrata, en la oposición, presidiendo a su vez una comisión de investigación sobre supuestos casos de pedofilia en el que estarían implicados miembros del gobierno. Es en ese momento cuando se concluye un largo procedimiento judicial que prueba cómo durante su servicio en el servicio soviético, Adamson fue miembro del KGB. Por tanto, a partir de las elecciones de 2002 es excluido de las listas electorales. Además, privado de la inmunidad parlamentaria, es sometido a un procedimiento penal por delito de difamación en el ejercicio de su cargo de presidente de la comisión de investigación sobre crímenes de pedofilia.

de seguridad pública de la antigua Unión Soviética» (§ 120), el Tribunal considera que:

En un Estado totalitario que, por definición, tiende a cubrir y controlar todos los ámbitos de la vida, es muy difícil, si no imposible, sustraerse de la presión del régimen. Por eso, todos aquellos que no hayan elegido la vía de la resistencia —y se trata, como es obvio, de la mayoría de la población— son conducidos, de un modo u otro, a participar en la vida pública controlada por la autoridad (§ 122).

Por esta razón, la restricción de los derechos políticos de los agentes del KGB prevista en la ley letona, está «definida de manera demasiado genérica» (§ 125), y puede aplicarse sólo a personas de las cuales se ha probado, caso por caso, un papel activo de amenaza al orden democrático. El contexto histórico es reconducido aquí a su ambivalencia y problemática: ni condena ni absuelve, sino que invita a valorar caso por caso.

Una pieza posterior referida al redimensionamiento del peso de la historia respecto a las tradiciones democráticas en los países ex comunistas se halla en el caso *Linkov c. República checa* (2006). La sentencia responde al recurso de un dirigente perteneciente a un partido político de inspiración liberal a quien se le ha prohibido el registro en razón de los fines perseguidos, que consiste en el rechazo del comunismo y el rechazo de la continuidad del Estado respecto al periodo comunista. El estatuto del partido, en especial, discutía el contenido de la legislación checa adoptada en la transición democrática, dirigida a salvaguardar la continuidad del Estado con el pasado comunista²³, y proponía medidas penales retroactivas, con la fi-

²³ En el mismo sentido, si bien referido a la ley sobre la irretroactividad penal adoptada durante la transición húngara, J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, (2004), il Mulino, Bologna, 2008, pp. 10-1. Un acercamiento totalmente original es el de la legislación relativa a la reconciliación en la transición surafricana, A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 161 y ss., en especial pp. 201-5; R. URTZ, *Constitutions, Courts and History*, *op. cit.*, pp. 204 y ss.). Para un marco general del problema, véase el volumen de J. ELSTER ya citado; también R.G. TEITEL, «Transitional Justice Genealogy», *Harv. Hum. Rights Jour.*, 16 (2003), en especial pp. 78 y ss.

nalidad de sancionar conductas imputables al anterior régimen, que eran tenidas por impunes.

En el fondo de la cuestión, como es evidente, está el problema de garantizar el acuerdo de compromiso con el pasado régimen comunista, alcanzado en la fundación del nuevo ordenamiento democrático. Estimando el recurso del partido, el Tribunal excluye que un acuerdo de paz basado sobre el principio de irretroactividad de la ley penal respecto a los crímenes comunistas pueda alegarse para limitar la libertad de comunicación.

Incluso reconociendo en dos pasajes que la decisión no puede dejar de «tener en cuenta el contexto histórico y político de la cuestión» (§ 37 y 42), el Tribunal excluye pronunciarse sobre los «hechos acontecidos en el territorio de Checoslovaquia entre 1948 y 1989» (§ 42). Pero recuerda, también a través del auxilio de los trabajos preparatorios del Convenio, que las excepciones admisibles al principio de retroactividad de la ley penal responden, entre otras cosas, a la exigencia de impedir áreas de inmunidad penal respecto a los crímenes contra la humanidad, aceptando como lícito, por tanto, un proyecto dirigido a discutir las culpas del pasado.

Así las cosas, la sentencia Linkov da continuidad a los precedentes que representan los casos *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania* (2001), relativo a la legitimidad de las condenas dictadas por los tribunales alemanes tras la reunificación, respecto a los dirigentes del partido socialista de la disuelta República democrática alemana. Acusados de haber incitado a los alemanes —con actos normativos, órdenes, encomios, premios y promociones— al asesinato de aquellos que intentaban la fuga del país y al establecimiento de campos de minas en torno al muro de Berlín, los recurrentes pretendían la aplicación de la ley vigente en el momento de los hechos, y, por tanto, también de las normas sobre la seguridad nacional, que tenían efectos despenalizantes respecto a su conducta. El Tribunal resolvió los dramáticos hechos reconociendo el derecho de «un Estado guiado por el principio del estado de derecho de iniciar procedimientos penales contra personas acusadas de crímenes cometidos bajo el régimen precedente» (§ 81). Según el Tribunal,

estos Estados, habiendo ocupado el lugar de aquellos que los precedieron, no pueden ser criticados porque aplican e interpretan, a la luz del estado

de derecho, las previsiones legislativas vigentes en la época de los hechos (§ 81)

De este modo se convalida la interpretación del principio de derecho aplicada al caso por los tribunales nacionales y orientada a la prevalencia de la vida humana, incluso del mismo derecho natural, antes que las exigencias de la seguridad del Estado y de la obediencia al derecho vigente²⁴.

En las sentencias *Adamson y Linkov* se hace evidente la superación de los argumentos usados en la sentencia *Rekvényi y Ždanoka*, en donde el contexto de transición justificaba restricciones estatales de derechos: la legislación adoptada en el ámbito de la transición, fruto de delicados equilibrios legitimantes, deja de ser objeto de protección absoluta, y las razones de la historia pierden su potencia argumentativa: en la estrategia del Tribunal, los granos de savia que bajan de la clepsidra de la historia no se pierden en el vacío, sino que caen en el plato de la balanza en el cual residen los derechos de libertad, desplazando los precarios equilibrios alcanzados en el curso de la transición nacional hacia el saldo anclado a un sistema de garantías²⁵.

²⁴ El problema del derecho aplicable en los casos de justicia de transición (que no conlleva tan sólo la alternativa entre condena y amnistía de crímenes cometidos por parte de los exponentes del régimen cesado, sino también la alternativa entre condena y justificación de las conductas ilícitas de resistencia) es discutido en el trabajo fundamental de G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, que reconstruye, entre otras cosas, los hechos procesales de los delitos de homicidio de los fugitivos en la Alemania oriental, (pp. 68 y ss., en especial 85 y ss.).

²⁵ En este sentido M. RUBECCHI, «I diritti politici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», en L. Mezzetti - A. Morrone (editores), *Lo strumento costituzionale*, cit., pp. 441-2.

Sobre la importancia «del paso del tiempo» para la jurisprudencia del Tribunal, cfr. —en un ámbito diverso— la sentencia *Édition Plon c. Francia* (2004), § 53. Más en general, sobre la influencia de la «evolución de la ciencia y la sociedad», en la adecuación interpretativa del Convenio, M. DELMAS MARTY, «Fecondità delle logiche giuridiche sottese ai metodi interpretativi della Corte europea», en Id. (editores), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, op. cit., p. 353.

6. PRINCIPIO DE LAICIDAD Y TRADICIONES HISTÓRICAS

Un ámbito posterior en el que la argumentación histórica asume una vasta importancia es el de la libertad religiosa, de conciencia y el principio de laicidad. Aquí, el encuadramiento histórico se mueve en una doble exigencia argumentativa: de un lado, contextualizar la controversia en una cultura específica fruto de la peculiaridad de cada experiencia nacional cuando articula la relación entre religiones y esfera pública; de otro, y más estratégicamente, el énfasis sobre el específico contexto histórico abre la vía al reconocimiento de un amplio margen de apreciación estatal, por tanto, a operaciones de justificación de medidas restrictivas de la libertad fundamental²⁶.

En *Dogru c. Francia* (2008), la premisa de la motivación de la sentencia es la concepción francesa del principio de laicidad, fundamento de la República, radicado en la Declaración de 1789:

En Francia, el ejercicio de la libertad religiosa en una dimensión pública, y más en particular la cuestión de los símbolos religiosos en la escuela, está directamente conectada con el principio de laicidad, sobre el que se funda la República francesa.

Vinculado a una antigua tradición francesa, el concepto de laicidad hunde su origen a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en cuyo artículo 10 se prevé que «nadie será molestado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no perturbe el orden pú-

²⁶ En este sentido, es obligado reenviar a la sentencia *Otto Preminger Institute c. Austria* (1994). Pero se repiensa con precisión —siempre referido al contexto austriaco— en la sentencia *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria* (2007), en la que el Tribunal considera lesiva de la libertad de expresión en el ámbito artístico la censura de un cuadro que representaba personajes públicos y altas autoridades religiosas implicadas en ritos orgiásticos (es cierto, sin embargo, que la libertad artística no se oponía en este caso a la moral pública, sino a la reputación de uno de los sujetos implicados).

Los diversos efectos de la «contextualización cultural» en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo son discutidos en F. HOFFMAN y J. RINGELHEIM, «Par delà l'universalisme et le relativisme: la Court européenne des droits de l'homme et le dilemme de la diversité culturelle», *Rev. interd. d'études jur.*, 52, 2004, en especial pp. 119 y ss.

blico establecido en la ley» [...]. Pero la verdadera clave de bóveda de la laicidad francesa es la ley de 9 de diciembre de 1905, conocida como ley sobre la separación entre Estado e Iglesia, que señaló el final de un largo conflicto entre republicanos, nacidos con la revolución francesa, y la iglesia católica (§ 17-18).

La misma función de sostenimiento y confirmación del ligamen inescindible entre el principio de laicidad y la tradición histórica nacional, se halla en el pronunciamiento relativo a la prohibición de exposición de símbolos religiosos en Turquía. El más conocido es el caso *Leyla Şahin c. Turquía* (2005), en la cual la Gran Cámara reconstruye el papel del principio de secularidad en el origen de la construcción del Estado nacional turco para llegar a afirmar que en el contexto turco, el secularismo representa la garantía de los valores democráticos, narración que adquiere a ratos tonos enfáticos e ideológicos, de claro valor retórico respecto a la finalidad de tipo persuasivo:

La República turca ha sido fundada sobre el principio de laicidad del Estado. A caballo entre la proclamación de la República de 29 de octubre de 1923, la esfera pública y la esfera religiosa han sido separadas mediante una serie de medidas revolucionarias: la abolición del califato del 3 de marzo de 1923; la derogación de la norma constitucional que declaraba el islam religión de Estado el 10 de abril de 1928; y, en fin, el 5 de febrero de 1937, la revisión constitucional que confería fuerza constitucional al principio de laicidad (cfr. el artículo 2 de la Constitución de 1924 y el artículo 2 de la Constitución de 1961 y de 1982).

El principio de laicidad ha tomado forma en el desarrollo de la sociedad otomana durante el periodo incluido entre el siglo diecinueve y la proclamación de la República. La idea de crear una sociedad pública moderna en la que la igualdad fuese garantía de todos los ciudadanos sin distinción basada en la religión, títulos, o el sexo, ya fue promovida en la opinión pública otomana durante el siglo diecinueve. En este periodo se alcanzaron progresos importantes para los derechos de las mujeres (igualdad en la educación, la introducción de la prohibición de la poligamia en 1914, o la transferencia de la jurisdicción sobre controversias matrimoniales a las cortes civiles).

El aspecto característico del ideal republicano ha sido la presencia de la mujer en la vida pública y su participación activa en la sociedad. Consiguien-

temente, la idea de que las mujeres deberían ser liberadas de los vínculos religiosos y de que la sociedad debería ser modernizada tiene un origen común (§ 30).

En estos casos, por tanto, la tradición laica nacional justifica restricciones de derechos de libertad religiosa. Pero la tradición nacional es apreciada y protegida también cuando funda posiciones preferentes de determinadas religiones en la esfera pública, con sacrificio de la libertad de conciencia y del principio de no discriminación. Por ejemplo, en *Folgerø and Others c. Noruega* (2007), el Tribunal, pese a estimar el recurso de algunos padres que se quejaban de la enseñanza obligatoria de la religión luterana en la escuela, no renuncia a formular un principio general según el cual

En razón al puesto que ha ocupado el cristianismo en la historia nacional y en la tradición del Estado contratante, debe considerarse que [la enseñanza de la religión] recae en el margen de apreciación del Estado contratante a la hora de formular el curriculum escolar (§ 89)²⁷.

En la conocidísima *Lautsi c. Italia* (2011), la Gran Cámara, moviéndose desde el presupuesto de que Europa «está marcada por una gran diversidad entre los Estados que la componen, en particular en la esfera del desarrollo histórico cultural», afirma «que la decisión de perpetuar o no una tradición recae en el principio del margen de apreciación estatal»²⁸.

En realidad, también aquí, como ya en el caso *Folgerø*, la reconstrucción del contexto histórico es lánguida y puramente formalista, osificada en un elenco de normas sucedidas en el tiempo y en sustancia coincidente con la versión dada por el Gobierno que es parte. Mientras, en las sentencias antes citadas, en las que se trataba de fundar una tradición de laicidad nacional, el Tribunal se empeña en una reconstrucción histórica persuasiva; sin embargo, cuando debe justificar la persistencia de posiciones preferen-

²⁷ Para una crítica al pasaje de esta sentencia, A. VESPAZIANI, «Libertà di insegnamento della religione e margine di apprezzamento: liberalismo politico o teocrazia costituzionale?», comunicación presentada al Congreso *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti* (Università di Perugia, 17 novembre 2011).

²⁸ *Lautsi c. Italia* (2010), § 68.

tes de confesiones religiosas individuales, se limita a invocar la tradición histórica nacional, evitando legitimarlas como tradiciones compartidas, y más bien confinándolas a la historia particular del Estado contratante, en un contexto dominado por la heterogeneidad.

Esta ambivalencia del argumento histórico permite distinguir los diversos usos de la tradición histórica en los casos atinentes al problema de la laicidad: a veces, es el Tribunal el que contribuye a fundar tradiciones coherentes con valores constitutivos del Convenio; a veces, en cambio, las tradiciones históricas nacionales son un obstáculo que impide la difusión de los derechos fundamentales e impone la conciencia de exigencias contextuales. En el caso *F. c. Suiza* (1987), por ejemplo, se discutía una norma del Código Civil que autorizaba una prohibición de contraer matrimonio por un periodo de tres años a una mujer adúltera divorciada. Pese al amplio consenso europeo, el Tribunal rechazó homogeneizar el tratamiento del adulterio porque la materia del matrimonio está «estrechamente ligada a las tradiciones culturales e históricas de cualquier sociedad» (§ 33), concluyendo, sin embargo, que el derecho había sido violado por la gravedad de la lesión.

7. INTERROGANTES EN EL USO DEL ARGUMENTO HISTÓRICO

En todos estos filones jurisprudenciales, por tanto, la reflexión sobre el contexto cultural nacional se estira hasta la consideración de la historia nacional, para encuadrar en los procesos históricos las razones de determinadas leyes y medidas estatales, así como las razones de las exigencias, reivindicaciones y comportamientos singulares o de grupo. A veces la historia se presenta con los ropajes de una tradición conspicua, que merece ser comprendida y respetada; a veces, en cambio, asume la dimensión de una historia política reciente, de un proceso de transición que todavía no se ha consolidado, que contextualiza y justifica ambigüedad, retrasos y contradicciones de la legislación vigente²⁹. Más que componer una mero vértice

²⁹ F. BOUCHON, «L'influence de cadre historique», *op. cit.*, pp. 155-6.

cultural al que dirigirse para «embellecer» la sentencia o hacerla más persuasiva, el argumento histórico a menudo termina fijando el sentido de la decisión del caso concreto y, en la mayor parte de los casos, justifica y legitima medidas estatales restrictivas de derechos fundamentales, individualizando mediante la reconstrucción histórica razones «contextuales» prevalentes sobre la afirmación objetiva de principios con vocación universal.

En este sentido, el uso del argumento histórico presenta similitudes con un cierto uso del argumento comparativo, cuando de la multiformidad de soluciones jurídicas y de contextos sociales de los Estados adheridos se constata la imposibilidad de soluciones consensuadas e intermedias, con la consiguiente expansión del margen de apreciación³⁰.

Por otro lado, de la casuística de los diversos «usos» posibles de la historia por parte de la jurisprudencia de Estrasburgo descienden interrogantes sucesivos; cuando el Tribunal sintetiza en pocas líneas de motivación una experiencia histórica compleja, frecuentemente controvertida, para extraer una reflexión con pretensiones de objetividad sobre los caracteres fundamentales de un ordenamiento, ¿qué tipo de investigación histórica ha realizado? ¿con qué profundidad? ¿Qué fuentes ha preferido en esa reconstrucción de la historia nacional, y qué espacio ha conferido a las otras historias, las historias de los vencidos, las historias alternativas? Con referencia a casos que implican la transición a democracias «recientes» o «frágiles», en particular, ¿no se corre el riesgo de objetivar, detrás de la etiqueta de la tradición histórica, cuestiones controvertidas, todavía abiertas, acerca del pa-

³⁰ G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 115 y ss. En estricta sintonía con las funciones del argumento histórico, el argumento comparativo funda «instancias de reconocimiento equitativo de las situaciones jurídicas protegidas» (p. 117) y determina «el paso de un *espacio normativo*, tendencialmente uniforme [...] a otro *espacio heterogéneo*, culturalmente pluralista (p. 121, cursiva en el texto). En un acercamiento meramente realista y minimalista, «el análisis comparado pierde su capacidad transformativa al limitarse a dar cuenta de una diversidad irreconciliable y paralizante (p. 178).

Cfr. asimismo F. HOFFMANN-J. RINGELHEIM, *Par delà l'universalisme et le relativisme*, *op. cit.*, 122-3: «La diversité culturelle constitue dès lors [...] une cause d'incertitude, qui la contrainte à faire preuve de une plus grand déférence».

sado y de la memoria colectiva? ¿Y no se sustraen del debate público premisas ideológicas no del todo compartidas en la memoria? ¿No acaban los jueces de Estrasburgo seleccionando valorativamente «una» tradición respecto de «otras», contribuyendo al consolidación de una memoria histórica que no ha sido necesariamente afirmada o compartida, condicionando el futuro, antes que el pasado de una Nación? ³¹.

Pero, sobre todo: ¿qué idea de Europa surge del recurso argumentativo a las tradiciones e historias nacionales? No puede dejar de señalarse, en efecto, cómo las tradiciones históricas en la perspectiva del Tribunal de Estrasburgo fundan identidades culturales definidas y surcan fracturas de la civilización europea, espacios de incomunicación en los que radican y fermentan los márgenes de apreciación del Estado ³² —esa tradición histórica, primero en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, y luego en los Tratados, han desempeñado una finalidad fundamental de integración, descubriendo procesos de autocomprensión orientados a una idea de Europa y derechos hacia la construcción de un patrimonio común de valores ³³. Esto supone una brusca inversión de los significados y funciones respecto al proyecto prefigurado en el preámbulo del Convenio de un

³¹ Sobre la creatividad y la valoración de las «tradiciones» históricas es necesario referirse a E.J. HOBBSBAWM, «Come si inventa una tradizione», en E.J. Hobsbawm - T. Ranger, *L'invenzione della tradizione*, (1983), Einaudi, Torino, 1987, pp. 3-17. Véase también E.J. HOBBSBAWM, *Nazioni e nazionalismo*, (1989), Einaudi, Torino, 1991 (donde describe el proceso de creación de las tradiciones nacionales) y T. TODOROV, *Gli abusi della memoria*, (1995), Ipermedium, Napoli, 2001, (que desvela el carácter selectivo de los procesos de construcción de la memoria colectiva y de las tradiciones históricas, como también la vigencia estratégica y el uso de la memoria y de la remoción de la historia).

³² Sin embargo, es cierto, en corrección parcial de este juicio, que en otras ocasiones el Tribunal ha afirmado que «la diversidad de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas culturales, de las convenciones religiosas y de las ideas y conceptos artísticos, literarios y socio-económicos» funda el principio de pluralismo (*Gorzelik ed altri c. Polonia* 2004), § 56). Sobre este punto es esencial, F. HOFFMANN-J. RINGELHEIM, *Per delà l'universalisme et le relativisme*, *op. cit.*, p. 135.

³³ En este sentido, P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 52 y ss., 171-5, 233-40.

orden público europeo fundado sobre «un patrimonio común de tradiciones e ideales».

8. NEGAR LA VERDAD HISTÓRICA: UN ABUSO DEL DERECHO

Se trata de interrogantes que resurgen si uno se apresta a realizar un análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre los casos de negacionismo histórico. De aquí emerge la verdadera concepción de la historia que poseen los jueces de Estrasburgo, que por muchos caminos explicita opciones inspiradas en el uso de la argumentación histórica.

El Tribunal, enfrentado a la valoración de la compatibilidad del Convenio con las medidas estatales de tipo penal dirigidas a reprimir penalmente la formulación de opiniones reconducibles al negacionismo del Holocausto³⁴, ha evitado tratar estos temas según la perspectiva del artículo 10 del Convenio, desplazando la controversia al terreno de la prohibición del abuso del derecho³⁵. Un canon este último, en receso dentro de la jurisprudencia europea³⁶, que emerge como técnica excepcional en el tratamiento de estos casos, con el fin de sacar al Tribunal de operaciones de ponderación de la libertad de expresión y excluir cualquier exigencia de contextualización de las opiniones negacionistas en un debate público, midiendo las opinio-

³⁴ Al respecto, M. MANETTI, «Libertà di pensiero e negazionismo», en M. Ainis (editor), *Informazione, potere, liberta*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 41 y ss.; A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa: “Eichmann di carta” e repressione penale», *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/06, pp. XIII y ss., más recientemente, O. POLLICINO, «Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi», en *Dir. umani e dir. int.*, 5, 2011, pp. 85 y ss.

³⁵ La operación argumentativa está bien descrita por E. STRADELLA, *La liberta di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e «prassi»*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 126 y ss. Una casuística detallada en M. CASTELLANETA, «La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani», *Dir. umani e dir. int.*, 5, 2011, p. 76, nt. 40-2.

³⁶ C. PINELLI, «Art. 17», En S. Bartole - Conforti - Raimondi (editores), *Commentario*, cit., pp. 455 y ss.

nes negacionistas respecto al canon objetivo de hechos históricos definitivamente aclarados, que ya no son objeto de indagación histórica.

La Comisión, en *X c. Republica federal alemana* (1982), ya había considerado el contraste del negacionismo del Holocausto con «hechos históricos notorios, establecidos con certeza en pruebas aplastantes de todo tipo», en *Maris c. Francia* (1996), la negación de los hechos históricos definitivamente aclarados no es tan sólo idónea para determinar la lesión de derechos de terceros, sino que «contrasta con valores basilares del Convenio, establecidos en el Preámbulo, especialmente la paz y la justicia [...] y pueden contribuir a la destrucción de los derechos de libertad garantizados en el Convenio».

Todavía de un modo más explícito en *Lehideux et Isorni c. Francia* (1998) se afirma que:

La justificación de una política filo-nazi no puede encontrar protección en el artículo 10 [...]. Existe una categoría de hechos históricos claramente constatados —como el Holocausto— cuya negación o revisión se verá apartada del artículo 17 a la protección el artículo 10 (§ 47 y 53).

En *Garaudy c. Francia* (2003), el Tribunal declara la compatibilidad con la Convención de la *Loi Gayssot-Fabius*, que prevé el delito de negacionismo del Holocausto, integrándolo mediante la doctrina del Tribunal de Nuremberg, que se eleva así a canon objetivo de verdad histórica³⁷:

No hay duda de que poner en cuestión la realidad de hechos históricos claramente fijados, como el Holocausto, al modo como lo ha hecho el recurrente en su obra, no constituye de manera alguna un trabajo de investigación histórica que se aproxime a la investigación de la verdad.

³⁷ P. WACHSMANN, «Libertà di espressione e negazionismo», *Ragion Pratica*, 12/1999, pp. 57-58, es conocida la especificidad de la formulación de la norma francesa respecto a la legislación de otros países europeos que condenan, de modo más general, el cuestionamiento de los crímenes contra la humanidad. Respecto a la sentencia *Garaudy*, véase mi trabajo A. BURATTI, «L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo: verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei "miti fondatori" del regime democratico», *Giur. it.*, 12/2005, pp. 2243-2247.

Como se ve, en esta línea jurisprudencial, la argumentación del Tribunal se mueve en una concepción de la investigación histórica extremadamente rudimentaria: al declinar las categorías de certeza y de falsedad respecto a los enunciados a través de los cuales expone sus propios resultados, parece ignorar los presupuestos mismos de la investigación historiográfica³⁸ —que la verdad histórica no es otra cosa que el fruto de una puesta en discusión continua de las verdades dadas por sabidas. Cuando además quisiera tenerse por definitivamente aclarado el contenido material de un evento objeto de investigación histórica, no es de menor importancia que el cambio de la perspectiva del observador, de sus inclinaciones personales, de las demandas que le suscita el material documental del contexto cultural en el que opera, no pueden sino provocar una concepción histórica diferente³⁹. La verdad histórica a la que apela el Tribunal de Estrasburgo es, en otras palabras, subjetiva y relativa, como así lo son las ideas de los hombres y el contexto cultural en el que despliegan sus investigaciones.

El Tribunal, cuando no trata sobre la hipótesis de la negación del Holocausto, abandona el canon de abuso del derecho y vuelve a expandir el área de aplicación del artículo 10 del Convenio. De este modo, el Tribunal

³⁸ H.I. MARROU, *La conoscenza storica*, (1954), il Mulino, Bologna, 1962.

³⁹ M. BLOCH, *Apologia della storia*, Einaudi, Torino, 1950, pp. 40, 52 («El pasado es, por definición, un dato no modificable. Pero la consciencia del pasado es una cuestión *in fieri*, que se transforma y se perfecciona incesantemente, p. 60). P. RICOEUR, *Histoire et vérité*, Seuil, Paris, 1955, 3.ª ed., pp. 23 y ss.; H.I. MARROU, *La conoscenza storica*, *op. cit.*, p. 54: «la historia es el resultado de la actividad creadora del histórico que —sujeto cosciente— establece una relación entre el pasado evocado y su presente». De acuerdo con esta perspectiva metodológica se entienden las famosas palabras de B. CROCE, *Teoria della storiografia*, *op. cit.*, p. 14, «cada historia verdadera es historia contemporánea». En efecto, Croce, sostenía que «todo se puede reformar en la historia, y la historia, a cada instante, se trabaja en su perfeccionamiento, esto es, en el propio enriquecimiento y profundización, y no hay una historia que se contente plenamente, porque nuestras construcciones generan nuevos hechos y nuevos problemas, y requiere nuevas soluciones [...] La historia se reforma a sí misma; y el vigor de su desarrollo está en esta sustancia», p. 51. Véase también, R. ARON, *Lezioni sulla storia*, (1989), il Mulino, Bologna, 1997, pp. 121-122, 190, 193; del mismo autor, «Osservazioni sull'oggettività delle scienze sociali», en ID., *La politica, la guerra, la storia*, il Mulino, Bologna, 1992, pp. 541-542, 560, 572

aprecia la irreductible relatividad de la investigación histórica, reconociendo el valor del debate histórico y vinculando una vez más las garantías de apertura y las exigencias de revisión de la tutela que presiden la libertad de expresión. En la ya citada sentencia *Lehideux* —que enjuiciaba escritos dirigidos a la rehabilitación de la figura del Mariscal Pétain— la Gran Cámara afirma:

Los eventos descritos en la publicación objeto de la litis ocurrieron hace más de cuarenta años. Incluso si las palabras de dos de los recurrentes fuesen de tal naturaleza que reanimaran la controversia y renovasen el sufrimiento de la población, el transcurso del tiempo hace que ya no sea oportuno, después de cuarenta años, aplicarles la misma severidad que hace diez o veinte años. Esto forma parte del esfuerzo de cada país para debatir abierta y serenamente su propia historia (§ 55)

Por tanto, renueva la afirmación que ya es robusta jurisprudencia, según la cual:

La libertad de expresión vale no sólo para la información y las ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que ofenden, indignan, o turban al Estado o a cualquier parte de la población. Así lo quiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no habría sociedad democrática (§ 55)⁴⁰

Bien visto, no se trata de una revisión de la técnica de juicio relativa al negacionismo. En *Lehideux*, el Tribunal considera que se encuentra frente a un acontecimiento que no implica este tipo de opiniones, pues se trata de una página de la historia francesa disponible a la crítica histórica⁴¹.

⁴⁰ Se trata de una jurisprudencia inaugurada con el asunto *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, § 49, y confirmada en numerosos y significativos casos (entre otros *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda*, 29 de octubre de 1992, § 71 y *l'Arrêt Otto Preminger Institut c. Austria*, 20 de septiembre de 1994, § 49); recientemente en el mismo sentido, véase *Du Roy et Malaurie c. Francia*, 3 de octubre de 2000, § 27.

⁴¹ Al respecto, véanse las observaciones de C. CARUSO, «Ai confini dell'abuso di diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», en L. Mezzetti - A. Morrone (editores), *Lo strumento costituzionale, op. cit.*, pp. 346-8.

La jurisprudencia de Estrasburgo, no obstante, en otros casos ha aceptado meter la controversia en el terreno de la ponderación entre libertad de expresión y limitaciones necesarias en una sociedad democrática, reproduciendo asimismo respecto a los argumentos de crítica histórica, la técnica operativa para las opiniones racistas y discriminatorias. El primer caso en el que se hace evidente esta línea argumentativa es *Chauvy and others c. Francia* (2004), que tenía por objeto una controversia sobre la revisión histórica de los hechos relativos a la resistencia francesa durante la segunda guerra mundial y donde se declara:

La investigación de la verdad histórica es parte integrante de la libertad de expresión [...]. No entra dentro de las funciones del Tribunal arbitrar y definir cuestiones históricas que son objeto de un debate abierto entre históricos sobre los hechos históricos y su interpretación (§ 69).

En esa misma dirección, es interesantísima la reciente *Fatullayev c. Azerbaiyán* (2010), donde el recurrente es un periodista azerbaiyano condenado por la autoridad nacional al haber puesto en discusión, a través de diversos artículos, la versión histórica tradicionalmente aceptada sobre la masacre de Khojaly, perpetrada en 1992 por parte de los ejércitos armenios y rusos contra la población azerbaiyana, que además es uno de los eventos fundantes de la memoria histórica nacional. Respecto a la versión histórica acreditada, él discutió el número de las víctimas y la responsabilidad del ejército azerbaiyano en los hechos.

El Tribunal, desde sus primeras premisas argumentativas, intenta marcar una diferencia entre este caso y los asuntos relativos al negacionismo del Holocausto:

En este juicio, la discusión sobre las afirmaciones del recurrente en torno a los hechos de Khojaly está circunscrita a los fines del caso concreto, que tienen que ver con el control del Tribunal de las restricciones estatales a un debate de interés general, en la medida en que sea útil para determinar si los tribunales nacionales del Estado implicado se han excedido en su margen de apreciación interfiriendo con la libertad de expresión del recurrente. Este juicio no debe ser entendido como expresión de una definición factual o jurídica de los hechos de Khojaly o una mediación entre las reivindicaciones históricas relativas a aquellos eventos (§ 76, las cursivas son mías).

Aquí, los hechos históricos no son una verdad definitivamente aclarada, sino materia de debate y objeto de discusión legítima. El Tribunal, por tanto, no puede resolver el caso casando una y otra versión de los hechos históricos, sino que debe moverse dentro de los criterios que sostienen la aplicación del artículo 10, primero de todos, el respeto al pluralismo:

En razón del hecho de que la Guerra de Nagorno-Karabakh es un evento histórico relativamente reciente que ha comportado una pérdida significativa de vidas humanas y ha creado una notable tensión en la región y que, no obstante, el alto el fuego, el conflicto todavía está en curso. El Tribunal es consciente de las delicadas cuestiones discutidas en el artículo del recurrente. El Tribunal es consciente, sobre todo, de que la memoria de las víctimas de Khojaly está protegida por la sociedad azerbaiyana y que la pérdida de centenares de vidas de civiles inocentes durante los hechos de Khojaly es una fuente de gran dolor para la nación y se considera generalmente como uno de los momentos más trágicos de la historia nacional.

En estas condiciones, es comprensible que la afirmación del recurrente puede ser considerada por el público chocante y ofensiva. Sin embargo, el Tribunal repite que, en consideración con el segundo apartado del artículo 10, la libertad de expresión es aplicable no sólo a las «informaciones» e «ideas» que son acogidas favorablemente y tenidas por inofensivas e indiferentes, sino también a aquellas que golpean, escandalizan e inquietan al Estado o a una parte de la población. Esto exige el pluralismo, la tolerancia y un espíritu de apertura, sin la cual no existe sociedad democrática (§ 86).

La democracia, que desde la perspectiva del artículo 17 es un bien a proteger contra el negacionismo histórico, en la perspectiva del artículo 10 es el fundamento de la libertad de investigación histórica:

La situación en este caso no es la misma que se verifica cuando la protección del artículo 10 se desplaza en virtud del artículo 17 a causa de la negación o de la revisión de los hechos históricos claramente establecidos como el Holocausto [...] En este caso, la cuestión específica discutida en el «Diario del Karabakh» es objeto de un debate en curso. [...] No parece que el recurrente quiera negar el hecho de la masacre masiva de civiles de Khojaly, ni que haya despreciado a las víctimas. Más bien, el recurrente sostenía una de las opiniones en conflicto respecto al debate relativo a la existencia de un corredor de salvamento para los refugiados, expresando la hi-

pótesis de que algunos soldados azerbaiyanos hubieran podido compartir la responsabilidad y aprobar la acción. El Tribunal considera que tales afirmaciones que están en el origen de la condena del recurrente no constituyen una actividad contraria a la esencia de los valores del Convenio y no pretenden destruir o restringir los derechos y la libertad garantizada por ésta. Ni tampoco se concluye en este caso, que la libertad de expresión no puede ser desplazada de la protección del artículo 10 en virtud del artículo 17 del Convenio (§ 81).

Restituido el campo de aplicación del artículo 10, el discurso histórico puede ser valorado respecto al contenido, al estado del debate público sobre la cuestión y a la intención del periodista, dando así lugar a un juicio de proporcionalidad. De este modo, el Tribunal se reapropia de una capacidad de mediación entre derechos y valores en conflicto, tratando el revisionismo histórico como un discurso íntimamente ligado al ejercicio de la libertad de comunicación por más que sea desagradable —a veces repugnante, como toda labor de excavación en la memoria colectiva, como toda asunción de un hecho con el que uno no se ha reconciliado.

9. CONCLUSIÓN: ¿PROTECCIÓN DE LAS TRADICIONES HISTÓRICAS O MÉTODO HISTÓRICO CRÍTICO?

El Tribunal utiliza una gran ambigüedad en el tratamiento que reserva a la historia y la memoria de las naciones y de los pueblos. En todos los casos examinados, los acontecimientos históricos irrumpen en las controversias jurisdiccionales como fundamentos que no son compartidos de manera unánime y pacífica, son memoria controvertida, y el Tribunal se enfrenta ante cuestiones con posturas ambivalentes.

En la mayor parte de los casos, la argumentación del Tribunal tiende a tratar de modo absoluto una narración histórica en una tradición histórica, antes que una historia objetiva, establecida y aclarada de modo definitivo. Sea la historia de los horrores de la segunda guerra mundial, o la historia de los integristas religiosos, o la historia de las transiciones de los regímenes comunistas, el Tribunal protege determinadas narraciones históricas,

seleccionadas como tradiciones y fundamentos del orden democrático. En la visión del Tribunal, la historia es a menudo un lugar reservado al ejercicio de las libertades públicas, en algunos casos incluso un terreno sacro, no pisoteable, cuya crítica se considera un abuso. Antes que resultar un exitoso método de investigación profundo y abierto a la pluralidad de interpretaciones, la narración histórica es muchas veces usada estratégicamente por un Tribunal en busca de una legitimación retórica que descansa sobre argumentos aparentemente objetivos y factuales ⁴².

No puede sorprender, por tanto, que el uso del argumento histórico suscite tanta perplejidad dentro del propio Tribunal. En su opinión concurrente a Adamson, afirma el juez Garlicki:

Nosotros somos expertos en derecho y leyes, pero no en política e historia, y no deberíamos aventurarnos en estos dos terrenos salvo casos de absoluta necesidad.

Personalmente no comparto esta preocupación, que se funda en una acepción simplista de la interpretación jurídica ⁴³: el Tribunal de Estrasburgo, dadas las especificidades que distinguen su jurisdicción, es llamada inevitablemente a enfrentarse —más que los jueces constitucionales— con historias y tradiciones constitucionales complejas y frecuente objeto de discusión; muchas de las cláusulas generales presentes en el texto del Convenio imponen análisis históricos y contextuales. Eludirlos significaría simplemente oscurecer los nodos de fondo de las decisiones del Tribunal.

Pero contar la historia equivale a escribirla. Y aunque no se pueda pretender que el Tribunal utilice un método histórico científicamente riguro-

⁴² R. UITZ, *Constitutions, Courts and History*, *op. cit.*, pp. 5 y ss., en especial p. 9.

⁴³ Sobre la relevancia de los argumentos históricos, contextuales y culturales en la interpretación jurídica la bibliografía es interminable. Para el perfil tomado aquí en cuenta véase, H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, (1960), Bompiani, Milano, 2001, pp. 312 y ss., en especial 376-81 (al respecto, A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne, Roma, 2011, pp. 64 y ss.); también P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, (1982), Carocci, Roma, 2001, pp. 21 y ss., y también pp. 46-47, 52, 75 y ss.) e A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, en especial pp. 1-6, 237 y ss.

so, es necesario tomar consciencia de lo extraordinariamente delicados que son estos pasajes argumentativos, someterlos a una crítica pública cerrada y abierta, dentro del Tribunal y de la opinión pública, y proceder con prácticas argumentativas capaces de afinar el método de investigación histórica y ponderar el peso de la historia con las exigencias de la tutela de los derechos fundamentales.

Resumen:

Este trabajo analiza el uso del argumento histórico, esto es, la referencia al pasado —no del método de interpretación histórica— en la jurisprudencia del TEDH. Para ello se concentra esencialmente en varios ámbitos materiales: el derecho electoral, las transiciones a la democracia, el laicismo y los delitos de negacionismo. Finalmente, presenta algunas dudas sobre el correcto uso de este argumento.

Palabras Clave: TEDH, argumento histórico, derecho electoral, transición política, laicismo, negacionismo.

Abstract:

This essay analyzes the use of the historical argument, which means the use of the past —not the historical interpretation— in the decisions of the ECHR. Therefore, the paper takes account of several areas: electoral law, transitions to democracy, laicism and the penal law against negacionism. Finally, the author offers some doubts on the correct use of the historical argument.

Keywords: ECHR, historical argument, electoral law, transition to democracy, laicism, negacionism.

**MÁS ALLÁ DE «LISSABON URTEIL»:
LA SAGA DE LAS «JUBILACIONES ESLOVACAS»
Y LA APLICACIÓN DEL «ULTRA VIRES REVIEW»
SEGÚN EL JUEZ CONSTITUCIONAL CHECO ***

FAUSTO VECCHIO **

Con la afirmación del principio según el cual la «ultra vires review», en nombre de la interpretación conforme al Derecho europeo («europa-rechtsfreundlichkeit»), está subordinada a la verificación de una violación grave y suficientemente caracterizada del principio de atribución, la Sentencia «Honeywell» del «Bundesverfassungsgericht» parecería haber superado definitivamente las dudas de aquéllos que habían visto en las afirmaciones del «Lissabon urteil» un peligroso precedente: el hecho de que los jueces constitucionales se hubieran esforzado, ahora, por elaborar un articulado iter argumental a fin de evitar tener que dar concreta aplicación a la amenaza de los contralímites, ha sido precisamente interpretado como una nueva prueba del buen funcionamiento de los mecanismos de la «diplomacia judicial»; y, en última instancia, como una prueba más de la inocuidad material del pronunciamiento de 2009. Sin embargo, con el aserto asimismo de cómo una Sentencia del Tribunal de Justicia no puede encontrar aplicación en el caso de que haya sido adoptada fuera del marco de las competencias europeas, un recientísimo pronunciamiento del Tribunal Constitucional checo («PL ÛS» 5/12, de 31 de enero de 2012) vendrá a dar muestra, no obstante lo anterior, de la precariedad de los equilibrios entre ordenamientos, además de volver a traer a la actualidad los temores de cuantos habían leí-

* Traducido del italiano por Juan Francisco Sánchez Barrilao.

** Profesor Asistente de la Universidad de Enna (Italia).

do como amenaza algunos pasajes de la doctrina que había inspirado la referida jurisprudencia alemana.

El trasfondo de la cuestión que comentamos en estas páginas se encuentra en un acuerdo internacional establecido en el momento de la proclamación de independencia de la República Checa y de Eslovaquia, y destinado a la regulación del tratamiento del régimen de las pensiones de los exciudadanos checoslovacos. En particular, según este acuerdo, el régimen aplicable en materia de pensiones debía ser individualizado sobre la base del criterio de residencia del empleador. Es de esta forma que la aplicación de este criterio haya dado lugar a una compleja situación, según la cual ciertos ciudadanos checos se han visto sujetos al (más pobre) sistema de pensiones eslovaco, y recibiendo de este modo pensiones más bajas que las que habrían recibido si hubieran sido incluidos en el sistema de pensiones nacional. En un intento de resolver esta contradicción, el juez constitucional checo (con la decisión «PL ÛS» 405/02) sancionó, en nombre de la igualdad y de la obligación constitucional de garantizar la seguridad social a los ancianos, la obligación de integrar o complementar las pensiones eslovacas de los ciudadanos checos que hubieran residido de forma permanente en territorio nacional. En un segundo momento, y en un evidente intento de no ejecutar dicha medida, el Tribunal Supremo Administrativo vino a interpelar al Tribunal de Justicia con dos cuestiones prejudiciales, en las que pedía que se verificara si dicha obligación de integración no suponía una lesión del Reglamento CEE 1408/71 (con el que, inmediatamente al ingreso de la República Checa en la Unión, se procedió a europeizar el referido acuerdo internacional origen del conflicto), o, en otro caso, si ello no suponía entonces una lesión del principio de no discriminación en razón a la nacionalidad. Ante una cuestión prejudicial no exenta de perfiles instrumentales, el juez europeo mantuvo sin embargo un perfil bajo y, después de haber excluido que la europeización del acuerdo checo-eslovaco impidiera por sí solo la posibilidad de reintegro, se limitó, simplemente, a sostener que la solución del juez constitucional era comunitariamente ilegítima desde el momento que reconocía sólo a los ciudadanos nacionales (y no a los otros ciudadanos comunitarios, también) el derecho a la integración o complemento de la pensión: según lo establecido entonces por la Corte de Luxemburgo en el caso «Landtova (C-399/09)», en Sentencia de 22 de junio de 2011, tras

la adhesión a la Unión Europea corresponde a las instituciones nacionales (conforme a las reglas del Derecho interno) elegir si elimina todo suplemento integrativo, o si lo extiende también a los ciudadanos comunitarios que se encuentren en situación de acusar los efectos del acuerdo. Al amparo de esta decisión, el Tribunal administrativo, ya con la Sentencia 3 Ads 130/2008-204, sustancialmente se autoatribuyó la competencia para operar la elección planteada por el juez europeo, decidiendo entonces que el ingreso en la Unión Europea había modificado el cuadro de referencia. Así, e invocando la propia jurisprudencia constitucional (en particular, la decisión «PL ÛS» 50/04 y la «PL ÛS» 19/08), vino finalmente a especificar la denegación del derecho de reintegro o complemento, y a proferir una Sentencia provocadora con la que explícitamente desafiaba a los magistrados de Brno al declarar la inaplicabilidad de un pronunciamiento de éstos a partir de una norma europea. En el mismo sentido, y desconociendo las razones de los jueces constitucionales, las instituciones políticas checas optaron inmediatamente por la primera alternativa, procediendo a positivizar una norma en virtud de la cual, y en razón a las obligaciones dispuestas por el ordenamiento europeo, se excluía la posibilidad de integrar o complementar las pensiones eslovacas.

Desde esta intrincada situación de partida, toma arranque el recurso individual de un ciudadano checo que solicita la anulación de las decisiones con las que los tribunales administrativos le habían denegado el complemento de una pensión obtenida en un momento sucesivo a la adhesión a la Unión Europea. En particular, éste se lamenta que la decisión 6 Ads 52/2009-88 del Tribunal Supremo Administrativo (de 31 de agosto de 2011), desconociendo las indicaciones del juez constitucional (en favor de lo establecido por el propio Tribunal Administrativo en el caso 3 Ads 130/2008-204), habría lesionado su derecho a la tutela judicial, su derecho a la seguridad social en la fase de vejez y su derecho a la igualdad.

Ante la oportunidad de volver a pronunciarse sobre una contienda en la que un uso instrumental del Derecho europeo fue dirigido para la reducción de derechos individuales y la subversión de indicaciones contenidas en la jurisprudencia constitucional, los jueces de Brno, en vez de limitar su censura a las deficiencias de las instituciones checas, deciden implicar también al Tribunal de Justicia en una polémica exquisitamente interna. Efec-

tivamente, los magistrados constitucionales checos, en vez de reivindicar para sí la competencia para operar la elección planteada por el juez europeo (excluyendo, por tanto, la de los otros sujetos institucionales que, con diverso título, habían intervenido en la contienda), prefirieron en cambio retrotraerse a los precedentes del «Bundesverfassungsgericht», e inesperadamente han declarado que la decisión europea es «ultra vires»: partiendo del discutible presupuesto de que el Reglamento no ofrece una adecuada cobertura para la intervención del juez europeo, establecen que «based on the principles explicitly stated by the Constitutional Court in judgment file no. PL. ÚS 18/09, we cannot do otherwise than state, in connection with the effects of ECJ judgment of 22 June 2011, C-399/09 on analogous cases, that in that case there were excesses on the part of a European Union body, that a situation occurred in which an act by a European body exceeded the powers that the Czech Republic transferred to the European Union under Art. 10a of the Constitution»; y por tanto, concluyen que «this exceeded the scope of the transferred powers, and was ultra vires». Y como si ello no fuera bastante, los jueces checos parecen prometer la futura anulación de la decisión normativa que se había previamente adoptado (que, por no ser inmediatamente anulable por razones procedimentales, es declarada «obsoleta» al fundarse sobre el presupuesto de un acto «ultra vires»). E incluso, parecen orientados a sostener que, más allá de la lesión del principio de atribución, el pronunciamiento europeo podría ser considerado inaplicable (también), por ser contrario a uno de los principios sobre los que se rige el orden constitucional nacional: aunque sin adentrarse en un auténtico «identity review», la Sentencia califica como un «abandono» del principio «audiatur et altera pars» la decisión con la que el Tribunal de Justicia no admitió una carta informal de explicación a través de la cual los jueces checos, en el caso «Landtova», habían pretendido, de manera extraordinaria, presentar su punto de vista.

Pasando de la descripción al plano valorativo ahora, los perfiles críticos de esta decisión constitucional son evidentes. Efectivamente, incluso queriendo dejar en un segundo plano la elección de no interpelar a la Corte de Luxemburgo (ni en este caso, ni en los precedentes), la aplicación de los contralímites en este supuesto no parece correcta desde ningún razonamiento técnico: contrariamente a cuanto viene presupuesto por la decisión,

los primeros comentarios (J. KOMAREK, «Playing with Matches: the Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution», en *www.verfassungblog*) han puesto correctamente de manifiesto cómo el Reglamento comunitario ofrecía una sólida base de competencia. Además, la inusitada declaración de «obsolescencia» de la ley muestra una voluntad polémica, que difícilmente cabe conciliar con un proceso judicial. En fin, la decisión de no admitir la carta con las explicaciones, es procesalmente inapelable, y, ante un claro rechazo de las formas codificadas de diálogo, parece difícil justificar la quisquillosidad con la que los jueces constitucionales acogen el rechazo de sus colegas.

A la luz de estas consideraciones, nos parecen legítimas algunas conclusiones finalmente. En primer lugar, esta contienda pone en evidencia los límites y las contradicciones del actual modelo de relaciones entre ordenamientos, y testimonia la facilidad con las que declaraciones belicosas como las del «Lissabon urteil», lejos de resultar inocuas, pueden terminar por suministrar base de legitimidad a decisiones inaceptables. En segundo lugar, y aun sin querer dramatizar sobre un pronunciamiento que difícilmente vendrá a repetirse en el futuro, el hecho por el que un Tribunal Constitucional, tradicionalmente considerado como no hostil a la integración supranacional, asume posiciones, como poco, extremistas, es testimonio del momento de dificultades que experimenta el proceso europeo y como ello debería advertirse, en todo caso, como una señal de alarma.

Resumen:

El presente trabajo analiza una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional checo, de 31 de enero de 2012, en la que resuelve la inaplicación de una anterior Sentencia del Tribunal de Justicia, relativa al régimen de las pensiones de los exciudadanos checoslovacos (de 22 de junio de 2011, Asunto C-399/09); y ello en base al carácter «ultra vires» de la decisión europea (según el Tribunal checo), y a partir de la polémica doctrina auspiciada por el Tribunal Constitucional Federal alemán con ocasión de su enjuiciamiento del Tratado de Lisboa. Es así que, según el autor, la citada Sentencia checa sea precisamente una muestra más de los efectos negativo de «Lissabon urteil», además de las serias dificultades por las que pasa la integración europea hoy.

Palabras Clave: Tribunal Constitucional checo, «Lissabon urteil», asunto «Landtova», Tribunal de Justicia, control «ultra vires».

Abstract:

This paper analyzes a recent judgment of the Czech Constitutional Court of January 31, 2012, which determines the non-application of an earlier judgment of the Court of Justice concerning the pensions of former Czechoslovak citizens (June 22, 2011, case C-399/09). The Czech court relies on the character «ultra vires» of the European ruling (in the Czech Court's opinion) and on the controversial doctrine that emerges from the «Lissabon Urteil» of the German Federal Constitutional Court. Thus, according to the author, the Czech judgment is just another example of the negative effects of «Lissabon Urteil» as well as the serious difficulties that European integration suffers today.

Keywords: Czech Constitutional Court, «Lissabon Urteil», «Landtova» Case, Court of Justice of the European Union, «ultra vires» review.

Legislación

LEGISLACIÓN EUROPEA EN EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2012

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN *

SUMARIO:

1. DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 25 DE OCTUBRE DE 2012 POR LA QUE SE ESTABLECEN NORMAS MÍNIMAS SOBRE LOS DERECHOS, EL APOYO Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y POR LA QUE SE SUSTITUYE LA DECISIÓN MARCO 2001/220/JAI DEL CONSEJO
2. DIRECTIVA 2012/27/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 25 DE OCTUBRE DE 2012 RELATIVA A LA EFICIENCIA ENERGÉTICA, POR LA QUE SE MODIFICAN LAS DIRECTIVAS 2009/125/CE Y 2010/30/UE, Y POR LA QUE SE DEROGAN LAS DIRECTIVAS 2004/8/CE Y 2006/32/CE
3. DIRECTIVA 2012/19/UE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO SOBRE RESIDUOS DE APARATOS ELÉCTRICOS Y ELECTRÓNICOS (RAEE)
4. DIRECTIVA 2012/17/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13 DE JUNIO DE 2012, POR LA QUE SE MODIFICAN LAS DIRECTIVA 89/666/CEE DEL CONSEJO Y LAS DIRECTIVAS 2005/56/CE Y 2009/101/CE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO EN LO QUE RESPECTA A LA INTERCONEXIÓN DE LOS REGISTROS CENTRALES, MERCANTILES Y DE SOCIEDADES
5. DIRECTIVA 2012/30/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 25 DE OCTUBRE DE 2012 TENDENTE A COORDINAR, PARA HACERLAS EQUIVALENTES LAS GARANTÍAS EXIGIDAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS A LAS SOCIEDADES, DEFINIDAS EN EL ART. 54, PÁRRAFO SEGUNDO DEL TRATADO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA, CON EL FIN DE PROTEGER LOS INTERESES DE LOS SOCIOS Y TERCEROS, EN LO RELATIVO A LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA, ASÍ COMO AL MANTENIMIENTO Y MODIFICACIONES DEL CAPITAL
6. DIRECTIVA DE EJECUCIÓN 2012/25/UE DE LA COMISIÓN DE 9 DE OCTUBRE DE 2012 POR LA QUE SE ESTABLECEN LOS PROCEDIMIENTOS DE INFORMACIÓN PARA EL INTERCAMBIO ENTRE ESTADOS MIEMBROS DE ÓRGANOS HUMANOS DESTINADOS AL TRASPLANTE
7. DIRECTIVA 2012/26/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2001/83/CE EN LO REFERENTE A LA FARMACOVIGILANCIA
8. DIRECTIVA 2012/28/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 25 DE OCTUBRE DE 2012 SOBRE CIERTOS USOS AUTORIZADOS DE OBRAS HUÉRFANAS
9. DIRECTIVA 2012/18/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 4 DE JULIO DE 2012 RELATIVA AL CONTROL DE RIESGOS INHERENTES A LOS ACCIDENTES GRAVES EN LOS QUE INTERVENGAN SUSTANCIAS PELIGROSAS Y POR LA QUE SE MODIFICA Y ULTERIORMENTE DEROGA LA DIRECTIVA 96/82/CE
10. PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A UN MEJOR EQUILIBRIO ENTRE HOMBRES Y MUJERES PARA LA REPRESENTACIÓN ANTE SOCIEDADES COTIZANTES EN BOLSA Y MEDIDAS CONEXAS

* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

1. DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 25 DE OCTUBRE DE 2012 POR LA QUE SE ESTABLECEN NORMAS MÍNIMAS SOBRE LOS DERECHOS, EL APOYO Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y POR LA QUE SE SUSTITUYE LA DECISIÓN MARCO 2001/220/JAI DEL CONSEJO

En el marco del proceso que lleva a cabo la Unión Europea para la unificación progresiva en materia de homologación de sistemas judiciales de los países de la Unión, se produce esta Directiva, que intenta unificar la normativa de apoyo y protección de las decisiones judiciales en materia civil y penal.

La Directiva se propone revisar y completar los principios establecidos en la Decisión Marco 2001/220/JAI y avanzar en la protección de las víctimas relacionadas con procesos penales.

La última Resolución del Parlamento Europeo en la materia, de 5 de abril de 2001, se propone medidas orientadas específicamente a la violencia de género, un tipo particular de víctimas.

La Directiva 2011/99/UE del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, establece mecanismos de reconocimiento mutuo entre los estados de medidas de protección en materia penal. Igualmente la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, aborda las necesidades de las víctimas derivadas de esos tipos de delitos.

Esta Directiva abarca también a las víctimas de los delitos de terrorismo, como una forma de violencia que tiene como resultado la producción de un daño social.

Igualmente se contempla la victimización secundaria o indirecta, que se puede ocasionar a los familiares de las víctimas.

La Directiva parte de la diversidad de regulación de los estados acerca de las víctimas. Estas diferencias lo son respecto de si existe o no un estatuto de la víctima, la de su participación en el proceso como parte o como testigo, pero cada una de estas particularidades habrá de adaptarse a la Directiva.

A la víctima ha de facilitarse su defensa, entendida esta en sentido material, la información, el uso de la lengua, facilidad de comprensión del pro-

ceso, y asistencia técnica. Aquí también en el aspecto informal, debe facilitarse una copia de su declaración, notificación de las resoluciones judiciales y citaciones a las vistas, de la situación del procesado o inculpado, si es de libertad por el riesgo que pueda correr la víctima, posibilidad de recurrir esa libertad, y práctica de las pruebas orientadas a su defensa.

El funcionariado que deba tratar con las víctimas debe contar con una formación adecuada y permanente en relación con la asistencia que ésta demanda.

Finalmente, en lo que se refiere a la justicia reparadora, los estados han de garantizar que las víctimas tengan acceso a una reparación material de los daños sufridos, reembolso de gastos, restitución de bienes en su caso, o una indemnización de parte del infractor.

En aquellos casos de víctimas con necesidades especiales de protección, se establecerán medidas para la evitación del contacto entre víctima y agresor o los respectivos familiares, habilitando salas de espera separadas, la toma de declaración sin dilaciones injustificadas, evitando reiteraciones e invasiones de la intimidad mínimas en los reconocimientos médicos. Se procurará que la toma de declaraciones se realice por personas del mismo sexo de la víctima, se evitará el contacto visual con el agresor, o que pueda ser oída sin estar presente en la sala, o sin público.

También se garantizará el derecho de intimidad de las víctimas, sobre todo menores, a los que se procurará grabar por medios audiovisuales, evitando la presencia física en las salas de audiencia.

El plazo de recepción de la Directiva abarcará hasta el 16 de noviembre de 2015.

2. DIRECTIVA 2012/27/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 25 DE OCTUBRE DE 2012 RELATIVA A LA EFICIENCIA ENERGÉTICA, POR LA QUE SE MODIFICAN LAS DIRECTIVAS 2009/125/CE Y 2010/30/UE, Y POR LA QUE SE DEROGAN LAS DIRECTIVAS 2004/8/CE Y 2006/32/CE

La Directiva parte de la necesidad de escasez de recursos energéticos y de la necesidad de limitar el cambio climático y superar la crisis econó-

mica. Es necesario en Europa mejorar la seguridad del abastecimiento, reducir el consumo de energía primaria y las importaciones de energía. Ayudar a disminuir las emisiones de gases del efecto invernadero de manera rentable en relación con los costes y mitigar el cambio climático. Adoptar soluciones tecnológicas innovadoras y mejorar la competitividad de la industria y de la Unión, impulsando el crecimiento económico y creando empleos de alta calidad en los sectores relacionados con la energía.

Lo que se pretende es establecer un marco común de medidas para fomentar la eficiencia energética a fin de lograr el objetivo de ahorro de un 20 por ciento en la Unión para 2020 y seguir a partir de ahí un ahorro progresivo.

Para ello se establecen una serie de medidas orientadas a la reducción del consumo. Así, considerando que el parque inmobiliario es un importante consumidor de energía, se señala como objetivo la renovación del sistema de calefacción. Y teniendo en cuenta la función ejemplarizante de los edificios de los organismos públicos, éstos han de ser los primeros en hacerlo. Para ello se establece un 3 por ciento de renovación anual en los sistemas de calefacción y de refrigeración a partir de 2014, en cada administración central del estado miembro.

Esa misma función ejemplarizante debe seguirse para la adquisición de productos, servicios y edificios, que debe tener en cuenta el rendimiento energético, en la medida en que sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en su sentido más amplio, la idoneidad técnica, y la competencia.

Además, los estados, en relación con las empresas deberán adoptar las exigencias necesarias de ahorro energético, e irán implantando progresivamente contadores de energía individuales con sistemas de medición exactos. Se emitirán facturas de consumo fiables con explicación clara y comprensible de los datos y el consumo efectuado.

Se establecen sistemas de evaluación que los estados han de llevar a cabo para exigir el cumplimiento de las medidas. Las sanciones que en su caso se dispongan han de ser disuasorias, proporcionadas y efectivas.

Finalmente, se establece un plazo para la adopción de las medidas legales y reglamentarias hasta el 5 de junio de 2014.

3. **DIRECTIVA 2012/19/UE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO SOBRE RESIDUOS DE APARATOS ELÉCTRICOS Y ELECTRÓNICOS (RAEE)**

Esta Directiva modifica las Directivas 2002/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos, y la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de octubre, sobre los requisitos del diseño ecológico, en materia de aparatos eléctricos y electrónicos de manera sustancial.

La Unión Europea ha llevado a cabo desde siempre una política de medio ambiente protectora, en relación con la explotación de los recursos naturales, fundamentalmente en el campo de la prevención. Esta protección exige cambios sustanciales en los hábitos y en las pautas de comportamiento de la ciudadanía, y abarca desde la producción de los bienes y servicios, al consumo y destrucción de los residuos.

El art. 1 define el objeto de la directiva como el conjunto de medidas destinadas a proteger el medio ambiente y la salud humana mediante la prevención o la reducción de los impactos adversos de la generación y gestión de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos y mediante la reducción de los impactos globales del uso de los recursos y la mejora de la eficacia de dicho uso, y remite a la Directiva 2008/98/CE.

En cuanto al ámbito de aplicación, excluye de ella a los aparatos que sean necesarios para la protección de la seguridad de los Estados miembros, incluidas las armas, municiones y el material de guerra destinados a fines específicamente militares, así como a los que formen parte indisoluble de éstos, y a las bombillas de filamento. También se excluyen los aparatos concebidos para ser enviados al espacio, las herramientas industriales de gran envergadura, o instalaciones fijas de importante dimensión, medios de transporte, maquinaria móvil destinada a uso profesional, aparatos de investigación y desarrollo, y determinados productos sanitarios.

El art. 3 define los aparatos eléctricos y electrónicos como todos los aparatos que para funcionar debidamente necesitan corriente eléctrica o campos electromagnéticos, y los aparatos necesarios para generar, transmitir y medir tales corrientes y campos, y que están destinados a utilizarse con

una tensión nominal no superior a 1.000 voltios en corriente alterna y 1.500 en corriente continua.

Define también los conceptos de instalación fija, móvil, residuos, y productor, distribuidor, y otros, a los efectos de la aplicación de la Directiva.

De acuerdo con la Directiva 2009/125/CE se obliga a los Estados miembros a fomentar la cooperación entre productores y responsables del reciclado para facilitar la reutilización, el desarmado y la valoración de los componentes. Igualmente, para los hogares y particulares se recomienda el fomento de medidas de reciclaje, devolución de envases y puntos de recogida gratuitos.

En cuanto al transporte de los residuos se debe exigir que se den las condiciones óptimas de preparación para su reutilización, reciclado o confinamiento.

Se establecen porcentajes para que el índice de recogida sea progresivo desde 2016, que debe ser de un 45% hasta 2019 que sería de un 65%, y el establecimiento de una metodología común para facilitar la evaluación de los estados.

Se pretende que el coste de todas estas medidas sea soportado en la medida de lo posible por los productores. Ellos deben informar al consumidor de las posibilidades de reutilización y de reciclado de los productos, de sus componentes y materiales y de cualquier otra circunstancia derivada del tratamiento de ese producto. Cada estado miembro por su parte deberá llevar un registro de productores, a fin de controlar el cumplimiento de esta normativa.

En cuanto al consumidor del producto, también ha de efectuarse una labor de sensibilización para que participen en el reciclado, transformación posible del producto o reutilización.

En cuanto a las sanciones por incumplimiento de estas normas, la Directiva las deja al margen de discrecionalidad de los Estados, pero sí establece que deben ser proporcionadas, eficaces y disuasorias.

El plazo de recepción de la Directiva será hasta el 14 de febrero de 2014.

4. DIRECTIVA 2012/17/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13 DE JUNIO DE 2012, POR LA QUE SE MODIFICAN LA DIRECTIVA 89/666/CEE DEL CONSEJO Y LAS DIRECTIVAS 2005/56/CE Y 2009/101/CE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO EN LO QUE RESPECTA A LA INTERCONEXIÓN DE LOS REGISTROS CENTRALES, MERCANTILES Y DE SOCIEDADES

El tráfico jurídico que ocasiona la globalización de los mercados, exige que se adopten medidas en materia de derecho mercantil y civil respecto de las actividades de las sociedades. Las empresas realizan actividades transnacionales en su producción de bienes y servicios y crean entidades que rebasan el derecho nacional, de manera que se hace necesario por parte de la Unión, que se atienda a la regulación de este tipo de actividades. A ello obedece la aprobación de una serie de directivas que tenían como objeto la conexión del registro mercantil del diferente estado. Ahora se trata de mejorar esa regulación con mejor información que facilite la seguridad jurídica a estas empresas.

Así, en el art. 1.4 se prevé el establecimiento de un código de identificación de las sucursales de las empresas en países distintos de su radicación, que permita su inequívoca identificación en las comunicaciones entre registros. Este código contendrá al menos la identificación del Estado miembro del registro, el registro nacional de origen, el número de la sucursal de ese registro, y cualquier otra característica que evite errores de identificación.

Además, se prevé la información acerca de la solvencia de la sociedad en el registro de modo que se sepa que hay un procedimiento de liquidación o insolvencia, todo ello respetando la Directiva 95/467CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, referente a la protección de los datos personales y su libre circulación.

En los casos de fusión transfronteriza de sociedades, se debe informar al registro a este sistema de interconexión para que se de publicidad a terceros de estas actividades por su seguridad jurídica, y se deberá también dar conocimiento a los registros en que cada una de las sociedades haya de presentar documentos.

Los estados miembros garantizaran que se pueda disponer a través de este sistema de interconexión de estos registros de la información sobre apertura y clausura de los procedimientos de declaración de insolvencia de las sociedades o de su eliminación o liquidación si produce efectos jurídicos en su estado. Igualmente de los nombres, domicilios sociales número de registro y estado en que esté registrada esa sociedad.

El sistema de información se llevará a cabo en una plataforma central europea donde constarán los registros de los estados miembros, la plataforma y el portal como punto de acceso electrónico europeo.

El plazo para la adopción de todas estas medidas será hasta el 7 de julio de 2014.

5. DIRECTIVA 2012/30/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 25 DE OCTUBRE DE 2012 TENDENTE A COORDINAR, PARA HACERLAS EQUIVALENTES LAS GARANTÍAS EXIGIDAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS A LAS SOCIEDADES, DEFINIDAS EN EL ART. 54, PÁRRAFO SEGUNDO DEL TRATADO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA, CON EL FIN DE PROTEGER LOS INTERESES DE LOS SOCIOS Y TERCEROS, EN LO RELATIVO A LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA, ASÍ COMO AL MANTENIMIENTO Y MODIFICACIONES DEL CAPITAL

En relación estrecha con la Directiva que acabamos de analizar, esta Directiva pretende garantizar los intereses de terceros en lo que se refiere a los derechos de información derivados de la constitución de las sociedades anónimas. Trata la refundición de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre, para satisfacer las exigencias del art. 50, 2,g) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y del art. 58,2.

El art. 1 trata de la exigencia de que cada sociedad se nombre con una única designación, que no corresponda a ninguna otra, con la finalidad de ser identificada. Se excluyen de esta Directiva las cooperativas y las sociedades de capital variable.

Los estatutos de una sociedad deberán contener necesariamente la forma y denominación de la sociedad, el objeto social, el importe del capital suscrito, el número y las formas de designación de los órganos de representación, administración y dirección, y vigilancia y control de la sociedad, y su duración salvo que ésta sea indeterminada.

A efectos de terceros se debe también delimitar en los estatutos o documento separado el domicilio social, el valor nominal de las acciones suscritas, el número de acciones, sus diferentes categorías, si son nominativas o al portador, el importe del capital suscrito desembolsado en el momento de constitución de la sociedad, la identidad de las personas que hayan firmado los estatutos o la escritura de constitución, el importe de los gastos de constitución, y cualquier otra incidencia que se haya producido en su caso.

El art. 4 establece un capital mínimo para la constitución de una sociedad que ha de ser de 25.000 euros, cantidad que será revisable cada 5 años. Este capital solo podrá estar constituido por activos susceptibles de evaluación económica, y nunca por compromisos relativos a la ejecución de trabajos o a la prestación de servicios.

La Directiva detalla minuciosamente los requisitos de la venta y suscripción de las acciones para garantizar en todo momento la solvencia de las sociedades frente a terceros, exigiendo la publicidad de todas las actuaciones de la sociedad.

6. DIRECTIVA DE EJECUCION 2012/25/UE DE LA COMISION DE 9 DE OCTUBRE DE 2012 POR LA QUE SE ESTABLECEN LOS PROCEDIMIENTOS DE INFORMACIÓN PARA EL INTERCAMBIO ENTRE ESTADOS MIEMBROS DE ÓRGANOS HUMANOS DESTINADOS AL TRASPLANTE

Completa la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados a trasplante.

Considera necesaria la información entre los estados para la caracterización de los órganos y los donantes, la trazabilidad de los órganos y la notificación de eventos y reacciones adversas graves.

Se trata de crear una red informativa en la que participen las autoridades competentes en la materia de cada estado, organismos, organizaciones de intercambio europeas, y organizaciones de obtención de órganos dirigidos al trasplante. Ese flujo de información no debe ser arbitrario, sino estar sometido a reglas, que pretende fijar esta directiva, de modo que puedan cumplirse ciertas garantías, como las que derivan de la aplicación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en la protección de los datos personales. Sin perjuicio de su aplicación, deben conservarse los datos necesarios que garanticen la trazabilidad completa de los órganos al menos durante treinta años después de la donación.

El ámbito de aplicación que determina la Directiva será el del intercambio transfronterizo de órganos humanos destinados al trasplante en la Unión Europea. Su objeto viene fijado por los procedimientos para la transmisión de la información relativa a la caracterización de órganos y donantes, procedimientos para la transmisión de la información necesaria para garantizar la trazabilidad de los órganos, y los procedimientos para garantizar la notificación de reacciones y eventos adversos graves.

El artículo 3 define algunos elementos de la directiva de los que interesa destacar el número de identificación del donante o del receptor, como los códigos de identificación con arreglo al sistema establecido a nivel nacional, y la especificación del órgano, como la descripción anatómica de un órgano que incluya su tipo, su posición de izquierda o derecha en el cuerpo, y si se trata de un órgano completo o porción del mismo.

Se crea un procedimiento común que para la transmisión de la información. Así, deberá presentarse por escrito vía fax o electrónica, en lengua comprensible tanto para el remitente como para el destinatario, sin demora injustificada, con registro de entrada, fecha y hora de la transmisión, datos de contacto de la persona responsable de la transmisión, y la exacta advertencia de que «contiene datos personales. Protección contra la divulgación o el acceso no autorizados».

En casos de urgencia se podrá realizar esta información de manera verbal, sin perjuicio de su posterior transmisión escrita.

Los estados han de garantizar que esa información pueda ser receptionada las veinticuatro horas al día, y que en ella se contenga la especificación del órgano, el número de identificación del donante, la fecha de ob-

tención, el nombre y los datos de contacto del centro de obtención. Igualmente el estado receptor deberá velar porque se notifique a la autoridad competente el número de identificación del receptor, la fecha del trasplante y el nombre y los datos de contacto del centro de trasplante.

La fecha de transposición de esta Directiva será como máximo el 10 de abril de 2014.

7. DIRECTIVA 2012/26/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2001/83/CE EN LO REFERENTE A LA FARMACOVIGILANCIA

La Directiva se justifica por la necesidad de crear un procedimiento automático a nivel europeo sobre cuestiones de seguridad atinentes a los medicamentos de uso humano.

Ello aconseja modificar la anterior directiva de farmacovigilancia e incrementar el control. De ese modo, se modifica esta directiva en los siguientes puntos:

Art. 23 bis, p. 2, que pasa a ser: «Cualquier cese de comercialización del medicamento en un estado miembro, ya sea de forma temporal o permanente, deberá ser notificado por el titular de la autorización de comercialización a la autoridad competente de dicho estado miembro. Salvo en circunstancias excepcionales, dicha notificación tendrá lugar como mínimo dos meses antes de la interrupción de la comercialización del medicamento. El titular de la autorización de comercialización informará a la autoridad competente de los motivos de tal acción.

El art. 31. 3 da competencia al estado para que en caso necesario proteja la salud pública, suspenda la autorización de comercialización y prohíba la utilización en su territorio del medicamento de que se trate en cualquier fase del procedimiento y hasta que se tome una decisión definitiva. A más tardar el día siguiente hábil debe informar a la Comisión, a la Agencia del Medicamento y a los demás estados miembros de los motivos de la misma.

También la Comisión podrá, en determinadas circunstancias, suspender la autorización de comercialización, si hay peligro para la salud pública.

ca, y prohibir la utilización del medicamento en cualquier fase del procedimiento, y hasta que se tome una solución definitiva. Igualmente, al día siguiente hábil, informará a la Agencia y a los demás estados miembros de los motivos de esa medida.

Se completa esta modificación con la exigencia de mayores garantías informativas en el prospecto de los medicamentos y con el deber de información de un estado al resto de estados miembros de los resultados de la evaluación de datos que se hayan producido en cada uno de ellos en relación con el control de los medicamentos.

8. DIRECTIVA 2012/28/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 25 DE OCTUBRE DE 2012 SOBRE CIERTOS USOS AUTORIZADOS DE OBRAS HUÉRFANAS

La Directiva da cuenta del proceso de digitalización que han emprendido en Europa las bibliotecas, archivos, centros de enseñanza, museos y otros organismos de conservación de obras de arte y literatura. Para regular esa actividad es necesario considerar la situación que presentan determinadas obras que no tienen un autor conocido. Sobre todo si se tiene en cuenta que los derechos de autor constituyen el fundamento de la industria creativa, y la imposibilidad en estas situaciones de obtener los derechos de autor. Ello exige un planteamiento común por parte de los estados a fin de garantizar la seguridad jurídica en el uso de esas obras.

La Directiva se refiere por tanto a las obras huérfanas por parte de bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión establecidos en los estados miembros, efectuados con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión de interés público. Se aplica a los libros, revistas especializadas, periódicos y material impreso que figure en colecciones de bibliotecas, centros de enseñanza o museos abiertos al público así como cinematográficos y sonoros.

El art. 2 define una obra huérfana como una obra o fonograma en la que ninguno de los titulares de derechos sobre ellas está identificado

o si estándolo no son localizables a pesar de haberse intentado diligentemente.

Se considera una búsqueda diligente la hecha de buena fe, consultando las fuentes adecuadas en función de la categoría de la obra y hecha con anterioridad a su uso.

El art. 4 establece la reciprocidad en el reconocimiento de una obra huérfana. Toda obra que se considere huérfana en un estado miembro, se considerará huérfana en todos los estados miembros.

La trasposición de esta directiva tendrá como fecha límite la de 29 de octubre de 2014.

9. DIRECTIVA 2012/18/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 4 DE JULIO DE 2012 RELATIVA AL CONTROL DE RIESGOS INHERENTES A LOS ACCIDENTES GRAVES EN LOS QUE INTERVENGAN SUSTANCIAS PELIGROSAS Y POR LA QUE SE MODIFICA Y ULTERIORMENTE DEROGA LA DIRECTIVA 96/82/CE

La Directiva 96/82/CE establece normas relativas al control de los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas en orden a limitar sus consecuencias para la salud humana y el medio ambiente. Se ha mostrado útil en la reducción de sus efectos, pero no en la prevención. De ahí la importancia de su modificación que se hace ahora con esta nueva Directiva.

Los accidentes graves pueden a veces traspasar las fronteras, y tener efectos en más de un estado, lo que obliga a la cooperación europea. A esta y otras consideraciones obedece esta norma que define su objeto como la prevención de accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, así como la limitación de las consecuencias en la salud humana y el medio ambiente, con miras a garantizar de forma coherente y eficaz un nivel elevado de protección en toda la Unión.

Su ámbito de aplicación exceptúa los establecimientos o zonas de almacenamiento militares, las radiaciones ionizantes que tengan su origen en sustancias, el transporte de sustancias peligrosas y almacenamiento temporal

intermedio por carretera, ferrocarril, vía navegable o aérea, que tengan destino en muelles, embarcaderos o estaciones de ferrocarril clasificados fuera de los establecimientos a que se refiere esta Directiva, o las canalizaciones incluidas las estaciones de bombeo, o explotaciones de exploración, extracción y tratamiento de minas o canteras, de mar adentro, de gas con emplazamiento subterráneo o vertederos de residuos.

Dentro de las medidas preventivas, se considerará si existe en la práctica alguna sustancia peligrosa que dé lugar a una liberación de materia o energía que pueda ocasionar unos accidentes graves en circunstancias normales o anormales que puedan predecirse razonablemente. La información se obtendrá en base de alguna de estas características: la forma física de la sustancia en condiciones normales de tratamiento o manipulación no es una pérdida de aislamiento no prevista, las propiedades inherentes a la sustancia peligrosa, en particular las relativas al comportamiento de dispersión en un escenario de grave, como la masa molecular o la presión saturada de vapor, y la concentración máxima de las sustancias en el caso de mezclas.

A los efectos de evaluar si una sustancia es o no peligrosa, se valorarán: las propiedades necesarias para conocer el potencial de esa sustancia en orden a provocar un peligro para la salud física o para el medioambiente; las propiedades físicas o químicas; las propiedades de inflamabilidad, toxicidad o modos de ataque al cuerpo, entre lesiones y muerte, y efectos a largo plazo, así como otras circunstancias que puedan generar peligros para la salud; las propiedades de generación de efectos nocivos para el medio ambiente; la información de las condiciones operativas específicas de la sustancia, en supuestos de almacenamiento.

Sin perjuicio de la responsabilidad de los estados para las funciones de control en la industria de estas sustancias, se designará una autoridad competente en esta materia en la que se concentrarán todas las funciones contempladas en esta directiva.

Como requisitos de control, las empresas que se dediquen a esta actividad deberán enviar a la autoridad competente el nombre o razón social de su empresa, domicilio social del industrial del establecimiento y suya personal, y nombre de la persona encargada del establecimiento, si es distinta del empresario, información suficiente para identificar las sustancias peli-

grosas y la categoría de sustancias de que se trate o puedan estar presentes, la cantidad y forma física de la sustancia de que se trate, la actividad ejercida prevista en la instalación y el entorno inmediato del establecimiento. Todo ello dentro de unos plazos razonables a partir de la fecha de comienzo de la actividad, o en todo caso en el plazo de un año.

En política de prevención, los industriales vendrán obligados a redactar un documento en el que ésta quede definida, y la aplicación de un plan que garantice un elevado nivel de protección. Se revisará cada cinco años y en todo caso cuando lo exija la ley nacional.

También deberán aportar un informe de seguridad que tenga por objeto demostrar que se ha establecido una política de prevención de accidentes graves y un sistema de control, que se han identificado los peligros de accidente y tomado las medidas necesarias en caso de éste, y que se han adoptado todas las medidas posibles de seguridad.

Se regulan unos planes de emergencia que tienen como finalidad el conocimiento previo de todas las medidas que se han adoptado para el hipotético caso en que se produzca un accidente.

Los estados han de asegurar también el conocimiento permanente por parte del público para que tengan una clara información de cómo han de comportarse ante su posible afectación por un accidente de esa naturaleza.

En caso de que llegase a ocurrir, los industriales han de informar a la autoridad competente en relación con las circunstancias del accidente, las sustancias peligrosas que hayan intervenido en el mismo, los datos disponibles para evaluar los efectos del accidente en la salud humana, medio ambiente y bienes materiales, medidas de emergencia adoptadas, efectos a medio plazo y medidas paliativas, y otras tendentes a evitar su repetición.

La autoridad competente, por su parte, debe controlar que se adopten las medidas necesarias y que se recoja mediante inspección, investigación u otros medios adecuados, la información necesaria para un análisis completo del accidente en los aspectos técnicos, de organización y de gestión, controlar las medidas adoptadas por el industrial y su suficiencia, e informar a las personas que proceda.

Los estados están obligados a informar a la Comisión de estos hechos, y a realizar inspecciones en estos establecimientos para evitar futuras situaciones similares.

Se prevé un régimen sancionatorio por parte de los estados para todas aquellas empresas que no cumplan la normativa, y la obligación de los estados de facilitar el acceso a la justicia a las personas damnificadas.

Finalmente, el art. 32 contiene una disposición derogatoria de la Directiva 96/82/CE con efectos de 1 de junio de 2015.

10. PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A UN MEJOR EQUILIBRIO ENTRE HOMBRES Y MUJERES PARA LA REPRESENTACIÓN ANTE SOCIEDADES COTIZANTES EN BOLSA Y MEDIDAS CONEXAS

La Exposición de Motivos parte de la consideración de que existe un importante desequilibrio de género entre mujeres y hombres en los Consejos de Administración de las empresas, que en cifras globales ronda un 15 por ciento. Este desequilibrio es muy diferente entre los estados, en la medida en que su legislación acerca de la igualdad de género también difiere, pero en todo caso, está muy lejos de ser la deseable en ninguno de ellos. De no adoptarse medidas positivas, la desigualdad no se puede corregir ni a corto ni a largo plazo, lo que justifica esta Propuesta, en un intento de contribuir a la reducción de esos niveles de desigualdad.

El porcentaje fijado como objetivo es el del 40 por ciento, que se considera en las demás medidas de desigualdad compensatoria, como el de mayor efectividad; es el que se señala generalmente para compensar las desigualdades en materia de participación política.

La base jurídica en la que se justifica la medida la constituye el art. 157,3 del TFUE que asegura la igualdad de trato en el acceso al trabajo y justifica las medidas de acción positiva.

Estas medidas han de ser proporcionales por lo que se deben ajustar a unos parámetros que puedan ser aceptados por los estados miembros, para hacer realista su implantación. De ahí la exclusión de las pequeñas y medianas empresas y la propuesta de implantación en empresas de más de 250 trabajadores.

Los plazos de ejecución de estas medidas serán hasta 2018 para las empresas públicas, y hasta 2020 para las privadas. También se obliga a los

estados a imponer sanciones en el caso de incumplimiento, que deberán ser proporcionadas, efectivas y disuasorias.

De este modo, el objeto que se define en el art. 1 de la propuesta es el de promover medidas para asegurar una representación equilibrada entre mujeres y hombres, en los Consejos de Administración, tendentes a acelerar los procesos de igualdad de género. El art. 2 definiría los conceptos elementales de la directiva, el art. 3 excluiría a las pequeñas y medianas empresas, el art. 4 establecería los porcentajes de representación, el art. 5 la obligación de las empresas de facilitar a los estados miembros la información necesaria para que este pueda ejercitar un control sobre la adopción de las medidas por parte de éstas. El art. 6 establece la obligación de los estados de establecer un régimen sancionatorio, en el que se diferencien las sanciones administrativas que impondría el estado de las jurisdiccionales que podrían consistir en la anulación del nombramiento de un consejero y la posible nominación de la mujer en su caso.

El art. 7 deja a salvo las disposiciones más favorables dictadas por los estados miembros, y los arts. 8, 9 y 10, tratan de la implantación y control de la directiva. Los estados tendrían dos años para adaptar su legislación, y hasta 2017 para comunicar a la Comisión las medidas adoptadas en su territorio.

Resumen:

Este trabajo presenta las principales novedades legislativas del segundo semestre del año 2012. Todas ellas son directivas o propuestas de directivas que abarcan temas variados como la protección de víctimas, el medio ambiente o el derecho de sociedades.

Palabras Clave: *Legislación, directivas, protección de las víctimas, medio ambiente, sociedades.*

Abstract:

This paper shows the most important legislation of the second semester of 2012. All of them are directive, that cover several items like supporting of the victim, environment and company law.

Keywords: *Legislation, directives, supporting of the victim, environment and company law.*

Foro

ALGUNAS TESIS SOBRE EL PRESENTE Y EL FUTURO DE EUROPA: UNA APORTACIÓN AL DEBATE *

PETER HÄBERLE **

SUMARIO:

1. EL PRESENTE DE EUROPA
2. PERSPECTIVAS DE FUTURO: EUROPA COMO COMUNIDAD CONSTITUCIONAL
3. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. EL PRESENTE DE EUROPA

Raramente se ha tenido que enfrentar Europa a tantas crisis y controversias simultáneas como en la actualidad. Pensemos en la discusión de 2012 sobre el Marco financiero para el período 2014-2020, así como en las sucesivas ayudas a Grecia o en las muchas otras disputas que se están manteniendo. La crisis del Euro y la correspondiente crisis de las deudas estatales han conducido a un enfrentamiento entre los «países del Norte», como Gran Bretaña, Dinamarca, Finlandia o Alemania y los «países del Sur» como Italia, Portugal o España. Es cierto que el pronunciamiento positivo del TCFA en relación con el Tratado MEDE y con los fondos de rescate así como, igualmente, la decisión del TJUE que deja libre el camino en la misma materia, han conducido, de momento, a una cierta pacificación (queda pendiente todavía el debate en relación con el papel del BCE).

* Traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón.

** Catedrático emérito de Derecho Público, Universidades de Bayreuth (Alemania) y St. Gallen (Suiza).

Sin embargo, el antiguo Canciller Federal H. Schmidt habla, con razón, en su crítica a la Canciller A. Merkel, de un mero «salir del paso» (noviembre 2012). Ni siquiera con la ayuda de las acrisoladas técnicas de un R. Popper podríamos justificar las titubeantes y a menudo poco transparentes actuaciones graduales del gobierno alemán y de otros gobiernos de los Estados miembros en el ámbito europeo.

Ciertamente, la Unión Europea y el Eurogrupo han gestionado ya algunas crisis, ahora bien, la crisis de 2011/2012 es particularmente importante. Se dice a menudo que el Euro es indispensable para la unificación europea. Algunos hablan ya —debido a las limitaciones a la autonomía presupuestaria de los Estados miembros— de una «unión fiscal de facto». Es preciso recordar, en todo caso, que hay una Europa en sentido amplio (el Consejo de Europa) y una Europa en sentido estricto (la Unión Europea). Ambas «mitades» forman conjuntamente Europa. Tan importante como la unión monetaria y económica y tan irrenunciable como ella es que Grecia sea ayudada por los Estados que integran el Euro y la Unión Europea, como señal de la solidaridad europea: el Euro no puede convertirse en el valor supremo de la Unión Europea. El Euro no lo es todo. Europa no vive principalmente del Euro.

Algunos profesores hablan, por referencia a la Unión Europea, de «democracia de fachada», una expresión aviesa con la que se quiere aludir al déficit democrático de la Unión Europea, que no le hace del todo justicia: el Parlamento europeo actual es cada vez más fuerte, hay un espacio público europeo aunque con carácter todavía parcial e instituciones como el Defensor del Pueblo Europeo, el Tribunal de Cuentas, así como el Tribunal de Justicia, funcionan promoviendo el desarrollo del espacio público europeo en su campo específico de actividad.

Ciertamente no se puede desconocer que la economía política ha fracasado como ciencia. Claramente, no ha ayudado mucho a los responsables políticos. Por lo demás, la brecha entre los «contribuyentes netos» por un lado (por ejemplo, Alemania) y los Estados beneficiarios (por ejemplo, Polonia) debilita a la Unión Europea como comunidad jurídica, como unión de valores y como estructura «prefederal». Una ayuda espiritual nos viene de parte de un Premio Nobel como G. Grass, que publicó un poema muy polémico en Alemania que, sin embargo, debería ser tenido en cuenta: es

necesario recordar lo que Europa debe a la cultura griega. Ciertamente, Grecia tiene que hacer sus tantas veces mencionados «deberes», realizar reformas y construir una Administración eficiente. Pero las políticas de austeridad por sí solas no servirán. El poema de G. Grass lleva por título «la vergüenza de Europa». Podemos citar los tres primeros y los tres últimos de sus 12 versos:

—Próximo al caos, por no ajustarte al mercado, estás lejos de la tierra que fuera tu cuna.

—Lo que buscaste con el alma y te sirvió, lo descartas ahora valorándolo como chatarra.

—Puesto en la picota como deudor desnudo, padece un país al que era común reconocer gratitud.

...

—¡Bebe de una vez, bebe! grita la claque de los comisarios, pero Sócrates te devuelve furioso el vaso lleno hasta el borde.

—En coro maldecirán los Dioses, cuyo Olimpo expropiar exiges, lo que te es propio.

—Sin alma te marchitarás, sin el país cuyo espíritu a ti, Europa, te concibió.

2. PERSPECTIVAS DE FUTURO: EUROPA COMO COMUNIDAD CONSTITUCIONAL

Es necesario un retorno a los valores fundamentales de Europa y a sus logros culturales a lo largo de los años del proceso de integración. Pensemos no solo en los tantas veces mencionados «dividendos de la paz», sino también en el bienestar y la seguridad generada para muchos a través del desarrollo económico, aunque ciertamente no para todos. Ante todo, las cortes constitucionales en Estrasburgo y Luxemburgo han impulsado la integración política, paso a paso, a través de grandes decisiones jurisprudenciales, también en el campo de los derechos fundamentales y de la preservación de la cultura jurídica europea.

Especialmente importante es tener presente la pluralidad y la unidad de Europa en materia de cultura, como primer y último fundamento de la unificación europea. En ella se encuentra también la tan buscada «alma» de Europa. Por importante que sea el desarrollo económico, sólo puede enten-

derse en sentido instrumental, al servicio de Europa como comunidad de valores. De la estructura prefederal de Europa se deriva también un mínimo deber de solidaridad entre los Estados miembros. Este deber se manifiesta de manera muy concreta en relación con la ayuda a Grecia. Lo mismo vale para España: a este país de cultura floreciente, con su acreditada democracia y su gran historia y cultura constitucional (desde 1812) debe manifestarse hoy la solidaridad europea. La gran tasa de paro juvenil en España es una desgracia, también para Europa. Las medidas de austeridad aplicadas hasta ahora deberían enmarcarse en el fomento de la restauración de la competitividad de la economía española.

El «europeísmo» de los Estados miembros en relación con la Unión Europea, reclamado ya en 2001/2002 y utilizado posteriormente por el TCFA, debe ser practicado de manera cotidiana en la vida jurídica y política. Ciertamente, hay un déficit democrático y el Parlamento Europeo debe ser reforzado, así como deberían aprovecharse las posibilidades de la Iniciativa Ciudadana Europea, siguiendo el modelo Suizo (democracia directa). El Parlamento Europeo ha ganado con su actual Presidente M. Schulz más visibilidad en el desarrollo de un espacio público europeo. Podemos pensar también en una elección directa del Presidente de la Comisión Europea.

En todo caso, se trata de que los mercados se sometan a la democracia, de mercados conformes con la democracia y no de una «democracia conforme con los mercados» y para ello tendríamos también que «poner freno», como ya se ha planteado, a las agencias de calificación. Se puede discutir si precisamente la Unión Europea de hoy merece el Premio Nobel de la Paz 2012, cuando actualmente ofrece una imagen tan poco convincente. En mi opinión, las grandes y permanentes aportaciones a la paz del Consejo de Europa y su CEDH de 1950 así como sus múltiples convenios, por ejemplo en materia de protección de las minorías, merecerían en mayor medida, esa alta distinción.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

El ya reconocible espacio público europeo, el europeísmo profesado, el proceso paulatino de integración —por ejemplo en relación con Schengen,

con la incorporación de Suiza— generan hoy una imagen de integración diferenciada tanto de Europa en sentido estricto (UE) como de Europa en sentido amplio. La comunidad constitucional europea tiene que afirmarse también como comunidad solidaria. Del mismo modo que en el federalismo existe una compensación financiera de los Estados más ricos o más fuertes a los más débiles o más pobres (por ejemplo, en Alemania, de Baviera a Berlín), también tiene que existir una solidaridad europea en sentido financiero. Esta solidaridad puede costar e incluso «doler» en algunos países, pero los efectos positivos de las medidas de ayuda deben ser explicados abiertamente a la ciudadanía europea. Precisamente Alemania, cuyos Länder occidentales recibieron después de 1945 la positiva ayuda del Plan Marshall debería acordarse de esa solidaridad. Una solidaridad similar a la que recibieron los Länder orientales de los occidentales y de la federación en el marco de la feliz reunificación de Alemania (1990), un ejemplo de «federalismo fiduciario».

La «Alemania europea» (T. Mann) tiene que hacer frente a la crisis de común acuerdo con la «España europea» y con los otros Estados miembros de la Unión.

Bayreuth, noviembre de 2012

Resumen:

Esta aportación al foro plantea brevemente las dificultades esenciales que han generado la crisis del euro y la crisis de deuda pública de algunos Estados miembros. Presenta algunas valoraciones críticas respecto a las soluciones hasta ahora abordadas y, sobre todo, plantea la necesidad de intentar nuevas soluciones que ahonden en el principio de solidaridad entendido desde una perspectiva cultural.

Palabras Clave: Crisis del euro, deuda pública, solidaridad, cultura.

Abstract:

This contribution depicts shortly the main difficulties generated by the crisis of the euro and the public debt crisis in some European Union members. It puts forward some critical evaluations related to the solutions tried until now and it supports that it is necessary to look for new solutions founded in the principle of solidarity under a cultural understanding.

Keywords: Euro crisis, public debt, solidarity, culture

Noticias de libros

NOTICIA DEL LIBRO DE FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «LA PROIEZIONE DELLA COSTITUZIONE SULL'ORDINAMENTO GIURIDICO», BARI, CACUCCI EDITORE, 2012 *

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO **

Presentar el último trabajo de Francisco Balaguer Callejón resulta, «en principio», bastante sencillo, pues nos facilita bastante la labor al venir, en la introducción al volumen que comentamos (pp. 11-15), a adelantar al lector los precedentes y propósitos del mismo. En tal sentido advierte el autor cómo, en gran medida, este libro encuentra su antecedente en su reconocido «Fuentes del Derecho» (I y II, Tecnos, respectivamente 1991 y 1992), el cual, a pesar de su difusión y reconocimiento¹, no tendría una segunda edición; no obstante, su actualización viene de tiempo llevándose a cabo mediante los temas relativos a fuentes del Derecho que el propio autor elabora en el manual que coordina (Manual de Derecho Constitucional, tomos I y II, Tecnos, junto a Gregorio Cámara Villar, Juan Fernando López Aguilar, María Luisa Balaguer Callejón y José Antonio Montilla Martos)²,

* Traducción de Anna Maria Nico, y publicado en la colección «Studi di Diritto pubblico» dirigida por Francesco Gabriele.

** Profesor Titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada.

¹ Premio «Adolfo Posada», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. (Correspondiente al periodo 1991-1992).

² Tecnos, 7.^a ed., Madrid, 2012. Además, desde una metodología más vertebrada desde el Derecho constitucional europeo, F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), G. CÁMARA VILLAR, M.L. BALAGUER CALLEJÓN y J.A. MONTILLA MARTOS, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2011.

paralelamente a la redacción de otros trabajos específicos al respecto³. De ahí, por tanto, el motor de un trabajo que, desde su más evidente bagaje dogmático-general (y por tanto, más allá del Derecho constitucional español), se abre ahora al público italiano; y ello, también, ante el reto que supone la tradición de la «pubblicistica» italiana precisamente en fuentes del Derecho, si bien el carácter «molto italiano» del presente volumen, como el mismo autor reconoce (p. 15), lo introduce de lleno en dicha tradición, a la par que contribuye al desarrollo de una cultura común sobre fuentes del Derecho. A tales efectos, y desde una perspectiva meramente descriptiva, el trabajo se estructura en seis capítulos, en los que el Profesor Balaguer afronta con rigor dogmático-constitucional las fuentes del Derecho y los ordenamientos jurídicos, las normas jurídicas, la Constitución, la ley, el reglamento y la integración supranacional.

Pero hasta aquí lo que nos introduce el propio autor, y por tanto la parte más sencilla y obvia de esta presentación. Y es que, claro está, no podemos ahora sino preguntarnos, en especial para aquéllos que venimos desde hace años siguiendo el trabajo de Balaguer Callejón, qué nos ofrece de «nuevo» la lectura del libro que presentamos.

Si por algo se caracteriza el estudio de las fuentes del Derecho en la obra de Francisco Balaguer Callejón (además de por su profundidad dogmática, claro está) es, entiendo, por su perfecto anclaje histórico⁴; y ello no sólo al repasar de manera crítica el bagaje conceptual con el que opera, sino al momento de afrontar luego, sincrónicamente, la sistematización de las fuentes. He aquí precisamente la clave de este volumen frente a la anterior obra del Profesor Balaguer, por cuanto que, y como él mismo reconoce (pp. 11 y 12), la aproximación al Derecho constitucional y a las fuentes del Derecho que ofreciera en la última década del pasado siglo venía a fotografiar el cénit del Estado constitucional de Derecho; más un cénit ya, si no en de-

³ Por ejemplo, F. BALAGUER CALLEJÓN, «Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003.

⁴ Por todos, sobre el Derecho en el tiempo, C. DE CABO MARTÍN, *La reforma constitucional en las perspectivas de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 16 a 25.

cadencia (paradójicamente), sí que al menos en evolución a la vista de la globalización, en general, y de la integración europea, en particular. Por supuesto que tal cambio de paradigma ha sido objeto de estudio por Balaguer Callejón tanto en el referido manual (al respecto, vid. sus progresivas ediciones), como en otros trabajos específicos, mas ello, y por obvias razones de limitación de forma, sin la posibilidad de integrarse en el cuerpo sistémico de su particular aproximación dogmático-general a las fuentes del Derecho.

En esta línea, cabe indicar la redimensión que para conceptos clásicos sobre fuentes del Derecho supone la vigente realidad jurídica (globalizada y supraintegrada), de manera que, sin entrar en contradicción con sus postulados más dogmáticos, sí que, desde luego, deban verse complementados por los nuevos desarrollos que desde hace tiempo ya se advierten (pp. 17 y 18); y ello, en particular, ante el contexto de pluralismo ordinamental en el que nos encontramos, por cuanto que hoy las relaciones entre los diversos ordenamientos jurídicos marcan y delimitan finalmente el «Derecho vivo» y la articulación de los diversos centros de poder político, especialmente al amparo del Derecho internacional y el europeo (pp. 39 y 40). En tal sentido, además, la Constitución ve reforzada su condición de centro de apertura a las relaciones entre ordenamientos, de manera que ciertos conceptos claves en la conformación del sistema de fuentes, como la validez, deban de repensarse a la luz del Derecho europeo y la preferencia aplicativa de sus normas (pp. 105 y 106); mas ello, sin perder de vista la intrínseca relación que se da entre la Constitución normativa y la democracia, de manera que dicha pluralidad ordinamental, en general, y la integración europea, en particular, se hayan de reinterpretar y reconstruir desde instrumentos propios del Derecho constitucional, en cuanto que Derecho constitucional europeo ahora (pp. 107 y ss.).

Con todo, y para finalizar, cabría preguntarse por qué seguir afanándonos, como hace Francisco Balaguer Callejón, por procurar sistematizar desde la dogmática constitucional-normativa una realidad jurídica que, ciertamente, escapa del orden cartesiano; cómo pretender buscar la sistematización de un Derecho hoy globalizado, en vez de meramente, lo más, describirlo. La razón, claro está, viene de manos del propio autor, para quien la construcción constitucional-normativa no es mera forma, sino garantía de un

núcleo sustantivo de valores en torno a la democracia, el pluralismo y las libertades (especialmente, pp. 67 a 70); y de ahí su resistencia científica y personal a adoptar un perfil jurídico débil ante unos tiempos de cambios que nos anuncian (o al menos nos advierten) de serios riesgos para el estatus jurídico alcanzado en Europa. Nos lo recuerda Peter Häberle: no debemos descuidar las conquistas logradas en Occidente; al contrario, hemos de buscar su defensa y extensión⁵. Aquí, sin duda, el mayor valor del trabajo de Francisco Balaguer Callejón, como sólido anclaje teórico ante la situación de confusión jurídico-política en la que nos encontramos.

⁵ P. HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (trad.), Trotta, Madrid, 1998.

**NOTICIA DEL LIBRO DE SABRINA RAGONE
«EL CONTROL JUDICIAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.
ASPECTOS TEÓRICOS Y COMPARATIVOS», PORRÚA, MÉXICO, 2012**

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ *

Esta monografía es la traducción al castellano del libro que con el título «I controlli giurisdizionali sulle revisione costituzionali. Profili teorici e comparativi» se publicó en Italia por la editorial Bologna University Press en 2011. Tan sólo un año después, la prestigiosa editorial Porrúa lo trae al público castellano-hablante en el marco de la colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional que dirige el Profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor con el objetivo, confeso según se declara en la Presentación, de proseguir en la línea iniciada por Héctor Fix Zamudio en el estudio sistemático de las garantías constitucionales.

Las líneas anteriores sirven para acreditar la oportunidad de la materia que se aborda en la monografía y la calidad de la que hace gala la autora en su tratamiento. Efectivamente, sólo cuando una obra responde a las necesidades de la comunidad científica que la recibe sale de su lugar de origen para alcanzar una difusión más amplia. Y éste es el caso.

Su objeto es el estudio del control judicial de la reforma constitucional y su método, el subversivo del comparatista (por utilizar la expresión de Horatia Muir. Cfr. «La fonction subversive du droit comparé» *Revue internationale de droit comparé*, 2000, vol. 52, núm. 3, pp. 503-527). En sus ocho capítulos aborda este tema, tan clásico como irresuelto, del Derecho constitucional, y lo hace a partir de un capítulo teórico en el que se ocu-

* Profesor Titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada.

pa con solvencia de los fundamentos de la reforma constitucional. Sentadas estas bases en las que ya nos anticipa la autora el delta político jurídico en el que por definición se encuentra la reforma constitucional, las diferentes legitimidades enfrentadas, la tensión entre política y derecho que está a la base, las confrontaciones entre poder constituyente y poderes constituidos, entre Tribunal constitucional y legislador, entre Tribunal constitucional, legislador y soberanía popular, entre constitución y leyes de reforma constitucional, los cinco capítulos sucesivos se destinan a exponer un vasto panorama de derecho comparado (que no se detiene en las culturas jurídicas más representativas y alcanza por ejemplo a India, Turquía o Sudáfrica) pero, y creo que esto es una aportación muy considerable del trabajo, agrupando los derechos constitucionales que se consideran en modelos. De esta forma, se tratan en el capítulo tercero los ordenamientos que participan de lo que la autora denomina control codificado (sólo preventivo), entre los cuales se cuentan alguno de los del este de Europa (señaladamente los de Rumanía, Moldavia y Ucrania y algunos ordenamientos latinoamericanos, en especial el de Chile). El siguiente capítulo se destina a trabajar sobre el segundo modelo: el control codificado (preventivo y sucesivo) en el que cabe encuadrar a estados como Costa Rica y Colombia. En el Capítulo V se caracteriza el control codificado (sólo sucesivo) y se detiene en los casos de Turquía y Sudáfrica. El Capítulo VI se centra en los Estados Unidos, México y Argentina, vinculados en torno a un modelo de control sobre vicios formales. El último capítulo de esta serie, el VII, trata del modelo de control reivindicado por vicios formales y materiales que es el que permite a la autora traer a colación los supuestos de Alemania, Italia, Perú o India.

De esta manera resulta un cuadro finalmente armónico en el que la autora, acreditando el manejo de la doctrina y de la jurisprudencia más relevante en cada caso, logra transmitir la panoplia de soluciones al problema que es objeto del trabajo.

Tras este repaso, que alcanza la condición de estudio, la monografía finaliza con un capítulo de conclusiones que se plantea como la consecuencia obligada del planteamiento previo. Efectivamente, todo el trabajo de rastreo, de sistematización, de estudio de la doctrina científica y jurisprudencial que se ha llevado a cabo sirve para permitir a la autora transmitir a

la comunidad las siguientes conclusiones: 1) El control de las reformas es una función en sí misma. 2) Es la propia jurisprudencia constitucional la que ha acabado acotando (es decir, juridificando) la función. 3) No es posible distinguir netamente entre control formal y sustancial. 4) Los Tribunales constitucionales son los garantes últimos de la Constitución y por tanto su misión no puede claudicar ante las reformas que puedan afectar a los rasgos esenciales de la norma de la que son guardianes. 5) Cuando el Pueblo como titular de la soberanía interviene, el Tribunal Constitucional se abstiene.

Así las cosas, tenemos nuevos elementos con los que trabajar cuando nos planteemos la reforma de la Constitución. Tenemos un nuevo mapa orientativo. Y aquel Estado constitucional que no tenga necesidad de estos planteamientos estará cerca de dejar de serlo.

**NOTICIA DEL LIBRO ANGELO SCHILLACI,
«DIRITTI FONDAMENTALI E PARAMETRO DI GIUDIZIO.
PER UNA STORIA CONCETTUALE DELLE RELAZIONE
TRA ORDINAMENTI», JOVENE EDITORI, NAPOLI, 2012**

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO *

Si entendemos el Derecho constitucional desde su función como instrumento de integración de la sociedad y sus conflictos. Si tenemos en cuenta que, actualmente, esta sociedad se encuentra inmersa en un marco globalizado, en el que interaccionan y se relacionan elementos con orígenes muy diversos. Entonces se hace indispensable que el constitucionalista, hoy día, sitúe su análisis del Derecho en una perspectiva acorde a los tiempos.

Este análisis debe, no obstante, realizarse sin perder de vista la perspectiva histórica y teórica que ha permitido que el Derecho constitucional se haya desarrollado tal y como lo conocemos hoy en Europa.

El autor de este libro, Angelo Schillaci, maneja a la perfección estos elementos.

Su análisis se enmarca en el estudio de las relaciones entre ordenamientos, tratando de reconstruir las raíces teóricas y culturales de la protección multinivel de los derechos fundamentales en el ámbito europeo, la interacción jurídica de los derechos fundamentales: el paradigma del constitucionalismo en el momento global. Desde este objeto trata de encuadrar sistemáticamente la incidencia del Derecho internacional y supranacional en la configuración del parámetro de constitucionalidad, utilizado por los tribunales constitucionales nacionales, de las normas internas (la «parame-

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.

tricidad»). Parámetro interpretado como elemento esencial del estudio de las relaciones entre ordenamientos.

La confrontación entre las diversas interpretaciones de los derechos —que caracteriza, según el autor, las operaciones de construcción del parámetro a través de la apertura al dato normativo «externo» por los Tribunales constitucionales— se afronta desde la intención de reconstruir caminos de convergencia interpretativa. Caminos funcionales a la identificación común con identidades constitucionales, a la construcción cooperativa de un instrumento universal de protección de los derechos.

La construcción del parámetro de constitucionalidad como elemento de las relaciones entre ordenamientos supone, para Schillaci, la expresión del proceso de integración de la comunidad política, enunciado del fundamento de la convivencia civil que se articula en la propia Constitución. Para esta relación, se realiza en esta obra un inmenso esfuerzo de reconstrucción histórico-conceptual, el estudio de los fundamentos de los principales modelos teóricos y dogmáticos de las relaciones entre ordenamientos y del propio concepto de Estado y Constitución. Estudio que se vale de esenciales herramientas comparativas.

Desde una reflexión sobre el estatalismo, dogmática jurídica y relaciones entre el ordenamiento interno con el Derecho internacional (y supranacional) trata de rebatirse el principio de exclusividad, como fórmula de construcción del parámetro de constitucionalidad y de interpretación de los derechos fundamentales en el momento aplicativo del Derecho. El principio de exclusividad, tras este análisis, pierde su sentido desde la perspectiva estatalista como parámetro de juicio (de una constitucionalidad que se aleja en este autor de condiciones de validez).

La obra «Diritti fondamentali e parámetro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti» destaca tres elementos interlineales. En primer lugar, la relevancia del conflicto y la lucha en la historia de la protección de los derechos fundamentales. En segundo lugar, la opción del autor —exhaustivamente fundamentada— por una concepción cooperativa y de recíproco reconocimiento de las relaciones entre ordenamientos, que prescinde de planteamientos y reconstrucciones en términos de unidad que puedan soslayar las ideas de pluralidad y alteridad. Y por último, la comparación dinámica entre versiones y planteamientos tan-

to doctrinales como estatales que permiten arrojar luz sobre las relaciones sociales.

Este libro, en una lectura pausada, nos permite caminar por los débiles límites que distinguen las ciencias sociales de las jurídicas, trasluciendo una idea profunda, desde las citas introductorias hasta los agradecimientos. Las relaciones entre ordenamientos son estudiadas con mimo, tal y como deben ser observadas las relaciones humanas, sociales, personales («relaciones entre ordenamientos e imagen de la persona humana») como trasfondo del constitucionalismo y su función integradora. En esta obra se apuesta, sin duda, por la concepción antropológica del Estado constitucional. Y desde esta significación se propone el continuo y complejo reconocimiento del «otro», el respeto a su presencia diferenciada, y la necesaria búsqueda de lugares comunes.

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.

