

[22]

Jul-Dic  
2014



Instituto Andaluz de Administración Pública  
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REVISTA DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL EUROPEO

# REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

[NÚMERO 22 | JULIO-DICIEMBRE 2014]

C.M.: 11646







---

# 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

## 22

---

Año 11, número 22, julio-diciembre de 2014

---

La dimensión de la Administración Pública  
en el contexto de la globalización (III)

Universidad de Granada  
Instituto Andaluz de Administración Pública

## CONSEJO DE DIRECCIÓN

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

### DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

### SECRETARIO

José Antonio Montilla Martos

### SECRETARIOS ADJUNTOS

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

### SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar

### SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

### EDITORES

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

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

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

### CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

### VOCALES

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

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

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

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

### EDITA

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de Publicaciones en materia de Administraciones Públicas

### Dirección postal y electrónica

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

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

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

ISSN: 1697-7890. DEPÓSITO LEGAL: GR-1316/2004 • Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL

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 11, número 22, julio-diciembre de 2014

**La dimensión de la Administración Pública  
en el contexto de la globalización (III)**

## SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
<b>ESTUDIOS</b>	
Crisis económica, participación y reformas de las Administraciones Públicas.....	15
ANGELO SCHILLACI	
Las transformaciones de la Administración Pública entre Constitución formal y Constitución material .....	29
TOMMASO NICOLA POLI	
Los proyectos de reforma de la Administración y del sector público desde el comien- zo de la crisis económica: el apogeo de la austeridad .....	67
FRANCESCO CORFIATI	
Las reformas administrativas chinas en el contexto de la globalización .....	105
YAN TIANQIN	
<b>ARTÍCULOS</b>	
Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, a propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que condu- cen a la sociedad de la información .....	123
WOLFGANG HOFFMANN-RIEM	
El diálogo entre la Unión Europea y las confesiones religiosas tras el Tratado de Lisboa (A propósito de la Decisión del Defensor del Pueblo Europeo de 25 de enero de 2013) .....	147
JOSÉ RAMÓN POLO SABAU	

Regiones y Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. El Comité de las Regiones, los Parlamentos regionales y el desafío de la «Multilevel Governance» .....	175
LAURA FROSINA	

#### PERFILES/NOTICIAS

En el 80 cumpleaños de Peter Häberle .....	215
LOTHAR MICHAEL	

#### TEXTOS CLÁSICOS

Informe al Pleno del Tribunal Constitucional Federal sobre la cuestión de su estatus.....	223
GERHARD LEIBHOLZ	

#### JURISPRUDENCIA

Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni .....	245
LUIS I. GORDILLO PÉREZ y ARIANE TAPIA TRUEBA	

#### LEGISLACIÓN

Crónica de la legislación europea.....	273
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN	

#### FORO

Una reflexión desde Granada sobre la Constitución europea .....	285
VASCO PEREIRA DA SILVA	

#### NOTICIAS DE LIBROS

Peter Häberle. “Der kooperative Verfassungsstaat - aus Kultur und als Kultur. Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre“, Duncker & Humblot, 2013 .....	299
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	
Bruce Ackerman, “We the People. Volume 3. The Civil Rights Revolution”, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2014.....	305
TOMÁS REQUENA LÓPEZ	

---

# Presentación



La publicación del número 22 de la Revista de Derecho Constitucional Europeo viene marcada por la persistencia de la crisis económica y de sus efectos negativos en la construcción de Europa. La zona Euro está sufriendo un nuevo estancamiento que contrasta con la pujanza de la economía americana y la revalorización del dólar. En esas condiciones, sigue extendiéndose, lamentablemente, una visión de Europa vinculada en exceso a los intereses nacionales de los Estados y con escasas perspectivas de futuro.

El problema, sin embargo, es que el futuro ya ha llegado. El ritmo acelerado que la globalización impone ha hecho que la distribución mundial del poder económico se haya modificado sustancialmente en muy pocos años. Tenemos que recordar que hace tan sólo ocho años (en 2006) las previsiones (realizadas en informes muy conocidos de Pricewaterhouse Coopers) por las que China superaría a Estados Unidos como primera potencia mundial situaban la fecha clave en el año 2050. Una fecha que se redujo drásticamente en previsiones posteriores (también de PwC): en 2008 se rebajarían al año 2035 y en 2011 se indicaba ya que sería antes del 2020. En 2012, la OCDE afirmaba ya que esa fecha sería el 2016. Pues bien, como decía antes, el futuro ya está aquí porque en este mismo año de 2014, el Fondo Monetario Internacional ha situado a China como la primera potencia económica mundial midiendo su PIB en términos de Paridad de Poder Adquisitivo o de compra.

Pero el futuro no ha llegado sólo para China y Estados Unidos, sino también para los Estados miembros de la Unión Europea. Las previsiones iniciales a que antes hacíamos referencia situaban también en el 2050 la fecha en la que se consolidaría una pérdida dramática de posiciones en la escala de poder económico global para las potencias europeas: Alemania ocuparía entonces la novena posición (siempre midiendo el PIB en términos de PPA), seguida de Reino Unido y Francia en los

puestos 11 y 12, mientras que Italia y España ocuparían las posiciones 15 y 18 respectivamente.

Pues bien, con 36 años de antelación, España ocupa ya una posición inferior a la prevista para 2050, la 16, mientras que Italia ha pasado ya al puesto 12, el Reino Unido al 10, Francia al 8 y tan sólo Alemania se mantiene en el puesto 5, pero con una tendencia clara a ser superada en los próximos años por otros países emergentes. Si tenemos en cuenta el estancamiento económico en Europa no cabe duda de que ese futuro ya problemático que se está adelantando unos treinta años se verá superado por una situación todavía más difícil para los Estados miembros de la Unión Europea en muy poco tiempo.

A los Estados miembros de la UE no le queda mucho margen para reaccionar y promover una integración sustancialmente más intensa si quieren realmente poder hacer frente a los retos actuales y venideros de la globalización y de los cambios de poder que se están generando en el mundo de una manera tan extremadamente rápida. Frente al egoísmo nacional de los Estados hay que seguir defendiendo la solidaridad europea como el único camino que nos permitirá garantizar los derechos y el bienestar de la ciudadanía europea.

Muy relacionada con la cuestión de la garantía de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos está la de la dimensión del sector público, que sigue ocupando la parte monográfica de nuestra revista en este número 22, dedicada nuevamente a “La dimensión de la Administración Pública en el contexto de la globalización”. En esta sección se incluyen los trabajos de Angelo Schillaci “Crisis económica, participación y reformas de las Administraciones Públicas”, el de Tommaso Nicola Poli sobre “Las transformaciones de la Administración Pública entre Constitución formal y Constitución material” y el de Francesco Corfiati relativo a “Los proyectos de reforma de la Administración y del sector público desde el comienzo de la crisis económica: el apogeo de la austeridad”.

A esos trabajos se une, desde otra perspectiva, el de Yan Tianqin acerca de “Las reformas administrativas chinas en el contexto de la globalización”. En el año en que China ha pasado a ocupar la primera posición económica mundial nos parece especialmente afortunado que podamos publicar en nuestra revista el trabajo de esta investigadora del Centre of European Studies (University of Sichuan) y colaboradora de nuestro Centre of Excellence on European Integration and Globalization, Ei&G.

La sección de artículos está encabezada por el texto del Profesor Wolfgang Hoffmann-Riem “Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la sociedad de la información”, con una traducción “de

lujo”, si se nos permite la expresión, realizada por el Profesor Antonio López Pina y por Angelika Freund. Sigue el trabajo del Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Málaga, José Ramón Polo Sabau “El diálogo entre la Unión Europea y las confesiones religiosas tras el Tratado de Lisboa (A propósito de la Decisión del Defensor del Pueblo Europeo de 25 de enero de 2013)”. Cierra esta sección el artículo de Laura Frosina, Profesora de la Universidad “La Sapienza” de Roma y colaboradora de nuestro Centro de Excelencia Europeo, sobre “Regiones y Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. El Comité de las Regiones, los Parlamentos regionales y el desafío de la «Multilevel Governance»”.

La sección de Perfiles está dedicada en esta ocasión al Presidente de Honor del Consejo Asesor de la Revista de Derecho Constitucional Europeo, el Profesor Peter Häberle, con un hermoso texto preparado por uno de sus discípulos, Lothar Michael, Catedrático de Derecho Público de la Universidad Heinrich Heine de Düsseldorf, con motivo del 80 aniversario del Maestro alemán, que tuvimos ocasión de celebrar en un emotivo e interesante Congreso celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa el 13 de mayo de 2014.

En el apartado de Textos Clásicos, incluimos un texto de otro insigne jurista alemán, el que fuera Profesor y Magistrado del TCFA, Gerhard Leibholz: el “Informe al Pleno del Tribunal Constitucional Federal sobre la cuestión de su estatus” y en el que, como indica el traductor del trabajo, el Profesor Miguel Azpitarte, se fijaron las líneas maestras de esta institución, que ha servido de modelo posteriormente a otras jurisdicciones constitucionales.

En la Sección de Jurisprudencia publicamos el comentario de Luis I. Gordillo Pérez y de Ariane Tapia Trueba, de la Universidad de Deusto titulado “Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni”. En la de Legislación, preparada por María Luisa Balaguer Callejón, se recogen relevantes referencias normativas europeas.

El Foro incorpora un sugerente trabajo del Profesor Vasco Pereira da Silva, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, con un título heterodoxo e inspirador: “Las princesas árabes de Granada y la Constitución Europea” en el que se “revisita” el debate crucial de la constitucionalización de la Unión Europea en relación con el Tratado de Lisboa como Constitución Europea.

El apartado dedicado a Noticias de Libros contiene dos referencias fundamentales, como son, por un lado, la del Libro de Peter Häberle, *Der kooperative Verfassungsstaat – Aus Kultur und als Kultur. Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre*, Duncker&Humblot, Berlín, 2013, realizada por Miguel Azpitarte Sánchez y la del libro de Bruce Ackerman, *We the People. Volume 3. The Civil Rights Revo-*

lution. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. 2014, realizada por Tomás Requena López.

No podemos terminar esta Presentación sin agradecer nuevamente al Instituto Andaluz de Administración Pública su contribución decisiva a la publicación de esta Revista. Igualmente querríamos expresar nuestra gratitud a las otras instituciones e instancias que ayudan a su edición: en la Comunidad Autónoma de Andalucía, al Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía “Andalucía, la Unión Europea y el Estado Social” y al Proyecto de Investigación de Excelencia SEJ-4931: “Reformas estatutarias y desarrollo estatutario en el marco de la Unión Europea”. En el ámbito nacional, a la Fundación Peter Häberle y al Proyecto de Investigación DER2010-19863: “Los Derechos Fundamentales en el contexto de un mercado único” (a sustituir por el nuevo). En el europeo, a la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo, a la Cátedra Jean Monnet “ad personam” de Derecho Constitucional Europeo y Globalización y al Centre of Excellence on European Integration and Globalization, Ei&G.

Francisco BALAGUER CALLEJÓN

*Catedrático de Derecho constitucional*

*Catedrático Jean Monnet ad personam*

*Director del Centre of Excellence on European Integration and Globalization, Ei&G*

# Estudios

---



# CRISIS ECONÓMICA, PARTICIPACIÓN Y REFORMAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS\*

ANGELO SCHILLACI\*\*

## SUMARIO

1. Diagnóstico de la situación.
2. Posibles reformas de la Administración pública.

## 1. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN

La reflexión acerca del estado y de las reformas de las Administraciones públicas en perspectiva comparada y desde el punto de vista del Derecho constitucional asume una gran relevancia en el contexto de la crisis económica global.

Como es bien conocido, la evolución histórica de la ciencia del Derecho Público ha sido, durante un tiempo muy largo, unitaria, y sólo a partir de los años veinte del siglo pasado se ha desarrollado una clara diferenciación entre «Staatsrecht» y «Verfassungsrecht», debido básicamente a la evolución de la función integradora de las Constituciones en el contexto del Estado democrático pluralista. De esta forma, la ciencia del Derecho Administrativo y del Derecho constitucional han seguido caminos paralelos, ambas inspirándose –en extrema síntesis– en la exigencia de reflexionar de manera crítica acerca del poder, de sus formas, de su legitimación, de sus límites y, no por último, de la protección de los derechos de los ciudadanos frente a su ejercicio.

En este marco común, ha habido constitucionalistas atentos a la fundación constitucional del Derecho administrativo, y a su incidencia en las dinámicas del principio de dirección política y más aún en la concreta actuación de lo que en Italia se ha acertadamente definido «indirizzio politico costituzionale», así como ha habido

\* Este trabajo reproduce, con unas ampliaciones y notas mínimas de bibliografía, la ponencia impartida con ocasión del Congreso internacional sobre “La dimensión de la Administración Pública en el contexto de la globalización”, que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada en los días 11 y 12 de febrero de 2014.

\*\* Investigador. Universidad de Térao (Italia).

administrativistas muy sensibles a las implicaciones constitucionales del Derecho Administrativo y a su fundamental función de desarrollo de los principios constitucionales.

En una perspectiva constitucional es posible trazar, no tanto propuestas concretas de reforma, sino un marco de principios y líneas temáticas, que encuadren las intervenciones puntuales de reforma.

Como advertencia preliminar, se ha de recordar que la Administración es, básicamente, ejecución de decisiones legislativas<sup>1</sup>, por lo que se hace necesario enmarcar la reforma de la Administración en un marco de opciones políticas claras, y sobre todo adecuadas a la situación actual: ¿cómo obtener una Administración que fomente los derechos sociales y la igualdad si las decisiones políticas que les preceden se apartan de esos presupuestos? ¿Podemos considerar suficientes los principios rectores de la economía y la sociedad enunciados por las Constituciones y los Tratados de la Unión europea, si no concurre la capacidad política para implementarlos? No obstante, hay que ser conscientes de que, en todo caso, esos principios pueden integrar el parámetro para enjuiciar actuaciones públicas<sup>2</sup>. Y, sin duda, hemos de preguntarnos qué idea de Administración pública, qué modelo de organización y actuación favorece la eficiente realización de esos principios y de las políticas que tienen que conllevar, o cuál sea la solución posible para incrementar la legitimación de la Administración, más allá del principio tradicional de la reserva de ley.

El Derecho Administrativo de la segunda mitad del Siglo XX ha sido, sin duda, una herramienta fundamental en el desarrollo del constitucionalismo del Estado social. La disciplina del procedimiento administrativo, la evolución de la reserva de ley, la incidencia sobre la configuración del Derecho Administrativo de la enorme ampliación de servicios públicos y competencias del Estado y de los demás niveles de gobierno, han incidido increíblemente en la garantía de la efectividad de los derechos sociales. Es más, se podría afirmar que sin una Administración fuerte —«pesante», diría en italiano— como a la que nos hemos acostumbrado hasta la mitad de los noventa, no hubiera habido ningún Estado social y los derechos sociales se habrían sido ineficaces. Ningún derecho a la salud, sin sanidad pública garantizada; ningún derecho a la educación, sin sistema público de instrucción; pero también ningún derecho a la circulación sin transporte público y ninguna promoción de la igualdad

<sup>1</sup> Aún si con matices en cuanto a la capacidad real de incidencia sobre la actuación/inactuación en concreto, v. L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, CEDAM, 1974.

<sup>2</sup> Véase al respecto la doctrina del Tribunal constitucional portugués en relación a las medidas de austeridad debidas a la crisis, y en particular el Acordão n. 353 de 5 de julio de 2012, en [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

en sentido material sin providencias públicas, incentivos públicos al trabajo, etc<sup>3</sup>. Como ha destacado Augusto Aguilar, la Administración en el Estado constitucional del siglo XX en Europa ha sido básicamente una Administración “social y democrática de Derecho”<sup>4</sup>. También ha sido apuntado por Anna Margherita Russo que el sector público ha sido y sigue siendo un actor económico fundamental<sup>5</sup>.

Este cuadro de referencia –tan familiar y cómodo para los constitucionalistas– ha sido puesto en crisis, primero por los procesos de globalización y luego, en los últimos años, por la crisis del neocapitalismo financiero. Los Estados –al menos los Estados nacionales europeos– han salido muy debilitados por el proceso de globalización, y la reacción a este proceso ha sido la de un adelgazamiento progresivo del sector público a través de operaciones masivas de liberalización y privatización: el mismo proceso de integración europea que constituye también una respuesta a ese debilitamiento, no ha conseguido hacer otra cosa que gestionar (y, lo que es peor, impulsar) liberalizaciones y privatizaciones según la idea de que –frente a la imposibilidad de seguir financiando el sector público– sólo la apertura a la competencia y al mercado puede garantizar calidad de los servicios, precios competitivos y efectividad de los derechos. Del Estado intervencionista en el mercado, se ha pasado al Estado regulador, con todos los problemas que la efectividad de la regulación y del control han provocado<sup>6</sup>.

La crisis, como es obvio, lo ha complicado todo, demostrando que el mercado no tiene todas las respuestas y que, en ausencia de una eficaz función de coordinación y regulación de las actividades económicas, las llamadas quiebras del mercado o, como en nuestro caso, el derrumbe del sistema global de financiación de las actividades económicas tienen efectos muy intensos sobre el sistema, como los que estamos viviendo.

Al mismo tiempo, la respuesta a la crisis ha sido –por así decirlo– muy poco imaginativa y algo esquizofrénica. Básicamente, se ha seguido en la misma ruta, adelgazando una vez más lo público, por cierto ya muy adelgazado, confundiendo

<sup>3</sup> A este respecto v. por todos, P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, en particular p. 123 ss.

<sup>4</sup> A. AGUILAR CALAHORRO, “La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas en España”, *ReDCE*, nº 20.

<sup>5</sup> A. M. RUSSO, La dimensión del sector y de las administraciones públicas en Italia. ¿Una película centralizadora en rodaje?, *ReDCE*, nº 20.

<sup>6</sup> V. G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, CEDAM, 2011; Id., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, CEDAM, 2003; S. CASSESE (dir.), *La nuova Costituzione economica*, Bari, Laterza, 2012.

adelgazamiento con eficiencia administrativa e ignorando por completo los efectos de los cortes de gastos públicos en relación con la garantía de principios constitucionales fundamentales como igualdad y promoción social: y se ha olvidado, al mismo tiempo, que no todos los gastos públicos son antitéticos respecto al libre desarrollo de la economía (en este sentido, piénsese en los efectos positivos de los gastos en materia de educación, como subraya Augusto Aguilar<sup>7</sup>), pero también que el PIB no es el único indicador de riqueza de una nación.

Recortes horizontales –es decir, indiferentes a la concreta situación del ámbito de Administración afectado, de su función, de sus exigencias– se han acompañado con más privatizaciones, pero también con iniciativas de reformas incluso más graves –según mi parecer– como la que está afectando, en Italia y no sólo, a la Administración de la Justicia y que es un buen ejemplo de lo que no debería hacerse de ninguna manera.

En este sector, en particular, se están intentando reducir los costes dificultando cada vez más el acceso a la Justicia, aumentando las tasas, conforme a la idea de que la administración eficaz de la Justicia –civil y administrativa, sobre todo– no sea un instrumento de protección de los derechos, sino principalmente un indicador de la llamada competitividad económica del país: cuánto más rápida y eficaz es la Administración de la Justicia, se afirma, tanto más subirán las inversiones de grandes compañías industriales en el país. Y ¿cuál es el instrumento más rápido y eficaz para aumentar la eficiencia del sistema?: ¿cerrar el acceso subiendo las tasas? Al mismo tiempo, se van impulsando cada vez más los llamados «ADR» –instrumentos de resolución de controversias alternativos a la jurisdicción pública– muy a menudo sin garantizar el adecuado nivel técnico de los organismos de mediación (por ejemplo, reservando su puesta en marcha a técnicos del derecho, como los abogados) y sin prever nada acerca de los costes de estos procedimientos alternativos.

El Estado, en suma, está privatizando también la Justicia, haciendo abdicar así una función central en su desarrollo histórico –función unificadora por excelencia y garantía de igualdad– en favor de los privados. Los efectos son, como es obvio, una quiebra importante en la efectividad de la tutela judicial de los derechos y, sobre todo, una insuficiente protección de los más débiles (piénsese en los consumidores) frente a los poderes económicos privados representados por grandes compañías industriales, que siempre tendrán recursos para acceder a la justicia, tanto pública, como privada.

Al mismo tiempo, la situación de emergencia ha provocado respuestas algo esquizofrénicas, en particular por lo que se refiere a la relación entre liberalizaciones

<sup>7</sup> Op. cit.

e intervención autoritaria del poder público en las actividades económicas. Pienso, por ejemplo, en el tema, muy debatido en Italia, de la liberalización del sector de los servicios profesionales: sin llegar a la abolición de los Colegios profesionales, el Gobierno ha intentado llevar a cabo una reforma de los ordenamientos profesionales en aras a la promoción de la competencia en la prestación de los servicios. Ésta se ha traducido, básicamente, en una reducción de los poderes de los Colegios profesionales –que en Italia son entes públicos con base asociativa– en favor del poder público de control, y en la eliminación de los baremos vinculantes. Por un lado, esto ha supuesto una quiebra del tradicional principio de autonomía funcional de los colegios profesionales, organismos de autocontrol, representativos de la comunidad histórica de los profesionales de cada sector y tradicionalmente funcionales en el control de la calidad y de la honorabilidad de la profesión, con una quiebra del principio de subsidiariedad horizontal; por otro lado, la liberalización de los costes, así como de la publicidad informativa acerca de los servicios profesionales (la cual, anteriormente, era supervisada por los colegios) no se ha acompañado de adecuadas formas de control público, con garantía de los consumidores. También en este caso ha prevalecido la fe ciega en las virtudes del mercado, y en el valor simbólico de la liberalización de un sector tradicionalmente (auto-)controlado<sup>8</sup>.

A luz de lo anterior, la pregunta fundamental es la siguiente: puesto que es muy difícil volver al Estado social de la segunda mitad del siglo XX –porque ha cambiado el Estado, y, sobre todo, porque ha cambiado el sistema económico– ¿existe una manera para seguir garantizando, de forma equivalente, el desarrollo de las funciones de la Administración social y democrática de derecho? Es decir, ¿hay modo de seguir garantizando una relación positiva entre actuación administrativa, control de las actividades económicas, corrección de los desequilibrios del mercado, y promoción de los derechos sociales?

## 2. POSIBLES REFORMAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La primera línea temática alrededor de la cual es posible imaginar reformas de la Administración pública es el gran tema de la relación entre el poder público y el mercado<sup>9</sup>. No hay que olvidar, efectivamente, que la intervención pública en el mercado ha actuado, en los últimos cincuenta años, como balance en la relación entre

<sup>8</sup> Al respecto v., por todos, G. COLAVITTI, *La libertà professionale tra Costituzione e mercato: liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2012.

<sup>9</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003 (segunda edición); AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

competencia y efectividad de los derechos sociales: ese mismo balance se encuentra codificado, además, en algunas Constituciones nacionales (piénsese, en particular, al art. 41, ap. II, de la Constitución italiana, ahí donde afirma que la libertad de empresa no puede desarrollarse con lesión de la utilidad social, de la libertad, de la dignidad y de la seguridad humana). Por otro lado, aún sin centrarse en los derechos sociales, el mismo Tribunal de Justicia de la UE reconoce la necesidad de ponderar entre libertades económicas y derechos fundamentales; y el Derecho derivado de la Unión, en el intento de armonizar la gestión de los servicios públicos, garantiza de alguna forma el acceso a los llamados servicios universales<sup>10</sup>.

La crisis no puede llevarnos a renunciar a este patrimonio, es decir, a la construcción equilibrada de la relación entre poder público y mercado. Sin embargo, hay que destacar que la interpretación ideológica prevalente de la crisis sigue estando centrada en el principio de la estabilidad económica y presupuestaria —que se tiene que garantizar a través de recortes en los gastos públicos y consecuente reducción de la financiación de las políticas sociales— con exclusión de cualquier posibilidad de inversión pública en políticas que sean funcionales para el desarrollo y la protección de los sectores sociales más débiles<sup>11</sup>.

La ideología de la estabilidad es funcional a la autonomía del mercado, en sentido esencialmente neoliberal: garantizar el equilibrio en el presupuesto público y la estabilidad del sistema económico debilitando el papel de la intervención pública en la economía, para garantizar al mercado su espacio de autonomía, en la esperanza de que un mercado en situación de competencia perfecta realice por sí mismo la justicia social.

El constitucionalismo democrático y social del siglo veinte ya nos ha mostrado que ésta no es la manera correcta para afrontar la relación entre ordenamiento jurídico y mercado: a pesar de los problemas en la articulación concreta de las políticas sociales —que sin embargo han representado un éxito histórico sin precedentes y un patrimonio que no se ha de perder— y sobre todo del gran problema de los costes del Estado social, los principios siguen vigentes y hay que recuperarlos también en la interpretación de la actual situación de crisis. Sigue vigente, en particular, la idea fundamental de la economía social de mercado, según la cual la autonomía del

<sup>10</sup> V. al respecto P. RIDOLA, “Diritti di libertà e mercato nella Costituzione europea”, en Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 139 ss.

<sup>11</sup> Véase F. BALAGUER CALLEJÓN, “Crisi economica e crisi costituzionale in Europa”, *Ko-rEuropa*, núm. 1/2012, pp. 83 ss., (<http://www.unikore.it/index.php/francisco-balaguer-callejon-crisi-economica#.Uz6nOdxYvFE>); publicado también en B. ANDÒ – F. VECHHIO (Dir.), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 333 y ss.

mercado no garantiza –por sí sola– la promoción social, la efectividad de los derechos sociales y la igualdad material, y es necesario que las administraciones públicas desarrollen un papel de equilibrio.

Las que tienen que cambiar, sin embargo, son las herramientas jurídicas de la intervención pública: y en efecto, la planificación económica pública, así como la gestión pública directa de actividades económicas ya no son sostenibles (tanto por sus costes, como por la actual proyección transnacional de los mercados); pero sí se puede imaginar una intervención a través de instrumentos eficaces de control y, sobre todo, fundadas en políticas de igualdad y redistribución de la riqueza, tanto a nivel nacional como europeo.

Es ésta, entonces, la primera línea temática en la cual se podrían enmarcar las reformas de la Administración: sin renunciar a la autonomía del mercado y a las privatizaciones, reforzar los controles sobre los sectores privatizados, sobre todo con respecto a las concentraciones de poder económico privado y los efectos antisociales de las privatizaciones (en particular, en el área de los servicios, con respecto al control de los costes y de las condiciones de acceso a los mismos). En este sentido, hay que seguir en la senda trazada por la institución de agencias independientes para el control de los mercados de servicios privatizados, intentando al mismo tiempo: a) primero, fortalecer la independencia efectiva de las agencias, no tanto frente al poder público o a los gobiernos, cuanto a los poderes privados; b) segundo, integrar también entre los objetivos de la función de control la garantía de la efectividad de los derechos sociales en el acceso a los servicios antes gestionados por el Estado; c) hacer cada vez más efectiva y exigible la responsabilidad de los miembros de las agencias («accountability») y la justiciabilidad («judicial review») de sus actos en las dos vertientes: la participación de la ciudadanía en los procesos de decisión de las agencias; y previendo, sin excepciones, la justiciabilidad de los actos frente a un juez imparcial<sup>12</sup>.

La dirección podría ser, con todas las dificultades que se pueden imaginar, la de una sinergia –o cooperación– entre lo privado y lo público, en vista de una nueva vertebración de la relación entre administración y mercado, fundada en la responsabilidad social. Más en profundidad, entonces, hay que preguntarse si no sería viable la tentativa de superar la tradicional separación rígida entre lo público y lo privado, a favor de la noción más elástica y amplia de común.

<sup>12</sup> Véase al respecto al menos M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Bari, Laterza, 2007; R. MANFRELLOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato: programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2012, pero también M. D'ALBRTI – A. PAJNO (dir.), *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010.

La distinción rígida entre esfera pública y esfera privada, como es bien sabido, nace con el constitucionalismo liberal, en aras a la mejor protección de la libertad de los privados frente al ejercicio del poder: la delimitación de lo público nace, precisamente, como respuesta a la confusión entre esfera pública y esfera privada, típica del Antiguo Régimen, una respuesta profundamente conectada, sin embargo, con el llamado pensamiento por separaciones y por categorías típico del racionalismo europeo post-cartesiano<sup>13</sup>. El conflicto se interpreta como oposición, pero la oposición mantiene la estructura conflictiva del espacio público: esto se ve muy bien –en síntesis extrema– incluso en la problemática (re-)integración de la esfera privada en la esfera pública, propia del pluralismo y típica de la «Verfassungslehre» del Siglo XX. Problemática, porque no se veía otra alternativa a la autonomía de lo privado que no coincidiera con su progresiva inclusión en lo público<sup>14</sup>. Hay que volver, entonces, a reflexionar con gran atención acerca de la misma separación entre privado y público. Esto, como es evidente, afecta enormemente al papel de las Administraciones y la reforma de su organización y de sus formas de actuación.

Y efectivamente, con respecto a la relación entre Administración pública y dinámicas económicas– si nos mantenemos en la perspectiva de la separación –sólo se presentarán dos alternativas: por un lado, el fortalecimiento de la autonomía del mercado y, por otro, la intervención directa de las Administraciones públicas en las dinámicas económicas. Pero ambas han fracasado. Los Estados nacionales y sus articulaciones internas ya no tienen la fuerza económica y política para gestionar los servicios públicos garantizando el libre acceso sin excepciones; y la Unión europea en su actual nivel de desarrollo (o involución) no va más allá de la coordinación entre administraciones nacionales. Al mismo tiempo, la otra alternativa –es decir, una completa y descontrolada liberalización, sin atención hacia la efectividad de los derechos sociales– tampoco es una opción viable, al menos en el marco del Estado constitucional. Así las cosas, los servicios públicos no se pueden confiar al Estado, ni se pueden dejar al mercado competitivo. Destacar el papel de la Administración en la composición de esta alternativa no es tarea fácil, pero sí es el camino que se ha de andar.

La noción de lo común, tal y como ha sido elaborada por la filosofía política<sup>15</sup>, tiene el objetivo de superar esta separación rígida, abriendo nuevos espacios de ac-

<sup>13</sup> V. C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, Milano, Giuffrè, 1989.

<sup>14</sup> V. P. RIDOLA, “Prime riflessioni sulla “spazio pubblico” nelle democrazie pluralistiche”, en Id., *Diritto comparato...*, cit., págs. 31 sigs.

<sup>15</sup> V. por todos, M. HARTD, A. NEGRI, *Comune*, Milano, Rizzoli, 2010.

tuación política para la que se denomina “gente”: en esta perspectiva, público es, en primer lugar, lo que es común. Piénsese, desde un punto de vista jurídico, en la reflexión acerca de los bienes comunes, en lo que significa la disciplina jurídica de los recursos naturales y el acceso a servicios esenciales para una mejor calidad de la vida<sup>16</sup>; en este sentido, se ha recuperado una tradición paralela a la centrada en el papel de la propiedad privada (y en la consiguiente separación con lo público), la de los llamados bienes comunes o propiedades comunes típica, por ejemplo, de la tradición italiana premoderna<sup>17</sup>.

Es una interesante perspectiva que aquí solo podemos mencionar en síntesis: pero hay que destacar que el interés y el bien común se perciben y se gestionan de manera distinta respecto al interés y al bien público, precisamente porque no hay separación, sino corresponsabilidad, responsabilidad común en la gestión de esos bienes e intereses.

Pero, ¿se puede superar la idea de que el sector público sea el único guardián de los intereses generales y que, a su vez, la salvaguarda de los intereses y de los bienes comunes se confíen al ejercicio de formas autónomas y espontáneas de autorregulación? Esta perspectiva, claro está, se sitúa en la misma senda de enfrentamiento con el sólo cambio de uno de los términos (autorregulación comunitaria en vez de esfera privada como concepto formal) y, a nivel radical, como es obvio, puede proporcionar incluso resultados anarquistas.

Sin embargo, es posible encuadrar en esta perspectiva también el desarrollo del papel de las administraciones públicas. El problema, en efecto, es el de siempre: la relación entre autoridad y libertad, el papel de la libertad personal y de la autonomía social en la gestión de lo que es común. Pero, esta relación se abarca, ahora, superando la separación y oposición entre ellas, y deteniéndose en su posible integración a través de la cooperación: la Administración, desde esta perspectiva, no es algo separado de la ciudadanía. La Administración –igual que en el concepto de organización del Estado asumida, por ejemplo, en la «Staatslehre» de Hermann Heller– está inmersa en una red de relaciones sociales (el llamado «social capital») y a esta red tiene que abrirse. En este sentido, sí se puede recuperar el papel de la Administración, en particular por lo que se refiere a la necesaria orientación de la gestión de los bienes e intereses comunes hacia los valores constitucionales de igualdad y promoción social,

<sup>16</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, il Mulino, 2013, en particular pp. 459 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni: un manifesto*, Bari, Laterza, 2011; A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma, Ediesse, 2012.

<sup>17</sup> P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, ES, 2006.

pero no en una perspectiva de separación, sino de relación cooperativa. Se trata, al fin y al cabo, de volver –con conciencia de los cambios en el contexto social, económico y político– a la reflexión acerca de la participación en la actuación administrativa, como forma positiva de ejercicio de los derechos fundamentales y cauce de legitimación de las Administraciones, más allá de la reserva de ley.

Y, efectivamente, la apertura de las Administraciones públicas y de sus procesos de decisión a la ciudadanía ya ha sido muy trabajada por la doctrina jurídica del constitucionalismo social, al menos a partir de los años setenta del siglo veinte: en Alemania piénsese, en primer lugar, en Peter Häberle que ya en su trabajo «Grundrechte im Leistungsstaat», de 1970, teorizó el «status activus processualis» –es decir, la participación ciudadana en los procedimientos administrativos de decisión acerca de la limitación de derechos fundamentales– como nueva dimensión de la relación entre ciudadanos y poder público a través del ejercicio positivo de los derechos<sup>18</sup>. Pero piénsese también, en Italia, en la obra fundamental de Feliciano Benvenuti, que construye –precisamente alrededor de la participación– un nuevo concepto de administración y de nueva ciudadanía. Esta senda de estudios tiene que ser retomada y desarrollada en consideración de las nuevas dimensiones del papel de las administraciones públicas<sup>19</sup>.

Así, habrá que considerar las nuevas vertientes verticales de la actuación administrativa –regionales, locales, supranacionales, según lógicas de subsidiariedad vertical– pero también el papel de los privados. En una lógica subsidiaria horizontal, efectivamente, la intervención de los privados en la gestión de los servicios es esencial, en particular frente a una administración pública que ya no tiene la capacidad política y económica para hacerlo. Pero el mismo principio de subsidiariedad horizontal no podrá seguir interpretándose a partir de la separación/oposición entre lo privado y lo público: más bien habrá de centrarse en la distinta lógica de la integración, de la cooperación y co-participación, pero sobre todo de la corresponsabilidad, al menos en relación con los bienes y servicios de interés común. La capacidad económica privada en la gestión de servicios y bienes comunes tendrá entonces que volver a ser, en primer lugar, fuente de responsabilidad social para los actores econó-

<sup>18</sup> P. HÄBERLE, “Grundrechte im Leistungsstaat“, en *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Grundrechte im Leistungsstaat/Die Dogmatik der Verwaltungsrechts vor den Gegenwarts Aufgaben der Verwaltung*, Berlin-New York, De Gruyter 1972, pp. 43 y ss., trad. it. “I diritti fondamentali nello Stato delle prestazioni“, en P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milán, Giuffré, 2003, pp. 133 y ss.

<sup>19</sup> V. por ejemplo F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino: tra libertà garantita e libertà attiva*, Venecia, Marsilio, 1994.

micos, con márgenes lucrativos razonables; y habrá que estudiar formas de sinergia, de gestión integrada de los servicios y bienes comunes que unan a la capacidad económica de los privados formas eficaces de control frente a eventuales concentraciones de poder económico en sus manos, pero también formas de participación de las comunidades interesadas en la gestión del bien común y del servicio (en este sentido, la subsidiariedad horizontal irá de mano con la vertical, en la medida en que serán los niveles de gobierno locales los más indicados para coordinar la gestión integrada de los servicios).

A través de la gestión integrada de los servicios públicos –ya servicios comunes– podría profundizarse en la legitimación misma de la administración reguladora: en un sistema de gestión integrada, efectivamente, la administración pública podría sin duda proporcionar un espacio de acuerdo entre los distintos actores (los privados y las comunidades) pero también garantizar oportunas formas de control sobre los poderes privados.

En este sentido, es muy interesante la reciente ley n. 5 de 2014 de la Región Lazio, relativa a la protección, gobierno y gestión pública del agua. Partiendo de la definición del agua como “bien común natural y derecho humano universal” (art. 2), la ley proclama el carácter público del agua, y al mismo tiempo declara que no se podrá utilizar el agua misma como objeto de comercio, al tratarse de un recurso que hay que “salvaguardar y utilizar según criterios de solidaridad” (art. 2, ap. II).

Sin embargo, el carácter público del agua y la vocación solidaria de su gestión no se traducen en un modelo de gobierno íntegramente centralizado en manos de la Administración, sino en la calificación del servicio hídrico como servicio de interés general, gestionado en el respeto de los principios constitucionales, sin finalidad de lucro, según el principio del equilibrio presupuestario y persiguiendo objetivos de protección social y medioambiental (art. 4). Eso conlleva la relevancia central, en el sistema trazado por la ley, de la participación ciudadana en la gestión del servicio hídrico, así como la importancia menor del mercado y del interés económico en la gestión del servicio. En primer lugar, en el art. 2, ap. VII se afirma que la aplicación del principio de libre competencia no es obligatorio, si no es objeto de decisión por las Administraciones competentes en materia de gestión del servicio hídrico integrado; al mismo tiempo, el art. 3 prevé que cada dos años se elabore un presupuesto hídrico participativo («bilancio idrico partecipato»), con el objetivo de mantener un balance entre consumo y reconstitución del patrimonio hídrico. La naturaleza participativa del procedimiento de elaboración del presupuesto hídrico no se refiere solamente a la participación del conjunto de las Administraciones competentes, sino también a lo dispuesto por el art. 14 de la Directiva 2000/60 CE con respecto a la

participación democrática, a la información y consulta pública, y al Convenio de Aarhus, relativo también a la participación pública en los procesos de decisión en materia medioambiental (art. 3, ap. III). En la misma perspectiva, el art. 8 (“Gobierno participado del servicio hídrico integrado”) prevé que, en aras de asegurar un gobierno democrático del servicio, las Administraciones locales disciplinan en sus estatutos y reglamentos instrumentos de participación activa de la ciudadanía y de los trabajadores del sector en los procesos de decisión fundamental en lo concerniente a planificación, programación, gestión y control del servicio.

La ley n. 5 del 2014 se toma en serio la declaración del agua como bien común y, si bien proclama la naturaleza pública de los bienes conectados con la gestión del servicio (art. 6, ap. II), no configura dicha gestión como servicio público en sentido tradicional, sino más bien como servicio de interés general que tiene el objetivo de asegurar que un bien común se comparta según criterios de solidaridad, incluso entre las generaciones (art. 2, ap. II). Como hemos visto, eso conlleva, en primer lugar, la exclusión de cualquier finalidad lucrativa y la financiación del servicio a través de recursos públicos y un baremo regional; pero, sobre todo, supone la apertura de los procesos de decisión pública a la participación ciudadana, con el objetivo de profundizar en la legitimación de la acción administrativa y mejorar, en definitiva, las prestaciones de la relación integradora fundamental entre democracia y derechos.

Como ejemplo de una sinergia aún más intensa entre el sector público y el privado, podríamos considerar, como conclusión, la reforma sanitaria llevada a cabo en EE. UU. por el Presidente Obama. Aún habiendo dado lugar a un debate muy intenso –y no sin dificultades– la reforma ha superado el juicio del Supremo y ha iniciado finalmente su camino<sup>20</sup>. Ella se funda en dos elementos, básicamente sinérgicos. En primer lugar, se apuesta por una ampliación significativa del acceso gratuito al sistema sanitario, con intervención directa del poder público: el sistema «Medicaid», que antes se limitaba a unas categorías individuales de personas con discapacidades, se extiende ahora a todos los ciudadanos que queden por debajo de un cierto nivel patrimonial. En segundo lugar, y también en aras a la financiación de la primera serie de intervenciones, se obliga la ciudadanía a contratar un seguro sanitario previendo, para el caso de no cumplimiento de la obligación, el pago al erario de una suma correspondiente al seguro, que servirá para financiar la ampliación del «Medicaid»: una penalidad que corresponde, en sustancia, a un impuesto indirecto, incentivo para contratar el seguro. El Supremo, sin embargo, ha considerado tam-

<sup>20</sup> V. al respecto C. BOLOGNA, “Il caso “Sibelius” sulla riforma sanitaria: il federalismo alla prova dell’ «accountability»”, en *Quaderni costituzionali*, 2013, págs. 371 sigs.

bién su naturaleza de «shared responsibility payment», es decir, pago co-responsable, elemento de un mecanismo de regulación económica comprensiva: así, por un lado, contratando el seguro, los ciudadanos financian de manera indirecta el sistema (bajando los costes, facilitando el pago de los incentivos) y, por otro, no cumpliendo la obligación, acaban financiando directamente la extensión del «Medicaid».

El análisis de la reforma (y de la decisión del Supremo), como es obvio, tendrían que ser mucho más detenidos, y sobre todo dar cuenta de los problemas de realización que la reforma va encontrando, en particular por lo que se refiere a la relación entre Federación y Estados miembros (que es la segunda parte de la decisión del Supremo, desfavorable a la reforma). Sin embargo, hay que destacar, para nuestros fines, que la reforma sanitaria Obama, sin volver a soluciones parecidas a las del «New Deal» de Roosevelt, abarca el problema de la garantía del derecho a la salud superando la oposición entre autonomía privada e intervención pública en clave sinérgico-cooperativa, contribuyendo así a un diseño original de la misma forma de Estado.

### **Resumen**

*En este artículo se analiza la posición que deben tener las administraciones públicas en un contexto de crisis económica. Se defiende la necesidad de un nuevo marco de sinergias entre lo público y lo privado para lograr un modelo en el que los derechos de los ciudadanos sean debidamente desarrollados y protegidos.*

**Palabras clave:** Constitución, Estado social, Administraciones Públicas, Sector Privado, Sector Público, Derechos.

### **Abstract**

*In this article the author focus on the position that public administrations should have in a context of an economic crisis. He defends a new framework of synergies between public and private sectors to achieve a model in which the rights of citizens are properly developed and protected.*

**Key Words:** Constitution, welfare state, Public Administration, Private Sector, Public Sector, Rights.

Recibido: 1 de marzo de 2014

Aceptado: 1 de abril de 2014



# LAS TRANSFORMACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ENTRE CONSTITUCIÓN FORMAL Y CONSTITUCIÓN MATERIAL

TOMMASO NICOLA POLI\*

## SUMARIO

1. Introducción: Intentos de definición y marco general.
2. Algunas consideraciones desde la reciente crisis económico-financiera: la crisis de normatividad de las Constituciones del Estado social y democrático de derecho.
3. La proliferación de los aparatos públicos frente a la transformación de la sociedad.
4. Un nuevo “horizonte” para la Administración pública.
5. La transferencia de funciones administrativas a los ciudadanos: el principio de subsidiariedad.
6. La introducción de modelos privatistas y las Autoridades administrativas independientes.
7. La deslocalización territorial de las funciones administrativas.
8. La constitucionalización del equilibrio presupuestario y la renovada centralización: el Estado de nuevo protagonista.
9. Observaciones finales.

## 1. INTRODUCCIÓN: INTENTOS DE DEFINICIÓN Y MARCO GENERAL

La locución administración pública identifica a todas las personas jurídicas que desarrollan funciones esencialmente administrativas. Administración pública y administraciones han sido, durante mucho tiempo, identificadas, pudiendo considerarse, en ambos casos, sinónimos del término burocracia. Hoy, sin embargo, los dos conceptos no parecen superponerse. La administración, en ese momento, se refiere a la actividad concreta dirigida a la tutela de intereses públicos, pero no se identifica exclusivamente con la actividad de los aparatos públicos estatales o periféricos.

En el análisis jurídico, actualmente, esta distinción entre administración y administración pública se superpone a la de administración pública en sentido subjetivo y administración pública en sentido objetivo. La primera se refiere a la organización, es decir, a todas las articulaciones organizativas de la administración que, como

\* Investigador. Universidad de Bari y Universidad de Granada.  
Traducido del italiano por Susana Ruiz Tarrías.

consecuencia del proceso de globalización, de la expansión del Derecho comunitario y del papel de los entes territoriales, no están constituidas tan sólo de singulares órganos públicos estatales; la segunda, por el contrario, se refiere a la auténtica y propia actividad (o función) de administrar, como conjunto de actividades dirigidas a la salvaguarda de intereses públicos, que hoy se desarrolla también por sujetos privados<sup>1</sup>.

La presente contribución, por lo tanto, partiendo de la crisis económico-financiera que amplía la percepción de la distancia entre la representación democrática y el ejercicio del poder autoritario y de la función administrativa estatal, trata de analizar y profundizar en la evolución y la actual organización de la administración pública en sentido subjetivo y su relativa compatibilidad con los principios de las Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial. Estas últimas estaban pensadas y redactadas en un contexto en el que el Estado nación constituía la entidad jurídica principal en el orden internacional y mundial y, afirmando la neutralidad de los órganos administrativos y su diferenciación funcional del gobierno<sup>2</sup>, vinculaban la actividad administrativa a la soberanía popular a través de la afirmación del principio de legalidad que reclama que toda decisión administrativa tenga su fundamento

<sup>1</sup> Sobre esta distinción véase a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 6; U. ALLEGRETTI, “Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica”, *Dir. pubbl.*, n. 2, 2006, pp. 760 ss.; C. FRANCHINI, “L’organizzazione”, en S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 251 ss.; G. NAPOLITANO, “Pubblica Amministrazione in Italia”, [http://www.treccani.it/enciclopedia/pubblica-amministrazione-in-italia\\_\(XXI-Secolo\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/pubblica-amministrazione-in-italia_(XXI-Secolo)). Para una definición de administración pública vid. M.S. GIANNINI, “Amministrazione pubblica”, en [http://www.treccani.it/enciclopedia/amministrazione-pubblica\\_\(Enciclopedia\\_delle\\_scienze\\_sociali\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/amministrazione-pubblica_(Enciclopedia_delle_scienze_sociali)). Un intento de definición del concepto es desarrollado también en la doctrina española por R. ENTRENA CUESTA, “El concepto de administración pública en la doctrina y en el derecho positivo españoles”, *Rev. der. Admin.*, n. 32, 1960, pp. 57 ss.

<sup>2</sup> En la Constitución italiana, manteniendo el carácter no representativo y políticamente no responsable de los órganos administrativos, la diferenciación funcional entre el Gobierno entendido como órgano, en parte, expresión de la mayoría política (art. 94 Const.), y la administración imparcial (art. 97 Const.), se manifiesta en términos más nítidos que en otros textos constitucionales. La imparcialidad y la eficiencia de la administración pública ha sido equilibrada mediante la previsión, en el art. 95 Const., de la responsabilidad del indirizzo político y administrativo del Presidente del Consejo de Ministros y de la responsabilidad de cada Ministro respecto de los actos del propio ministerio. Acerca de este aspecto, véase P. CARROZZA, “Governo e amministrazione”, en G.F. FERRARI, A. DI GIOVINE, P. CARROZZA (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 890; F. SORRENTINO, “Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione”, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). En general, sobre administración y Constitución italiana, véase U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996.

jurídico en la ley, la cual, a su vez, define los límites en los que debe desarrollarse la actuación de la administración pública<sup>3</sup>.

## 2. ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE LA RECIENTE CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA: LA CRISIS DE NORMATIVIDAD DE LAS CONSTITUCIONES DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La reciente crisis económico-financiera<sup>4</sup> ha acentuado el mencionado proceso erosivo de la soberanía de los Estados naciones, quienes, desde hace tiempo, han perdido progresivamente el papel central en la vida política, económica y social en beneficio de nuevos centros de poder institucionales y no institucionales, y ha puesto en evidencia la relativa crisis de normatividad de las Constituciones, cuyas disposiciones, a pesar de no resultar siempre idénticas sino sometidas a continua regeneración semántica como consecuencia de los cambios económicos, sociales y político-institucionales<sup>5</sup>, aparecen ahora privadas en gran parte del propio rasgo de prescripción<sup>6</sup> y, por lo tanto, de la capacidad de reconocer el pluralismo y de resolver el conflicto social a través de procedimientos y principios funcionales al mismo<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> P. CERBO, “Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione tra legalità ed autonomia”, *www.forumcostituzionale.it*. Para una reconstrucción de los principios que rigen la relación entre administración pública y Gobierno en la Constitución italiana, vid. G.M. SALERNO, “I rapporti tra Governo e Amministrazione: spunti ricostruttivi”, en *Il Filangieri*, Quaderno 2010, Jovene, Napoli, 2011, pp. 135 ss.

<sup>4</sup> Sobre las razones de la crisis y las soluciones adoptadas para hacer frente a la crisis de los poderes reguladores vid. M. SICLARI, “Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2009, pp. 45 ss.; F. MERUSI, “Il sogno di Diocleziano. Ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche”, *Riv. trim. dir. ec.*, n. 1, 2013, pp. 9 ss.

<sup>5</sup> Acerca de la evolución de las Constituciones y sus disposiciones pueden apreciarse, si se desea, las consideraciones introductorias y las referencias contenidas en mi trabajo “Nuove forme di cittadinanza nel costituzionalismo multilivello: gli sviluppi della giurisprudenza europea e costituzionale”, *KorEuropa*, n. 3, 2013, pp. 1 ss. Para un análisis de los principales conceptos sobre los que se funda la experiencia estatal en el nuevo orden global nos remitimos a S. CASSESE, “Le trasformazioni dello Stato”, en S. CASSESE, P. SCHIERA, A. VON BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 10 ss.

<sup>6</sup> S. RODOTÀ, “Il pensiero debole dell’Europa che s’accontenta”, *La Repubblica*, 9 gennaio 2014, pp. 1, 28; A. RUGGERI, “Crisi economica e crisi della Costituzione”, *www.giurcost.org*, pp. 1 ss., especialmente pp. 14-15; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, pp. 21, 145 ss.; M. LUCIANI, “L’antisovrano e la crisi delle Costituzioni”, *Riv. dir. cost.*, 1996, pp. 124 ss.

<sup>7</sup> Éste es el trabajo destacado del Derecho Constitucional. Nos remitimos a F. BALAGUER CALLEJÓN, “La crisi costituzionale in Europa”, en S. MANGIAMELI (a cura di), *The european crisis. Interpretation*

Las agencias de «rating», «in primis», ponen cotidianamente en discusión la supremacía, y también la igualdad, de los Estados naciones en el tablero internacional. Inicialmente surgidas para resolver el problema de la asimetría informativa de los inversores en el mercado, se han apropiado autónomamente, en los últimos años, del poder de juzgar los presupuestos estatales según parámetros de naturaleza económico-financiera y política, alterando los equilibrios internacionales e indicando las políticas nacionales a adoptar. En consecuencia, la soberanía ya no divide sólo a los Estados naciones o, todo lo más, se comparte con las organizaciones supranacionales regionales. La circunstancia resulta singular si se tiene en cuenta que estas agencias –que deberían estar dotadas de un alto nivel de reputación en el mercado de los inversores por su especialización en el sector crediticio–, han apoyado la creación de los mismos productos financieros desencadenantes de la crisis financiera<sup>8</sup>. Las agencias de «rating» aparecen como actores principales en el escenario global, hasta el punto de que, en 1996, el editorialista Thomas L. Friedman equiparó el poder de Moody's al de los Estados Unidos de América en tanto que consideraba a ambos capaces de poder provocar efectos desastrosos en la escena global: los Estados Unidos a través de las bombas, Moody's depreciando activos financieros<sup>9</sup>.

La crisis económica se convierte, por lo tanto, también en crisis constitucional, haciendo referencia, especialmente, al gradual y progresivo, casi irreversible, proceso de deslegitimación asimétrico del poder político en beneficio de organismos técnicos y neutrales, que no están en condiciones de desarrollar la importante labor del Derecho Constitucional: de un lado, el de reconocer el pluralismo y el conflicto social y, de otro, de alcanzar acuerdo a través de procedimientos y principios que sean funcionales para la resolución del conflicto<sup>10</sup>. De este modo, las medidas previstas,

*and answers*, Giuffré, Milano, 2012, p. 9; ID., *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*, trad. it. di A.M. Nico, Cacucci, Bari, 2012, pp. 70 ss.; ID., “Crisi economica e crisi costituzionale in Europa”, *KorEuropa*, n. 1, 2012, pp. 1 ss.

<sup>8</sup> C. PINELLI, “L'incontrollato potere delle agenzie di rating”, *www.costituzionalismo.it*, n. 2, 2012, pp. 1 ss.; ID., “Le agenzie di rating nei mercati finanziari globalizzati”, *Riv. trim. dir. econ.*, n. 4, 2012, pp. 229 ss.; A. BENEDETTI, “Le agenzie di rating tra crisi dei modelli di mercato e criticità dei processi di regolamentazione”, *www.costituzionalismo.it*, n. 2, 2012, pp. 1 ss.; G. NORI, “La sovranità degli Stati, il rating e le regole sulla concorrenza”, *www.forumcostituzionale.it*, pp. 1 ss.; L. AMMANATI, “Mercati finanziari, società di rating e meccanismi di regolazione”, *www.amministrazioneincannino.luiss.it*, pp. 1 ss.

<sup>9</sup> Sobre la capacidad del rating de alterar los equilibrios financieros y monetarios y de condicionar la agenda política de los Estados y de las organizaciones internacionales, nos remitimos a las observaciones críticas de G. SIRIANNI, “Il rating sovrano”, *www.costituzionalismo.it*, n. 2, 2012, pp. 1 ss.

<sup>10</sup> Según F. BALAGUER CALLEJÓN, “La crisi costituzionale in Europa”, cit., p. 9, son dos las condiciones necesarias para que pueda hablarse de Derecho Constitucional. Sobre la necesidad del desarrollo

a cualquier nivel normativo, corren el riesgo de ampliar la distancia entre centros de poder de decisión y grupos sociales, alimentando el conflicto en lugar de conducirlo a la resolución<sup>11</sup>. Las políticas públicas estatales, por el contrario, intentan mantener la confianza de los mercados financieros para continuar teniendo acceso al crédito. Esto lo consiguen a través del respeto a los vínculos europeos, con la participación en las sedes supranacionales (donde tales vínculos son definidos y donde se controla su observancia), y la confianza de los operadores económicos que requieren un incremento de competitividad de los países<sup>12</sup>.

Baste pensar en las cartas enviadas al Gobierno italiano y al español por el Presidente saliente, Jean Claude Trichet, y del entrante, Mariano Draghi, del BCE el 5 de agosto de 2011 indicando la necesidad de aprobar una serie de reformas estructurales, que hacían referencia a la liberalización de los servicios públicos locales y de las profesiones, las privatizaciones, el mercado de trabajo, el sistema de «welfare», y el sistema de contratación para mejorar la productividad. Las dos cartas se refieren a «l'avvenuto passaggio del potere d'indirizzo politico, nel campo della politica economica, ma con ricadute ovviamente a largo raggio sull'intero ventaglio d'azione dell'indirizzo politico, degli organi politici nazionali, rappresentativi politicamente, eletti in forma democratica, a un organo "tecnico", non rappresentativo politicamente, né eletto democraticamente, e fortemente irresponsabile, in ragione della sua (pretesa indipendenza)»<sup>13</sup>.

La aprobación de las medidas previstas a nivel europeo y recibidas a nivel interno, en unos casos a través de modificaciones de la Constitución y en otros a través de previsiones de mecanismos de protección de los presupuestos más férreos<sup>14</sup>, no precedidas de un profundo debate parlamentario, en la presunta convicción de ser las únicas, además de las mejores soluciones posibles, demuestra, sin embargo, la disonancia de los actores políticos, también en el caso en que los mecanismos decisorios no hayan sido completamente sobrepasados, respecto de la opinión pública, que, de hecho, se expresa, por doquier, implícitamente con un voto de desconfianza

constitucional para el reconocimiento del conflicto social y para su resolución, nos remitimos a las consideraciones del mismo A., *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*, trad. it. di A.M. Nico, Cacucci, Bari, 2012, pp. 70 ss.

<sup>11</sup> Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, "Una interpretación constitucional de la crisis económica", *ReDCE*, n. 19, 2013, disponible *on line* en [http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15\\_F\\_BALAGUER.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15_F_BALAGUER.htm).

<sup>12</sup> G. PITRUZZELLA, "Crisi economica e decisioni di governo", *www.rivistaaic.it*, n. 4, 2013, p. 5.

<sup>13</sup> G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, cit., pp. 82 ss.; ID., "Crisi dei mercati e sovranità dello Stato: qualche elemento di discussione", 16 luglio 2012, *www.apertacontrada.it*, p. 3.

<sup>14</sup> F. BILANCIA, "Note critiche sul c.d. «pareggio di bilancio»", *www.rivistaaic.it*, n. 2, 2012, p. 4.

frente a los partidos políticos tradicionales en beneficio de movimientos populistas<sup>15</sup>. Se tratan de aplicar, de hecho, los mecanismos de la ciencia económica al Derecho público y, también, incluso, al Derecho Constitucional, «esponendo come verità assolute ed inevitabili i postulati del modello economico vigente ed anche di una determinata politica economica»<sup>16</sup>, sin considerar, como subraya Francisco Balaguer Callejón, que el «discurso económico sta conducendo così ad una situazione di «stand by» del Diritto costituzionale in molti paesi europei, con costituzioni normative che sono in sospenso in aspetti fondamentali tanto per quello che si riferisce ai “processi democratici” quanto per quello che colpisce la dimensione sociale»<sup>17</sup>.

### 3. LA PROLIFERACIÓN DE LOS APARATOS PÚBLICOS FRENTE A LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD

En 1985 Massimo Severo Giannini había puesto su atención en la pérdida del monopolio de la administración del Estado central. Además del Estado central, identificaba, al menos, otros seis centros administrativos. Sin embargo, subrayaba que el Estado permanecía como el «centro político» di tutte le amministrazioni, conservando «una primaria centralità di affluenze»: el Estado, de hecho, era considerado el destinatario principal de toda la constelación de órganos que dependen de él en el ejercicio de funciones administrativas<sup>18</sup>.

Hasta ahora, aunque de modo diferente, al menos desde el nacimiento del Estado nación, con atribuciones progresivamente crecientes, las relaciones de la sociedad en la Europa continental habían sido reguladas por los aparatos públicos, reduciendo la incertidumbre en las relaciones sociales<sup>19</sup>. El paso del Estado liberal al Estado social, por ejemplo, ha supuesto la incorporación del Estado en la sociedad por un doble conjunto de razones: de un lado, el Estado monoclasa se ha convertido en pluriclasa<sup>20</sup> y, de otro, el Estado ha intervenido directamente en la resolución de conflictos económicos y sociales para reequilibrar las distorsiones del funcionamiento

<sup>15</sup> En sentido crítico respecto del desapoderamiento de los Parlamentos nacionales se expresa P. CARETTI, “La dimensione internazionale della crisi finanziaria e i suoi riflessi nelle istituzioni di cooperazione sovranazionale e sui rapporti tra queste e gli ordinamenti nazionali”, *www.gruppodipisa.it*, p. 5.

<sup>16</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, “La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto”, de próxima publicación en *Studi in onore del Professor Francesco Gabriele*, trad. it. di T.N. Poli.

<sup>17</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, “La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto”, cit.

<sup>18</sup> M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1985, pp. 12 ss.

<sup>19</sup> Sobre la capacidad de las instituciones públicas para reducir la incertidumbre en las relaciones sociales y favorecer el desarrollo de las relaciones productivas, nos remitimos a D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, il Mulino, Bologna, 2007, *passim*.

<sup>20</sup> M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit..

ro del mercado<sup>21</sup>. En consecuencia, desde la Segunda Guerra Mundial en adelante, la promoción de los intereses ligados al Estado se ha manifestado prevalentemente a través de la intervención directa del Estado en la economía, puede decirse que a través de la responsabilización a los poderes públicos del conjunto del modelo de producción y de la asignación de los recursos, transfiriendo a la administración pública la labor de desarrollar la función distributiva, en lugar de dejarla al funcionamiento espontáneo del mercado. El desarrollo del Estado social, por lo tanto, ha supuesto la expansión de la actividad de la administración pública y, en particular, de la actividad prestacional y de servicios<sup>22</sup>.

En las Constituciones normativas del Estado social de Derecho es perfectamente visible un mandato constitucional de este tipo. Se encuentran en las disposiciones relativas a las relaciones ético-sociales, económicas y políticas reconociendo para el conjunto del ordenamiento, incluida la administración pública, el deber de promover y favorecer el cumplimiento de prestaciones sociales. Se debe acoger, por lo tanto, la tesis de Umberto Allegretti, quien, aunque refiriéndose exclusivamente a la Constitución italiana, reconoce la existencia de una «*doppia coestensività di Costituzione e amministrazione: la costituzione è coestensiva dell'amministrazione (la copre tutta); l'amministrazione è coestensiva della costituzione (ossia, in tutta la costituzione c'è –anche– una dimensione amministrativistica)*»<sup>23</sup>.

La Constitución italiana concibe la administración pública como el instrumento privilegiado para la consecución de numerosos fines de interés público recopilados en ella y sintetizados en la fórmula del art. 3, prf. 2, de la Constitución a través del principio fundamental de igualdad real. Entre las intervenciones encomendadas a la República y, por lo tanto, a la administración pública, se pueden mencionar la tutela del paisaje y del patrimonio histórico-artístico, el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica (art. 9), la iniciativa económica pública (art. 41, pár. 1), la gestión de los servicios públicos esenciales (art. 43), las obligaciones de garantizar las prestaciones sanitarias (art. 32), los derechos a la educación y al estudio (arts. 33 y 34), la protección social y la asistencia a los discapacitados (art. 38)<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad*, Marcial Pons, Madrid, 2013, *passim*; F. BALAGUER CALLEJÓN, “La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto”, cit.

<sup>22</sup> Según E. FORSTHOFF, *Stato sociale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, el Estado social es obra de la legislación y de la administración, pero no es susceptible de integrarse en una estructura constitucional.

<sup>23</sup> U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., pp. 72 ss. y 100 ss., quien, a su vez, se remite a M. NIGRO, “La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione sostanziale”, en *Studi per Bachelet*, Giuffrè, Milano, 1980.

<sup>24</sup> M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 81.

Los mismos argumentos sirven para otras Constituciones. La Constitución española, por ejemplo, incluye expresiones inequívocamente referidas a los poderes públicos: «aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39), «promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa» (art. 40), «velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero» (art. 42), «promoverán y tutelarán el acceso a la cultura» (art. 44), «garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran» (art. 46), «garantizarán (...) la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad» (art. 50), «garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios» (art. 51)<sup>25</sup>.

El Preámbulo de la Constitución de la V República francesa de 1958 establece expresamente en algunos enunciados el compromiso de la «Nación» en la promoción de tareas de interés general: asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo; protege a todos los trabajadores, y, en particular, a los niños, a las madres y a los ancianos, la protección de la salud, la seguridad social, el reposo y el tiempo libre; garantiza a niños y adultos la instrucción, la formación profesional y la cultura. Prevé una labor del conjunto de la colectividad y, por lo tanto, no sólo de los poderes públicos, en la garantía a todos los seres humanos de medios adecuados de subsistencia.

Esta ordenación, descrita de forma general, ha caracterizado a las Constituciones normativas de la segunda posguerra, quienes han atribuido, de un lado, la primacía de las fuentes del derecho a la legislación y, de otro, han asignado a la administración pública la protección concreta de los intereses públicos. En otras palabras, se ha afirmado que «la legge prevede, l'amministrazione provvede»<sup>26</sup>. Las dos funciones, por tanto, están estrechamente relacionadas, como se advierte, con especial claridad, por ejemplo, en la Constitución italiana, a través de la constitucionalización del principio de legalidad que constituye título de legitimidad y límite al ejercicio de la función administrativa<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Sobre el marco institucional de la administración pública española, J.L. MELAIN GIL, «La administración pública a partir de la Constitución española del 1978», *Rev. Esp. Der. Const.*, n. 47, 1996, pp. 59 ss.; J. SUAY RINCON, «Reflexiones sobre la posición de la Administración pública en la Constitución española de 1978. En particular, comentarios a los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución», *Rev. Der. Pol.*, n. 37, 1992, pp. 83 ss.; F. GARRIDO FALLA, M. BAENA DEL ALCAZAR, R. ENTRENA CUESTA, *La administración en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

<sup>26</sup> M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 12.

<sup>27</sup> F. SORRENTINO, «Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione», en *www.associazionedeiconstituzionalisti.it*. La subordinación de la administración a la ley y al control judicial constituye uno de los principios cardinales del Estado de Derecho. En la Ley Fundamental alemana se refieren tanto al sometimiento de la administración a la ley (art. 20 párr. 3) como al sometimiento al control judicial

El progresivo distanciamiento entre la economía y la fuerza reguladora del derecho estatal y la relativa pérdida de los Estados del monopolio de la creación jurídica como consecuencia del fenómeno de la globalización<sup>28</sup> resitúan hoy, bajo nuevas perspectivas, el problema de la relación entre instituciones y evolución económica, teniendo en cuenta que los poderes públicos y sus estructuras administrativas, desde siempre, se han ocupado del gobierno de la economía<sup>29</sup>. Por un lado, de hecho, la crisis de la soberanía estatal en sentido vertical y en sentido horizontal dificulta reconducir el denominado sistema multinivel en una síntesis unitaria<sup>30</sup>, por otro, las Constituciones decimonónicas –que tendían a apropiarse de la política, aspirando a la realización de un proyecto pre-elaborado mediante la predisposición de un papel activo del Estado en la economía–, ceden el paso a fenómenos de autoorganización frente a la complejidad de una sociedad que no trata ya de darse por supuesta como una realidad predefinida<sup>31</sup>.

Se aprecian, simultáneamente, algunos procesos que se pueden reagrupar en tres categorías: el fin del viejo modelo de intervención de la economía, la introducción de las relaciones internacionales y comunitarias y las dinámicas internas. En una primera aproximación, todas ellas se pueden reconducir al fenómeno más amplio de la «deregulation»<sup>32</sup>. Las liberalizaciones del mercado, la privatización de las empresas públicas, la creación de autoridades de regulación, la deslegalización y

(art. 19 párr. 4 y 92 y ss.). Nos remitimos a M.D. POLI, “Il settore pubblico in Germania tra “continuità” e “trasformazioni”, *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, p. 2. En la Constitución española el principio de legalidad es consagrado en el art. 103, mientras que el sometimiento de la actividad administrativa al control judicial está previsto en el art. 106. Al respecto, A. AGUILAR CALAHORRO, “La dimensión del Estado y de las Administraciones públicas en España”, de próxima publicación en el n. 20 de la *ReDCE*.

<sup>28</sup> Acerca del proceso de globalización de los mercados y, sobre todo, sobre la tensión entre derecho y economía vid. P. GROSSI, “Globalizzazione, diritto, scienza giuridica”, en *Il Foro It.*, n. 5, Parte 4, 2002, pp. 151 ss.; J.F. SANCHEZ BARRILAO, “Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del derecho constitucional europeo”, *ReDCE*, n. 12, pp. 115 ss.

<sup>29</sup> Sobre la relación histórica entre los poderes públicos y las relaciones económicas nos remitimos a M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 15 ss.

<sup>30</sup> A. RUGGERI, “CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi””, *www.gruppodipisa.it, passim*.

<sup>31</sup> Respecto de la dificultad de las Constituciones para ordenar y regular los fenómenos políticos y sociales nos remitimos a M. CARDUCCI, “Sulla economia politica del costituzionalismo «multilivello»”, en G. RIVOSCECHI, M. ZUPPETTA (a cura di), *Governo dell’economia e diritti fondamentali nell’Unione europea*, Cacucci, Bari, 2010, pp. 103 ss.; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “La función de la Constitución en el contexto contemporáneo”, *ReDCE*, n. 12, pp. 171 ss.

<sup>32</sup> G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation*, Giuffrè, Milano, 2004; C.P. GUARINI, “Riflessioni in tema di regolazione del mercato attraverso autorità indipendenti”, en F. GABRIELE, G. BUCCI, C.P. GUARINI (a cura di), *Il mercato, le imprese, i consumatori*, Cacucci, Bari, 2002, pp. 187 ss.

la aparición de nuevas fuentes del derecho constituyen, a título meramente ejemplificativo, índices del progresivo retraimiento del derecho público en comparación con la actividad de dirigismo parcial o total de sectores de la economía que antaño condicionaban o limitaban la actividad económica privada.

En este sentido, resulta oportuno preguntarse si el Estado –que, quizás, ha perdido o está progresivamente perdiendo la capacidad de intervenir directamente en muchos sectores de la regulación de la vida pública–, tiene todavía la posibilidad de incidir, al menos, indirectamente, a través de actividades de regulación o, por lo menos, si es todavía el destinatario final de todas las directrices que emanan de las nuevas organizaciones administrativas institucionales y espontáneas<sup>33</sup>. Es posible constatar, en principio, que los Estados nación no desaparecen, si bien, cambian en función de los intereses de la economía y, en consecuencia, del mercado: el mercado, de hecho, se convierte en un productor de novedades jurídicas, y en el creador del nuevo marco institucional<sup>34</sup>.

En este nuevo ámbito institucional surge, además, la cuestión de si el proceso de liberalización de los mercados y desregulación del derecho público, especialmente a través de la adopción de elementos propios del derecho privado, suponen una reordenación de las Constituciones nacionales de la segunda posguerra, corrigiendo los defectos de la forma del Estado social y democrático de Derecho, o bien favorecen e, incluso, aceleran su progresivo desmantelamiento y su definitiva desaparición.

#### 4. UN NUEVO “HORIZONTE” PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

##### 4.1. El fin del viejo modelo de intervención en la economía: la irrupción de la gobernanza y del derecho administrativo global

Actualmente, después de casi treinta años desde el intento de Massimo Severo Giannini de enumerar los aparatos administrativos, resulta difícil sobremanera llevar la cuenta de todas las administraciones («rectius» los aparatos administrativos) que, en el tiempo, han sido creados e indicar, de un modo exhaustivo, sin olvidar ninguna, todas las administraciones, dada la creciente y penetrante difusión de los centros

<sup>33</sup> Se preguntan acerca de este aspecto, G. AMATO, “Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato”, Riv. trim. dir. pubbl., n. 1, 2013, p. 2; F. GABRIELE, “Processi di decisione multilivello e governo dell’economia: alla ricerca della sovranità economica”, en F. GABRIELE, M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell’economia e integrazione europea. Processi di decisione politica e sovranità economica*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 3 ss.

<sup>34</sup> M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 14, 20 ss.

de poder tanto a nivel vertical por la erosión de la soberanía estatal hacia arriba y hacia abajo, como a nivel horizontal por la promoción de la actividad de los individuos, singulares y asociados, para el desarrollo de actividades de interés general.

Ante todo, es preciso destacar, como ha subrayado la reciente crisis económico-financiera y se ha aludido anteriormente, que la democracia representativa, que encontraba sus coordenadas propias en el instrumento legislativo, cede el paso a instrumentos de gobernanza<sup>35</sup>, especialmente a nivel internacional, que encuentran salida en inéditas modalidades de producción normativa, el denominado «soft law». Gobernanza y «soft law» están, de hecho, diametralmente opuestos respecto a los aspectos caracterizadores del Estado constitucional de Derecho, incorporados en las Constituciones normativas de la segunda posguerra. La administración por ministerios, estrechamente vinculada por una relación de producción y responsabilidad frente al circuito democrático, ha sido sustituida parcialmente por centros de poder sub-nacionales, nacionales y supranacionales, de elevado carácter técnico que, en la mayor parte de los casos, están desvinculados de cualquier relación de responsabilidad con los titulares del poder representativo; las formas de producción normativa de naturaleza pública, especialmente la ley del Parlamento, son reemplazadas por recomendaciones internacionales que se desarrollan en la relaciones entre los nuevos agentes del derecho internacional<sup>36</sup>. Estas últimas no son vinculantes, no expresan obligaciones, sino propósitos y están dirigidas a facilitar la cooperación entre los países miembros de las diversas organizaciones<sup>37</sup>.

La crisis fiscal del Estado, causada por la imposibilidad de continuar alimentando expectativas sociales, y la ampliación del mercado, debida a los fenómenos de interdependencia de la economía a escala planetaria, imponen, en consecuencia, el nacimiento de nuevos poderes públicos globales y regionales. El FMI (Fondo Monetario Internacional), la OMC (Organización Mundial del Comercio), la ONU (Organización de Naciones Unidas), las organizaciones de base regional, como la Unión Europea, el NAFTA («North American Free Trade Agreement») en el área norteamericana, el Mercosur (Mercado Común del Sur) en el área latinoamericana, la ASEAN («Association of South-East Asian Nations») en el área del sudeste asiá-

<sup>35</sup> Sobre el concepto de *governance* en contraposición al de *government* véase D. URANIA GALLETTA, “Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo”, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1, 2006, pp. 265 ss.; M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 7.

<sup>36</sup> Sobre este proceso nos remitimos a M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, cit.; I.M. MARINO, “Diritto, amministrazione, globalizzazione”, en *Dir. ec.*, n. 1, 2005, pp. 25 ss.

<sup>37</sup> L. PERROTTI, “Le organizzazioni internazionali”, en *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 1741-1742.

tico, las grandes empresas multinacionales, las ciudades globales como New York y Londres, constituyen, a título meramente ejemplificativo, la manifestación más nítida de la crisis del control de la política estatal sobre la economía y de su relativa transferencia a sedes orgánicas superiores a la dimensión de ésta o, incluso, más simplemente, a su supresión<sup>38</sup>.

En este nuevo contexto los procesos decisionales no irradian de arriba a abajo según los esquemas tradicionales. El proceso descrito determina el fin de las características específicas del Estado democrático de Derecho de la segunda posguerra: el ocaso de la concepción de la supremacía de los Parlamentos nacionales y de la centralidad de la ley, la disolución de la clara diferenciación entre derecho público y derecho privado y, en última instancia, la crisis de la división de los poderes del Estado<sup>39</sup>.

Los nuevos sujetos internacionales, en tanto que sujetos que desarrollan una actividad de interés general, por una parte, están dotados de una administración, de recursos y de procedimientos; de otra parte, inciden en el derecho administrativo nacional. De hecho, los ordenamientos internos están, en grado cada vez mayor, obligados a respetar un derecho establecido desde fuera del Estado y pierden la exclusividad de sus funciones. Las organizaciones internacionales influyen en el reparto de las funciones nacionales y, según su poder normativo y decisional, sobre el ejercicio de estas mismas funciones, inspirando la orientación, los procedimientos y los institutos jurídicos. Las administraciones nacionales, a su vez, se convierten en los principales órganos de ejecución periféricos de estos organismos, instaurando con ellos un proceso comunicativo de “fecunda fertilización” de institutos jurídicos<sup>40</sup>. Ello sucede especialmente en el proceso de integración europea, en tanto que éste no se produce solo por vía normativa, a través de la producción de contenidos que se insertan directamente en los ordenamientos de los Estados miembros, sino también por vía administrativa, puesto que los aparatos administrativos –como los jueces– de cada país miembros son llamados a darles ejecución directa como órganos de la Unión<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., pp. 101 ss.; F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 75 ss.; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 291 ss.; ID., *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 37; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 7 ss.

<sup>39</sup> M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, cit., pp. 21 ss.

<sup>40</sup> L. PERROTTI, *op. cit.*, pp. 1716-1717, 1721.

<sup>41</sup> Sobre la evolución del derecho administrativo europeo, nos remitimos a S. CASSESE, “La signoria comunitaria sul diritto amministrativo”, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2-3, 2002, pp. 291 ss.

La globalización, además, produce la difusión de un conjunto de técnicas derivadas del sector privado para la mejora de la eficiencia del sector público. Éstas son sintetizadas por la doctrina mediante la fórmula del «new public management», en referencia a una revolución directiva mediante la instauración de procesos de «agencification, de marketisation, de customer orientation, de orientación a los resultados, de mejora de la gestión financiera (value for money), de outsourcing»<sup>42</sup>.

#### 4.2. La fuga del Derecho Administrativo inducida por el proceso de integración europeo

El originario orden internacional, basado en la igualdad de los Estados, ha sido sustituido por un nuevo orden mundial al que se asoman nuevas organizaciones que no funcionan según las lógicas democráticas.

Las organizaciones internacionales, como los entes públicos económicos privatizados, se han organizado según las reglas propias del derecho privado. El FMI y el BM (Banco Mundial) han sido sometidos a los principios propios de las empresas, de ahí que las decisiones sean adoptadas en base a la mayoría del capital suscrito por los Estados miembros en lugar de la mayoría de los votos expresados por los Estados miembros<sup>43</sup>. En consecuencia, las líneas directrices del orden mundial son siempre expresadas por los países que ostentan la mayoría del accionariado de estas organizaciones<sup>44</sup>. Se asiste, pues, a una progresiva privatización de las formas de producción jurídica que «porta con sé uno scivolamento di potere dagli stati alle forze economiche dei mercati»<sup>45</sup>.

La liberalización de los intercambios y el desarrollo de las finanzas han liberado a los operadores económicos de los límites fijados por los Estados y han creado una distancia insuperable entre los límites del derecho estatal y la expansión de la economía<sup>46</sup>. El rápido desarrollo de la técnica favorece, por lo tanto, un proceso de transformación del orden internacional a través del cual las fronteras estatales son sustituidas por nuevos contornos que no son fijados por la política sino por la eco-

<sup>42</sup> M. SAVINO, «Le riforme amministrative», en *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 2279-2280.

<sup>43</sup> F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 209 ss.

<sup>44</sup> L. RONCHETTI, «Il nomos della deterritorializzazione», en *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 110.

<sup>45</sup> M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 61.

<sup>46</sup> Sobre la tensión entre derecho y economía, véase N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Laterza, Roma – Bari, 2004, p. 9; ID., «Tramonto della sovranità e diffusione del potere», *Dir. soc.*, n. 3-4, 2009, pp. 473 ss.

nomía<sup>47</sup>. Ya no son, por lo tanto, los poderes estatales quienes determinan la disciplina aplicable a las relaciones económicas, sino que el derecho aplicable lo eligen las empresas multinacionales<sup>48</sup>. Se produce, así, el denominado «shopping law system», en virtud del cual los empresarios deslocalizan la producción allí donde pueden obtener las condiciones más favorables respecto del coste del trabajo y los beneficios fiscales<sup>49</sup>. De modo reflejo, con el fin de obtener inversiones e incrementar la competitividad del país a nivel global, los Estados tratan de atraer a las empresas mediante la adopción de sistemas fiscales y de protección social más favorables<sup>50</sup>.

Las raíces de esta dinámica global se localizan en el proceso de financiarización de la economía a escala internacional y en la integración europea a nivel supranacional. De hecho, como consecuencia de la crisis de los acuerdos de «Bretton Woods», fundados en la condición del dólar como standard monetario indiscutible sobre los cambios fijos y sobre la función reguladora y crediticia del FMI, la decisión estadounidense, madurada tras el brusco desarrollo de la economía alemana y japonesa, de sustituir el sistema de cambios fijos por otro de cambios flexibles, cuya determinación ha sido vinculada a las fluctuaciones de las monedas en los mercados internacionales para recuperar competitividad a nivel internacional, ha iniciado una fase de interdependencia económica mundial también como consecuencia de la liberalización de los movimientos de capitales<sup>51</sup>.

Los Estados, a fin de protegerse de los riesgos de la interconexión entre las economías, han procedido a acelerar los procesos de integración económica regional. La superposición de las reglas elaboradas a nivel comunitario ha modificado profundamente los textos de las Constituciones nacionales. De hecho, la Comunidad

<sup>47</sup> Ésta es la opinión expresada por L. RONCHETTI, *op. cit.*, p. 114. Acerca de la transformación del derecho internacional se pronuncia también E. SCISO, *op. cit.*, p. 4. También M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 94.

<sup>48</sup> Sobre la divergencia entre Derecho constitucional y el proceso de globalización, V. TEOTONICO, “Globalizzazione e Welfare State. Dal declino delle politiche sociali alle prospettive del loro rinnovamento”, en F. GABRIELE, G. BUCCI, C.P. GUARINI (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, pp. 379 ss.

<sup>49</sup> N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, cit., p. 84; U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*, trad. it. de E. Cafagna e C. Sandrelli, Carocci, Roma, 2009, p. 15.

<sup>50</sup> Cfr. M.S. DE VRIES, “L'attacco allo Stato. Un confronto di idee”, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6, 2000, pp. 1229 ss.

<sup>51</sup> Sobre el sistema de *Bretton Woods* y sobre el proceso de progresiva financiarización de la economía a escala mundial vid. G. BUCCI, “La sovranità popolare nella trappola delle reti multilivello”, *www.costituzionalismo.it*, pp. 10 ss.

económica europea (ahora Unión Europea), aunque nacida con una finalidad estrictamente económica, ha incluido de manera notable en todos los tratados formas peculiares de la acción estatal.

Según un sector de la doctrina el proceso de integración europea habría provocado una modificación en sentido sustancial de las Constituciones de los Estados miembros como consecuencia de las cláusulas de apertura al derecho de emanación europea, hasta el punto de provocar una re-lectura de las disposiciones constitucionales relativas a las relaciones económicas y sociales. De hecho, resulta una opinión usual, la de que el ordenamiento comunitario (ahora europeo), nacido de una concepción económica eminentemente neoliberal, se ha centrado en el valor del mercado y de la concurrencia<sup>52</sup>. Francesco Coccozza ha afirmado al respecto que la Constitución italiana ha sido heterointegrada por el principio fundamental del mercado de la constitución europea y de sus axiomas, los cuatro principios de libertad de circulación (mercancías, capitales, servicios y trabajadores)<sup>53</sup>, junto a la convicción de que, a pesar de que los Tratados propugnan la neutralidad relativa a la propiedad y a la gestión de las empresas (art. 222 TCE), la iniciativa económica debería ser estrictamente privada<sup>54</sup>.

La realización de estos objetivos ha sido perseguida a través de un recorrido de reformas en los Estados miembros que trataban de obtener los siguientes resultados:

- 1) Que el derecho privado sustituya a los estatutos especiales de derecho público aplicables a las empresas públicas;
- 2) Que la forma jurídica de la sociedad privada ocupe el lugar de los instrumentos de intervención de los poderes públicos (haciendas públicas, entes públicos económicos);
- 3) Que el contrato sustituya al acto unilateral del poder público (la medida administrativa de autoridad);
- 4) Que en lugar de la medida unilateral intervengan acuerdos entre los sujetos de derecho público o entre estos últimos y los privados;

<sup>52</sup> F. COCOZZA, "Riflessioni sulla nozione di Costituzione economica", *Dir. ec.*, 1992, p. 90; S. CASSESE, "La Costituzione economica europea", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6, 2001, p. 908.

<sup>53</sup> F. COCOZZA, *Incidenza del diritto delle Comunità europee sul diritto pubblico nazionale dell'economia*, en F. GABRIELE, G. BUCCI, C.P. GUARINI (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, cit., p. 77. Sostiene que, de este modo, se ha adoptado un modelo económico lejano del seleccionado por la mayor parte de las democracias occidentales de la segunda posguerra, I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma, 2012, pp. 30 ss.

<sup>54</sup> G. AMATO, "Autorità semindipendenti ed autorità di garanzia", en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 657.

- 5) Que la instauración de autoridades administrativas independientes sustituya a la autoridad administrativa tradicional controlada por el poder político<sup>55</sup>.

## 5. LA TRANSFERENCIA DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A LOS CIUDADANOS: EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La consagración del principio de subsidiariedad horizontal<sup>56</sup>, además del vertical, en el art. 5 TUE, favorece la participación de los individuos en el ejercicio de funciones de la administración con la consiguiente reducción de las actividades, especialmente prestacionales, de los aparatos públicos<sup>57</sup>. Ello debería comportar una

<sup>55</sup> Sobre este intento de enumeración nos remitimos a F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, cit., p. 67.

<sup>56</sup> A decir verdad, los Tratados no consagran expresamente el principio de subsidiariedad horizontal sino únicamente el de subsidiariedad vertical. No obstante, la doctrina ha identificado numerosos rasgos reconducibles a supuestos de subsidiariedad horizontal, que hacen referencia, especialmente, a las disposiciones que tratan de aproximar las decisiones a los ciudadanos y a la regulación de las relaciones desarrolladas en materia económica y la tutela del mercado competitivo. Sobre el intento de localizar el principio de subsidiariedad en su versión horizontal en los Tratados europeos nos remitimos a L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 105 ss. y 132 ss. Una muestra del principio de subsidiariedad horizontal se podría encontrar en el art. 5 del Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad cuando dispone que «Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga (...) sobre los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar».

<sup>57</sup> Sobre el principio de subsidiariedad en el ordenamiento italiano vid. A. D'ATENA, "Costituzione e principio di sussidiarietà", *Quad. cost.*, n. 1, 2001, pp. 13 ss.; L. ANTONINI, "Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society", *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, n. 1, 2000, pp. 99 ss.; T.E. FROSINI, "Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale", *Riv. giur. Mezz.*, n. 1, 2000, pp. 15 ss.; I. MASSA PINTO, "Spunti per una riflessione sul ruolo del principio di sussidiarietà nel rapporto tra Unione Europea e soggetti subnazionali", en T. GROPPI (a cura di), *Principio di autonomia e riforma dello Stato*, Giappichelli, Torino, pp. 77 ss.; V. CERULLI IRELLI, voz "Sussidiarietà (diritto amministrativo)", en *Enc. Giur. Trecc.*, Vol. XXX, Agg., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1 ss. Sobre la progresiva implementación del principio de subsidiariedad en los ordenamientos europeos vid. G.F. FERRARI, "Federalismo, regionalismo y decentramiento del poder en una perspectiva comparada", *Le Reg.*, n. 4, 2006, pp. 625 ss. Sobre el principio de subsidiariedad en clave comparada: en el ordenamiento jurídico español vid. F. BALAGUER CALLEJÓN, "Il principio di sussidiarietà nella Costituzione spagnola e negli Statuti di autonomia, nella prospettiva europea", *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, pp. 1 ss.; en el ordenamiento alemán vid. D. SCHEFOLD, "Democrazia e sussidiarietà nell'esperienza tedesca", en G.C. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Cedam, Padova, 2008, pp. 135 ss.; en el ordenamiento portugués vid. M.S. D'OLI-

obligación de abstención de los poderes públicos de intervenir en los ámbitos prestacionales y de actividad en los que la iniciativa privada, con o sin fin de lucro, parece capaz de satisfacer espontáneamente las exigencias y las necesidades provenientes de la sociedad. Valoriza, en otras palabras, la autónoma administración de los ciudadanos de cara a la realización de finalidades de interés general, como consecuencia de la reducción del papel de los poderes públicos en las actividades económicas y del reconocimiento de una competencia general y prioritaria del individuo en materia económica. Se afirma, por lo demás, que a través del principio de subsidiariedad horizontal se habría introducido el principio institucional del mercado<sup>58</sup>, un principio superior al de la libre iniciativa económica y sus corolarios.

En realidad, la introducción de dicho principio no puede reducirse a su aplicación en el ámbito de las relaciones exclusivamente económicas. Afecta al paradigma bipolar que había caracterizado al derecho administrativo, asignando un papel preeminente a la administración pública, y que se basaba en la construcción de la dicotomía según la cual los intereses públicos son satisfechos por sujetos públicos y los privados por sujetos privados<sup>59</sup>. Constituye la manifestación, quizás más evidente, de la que José Esteve Pardo define como «nueva relación entre Estado y sociedad»<sup>60</sup> a través de la progresiva transferencia de funciones administrativas al sector privado<sup>61</sup> y, al mismo tiempo, determinaría también la que Umberto Allegretti ha definido como «desoggettivizzazione» de la administración pública por los aparatos públicos, fruto de la traslación del concepto de administración poder a la administración función a través de una interpretación no sólo formal sino especialmente material de la Constitución normativa<sup>62</sup>.

VEIRA MARTINS, “Democrazia e sussidiarietà. Esperienze, problemi e prospettive. Il caso portoghese”, *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, pp. 1 ss.

<sup>58</sup> Según ciertas interpretaciones, de hecho, sería posible individualizar el principio de subsidiariedad horizontal, de modo indirecto, a través de una reconstrucción de las disposiciones de los Tratados en materia económica. Cfr. A. MOSCARINI, “Sussidiarietà e libertà economiche”, *Dir. soc.*, 3, 1999, pp. 433 ss.; L. GRIMALDI, *op. cit.*, pp. 137 ss. Sobre la introducción del principio del mercado y de la competencia en Constituciones no reformadas nos remitimos a G. AMATO, “Il mercato nella Costituzione”, *Quad. cost.*, n. 1, 1992, p. 16; G. GUARINO, “Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzione comunitarie”, *Quad. cost.*, n. 1, 1992, p. 32.

<sup>59</sup> S. CASSESE, “L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 602.

<sup>60</sup> J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad*, cit., pp. 85 ss.

<sup>61</sup> J. ESTEVE PARDO, “La extensión del derecho público: una reacción necesaria”, *Rev. Admin. Públ.*, n. 189, 2012, p. 14.

<sup>62</sup> U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., pp. 108 ss. Sobre la relación entre función administrativa e intereses públicos nos remitimos a P.G. MATTARELLA, “L'attività”, en

El principio, sea en su versión vertical u horizontal, puede ser definido en una doble acepción: de un lado, es posible identificar un nivel preferencial de ejercicio de las funciones administrativas, del otro, la decisión en favor del nivel más próximo a los ciudadanos parece relativizada por la posibilidad de atracción de las funciones a niveles superiores. La combinación de la intervención de los poderes públicos y de los ciudadanos supone «un nuovo modo (inedito) di amministrare»<sup>63</sup>, representado por la confluencia entre lo público y lo privado que persiguen objetivos de interés general<sup>64</sup>. Estos sujetos, aun cuando sean privados, participan en el ejercicio de actividades de interés general, en la observancia de especiales medidas de regulación o en la aplicación de las mismas normas previstas para la administración pública. Por ejemplo, la normativa italiana sobre el procedimiento administrativo impone a los sujetos privados encargados del ejercicio de actividades administrativas asegurar el respeto de los principios generales, nacionales y comunitarios, de la actuación administrativa (art. 1, pár. 1 ter., Ley de 7 de agosto de 1990, n.º. 241)<sup>65</sup>. Por otro lado, sin embargo, el principio de subsidiariedad se inserta en una dinámica dirigida a aproximar las instituciones a la comunidad y, en consecuencia, a los ciudadanos que son los principales destinatarios. En cualquier caso, sea en la primera o en la segunda versión, es posible, por tanto, identificar un claro valor material del principio que se traduce en un criterio de preferencia en las relaciones con el ciudadano, singular o asociado, que se convierte en el parámetro frente al que se compara tanto la idoneidad de los diversos niveles de gobierno como la obligación de favorecer la autónoma iniciativa de los individuos en el desarrollo de actividades de interés general<sup>66</sup>.

*Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 702 ss.

<sup>63</sup> G. ARENA, “Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118, u.c. della Costituzione”, *www.astrid-online.it*, p. 22.

<sup>64</sup> Para representar esta confluencia entre lo público y lo privado se habla de «tercer sector». Sobre este aspecto nos remitimos a M. BUQUICCHIO, “Profili pubblicistici nell’evoluzione del “Terzo settore” tra economia e sussidiarietà”, en L. CHIEFFI (a cura di), *Il Processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Giappichelli, Torino, 2009; G. TIBERI, “La disciplina costituzionale del terzo settore”, en *www.astrid-online.it*, pp. 1 ss.; S. DE GOTZEN, “Volontariato, sussidiarietà, pluralismo sociale e la tentazione del dirigismo (ancora sulla riforma della normativa sul volontariato – osservazioni sulla bozza governativa del 17 settembre 2003 di riforma della l. 266/91)”, *Ist. fed.*, n. 5, 2003, pp. 918 ss.

<sup>65</sup> Art. 1, par. 1 ter, Ley de 7 de agosto de 1990 n.º. 241: «I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge». Sobre este aspecto vid. S. PELLIZZARI, “Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione”, *Ist. fed.*, n. 3, 2011, pp. 609 ss.

<sup>66</sup> Sobre el valor material y no sólo procedimental del principio vid. A.M. POGGI, “Il principio di sussidiarietà e il “ripensamento” dell’amministrazione pubblica”, *www.astrid-online.it*, pp. 1 ss.; G. TIBERI, *op. cit.*, pp. 15 ss.

El principio, por lo demás, ha recibido, progresivamente, reconocimiento constitucional, tanto en su versión vertical como en la horizontal, en algunas de las Constituciones de los países miembros de la Unión Europea, especialmente para hacer frente a la crisis fiscal de las finanzas públicas y favorecer la ejecución por parte de las entidades locales y los particulares de las funciones sociales<sup>67</sup>, e incluso podrían identificarse algunos indicios en Constituciones no reformadas<sup>68</sup>.

## 6. LA INTRODUCCIÓN DE MODELOS PRIVATISTAS Y LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

El proceso de liberalización de los mercados y de privatizaciones de las empresas públicas comienza a principios de los años ochenta del pasado siglo en virtud de las políticas neoliberales inspiradas en los Estados Unidos de América por Ronald Reagan y en el Reino Unido por Margaret Thatcher. Dicho fenómeno ha resultado, además, favorecido por la convicción de que, a pesar de que los Tratados propugnen la neutralidad respecto de la propiedad y de la gestión de las empresas, la iniciativa económica debe ser estrictamente privada. El art. 106 TFUE impone, de hecho, a los Estados miembros, no adoptar ni mantener respecto de las empresas públicas ninguna medida contraria a la libre competencia y al principio de no discriminación. Se requiere, por tanto, que se aplique el principio de neutralidad (y, en consecuencia, de indiferencia) del proceso de integración de los Estados miembros de la Unión Europea respecto a la intervención pública en la economía. Esto resulta especialmente destacable habida cuenta de que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tienen el carácter de monopolio han sido sometidas a las normas del Tratado<sup>69</sup>.

La reducción de las empresas públicas tiene lugar a través de la privatización, primero formal y después material. La primera no constituye un redimensionamiento del aparato organizativo público sino únicamente la sustitución de los regímenes especiales de derecho administrativo por modalidades organizativas privatistas; la segunda determina la cesión efectiva de las participaciones accionariales públicas a sujetos privados<sup>70</sup>. No obstante, ésta no se produce de manera uniforme en todos los

<sup>67</sup> G.U. RESCIGNO, "Sussidiarietà e diritti sociali", *Dir. pubbl.*, n. 1, 2002, pp. 5 ss.

<sup>68</sup> Sobre estos intentos en la Constitución española vid. F. BALAGUER CALLEJÓN, "Il principio di sussidiarietà", cit., pp. 7 ss.

<sup>69</sup> F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, cit., p. 67.

<sup>70</sup> Acerca del proceso de privatización de las empresas públicas en Italia nos remitimos a S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, cit., pp. 217 ss.; A.M. NICO, *Omogeneità e peculiarità*

países europeos. Adquiere dimensiones importantes en Italia, España y Francia pero no en Alemania por la resistencia de los sindicatos del sector, reticentes a la transferencia de las empresas públicas al régimen común del derecho privado<sup>71</sup>.

El fenómeno descrito favorece la consiguiente expansión, en los países de tendencias liberales, de autoridades administrativas independientes, organismos de derecho público a los que se encomienda la actividad de regulación en los respectivos sectores de actividad. La liberalización de los servicios de interés económico general no supone la ausencia de intervención pública en la actividad de regulación de la economía, sino la asunción de una nueva forma de intervención consistente en el ejercicio de una actividad de vigilancia respecto de los usuarios/consumidores<sup>72</sup>. El Estado no puede dejar, de hecho, a los competidores entre sí con el peligro de que se puedan producir monopolios u oligopolios, sin perjuicio de que existen valores e intereses que no son tutelados por el mercado. Éste es el caso, por ejemplo, de la tutela de la dignidad humana, de la protección del medio ambiente, etc.<sup>73</sup>.

De una lado, pues, se constata la enajenación de sectores completos de servicios vinculados al monopolio estatal o de algún modo proporcionados o suministrados por sujetos públicos, sea en régimen de derecho administrativo, o sea en régimen de derecho común; de otro lado, sin embargo, son establecidas las autoridades de regulación del mercado, quienes fijan las reglas de funcionamiento, organización y control de la prestación de los servicios públicos.

*nei processi di privatizzazione*, Cacucci, Bari, 2001; B. CAVALLO, “La privatizzazione degli enti pubblici economici”, en F. GABRIELE, G. BUCCI, C.P. GUARINI (a cura di), *Il mercato, le imprese, i consumatori*, cit., pp. 53 ss.; M. CLARICH, “Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell’amministrazione italiana”, *Studi e note di economia*, n. 1, 1996, pp. 21 ss.; A. COLAVECCHIO, “Privatizzazioni e liberalizzazione nel settore dei servizi pubblici: cause d’origine e condizioni d’attuazione”, *Amministrazione e politica*, n. 5-6, 1998, pp. 661 ss. Sobre el proceso de privatización en España, nos remitimos a A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997; A.M. NICO, “Le privatizzazioni in Spagna”, en R.G. RODIO (a cura di), *Le privatizzazioni in Europa*, en *Trattato di diritto amministrativo* (dir. G. Santaniello), Cedam, Padova, 2003, pp. 397 ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, en *Rev. Adm. Públ.*, n. 144, 1997, pp. 7 ss.

<sup>71</sup> M.D. POLI, “Il settore pubblico in Germania tra “continuità” e “trasformazioni”, cit., p. 8.

<sup>72</sup> También existen, sin embargo, motivaciones de carácter interno para la expansión de organismos de regulación del mercado. En Italia, especialmente en los años 90, la crisis del sistema de partidos ha favorecido su nacimiento para evitar las degeneraciones de los condicionamientos y de las degradaciones de la política. Cfr. M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 79.

<sup>73</sup> D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 11.

El desarrollo de las autoridades administrativas independientes plantea el problema de su cualificación y de su ubicación en el ordenamiento constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea. Desarrollándose sobre el modelo de las «independent regulatory commissions americanas»<sup>74</sup>, las características heterogéneas de las diversas autoridades y la falta de una previsión constitucional hacen difícil la aplicación de reglas generales. Las autoridades administrativas independientes están diferenciadas del poder gubernativo de dirección política en contraste con los ordenamientos europeos de tipo monista como Francia e Italia, donde todas las administraciones son aparatos al servicio del Gobierno y del Ministro responsable de su ministerio ante el Parlamento.

No obstante, en algunos ordenamientos, a fin de otorgar un fundamento constitucional a las autoridades de regulación, atendiendo a la respectiva atribución de poderes normativos secundarios, se han realizado reformas constitucionales: el art. 267.3 de la Constitución portuguesa prevé la posibilidad de crear autoridades administrativas independientes mediante ley; el art. 101.A de la Constitución griega ha establecido la duración del mandato de los componentes de tales organismos<sup>75</sup>.

En otros ordenamientos, sin embargo, a falta de una referencia constitucional expresa que legitime la posibilidad de instituir órganos que deroguen el principio de responsabilidad ministerial, la doctrina y la jurisprudencia han tratado en vano de encontrar un fundamento sobre la base de una interpretación sistemática de algunas disposiciones constitucionales.

En Italia<sup>76</sup>, una parte de la doctrina ha intentado justificar el nacimiento de estas instituciones apoyándose en el principio de la mayor descentralización admi-

<sup>74</sup> Sobre el modelo americano y sobre la progresiva confluencia de los modelos, nos remitimos a G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation*, cit., pp. 34 ss.; E. VÍRGALA FORURIA, “Agencias (y Agencias reguladoras) en la Comunidad Europea”, *ReDCE*, n. 5, 2006, pp. 145 ss. Sobre la génesis y los caracteres del modelo estadounidense nos remitimos a C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione indipendente del mercato*, Cacucci, Bari, 2005, pp. 163 ss., y a las referencias doctrinales allí citadas.

<sup>75</sup> E. VÍRGALA FORURIA, “Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible”, *Rev. Esp. Der. Const.*, n. 94, 2012, p. 70. Desde una perspectiva comparada nos remitimos a G. GRASSO, “L’anomalia di un “modello”: le autorità (amministrative) indipendenti nei Paesi membri dell’Unione europea. Prime ipotesi per un “inventario”, *Il Politico*, n. 2, 2000, pp. 261 ss.; ID., “Spunti per uno studio sulle Autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d’America)”, *Quad. reg.*, 1993, pp. 1303 ss.

<sup>76</sup> Sobre la naturaleza jurídica de los organismos de regulación y su compatibilidad con el ordenamiento estatal italiano, vid. *ex multis*, C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione indipendente del mercato*, cit., pp. 187 ss.; ID., “Riflessioni in tema di regolazione del mercato mediante

nistrativa (art. 5)<sup>77</sup> y sobre el principio de separación entre la política y la administración (arts. 97 y 98)<sup>78</sup>. No obstante, el art. 118 de la Constitución, en su nueva formulación consecuencia de la reforma del Título V, identifica los diferentes niveles territoriales a los que corresponde el ejercicio de las funciones administrativas sin mencionar las autoridades independientes. El reconocimiento de los principios de legalidad, de imparcialidad y de buen funcionamiento (art. 97) y aquél según el cual la actividad administrativa está al servicio de la Nación (art. 98) han permitido elaborar la distinción entre funciones de «indirizzo» reservadas a los órganos de gobierno, y funciones de gestión, reservadas al aparato administrativo, pero no permite lograr legitimar la total independencia del Gobierno teniendo en cuenta la elección constitucional de un modelo de administración pública de cuño ministerial.

Otra parte de la doctrina, sin embargo, ha fundamentado en la particular significación de algunos derechos constitucionales, que destacan en determinados sectores, la reclamación de una especial actividad de garantía que no puede ser desarrollada a través del ejercicio de la normal actuación administrativa. Siguiendo esta teoría, estas instituciones serían instituciones de la libertad y recibirían su propia legitimación en la primera parte de la Constitución, dedicada a los derechos y las libertades fundamentales<sup>79</sup>.

Análogamente, en el ordenamiento español<sup>80</sup>, la cuestión principal se refiere a la compatibilidad de las autoridades de regulación del mercado con el art. 97 de la Constitución, que establece que «el Gobierno dirige (...) la Administración civil».

autorità indipendenti”, en F. GABRIELE, G. BUCCI, C.P. GUARINI (a cura di), *Il mercato, le imprese, i consumatori*, Cacucci, Bari, 2002, pp. 233 ss.; M. CUNIBERTI, “Autorità amministrative indipendenti e Costituzione”, *Riv. dir. cost.*, 2002, pp. 3 ss.; F. DONATI, “Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno”, *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; A. RIVIEZZO, “Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale”, *Quad. cost.*, n. 2, 2005, pp. 321 ss.; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna, 2011.

<sup>77</sup> Cfr. A. PREDIERI, *L'rompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1992, pp. 52 ss.

<sup>78</sup> M. CUNIBERTI, “Autorità amministrative indipendenti e Costituzione”, *Riv. dir. cost.*, 2002, pp. 56 ss.

<sup>79</sup> G. AMATO, “Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia”, cit., pp. 645 ss.

<sup>80</sup> Sobre la compatibilidad de las autoridades de regulación en el ordenamiento español, vid. E. VÍRGALA FORURIA, “Las Autoridades administrativas independientes en España: su regulación jurídica”, en P. CHIRULLI, R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 289 ss.; A. EIZMENDI AMAYUELAS, “Últimas tendencias de la administración independiente española”, *R.V.A.P.*, n. 91, 2011, pp. 147 ss.; L. POMED SANCHEZ, “Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes”, en *Rev. Adm. Públ.*, n. 132, 1993, pp. 117 ss.; E. GARCIA LLOVET, “Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho”, *Rev. Adm. Públ.*, n. 131, 1993, pp. 61 ss.; J.M. SALA ARQUER, “El Estado neutral.

La independencia de las autoridades administrativas independientes contradice la actividad de dirección del Gobierno en las relaciones con la Administración, prevista en la Constitución.

Se ha afirmado al respecto, que las autoridades serían órganos administrativos no sujetos al poder de dirección política del Gobierno en virtud de la voluntad expresamente manifestada por la Ley<sup>81</sup>. Se objeta, sin embargo, que la creación de autoridades independientes no puede ignorar la previsión de la dirección por el Gobierno de la actividad administrativa que se concreta principalmente en dos mecanismos, el nombramiento y el cese de los altos cargos de la administración pública y la capacidad de dictar instrucciones a los organismos que componen la organización administrativa. Considerando que ambos mecanismos no están previstos para los organismos de regulación sino que, todo lo más, se contempla una actividad de dirección del Gobierno muy reducida que permite, únicamente en situaciones particulares, remover o no renovar a sus miembros, la doctrina española más rigurosa sostiene su inconstitucionalidad y la consiguiente necesidad de una reforma constitucional que los legitime constitucionalmente<sup>82</sup>.

En Francia, el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional se han pronunciado a favor de la constitucionalidad de los organismos de regulación. A pesar de que éstos no estén previstos en la Constitución y sean difícilmente conciliables con el principio de división de poderes, especialmente con las previsiones al respecto de los arts. 20 par. 2 y 21 párr. 3<sup>83</sup>, la Constitución no impide que puedan ser creadas otras autoridades administrativas, que gozan de una independencia relativa desde la perspectiva de que no están sustraídas a la responsabilidad del Gobierno<sup>84</sup>.

La dificultad de encontrar un fundamento para las autoridades en las Constituciones nacionales ha llevado a la doctrina a reconducir su creación a ámbito del

Contribución al estudio de las administraciones independientes”, *Rev. Esp. Der. Adm.*, n. 42, 1984, pp. 401 ss.

<sup>81</sup> F. LÓPEZ RAMÓN, “El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de administración independiente”, *Rev. Adm. Públ.*, n. 126, 1991, p. 193.

<sup>82</sup> E. VÍRGALA FORURIA, “Las Autoridades administrativas independientes en España: su regulación jurídica”, cit..

<sup>83</sup> G. GRASSO, “Spunti per uno studio sulle Autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d’America)”, cit., pp. 1325 ss.

<sup>84</sup> *Conseil constitutionnel*, Decisiones 84-1973, de 26 de Julio de 1984; 86-217, de 18 de septiembre de 1986; 86-224, de 23 de enero de 1987; 88-248, de 17 de enero de 1989.

ordenamiento comunitario<sup>85</sup>. La normativa europea permite, de hecho, en ciertos sectores, también el ejercicio de poderes normativos por parte de las Autoridades independientes, constituyendo un fundamento de legitimación que satisfaría el principio de legalidad, a pesar de que estos poderes vengan atribuidos a órganos que difícilmente son compatibles con la arquitectura constitucional interna y que, por lo demás, no reciben ninguna legitimación democrática de tipo representativo<sup>86</sup>. El derecho de carácter supranacional no impone un modelo uniforme de autoridad de regulación de los diferentes sectores del mercado, dejando a los Estados miembros la adaptación de la creación de estos organismos a las peculiaridades del propio ordenamiento político-constitucional. Establece, sin embargo, un modelo, cuya configuración en los ordenamientos de carácter monista implica necesariamente, una atenuación del principio de responsabilidad ministerial y la sustitución de una relación de responsabilidad respecto de las instituciones comunitarias.

## 7. LA DESLOCALIZACIÓN TERRITORIAL DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

La modernización de la administración pública se ha manifestado, especialmente en Europa, a través de la aprobación y la realización de reformas constitucionales y legislativas descentralizadoras que han afectado a los niveles intermedios de gobierno (por ejemplo, Regiones o Comunidades Autónomas) pero también a los entes locales. Casi al mismo tiempo, se ha evidenciado un proceso de reforma de los poderes locales en los principales países de la Unión Europea: en España en 1985, en Italia en 1990, en Gran Bretaña en 1992 y en el 2000, en Francia en 1992 y en 2003<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Es posible mencionar en favor de dicha tesis, al menos, una referencia textual en la normativa italiana relativa a la regulación de la competencia. El art. 1, pár. 4, de la Ley de 10 de octubre de 1990, n. 287 prevé, de hecho, que «L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo (norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione) è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

<sup>86</sup> Sobre la relevancia de las autoridades independientes en la normativa europea vid. P. BILANCIA, "Autorità amministrative indipendenti e processo di integrazione europea", en F. GABRIELE, G. BUCCI, C.P. GUARINI (a cura di), *Il mercato, le imprese, i consumatori*, cit., pp. 17 ss.; N. LONGOBARDI, "Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale", *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, pp. 1 ss.

<sup>87</sup> En general, sobre los procesos de descentralización del poder político y administrativo a nivel periférico en los Estados miembros de la Unión Europea, nos remitimos a M. CACIAGLI, *Regioni d'Europa. Devoluzioni, regionalismi, integrazione europea*, il Mulino, Bologna, 2003.

El proceso de descentralización de las funciones administrativas responde a un proyecto, inspirado por la Unión Europea, de aproximación de la administración a los ciudadanos, ofreciendo nuevas formas de participación política a la dirección política de la administración pero también permitiendo una mayor participación directa de los ciudadanos en la actividad administrativa. Por este motivo, muchas Constituciones incorporan el principio de subsidiariedad vertical. El art. 5, párr. 3 TUE, de hecho, establece que «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión». En base a la interpretación de esta norma el escalón territorial más próximo a los ciudadanos, el local, es titular de la competencia administrativa general. Todos los demás niveles territoriales resultan titulares de las funciones administrativas que les corresponden en base al principio de subsidiariedad vertical y al principio de proporcionalidad<sup>88</sup>. La previsión de formas más o menos acentuadas de autonomía regional o local tiene que afrontar, sin embargo, la tradición centralizadora de algunos Países. La Constitución de la V República francesa, por ejemplo, no distribuye directamente las competencias del Estado y de los entes sub-estatales, dejando la determinación de los principios fundamentales de autogobierno de las colectividades territoriales a la ley (art. 34.3)<sup>89</sup>.

Por otro lado, la descentralización política y la multiplicación de los niveles de gobierno dan lugar a una creciente interdependencia de las políticas entre los distintos niveles. La fragmentación de la administración resulta, pues, un factor de complicación, reclamando la introducción de instrumentos de acuerdo y de cooperación tanto horizontal (entre sujetos institucionales situados al mismo nivel) como vertical (entre sujetos institucionales situados en distinto nivel). Los diferentes niveles de gobierno, por lo tanto, no pueden considerarse aisladamente, debiendo colaborar en el ejercicio de las propias funciones, sobre todo en circunstancias en las que se requiere una atracción de las tareas hacia escalones más altos de la administración por razón de exigencias de carácter unitario.

No obstante, el análisis de la organización de la administración pública nos permite distinguir dos modelos teóricos de organización territorial de las funcio-

<sup>88</sup> Vid. *Supra* par. 5.

<sup>89</sup> K. BLAIRON, "La dimensión del Estado y de las Administraciones públicas en perspectiva comparada. El caso francés", de próxima publicación en el n.º. 21 de la *ReDCE*, pp. 9, 24.

nes administrativas: el primero de origen germánico, denominado federalismo de ejecución, en el que la función ejecutiva no sigue necesariamente a la legislativa, pudiendo ser atribuida al ente que no posee la correspondiente función legislativa; el segundo de derivación estadounidense, que es definido por la doctrina con la expresión administración dual<sup>90</sup>, en el que cada entidad de gobierno desarrolla sus propias funciones en las materias de competencia legislativa que tiene asignadas<sup>91</sup>.

La Ley fundamental incorpora el denominado federalismo de ejecución<sup>92</sup>: el art. 83 GG asigna la ejecución de las leyes federales a los «Länder» y a sus administraciones, salvo que la Ley fundamental disponga o permita otra cosa<sup>93</sup>. Sin embargo, resultan raras las disposiciones constitucionales que asignan la competencia para desarrollar las leyes federales directamente a la Federación<sup>94</sup>. En estos casos, antes de la reforma federal de 2006, la ejecución de las leyes federales por parte de los «Länder» podía ser bloqueada sólo por una ley federal aprobada por ambas cámaras del Parlamento alemán. Sin embargo, para evitar que el «Bundesrat» se opusiera a la ejecución de las leyes federales, a modo de aquellos monocamerales, la reforma del federalismo ha introducido un mecanismo más flexible, atribuyendo la ejecución de

<sup>90</sup> El ordenamiento estadounidense ha pasado, sin embargo, de un modelo de federalismo de tipo dual a un federalismo de tipo «cooperativo», cuyo momento decisivo puede ser identificado en los años treinta de 1900, o lo que es lo mismo, en los años del *New Deal*. La Gran Depresión requirió una respuesta nacional que se tradujo en múltiples intervenciones para la recuperación económica. No obstante, el Tribunal Supremo, únicamente tras algunas vacilaciones, ha abandonado la teoría del federalismo dual para abrazar el cooperativo, también sobre la base de una interpretación extensiva de la *Commerce Clause*. Nos remitimos a L. STROPPIANA, *Stati Uniti*, il Mulino, Bologna, 2006, pp. 104 ss.

<sup>91</sup> Acerca de esta distinción vid. R. BIFULCO (a cura di), *Ordinamenti federali comparati. II. America Latina, India, Europa, Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 339.

<sup>92</sup> Otro ordenamiento que adopta el federalismo de ejecución es el austríaco. Sin embargo, ha sido considerado lleno de lagunas debido a un reparto de competencias «intrincado, hiperdetallado y totalmente desequilibrado en favor de la Federación». La Constitución federal austríaca prevé cuatro tipos de reparto de competencias: la federal a través de la legislación y ejecución (art. 10 B-VG), la federal mediante la actividad legislativa y regional mediante la ejecución (art. 11 c. 1 B-VG), la del *Bund* mediante la legislación de principio y los *Länder* a través de la legislación de aplicación y de la ejecución (art. 12 B-VG), y, finalmente, la regional tanto por la legislación como por la ejecución (art. 15 B-VG). Nos remitimos a F. PALERMO, «Il federalismo austríaco: un cantiere sempre aperto», *www.issirfa.cnr.it*.

<sup>93</sup> Art. 83 GG: «Los Länder ejecutarán las leyes federales como asunto propio, salvo que la presente Ley Fundamental determine o admita otra cosa».

<sup>94</sup> Distingue en cinco grupos la competencia administrativa residual de la Federación M. D. POLI, «La Administración pública en Alemania: principios, etapas evolutivas y sostenimiento del sistema frente a la crisis», de próxima publicación en el n.º. 20, 2013, de la *ReDCE*.

las leyes federales a la competencia exclusiva del «Bundestag» salvo algunas hipótesis excepcionales<sup>95</sup>.

Los demás ordenamientos constitucionales siguen, como máxima, el principio de la administración dual. De este modo, se respeta el principio de la correspondencia de las funciones legislativas y las funciones administrativas de los diferentes niveles de gobierno enumerados en la Constitución.

El ordenamiento constitucional español es un caso de este tipo. La administración estatal española sigue el modelo de administración dual y se subdivide en diferentes planos: central, estatal, y periférico que, a su vez, se subdivide en autonómico y provincial. Se distinguen, de hecho, competencias exclusivas del Estado que tienen por objeto tanto el ejercicio de la función legislativa como la ejecución, las competencias compartidas con la definición de los principios fundamentales por el Estado y del resto de la normativa legislativa y ejecutiva por parte de las Comunidades Autónomas, las competencias compartidas que tienen por objeto la legislación por parte del Estado y la ejecución por parte de las Comunidades Autónomas y, en última instancia, las competencias exclusivas, legislativas y ejecutivas, de las Comunidades Autónomas<sup>96</sup>.

La Constitución, sin embargo, no define las materias de competencia de las Comunidades Autónomas, remitiendo su delimitación a los Estatutos de Autonomía dentro de los límites fijados por la Constitución<sup>97</sup>. En algunos casos, aunque la competencia legislativa corresponde al Estado central, la Constitución atribuye su ejecución directa a las Comunidades Autónomas. Éste es el caso, por ejemplo, de la materia relativa a la legislación laboral<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> A. ANZON DEMMIG, “La “modernizzazione” del federalismo in Germania: spunti di riflessione per l’attuazione e l’aggiornamento del regime delle competenze legislative nell’ordinamento italiano”, *www.federalismi.it*, 11 ottobre 2006, p. 6; G. PICCIRILLI, “Föderalismusreform e ruolo del Bundesrat: la genesi della revisione costituzionale tedesca del 2006 e la riduzione delle leggi “bicamerali””, *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, pp. 5-6; J. WOELK, “Eppure si muove: la riforma del sistema federalismo fiscale tedesco”, *Ist. fed.*, n. 2, 2007, pp. 201 ss.

<sup>96</sup> Sobre esta distinción en el ordenamiento español nos remitimos a F. BALAGUER CALLEJÓN (dir.), G. CAMARA VILLAR, J.F. LÓPEZ AGUILAR, M.L. BALAGUER CALLEJÓN, J.A. MONTILLA MARTOS, *Manual de derecho constitucional*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 348-349.

<sup>97</sup> Art. 147.2,d) de la Constitución española: «Los Estatutos de Autonomía deberán contener: (...) las competencias asumidas dentro del marco establecido por la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas».

<sup>98</sup> Art. 149.1.7ª de la Constitución española: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas».

La Constitución italiana, con posterioridad a la reforma del Título V, ha abandonado el denominado principio del paralelismo que implicaba el ejercicio por parte de las Regiones, de las funciones administrativas en las mismas materias de competencia legislativa<sup>99</sup>. Dificilmente subsumible en uno de los dos modelos anteriormente indicados, adopta «un sistema di amministrazione diffusa nella società»<sup>100</sup> en el que las relaciones entre los diferentes niveles de gobierno no se articulan a través del principio de jerarquía sino del principio de subsidiariedad, adecuación y diferenciación, consagrados en el texto constitucional desde la reforma del Título V<sup>101</sup>.

A tales efectos, se deben distinguir la potestad reglamentaria del Estado y de las Regiones y el ejercicio de las funciones administrativas.

El art. 117.6 de la Constitución italiana atribuye expresamente el ejercicio de la potestad reglamentaria a las Regiones en las materias de competencias compartidas, además de en aquellas exclusivas o residuales. En las de competencia legislativa estatal, sin embargo, la potestad reglamentaria reside en el Estado, salvo delegación en las Regiones. Los Municipios, las Provincias y las Ciudades metropolitanas tienen potestad reglamentaria respecto de la organización y el desarrollo de las funciones que tienen asignadas<sup>102</sup>.

Por lo que se refiere al ejercicio de las funciones administrativas es el Municipio el ente dotado de competencia administrativa general salvo que, para asegurar el ejercicio unitario, sea conferida a Provincias, Ciudades Metropolitanas, Regiones o Estado, sobre la base de los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación<sup>103</sup>. El mecanismo original italiano puede ser definido como móvil: la enumeración de las competencias establecidas en la Constitución debe ser leída sistemáticamente con la interpretación del principio de subsidiariedad proporcionada por la Corte constitucional<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> Art. 118.1 de la Constitución italiana (anterior a reforma): «Corresponden a las Regiones las funciones administrativas relativas a las materias enumeradas en el artículo anterior, salvo las de interés exclusivamente local, que pueden ser atribuidas por las leyes de la Republica a las Provincias, a los Municipios o a otros entes locales».

<sup>100</sup> M. PICCHI, *L'autonomia amministrativa delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 468.

<sup>101</sup> Sobre los principios rectores de la administración periférica en Italia nos remitimos a M. CAMMELLI, «I raccordi tra i livelli istituzionali», *Ist. fed.*, n. 2, 2010, pp. 309 ss.

<sup>102</sup> V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI, «Normazione ed amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei pubblici poteri», *www.astridon-line.it*, pp. 36 ss.

<sup>103</sup> Art. 118.1 de la Constitución italiana: «Se asignan a los Municipios las funciones administrativas, a menos que, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las Provincias, Ciudades metropolitanas, Regiones y al Estado en virtud de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuación».

<sup>104</sup> A. D'ATENA, «Tra Spagna e Germania: i modelli storici del regionalismo italiano», en *Scritti in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, p. 351.

La Corte constitucional, en la Sentencia n. 303 de 2003, ha definido el principio de subsidiariedad como «un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida (...) la stessa distribuzione delle competenze legislative»<sup>105</sup>, a pesar de que ésta se refiera exclusivamente a las funciones administrativas. A tal fin, reclama exigencias unitarias que recorren también contextos caracterizados por un acentuado pluralismo institucional como la «konkurrirende Gesetzgebung» en el ordenamiento constitucional alemán o la «supremacy clause» en el ordenamiento federal estadounidense. La sentencia, en particular, reconoce que la fuerza de atracción de la subsidiariedad no puede dejar de tener consecuencias sobre el ejercicio de la función legislativa. El principio de legalidad, de hecho, impone que las funciones administrativas asumidas por la subsidiariedad sean organizadas y reguladas por la ley estatal, aunque comprendan ámbitos de las competencias regionales<sup>106</sup>, siempre que, como consecuencia de un procedimiento, «la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata»<sup>107</sup>.

## 8. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO Y LA RENOVADA CENTRALIZACIÓN: EL ESTADO DE NUEVO PROTAGONISTA

El inicio de la descentralización administrativa en Europa había establecido las premisas para el definitivo ocaso de la histórica regla «unità politica = unità amministrativa»<sup>108</sup> y para la consagración del pluralismo institucional paritario. Como sucede a menudo, sin embargo, en las crisis económico-financieras los Esta-

<sup>105</sup> Corte cost., Sent. 303 de 2003 (*cons. in dir. 2.1*).

<sup>106</sup> Define como «único» en la perspectiva comparada el mecanismo adoptado por el legislador de la revisión constitucional, A. D'ATENA, «Tra Spagna e Germania: i modelli storici del regionalismo italiano», cit., p. 351.

<sup>107</sup> Corte cost., Sent. 303 del 2003 (*cons. in dir. 2.2*). Acerca de este pronunciamiento véanse los comentarios de A. D'ATENA, «L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale», *Giur. cost.*, n. 3, 2003, pp. 2776 ss.; A. ANZON, «Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni», *ivi*, pp. 2782 ss.; A. MOSCARINI, «Sussidiarietà e Supremacy clause sono davvero perfettamente equivalenti?», *ivi*, pp. 2791 ss.; A. GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, *ivi*, pp. 2805 ss.

<sup>108</sup> M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 85.

dos nacionales han asumido la tarea de «Stato salvatore»<sup>109</sup> a fin de reconstruir los equilibrios económicos y sociales que podían resultar irremediablemente afectados. En este contexto han realizado los gastos las autonomías regionales y locales, así como el correspondiente ejercicio de las funciones administrativas. No se trata de un acontecimiento localizable en un país, sino, por el contrario, de un fenómeno difundido en toda el área europea<sup>110</sup>. La percepción de la situación se aprecia en las afirmaciones del Presidente de la Conferencia de las Regiones italianas, Vasco Errani, el 27 de septiembre de 2011, quien, en una especie de despedida fúnebre, ha afirmado que «il federalismo è morto», comentando la reducción del rating de once entes territoriales italianos por parte de la agencia Standard and Poor's, como consecuencia de los efectos de las medidas económicas realizadas por el gobierno central en los últimos años<sup>111</sup>.

La constitucionalización del equilibrio presupuestario en las Constituciones de los países miembros de la Unión Europea<sup>112</sup>, recomendada (o mejor impuesta) por las previsiones de los nuevos instrumentos de gobernanza europeos<sup>113</sup>, ha terminado por poner en riesgo los resultados alcanzados en relación a la asignación y distribu-

<sup>109</sup> G. NAPOLITANO, «Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali», *Giorn. dir. amm.*, n. 10, 2008, pp. 1083 ss.

<sup>110</sup> Sobre los efectos de la crisis económico-financiera sobre el sistema de las autonomías locales en Europa y la consecuente racionalización del sistema local, nos remitimos al número monográfico de *Ist. Fed.*, n. 3, 2012.

<sup>111</sup> G. GARDINI, «Editoriale. Le autonomie ai tempi della crisi», *Ist. fed.*, n. 3, 2011, p. 457.

<sup>112</sup> Sobre la constitucionalización del equilibrio presupuestario, desde una perspectiva comparada, en los diferentes ordenamientos de la Unión Europea vid. C. DE CARO, «La limitazione costituzionale del debito in prospettiva comparata: un confronto tra Francia e Spagna», in AA.VV., *Costituzione e pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 267 ss.; I. CIOLLI, «I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari», *www.rivistaaic.it*, n. 1, 2012; A. PIROZZOLI, «Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio», *ivi*, n. 4, 2011; D. DE GRAZIA, «Crisi del debito pubblico e riforma della Costituzione», *IANUS*, n. 7, 2012, pp. 153 ss.; G. DELLEDONNE, «Financial Constitutions in the EU: From the Political to Legal Constitution?», *STALS Research Paper*, n. 5, 2012, pp. 8 ss.; M.A. ORLANDI, «Vincoli di bilanci europei e ordinamenti dei Paesi dell'Europa centro orientale», *www.forumcostituzionale.it*, pp. 1 ss.

<sup>113</sup> El art. 3, pár. 2, del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión económica y monetaria (denominado «fiscal compact») establece expresamente que la «regla del equilibrio presupuestario» deberá ser incorporada en los ordenamientos jurídicos nacionales, preferiblemente a nivel constitucional, en un plazo de un año desde la entrada en vigor del Tratado. Sobre los instrumentos de *governance* europeos derivados de la crisis económico-financiera v. F. FABBRINI, «Il Fiscal compact: un primo commento», *Quad. cost.*, n. 2, 2012, pp. 434 ss.; M.P. CHITI, «La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1, 2013, pp. 1 ss.; A. BAR CENDÓN, «La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea»,

ción periférica de las funciones administrativas en virtud de la perniciosa ecuación «riduzione della spesa = riduzione dell'autonomia» a nivel periférico.

El modelo de referencia alemán, introducido a través de la reforma del «Föderalismusreform II» de 2009<sup>114</sup>, se difunde, con sus virtudes y defectos, en todos los ordenamientos constitucionales. El conocido art. 109, párr. 3 GG, establece expresamente que los presupuestos de la Federación y los «Länder» deben estar equilibrados, prohibiendo el recurso a cualquier préstamo. El legislador constitucional, sin embargo, diferencia la posición de la Federación y de los «Länder»: para la Federación, el equilibrio presupuestario deberá considerarse respetado también cuando el endeudamiento no supere el límite del 0,35% del producto interior bruto nominal; por el contrario, a los «Länder» no les está permitido recurrir a ninguna forma de endeudamiento, aunque la Ley Fundamental se remita a su autonomía para la regulación de los detalles en el ámbito de las competencias que tienen atribuidas<sup>115</sup>. La nueva regulación introduce una importante novedad en las relaciones entre centro y periferia que no podrá evitar desplegar efectos sobre la evolución de la forma de Estado. Como ha subrayado Raffaele Bifulco, de hecho, una parte de la reforma constitucional puede producir el efecto de evitar situaciones de endeudamiento para los «Länder» que puedan conducirlos a la quiebra; de otro lado, la reducción de la capacidad de gasto de los entes federados se repercute en la capacidad de realizar inversiones, considerando especialmente que algunas materias –que constituyen el motor del Estado social– son competencia de los «Länder»<sup>116</sup>.

Esta diferencia estructural de regulación entre centro y periferia se reproduce claramente también en las reformas constitucionales heteroimpuestas, adoptadas en Italia y en España. En Italia, la reciente reforma constitucional, que entrará en vigor durante el

*Teoría y realidad constitucional*, n. 30, 2012, pp. 59 ss.; F. DONATI, “Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione Europea”, *www.rivistaaic.it*, n. 2, 2013, pp. 1 ss.

<sup>114</sup> Para un cuadro sintético: Servizio Studi del Senato, *La riforma costituzionale tedesca del 2009 (Föderalismusreform II) e il freno all'indebitamento*, aprile 2011, n. 287. Sobre algunos comentarios respecto de la introducción de la regla de equilibrio presupuestario en Alemania v. R. BIFULCO, “Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?”, *www.rivistaaic.it*, n. 3, 2011, pp. 1 ss.; R. PEREZ, “La nuova disciplina del bilancio in Germania”, *www.astrid.eu*, pp. 1 ss.; M. KÖLLING, “Los límites de la deuda pública según la reforma de la Ley fundamental alemana del 2009”, en *REAF*, n. 16, 2012, pp. 74 ss.; A. ARROYO GIL, “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania”, *REAF*, n. 10, 2010, pp. 40 ss.

<sup>115</sup> El único medio de compensación de la mayor rigidez respecto de los Länder proviene de la circunstancia de que para éstos la nueva constitución (y por lo tanto, la previsión de la medida más rigurosa que impide recurrir a cualquier medio de endeudamiento sobre el producto bruto de sus propios Presupuestos), no resulta aplicable, según prevé el art. 143d, párr. 1 GG, hasta el 1 de enero de 2020.

<sup>116</sup> R. BIFULCO, “Il pareggio di bilancio in Germania”, cit, p. 3.

ejercicio financiero de 2014, ha enriquecido la regulación del presupuesto, previendo en una serie de disposiciones el principio de equilibrio presupuestario (arts. 81, 97 y 119 Const.)<sup>117</sup>. La regulación excesivamente rigurosa en virtud de la previsión de parámetros más férreos de los impuestos a nivel supranacional<sup>118</sup>, reproduce una preferencia por el Estado: el Estado se reapropia de la competencia legislativa y ejecutiva en materia de «armonización de los presupuestos públicos» (art. 117, pár. 2, letra e), que se transforma de competencia concurrente en exclusiva, terminando por ratificar a nivel constitucional lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional había ya afirmado. La decisión n. 70 de 2012, de hecho, ha anticipado la aprobación de la Ley constitucional de introducción del equilibrio presupuestario, declarando inconstitucional una Ley de Presupuestos de la Región de Campania por falta de respeto a la obligación de cobertura de los gastos al que refiere el art. 81, pár. 4 Const., y por contravenir los principios contables del Estado y la coordinación de las finanzas públicas, establecidos por el legislador estatal en el sentido del art. 117, pár. 2, letra e) y pár. 3 Const.<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> La Ley constitucional n. 1 de 2012 ha modificado el texto de los arts. 81, 97 y 119 Const. Únicamente por vía indirecta era posible deducir de la antigua redacción del art. 81, pár. 4 Const. el principio del equilibrio presupuestario. Éste establecía que «Cualquier otra ley que imponga nuevos y mayores gastos deberá indicar los medios para hacerles frente». La nueva regulación, sin embargo, establece el principio del equilibrio presupuestario para el Estado previendo la posibilidad de recurrir al endeudamiento previa autorización de las Cámaras, adoptada por mayoría absoluta de los miembros, en el supuesto de circunstancias excepcionales. El principio de equilibrio presupuestario se convierte, pues, en regla de oro del sistema constitucional italiano, considerando que éste se establece, en el sentido del art. 97 Const., para todas las administraciones públicas. Del mismo modo, se reitera en el art. 119 Const., para los Municipios, las Ciudades metropolitanas, las Provincias y las Regiones. Sobre la introducción del equilibrio presupuestario en la Constitución italiana véase, *ex multis* R. BIFULCO, “Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell’Unione. A proposito della riforma costituzionale sull’equilibrio di bilancio”, *www.rivistaaic.it*, n. 2, 2012; A. BRANCASI, “Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione”, *www.osservatoriosullefonti.it*; C. GOLINO, “I vicoli al bilancio tra dimensione europea e ordinamento nazionale”, *www.amministrazioneincammino.luiss.it*; G. SCACCIA, “Equilibrio di bilancio tra Costituzione e vincoli europei”, *www.osservatoriosullefonti.it*; D. MORGANTE, “La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio”, *www.federalismi.it*.

<sup>118</sup> De hecho, el art. 81, pár. 2 Const. it., no prevé la posibilidad de intervenciones de política económica en régimen de objetivos mínimos a diferencia del *Fiscal compact* que permite en momentos coyunturales un límite porcentual de endeudamiento del 0,5%. En otras palabras el ordenamiento constitucional italiano renuncia a un instrumento de intervención en la economía para sostener las políticas públicas. Cfr. F. BILANCIA, *op. cit.*, p. 4. Responde a las observaciones expresadas por Bilancia D. CABRAS, “Su alcuni rilievi critici al c.d. “pareggio di bilancio”, *www.rivistaaic.it*, n. 2, 2012.

<sup>119</sup> La sentencia proviene de la cuestión de legitimidad constitucional promovida por el Presidente del Consejo de Ministros respecto de diversas disposiciones contenidas en la Ley de la Región de Campania, de 15 de marzo de 2011, n. 5, de aprobación del “Presupuesto de la Región de Campania para el año 2011, y Presupuesto para el trienio 2011-2013”, posteriormente modificada por la Ley regional de 6 de diciembre de 2011,

La previsión de la autonomía financiera de ingresos y gastos de las Regiones en los límites de las restricciones económicas y financieras derivadas del ordenamiento europeo se ha limitado por ulteriores límites que suponen «un freno irreversible y definitivo»<sup>120</sup>. El art. 119 párr. 6 Cost. admite la posibilidad para todos los entes territoriales de recurrir al endeudamiento «únicamente para financiar gastos de inversión» pero «con la consiguiente definición de planes de amortización y a condición de que para el conjunto de los entes de cada una de las Regiones se respete el equilibrio presupuestario».

La reforma constitucional española del art. 135 Const. ha formulado la regla de oro del equilibrio presupuestario para todas las administraciones públicas, precisando expresamente que el Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en una situación de déficit estructural que supere los límites establecidos por la Unión Europea a los Estados miembros<sup>121</sup>. Se procede, como ha subrayado Juan Francisco Sánchez Barrilao, a «la consti-

n. 21, relativa a “Ulteriores disposiciones urgentes en materia de finanzas regionales”. Las disposiciones hacen referencia al avence de previsiones previstas en el ejercicio precedente con cobertura financiera de partidas de gasto del Presupuesto y con especial referencia a fondos vinculados; las implicaciones del principio de cobertura financiera con respecto al recurso al mercado financiero y a instrumentos financieros derivados; las implicaciones del principio de prudencia con respecto al montante del crédito inherente a los gastos no realizados en relación a las sumas canceladas. La Corte constitucional ha juzgado fundadas las alegaciones formuladas por el Presidente del Consejo de Ministros, sosteniendo la no conformidad con el principio de cobertura financiera del art. 81, párr. 4 Const, en lo que respecta a «realizzare il pareggio di bilancio in sede preventiva attraverso la contabilizzazione di un avanzo di amministrazione non accertato e verificato a seguito della procedura di approvazione del bilancio consuntivo dell’esercizio precedente». Sobre la sentencia de la Corte constitucional n. 70, de 28 de marzo de 2012, nos remitimos a las reflexiones de G. RIVOSECCHI, “Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione”, *www.rivistaaic*, n. 3, 2012, pp. 5 ss.; D. MORGANTE, “Il principio di copertura finanziaria nella recente giurisprudenza costituzionale”, *www.federalismi.it*; M. NARDINI, “La “tutela degli equilibri di bilancio” delle Regioni nella sentenza n. 70/2012 della Corte costituzionale, alla luce dei nuovi articoli 81 e 119 della Costituzione (nota a sentenza 28 marzo 2012 n. 70)”, *www.amministrazioneincammino.luis.it*; D. MONEGO, “Ius superveniens in via principale tra trasferimento della questione, estensione ed illegittimità consequenziale”, *www.forumcostituzionale.it*.

<sup>120</sup> G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, cit. p. 109.

<sup>121</sup> La regla del equilibrio presupuestario ha sido introducida a través de una revisión constitucional y ha sido promulgada por el Rey y publicada el mismo día, el 27 de septiembre de 2011, en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Sobre la constitucionalización del equilibrio presupuestario en la Constitución española, *ex multis*, G. RUIZ-RICO RUIZ, “La Constitución normativa y el principio de estabilidad presupuestaria”, *Ist. fed.*, n. 1, 2013, pp. 229 ss.; M. MEDINA GUERRERO, “La reforma del artículo 135 CE”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 29, 2012, pp. 131 ss.; M.J. RIDAURA MARTINEZ, “La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿Pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?”, *ivi*, pp. 237 ss.; M.J. MORAN ROSADO, “El factor europeo en la reforma constitucional española. Algunos apuntes sobre los aspectos internacionales de la segunda reforma de la Constitución española”, *Rev. gen. der. comp.*, n. 11, 2012, pp. 1 ss.; R. TUR

tucionalización tanto de las propias Comunidades Autónomas, como de la integración de España en la Unión Europea; y en cuanto a ésta, además, integrando el Derecho europeo como parámetro de constitucionalidad»<sup>122</sup>.

El Tribunal Constitucional ya había reconocido en la sentencia n. 134 de 2011, la capacidad del Estado para aprobar disposiciones legislativas en materia de estabilidad económico-financiera, situando su fundamento constitucional en algunas materias expresamente reservadas a la competencia estatal<sup>123</sup>. La reforma constitucional, por tanto, no atribuye un nuevo título competencial al Estado central. Renueva su fundamento constitucional y, a tal fin, somete la regulación del Presupuesto a la Ley Orgánica. La reforma constitucional, a diferencia de la solución alemana e italiana, no establece directamente los límites al déficit y al endeudamiento público pero encomienda dicha misión a una expresa Ley Orgánica, previendo que los gastos para el pago de la deuda pública tienen preferencia respecto a otras tipologías de gasto (art. 135.3 segundo periodo).

El art. 135.5, de hecho, dispone expresamente que una Ley Orgánica desarrollará los principios a los que se refiere este artículo y, entre otros aspectos, regulará la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las diferentes administraciones públicas, las situaciones excepcionales que permitan derogar tales límites, la forma y los términos para recuperar el déficit producido, la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural y la responsabilidad de cada administración en caso de inobservancia de los límites de estabilidad financiera. A su vez la nueva Ley Orgánica atribuye al Estado la posibilidad de fijar unilateralmente los objetivos de presupuesto de todas las Administraciones territoriales, incluidas las Comunidades Autónomas; la regulación anterior, sin embargo, dejaba la determinación de los objetivos de cada Comunidad Autónoma al Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF). Este último tiene ahora un papel meramente consultivo. El art. 15 de la

AUSINA, F. SANJUÁN ANDRÉS, “Spagna. La riforma dell’art. 135 della Costituzione introduce appositi limiti al deficit e al debito pubblico”, *DPCE on line*, n. 4, 2011.

<sup>122</sup> J. F. SANCHEZ BARRILAO, “La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Bol. Mex. Der. Comp.*, n. 137, 2013, pp. 679 ss. En términos similares se ha precisado que la reforma constitucional ha constatado, a través de la «cláusula europea» del equilibrio presupuestario, la pertenencia de España a la Unión Europea. Cfr. J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “La reforma del artículo 135 de la Constitución española”, *Rev. Adm. Públ.*, n. 187, 2012, p. 60; G. RUIZ-RICO RUIZ, op. cit., p. 235.

<sup>123</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional identificaba la legitimidad de la intervención estatal en materia de equilibrio presupuestario en los siguientes ámbitos competenciales: las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.13), las finanzas públicas y la deuda del Estado (art. 149.14), el sistema monetario (art. 149.11) y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.18). Cfr. A. GALERA VICTORIA, “El legislador autonómico y el principio de estabilidad presupuestaria”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 31, 2013, p. 617.

Ley Orgánica n. 2 de 2012<sup>124</sup>, que desarrolla la regulación constitucional, establece que, en el primer semestre de cada año, el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y previo parecer del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas fija los objetivos para alcanzar el equilibrio presupuestario y de reducción del déficit público<sup>125</sup>. Las Comunidades Autónomas no pueden influir ni directa ni indirectamente en las decisiones en materia financiera, siendo el parecer del Consejo de Política Fiscal y Financiera preceptivo pero no vinculante<sup>126</sup>.

El marco constitucional, además de la normativa europea, afecta, por tanto, a la autonomía de las Comunidades Autónomas. Las Administraciones públicas y, en consecuencia, las Comunidades Autónomas, no pueden determinar ni incidir sobre la decisión relativa a los límites de endeudamiento de las cuentas públicas. Con mayor razón la regulación constitucional excluye que las administraciones públicas puedan determinar las circunstancias excepcionales que permiten superar los límites de *déficit* estructural y de volumen de deuda pública remitiendo también esta definición a la Ley Orgánica (art. 135.4)<sup>127</sup>.

La legislación de desarrollo del art. 135 –que viene a formar parte integrante del denominado bloque de constitucionalidad– produce la «recentralización del modelo autonómico y local»<sup>128</sup>, confirmando al Estado mecanismos de control, de corrección y sancionadores sobre el conjunto del sector público, aun cuando muchas Administraciones, como las Comunidades Autónomas, han sido dotadas de autonomía constitucional<sup>129</sup>, vulnerando la autonomía política y la capacidad de incidir en algunos sectores clave de competencia autonómica<sup>130</sup>. Se está produciendo, en consecuencia, una progresiva revisión

<sup>124</sup> Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de 2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF). La Ley ha sido modificada en algunos contenidos por la posterior Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre de 2012.

<sup>125</sup> M. D. ARIAS ABELLÁN, “Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las Comunidades Autónomas”, *REAF*, n. 18, 2013, p. 150.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>128</sup> G. RUIZ-RICO RUIZ, *op. cit.*, p. 257.

<sup>129</sup> Sobre los mecanismos de control de las reglas de estabilidad y de sostenibilidad cfr. E. ALBERTÍ ROVIRA, “El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español”, *Rev. Esp. Der. Const.*, n. 98, 2013, pp. 63 ss.; J. ESTEVE PARDO, “La nueva relación entre Estado y sociedad”, *cit.*, pp. 148-149; L. FERRARO, “La crisi finanziaria e lo Stato autonomico spagnolo”, *www.rivistaaic.it*, n. 4, 2012, p. 6; M.D. ARIAS ABELLÁN, *op. cit.*, pp. 155 ss.

<sup>130</sup> E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, pp. 63 ss., subraya que muchos de los instrumentos adoptados por el Estado en el último año para contener el déficit y reducir la deuda pública han incidido en al-

indirecta del modelo autonómico a través del principio del equilibrio presupuestario y la atribución de poderes e instrumentos al Estado central con capacidad para incidir sobre la configuración y estructura de la forma de Estado<sup>131</sup>.

## 9. OBSERVACIONES FINALES

La proliferación de los aparatos administrativos ha supuesto la contextual y progresiva erosión del monopolio de la administración estatal que, repartida antes entre centro y periferia, se ha convertido, con el paso del tiempo, en «multiorganizativa»<sup>132</sup>. Las nuevas articulaciones de la administración no pueden ser todas definidas como sujetos de derecho público, sometidas a la disciplina del derecho especial. Como se ha podido observar, de hecho, la mayor parte de las organizaciones internacionales, que influyen incluso en la potestad decisoria y sobre la relativa capacidad de gasto y de control de las finanzas de los Estados, son entes de derecho privado que funcionan según la regulación del derecho común, la del derecho privado. Las mismas relaciones entre los Estados parecen sometidas al principio plutocrático más que al principio de la paridad entre los Estados en las relaciones internacionales. Existen, de hecho, Estados que dentro de las organizaciones “regionales”, tienen una facultad de intervención mayor respecto a otros Países y una capacidad de «moral suasion» sobre la definición de las políticas de los Estados más débiles.

De otro lado, las mismas formas y modalidades de intervención de los nuevos sujetos de derecho y de los Estados cambian de forma. La crisis económico-financiera es ejemplificativa de este proceso. El instrumento informal de las cartas enviadas por el Banco Central Europeo a los Gobiernos italiano y español, representan nuevas formas de coerción de poderes neutrales sobre la capacidad decisoria de los Estados. Dificilmente reconducibles a las fuentes del derecho tradicionalmente entendidas, representan verdaderas y propias recomendaciones vinculantes que tratan de orientar las políticas de los Ejecutivos estatales hacia formas de redimensionamiento de la burocracia y de intervención en la economía dirigidas a tranquilizar a los mercados financieros, quienes se convierten en los principales destinatarios de las políticas estatales.

gunos ámbitos de competencias de las Comunidades Autónomas de gran importancia. Entre ellos, el autor recuerda la sanidad, la educación, la función pública, el comercio interior y algunas prestaciones sociales (p. 80). También G. RUIZ-RICO RUIZ, *op. cit.*, p. 260.

<sup>131</sup> G. RUIZ-RICO RUIZ, *op. cit.*, p. 261.

<sup>132</sup> Prefiere este término antes que el de administración “pluralista” o “policéntrica” C. FRANCHINI, *op. cit.*, p. 266. También declina en plural el concepto de administración pública R. CARIDÀ, “Principi costituzionali e pubblica amministrazione”, *www.giurcost.org*, p. 1.

Las principales directrices de la reforma de la administración y de las formas de regulación en la economía representan el efecto del fenómeno de la globalización y, especialmente, de la participación en el proceso de integración europea, unida a algunas degeneraciones internas, la crisis fiscal del Estado y la expansión de actos de corrupción, causados por el entrelazamiento entre política y administración. La consagración del principio de mercado y de la concurrencia, la predilección por modalidades de iniciativa económica privada, la previsión de límites al endeudamiento del Estado y de los entes periféricos, la consagración del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad, la preferencia por formas de administración y de decisión más próximas a los ciudadanos, inducen a los Estados de la Unión Europea a reformas constitucionales y legislativas. Estas últimas, más o menos similares en todos los países de la Unión, reflejan un proceso inverso a aquel que, hasta ahora, se había producido. Antes la economía y los mercados habían sido funcionales a la potestad decisonal de los poderes públicos y de los Estados, ahora la globalización económica produce un fenómeno inverso que, aún no suponiendo la desaparición de los aparatos públicos y de los Estados, produce «una funzionalità invertita tra stati e mercati» en virtud de la cual «l'economia modifica in maniera sotterranea e silenziosa il quadro istituzionale»<sup>133</sup> para hacerlo más adaptable a sus propias necesidades.

Se trata de una evolución repetida en el curso de los últimos decenios. En un principio con la disminución de los entes públicos económicos a través del proceso de privatización y la consiguiente proliferación de las autoridades administrativas independientes, difícilmente subsumibles en el seno de la organización de la administración continental por ministerios, y la devolución a nivel periférico de una multiplicidad de objetivos institucionales para simplificar el pesado aparato administrativo del Estado central; ahora a través de la constitucionalización del equilibrio presupuestario y la re-centralización de la competencia en materia de disciplina financiera y de límites al endeudamiento en la Unión Europea y, después, en el Estado en calidad de garante de las obligaciones asumidas por los Ejecutivos en sede supranacional e internacional. En cambio, el Estado y las administraciones públicas no desaparecen sino que resultan funcionales en la nueva ordenación de poderes. El Estado se convierte únicamente en una de las entidades que gobiernan el orden jurídico mundial en una posición subalterna respecto de las otras, destinatario y ejecutor de las decisiones que son adoptadas en otras sedes y desvinculadas de los mecanismos democráticos. Las administraciones estatales, sin embargo, se aproximan a las otras administraciones internacionales y supranacionales, convirtiéndose, en la mayor parte de los casos, en instrumentos de ejecución periféricos de estos organismos, asumiendo la misma posición en la organización, de las administraciones locales.

<sup>133</sup> M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 14.

El proceso de desarrollo provoca, pues, progresivamente, el declive de la concepción de la supremacía de los Parlamentos nacionales y de la centralidad de la ley, la difuminación de la clara división de poderes del Estado. Al mismo tiempo se producen fenómenos de expansión de la regulación pública al sector privado: los sectores privados se apropian de funciones públicas y, consecuentemente, resulta difícil establecer una distinción precisa entre público y privado. Desaparece en muchos sectores la Administración pública, o por lo menos su posición de protagonismo o de titularidad indiscutida; no desaparece, sin embargo, la dimensión pública que se difunde directamente en la sociedad, favoreciendo una nueva relación entre Estado y sociedad, caracterizada por la presencia de intervención pública y de iniciativa privada para la persecución de objetivos de interés general<sup>134</sup>.

### **Resumen**

*Este trabajo analiza la evolución y la organización actual de las Administraciones Públicas, así como su compatibilidad con las Constituciones de postguerra. Toma en cuenta la definición del concepto de Administración Pública, distinguiendo entre un sentido subjetivo en relación con la organización estructural de la Administración, y la Administración Pública en sentido objetivo o funcional. En atención al sentido subjetivo, el trabajo vuelve sobre las transformaciones que ha provocado la globalización, la creación de organizaciones regionales e internacionales, y las técnicas de devolución de autonomía.*

*Palabras claves: Administración pública, Constitución, Unión Europea, subsidiariedad, presupuesto equilibrado, autonomía territorial.*

### **Abstract**

*The paper analyzes the evolution and the current organization of the PA and its compatibility with the principles of the Postwar Constitutions. It considers a definition of the concept of the PA, distinguishing between PA in subjective sense, with relation to all the organizational structures of the administration, and PA in the "objective" or functional sense. Concerning the PA in subjective sense it goes over again the transformations that the process of economic globalization, the creation of international and regional organizations, the devolution of forms of autonomy more increasingly accentuated at the peripheral level have determined.*

*Key words: Public administration, Constitution, European Union, subsidiarity, balanced budget, territorial autonomy.*

Recibido: 3 de abril de 2014  
Aceptado: 5 de mayo de 2014

<sup>134</sup> J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad*, cit., pp. 28, 187.

# LOS PROYECTOS DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL SECTOR PÚBLICO DESDE EL COMIENZO DE LA CRISIS ECONÓMICA: EL APOGEO DE LA AUSTERIDAD

FRANCESCO CORFIATI\*

## SUMARIO

1. Introducción.
2. El comienzo de la crisis.
3. Los tecnócratas en el poder.
4. La austeridad se transforma en la regla de oro.
5. París, Berlín, Londres.
6. Un balance desolador.
7. Epílogo.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo propone un enfoque crítico sobre los procesos de reforma que, desde el comienzo de la crisis económica, han afectado a la Administración y al sector público en los Estados de la Unión Europea, para evaluar su compatibilidad con los sistemas constitucionales respectivos y con los que son –o deberían ser– los principios esenciales del proceso de integración europea.

Coherentemente con los objetivos de la investigación, el estudio se desarrollará desde la perspectiva del derecho constitucional europeo, pues no se pueden valorar las reformas del sector público solo con criterios o parámetros de carácter económico-financiero. Se hará especial hincapié en el análisis comparado que tiene una importancia fundamental para entender los procesos de reforma a nivel europeo, y la necesidad de enmarcarlos en el contexto global. La exposición seguirá un orden básicamente cronológico, explicando las iniciativas adoptadas a nivel europeo y las de los Estados miembros sobre el sector público, según la sucesión de los eventos y las dinámicas de la crisis económica, como fenómenos profundamente interconectados.

\* Investigador. Universidad de Granada.  
Traducido del italiano por Sabrina Ragone.

## 2. EL COMIENZO DE LA CRISIS

El año 2008 fue el que determinó el paso de la Europa de las certidumbres (aparentes) a la Europa de la crisis.

El Banco Central europeo baja la tasa de interés para las operaciones de refinanciación: en 2008, del 4,25% de septiembre pasa al 3,75% de octubre, bajando al 3,25% en noviembre y al 2,5% de diciembre. La Comisión Europea fija los criterios para apoyar a las instituciones financieras sin provocar distorsiones de la competencia; propone que se aumente la cobertura mínima de los depósitos bancarios a 100.000 euros<sup>1</sup> y en noviembre adopta el “Plan Europeo de Recuperación Económica”, que el mes siguiente es aprobado por el Consejo Europeo.

Este plan se presenta como la respuesta de la Comisión a la coyuntura económica actual<sup>2</sup>. Se enfatiza el papel del Banco Central europeo como factor de estabilización de los mercados. Se anuncian intervenciones más fuertes del Banco Europeo de inversiones, con inversiones anuales de alrededor de 15 mil millones de euros para el bienio siguiente, como préstamos, «equity», garantías y financiación con riesgo compartido. Se propone que los Estados miembros alcancen un acuerdo para un incentivo de 200 mil millones de euros, que corresponde al 1,5% del PIB de la Unión, si bien con la precisión de que la política presupuestaria se implemente en el contexto del pacto de estabilidad y crecimiento; además, la Comisión proporcionará a los Estados la estrategia económica más apropiada, evaluando la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas, en particular mediante reformas para la reducción del gasto dependiente del envejecimiento<sup>3</sup>; y el plan global de recuperación deberá de incluir también un programa ambicioso de reformas estructurales<sup>4</sup>. Se va delineando así, más allá de las solidarias declaraciones de intenciones sobre la protección de los más débiles, y sobre el Medio ambiente (desarrollo sostenible, economía verde), la que será la verdadera política de cara a la crisis: reformas estructurales impuestas a los Estados, principalmente basadas en la reducción del gasto público.

<sup>1</sup> Véase EUROPEAN COMMISSION, “Economic crisis in Europe: Causes, Consequences and Responses”, *European Economy*, núm. 7, 2009, p. 57.

<sup>2</sup> Véase Communication. A European Economic Recovery Plan COM(2008) 800 final. 26 November 2008, en [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/articles/eu\\_economic\\_situation/article13502\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/eu_economic_situation/article13502_en.htm), p. 5.

<sup>3</sup> *Ibíd.* p. 9.

<sup>4</sup> *Ibíd.* p. 10.

Pero el año 2008 termina, como era predecible, con datos económicos graves<sup>5</sup>: el PIB de la UE marca solo un pequeño aumento de +0,4% en comparación con 2007; y diez Estados miembros, entre ellos Francia, (-0,1%), Italia (-1,2%), y el Reino Unido (-0,8%) sufren la recesión.

Las instituciones europeas intentan encontrar una solución. El 3 de febrero de 2009 se aprueba una intervención económica a favor de Letonia de 3,1 mil millones de euros; el 25 de marzo se aprueba una intervención de 5 mil millones para Rumanía. Pero la crisis ya afecta a toda la Unión, y la mayoría de los Estados tiene un déficit público más alto del permitido por el pacto de estabilidad y crecimiento; la Comisión no puede sino asumirlo y proponer recomendaciones; el Consejo Europeo de primavera, a pesar del carácter excepcional de la situación, confirma la necesidad de respetar el pacto<sup>6</sup>. Con una comunicación del 28 de mayo de 2009<sup>7</sup>, la Comisión propone reforzar la supervisión financiera sobre los Estados miembros, mediante la creación de un Consejo europeo de riesgo sistémico (ESRC) y de un Sistema de las autoridades de supervisión financiera (ESFS). La idea es establecer un control más fuerte sobre los sistemas financieros de los Estados miembros, en particular los más débiles.

El 23 de junio de 2009 la Comisión publica un informe sobre el estado de las finanzas públicas de la UE<sup>8</sup>. Tras expresar preocupación por el empeoramiento de los déficits y de las deudas públicas, se incluyen recomendaciones para los Estados miembros con las medidas a adoptar: entre ellas, especialmente relevantes son las medidas dirigidas a reducir el gasto público, mediante reformas estructurales que afectan, en particular, al sistema sanitario y a las pensiones<sup>9</sup>, considerados bombas de relojería. Se especifican los indicadores de calidad de las finanzas públicas, y los criterios usados para calcular “the index of strenght of fiscal rules”<sup>10</sup>.

El primer criterio es el de considerar “the statutory base of the rule”. Así: “a rule enshrined in the constitution or in law is considered stronger than a rule based on a

<sup>5</sup> Los datos que se presentan a continuación se encuentran en Real GDP growth rate – volume, Percentage change on previous year”, en <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tec00115>

<sup>6</sup> Spring European Council, 19-20 March 2009, Presidency conclusions, en [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/106809.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/106809.pdf).

<sup>7</sup> Commission Communication “European financial supervision» COM(2009) 252, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0252:FIN:EN:PDF>.

<sup>8</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Public Finances in EMU 2009”, *European Economy*, núm. 5, 2009.

<sup>9</sup> *Ibíd.* pp. 47-54.

<sup>10</sup> *Ibíd.* p. 91.

simple political agreement or commitment”<sup>11</sup>. Básicamente la UE pide a los Estados más garantías de cumplimiento de su política económica; y estas garantías deben ser establecidas por ley, o –mejor– consagradas en la Constitución, para hacerlas evidentes y garantizar su fortaleza.

Por otro lado, la situación excepcional parece autorizar medidas extremas. El año 2009 termina en Europa con perspectivas dramáticas. El 1 de diciembre, el Tratado de Lisboa, que debería de haber sido la médula del proceso de integración europea, entra en vigor en el peor momento de la historia de la Europa comunitaria. El PIB de la UE registra una disminución del 4,5% respecto del año anterior<sup>12</sup>.

Mientras tanto, Grecia está a punto de explotar. Ya en las conclusiones del Consejo Ecofin del 10 de noviembre de 2009, se solicita que la Comisión prepare un informe sobre la situación económica griega y proponga iniciativas a tomar. El 8 de enero de 2010, la Comisión responde con datos alarmantes<sup>13</sup>, analizando el rápido aumento de la deuda pública griega y señalando graves irregularidades, entre ellas, la comunicación de datos erróneos por parte de las instituciones helénicas<sup>14</sup>. El 3 de febrero la Comisión recomienda que Grecia adopte reformas estructurales para reducir el déficit; estas recomendaciones son apoyadas por el Consejo Europeo (11 de febrero) y por el Consejo Ecofin (15-16 de febrero). El 3 de marzo el Gobierno de Atenas anuncia el primer plan de austeridad, que prevé aumento de los impuestos, bajada de las pensiones y recortes de los sueldos de los funcionarios<sup>15</sup>.

Pero la situación empeora rápidamente: el 23 de abril el Presidente del Gobierno, Georgios Papandreou, admite el riesgo de insolvencia de Grecia y solicita una intervención de la UE y del FMI; el 27 de abril Standard & Poor’s rebaja la nota de la deuda griega<sup>16</sup>, que alcanza ya el nivel «junk» (basura); el 2 de mayo el Eurogrupo y el FMI aprueban un préstamo para Grecia de un total de 110.000 millones de euros, condicionado a la implementación por parte del Gobierno de reformas estruc-

<sup>11</sup> *Ibíd.*

<sup>12</sup> Los datos que se citan a continuación también son extraídos de “Real GDP growth rate – volume, Percentage change on previous year”, *cit.*

<sup>13</sup> EUROPEAN COMMISSION, COM(2010) 1 final, “Report on Greek government deficit and debt statistics”, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0001:FIN:EN:PDF>

<sup>14</sup> EUROPEAN COMMISSION, COM(2010) 1 final, “Report on Greek government deficit and debt statistics”, *cit.*, p. 4.

<sup>15</sup> “Grecia, le tappe delle crisi”, *La Repubblica*, 21 de febrero de 2012, [http://www.repubblica.it/economia/2012/02/21/news/grecia\\_le\\_tappe\\_della\\_crisi-30241276/](http://www.repubblica.it/economia/2012/02/21/news/grecia_le_tappe_della_crisi-30241276/)

<sup>16</sup> Cfr. BBC News, “Greek bonds rated “junk” by Standard & Poor’s”, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8647441.stm>

turales, rígidamente vinculadas a políticas de austeridad<sup>17</sup>. Entre el 26 de julio y el 5 de agosto emisarios de la Comisión europea, del BCE y del FMI visitan Atenas<sup>18</sup>.

En un «paper» del verano de 2010, titulado “The Economic Adjustment Programme for Greece-First review”<sup>19</sup>, la Comisión examina detalladamente la situación griega. Hace especial hincapié en el sector público que, a pesar de una reducción de 11.000 unidades en el primer semestre del año, cuenta a 30 de junio de 2010 con más 768.000 empleados. Se anuncian reformas de la Administración Pública para racionalizar los recursos humanos; se acepta favorablemente la reforma de la administración local, que, mediante una reordenación de las relaciones entre niveles de gobierno (con la fusión de municipios, regiones y prefecturas), debería garantizar el ahorro, y lo mismo vale para la reforma de las pensiones basada en el aumento de la edad de jubilación y del periodo de cotización. Otro aspecto relevante es el programa de privatizaciones, principalmente en el sector de infraestructuras (carreteras, puertos y aeropuertos). La austeridad afecta así, sin piedad, al sector público, con una reducción de las inversiones estatales, de las retribuciones de los funcionarios, y una bajada de las pensiones. Pronto la escasez de medios, junto con el aumento del IVA y de los impuestos sobre hidrocarburos, alcohol y tabaco, se transforma en una mezcla explosiva destinada a hacer aún más dramática, y no a resolverla, la situación del pueblo heleno.

El empeorar de la crisis impone que las intervenciones a favor de los Estados se institucionalicen en la UE; el 9 de mayo de 2010, el Consejo Ecofin define los detalles de un paquete de medidas que incluyen el “European Financial Stabilisation Mechanism (EFSM)” y el “European Financial Stability Facility (EFSF)”, con un total de más de 500.000 millones de euros, basado en condiciones parecidas a las del FMI, quien participa con una dotación supletoria de al menos 250.000 millones de euros.

Las peticiones de auxilio no tardan en llegar. Con la economía nacional al borde del abismo, el 21 de noviembre de 2010 el primer ministro irlandés, Brian Cowen,

<sup>17</sup> Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *European Economy*, núm. 4, 2010, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/european\\_economy/2010/pdf/ee-2010-4\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2010/pdf/ee-2010-4_en.pdf), pp. 30-31.

<sup>18</sup> “Statement by the EC, ECB, and IMF on their first review mission to Greece”, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/articles/financial\\_operations/2010-08-greece\\_first\\_review\\_mission\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/financial_operations/2010-08-greece_first_review_mission_en.htm)

<sup>19</sup> EUROPEAN COMMISSION, “European Economy. Occasional Papers The Economic Adjustment Programme for Greece. First review – summer 2010,” [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2010/pdf/ocp68\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2010/pdf/ocp68_en.pdf). De la misma fuente se derivan los otros datos de este sub-párrafo.

confirma que su país ha invocado formalmente la ayuda de la UE y del FMI<sup>20</sup>, que en una semana aprueban una intervención de 85.000 millones de euros<sup>21</sup>.

### 3. LOS TECNÓCRATAS EN EL PODER

El Consejo Europeo del 16-17 de diciembre de 2010 aprueba la creación del mecanismo europeo de estabilidad, fondo permanente para la salvaguarda de la estabilidad financiera de la Zona Euro, destinado a entrar en vigor posteriormente, y para la introducción del cual se piensa en una modificación, pequeña, del TFUE.

Por otro lado, mientras las cenizas volcánicas del Eyjafjöll se disuelven, los datos macroeconómicos parecen reconfortantes<sup>22</sup>; tras la tremenda recesión del año anterior, el año 2010 termina para la UE con un aumento del PIB del 2%.

Pero la deseada recuperación, que parece próxima, es, en realidad, solo una ilusión. Los vientos de crisis, maliciosamente movidos por los especuladores financieros, asumen los rasgos de aquellas perturbaciones atmosféricas que, como nubes negras, se adentran sobre Europa; las lluvias ácidas que amenazan Grecia e Irlanda están a punto de caer también en otros países; se habla incluso de contagio, según otra metáfora frecuente; la fiebre financiera parece afectar a los denominados “cerdos” (PIGS), acrónimo despectivo de Portugal, Italia (o Irlanda), Grecia, España-Spain<sup>23</sup>.

#### 3.1 El terremoto de Lisboa

El 7 de abril de 2011 Portugal anuncia formalmente su solicitud de asistencia económica. El 17 de mayo el Eurogrupo y el Consejo Ecofin aprueban una intervención global de 78.000 millones de euros, de los cuales 26.000 millones son aporta-

<sup>20</sup> Cfr. “Republic of Ireland confirms EU financial rescue deal”, <http://www.bbc.co.uk/news/business-11807730>

<sup>21</sup> “Commission and IMF issue joint statement on Ireland”, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/articles/eu\\_economic\\_situation/2010-11-28-js-ireland\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/eu_economic_situation/2010-11-28-js-ireland_en.htm)

<sup>22</sup> Los datos siguientes son extraídos de “Real GDP growth rate – volume, Percentage change on previous year”, cit.

<sup>23</sup> Esta expresión había aparecido en los periódicos económicos anglosajones ya en los 90, para indicar la debilidad económica de los Estados de Europa del Sur; durante la crisis ha tenido cierta difusión y parece haber adquirido –más allá del tono insolente con el que se ha usado– elementos ciertos, pues justamente estos países son de los que más han sido afectados por la tempestad actual. Pero ello depende, más que de las previsiones de los expertos, de la presión de los mercados y de los ataques especulativos, que se han dirigido justamente hacia estos cuatro países; ataques contra los cuales Europa ha demostrado no ser capaz de defenderse adecuadamente.

dos por el FMI<sup>24</sup>. La intervención está condicionada al respeto por parte de Portugal de un riguroso plan de austeridad<sup>25</sup>, que afectaría drásticamente a la Administración Pública, a la que se exigen recortes de, al menos, 500 millones de euros por año. El ahorro deberá resultar de medidas concretas, como la reducción del número de servicios, la reorganización de los entes territoriales, el traslado de servicios de la Administración central al nivel local, la incentivación de la movilidad de los funcionarios, la reducción de las transferencias del Estado a los entes públicos, la disminución de los beneficios de los mismos trabajadores del sector público, la reducción de los subsidios a los proveedores de bienes y servicios. En el sector público, se prevé el bloqueo de los salarios y se suspenden las contrataciones, para conseguir en dos años una disminución de los funcionarios del 1% a nivel central y del 2% a nivel local y regional. En 2012, el ámbito educativo sufre recortes por valor de 195 millones de euros y el sistema sanitario de 550 millones de euros; las transferencias estatales a los entes locales y las Regiones tienen que reducirse en, al menos, 175 millones; los costes de los demás entes públicos, en 110 millones; los de las empresas públicas, en 515 millones; las pensiones que superen los 1.500 euros tienen que ser bajadas (con un ahorro de, como mínimo, 445 millones); las menores (con la excepción de las mínimas) congeladas; los subsidios de desempleo deberán ser reformados, con un objetivo de ahorro de, al menos, 150 millones de euros. Otros recortes se programan para 2013. La bajada del gasto público se suma al aumento de los impuestos, a la reducción de las deducciones y ventajas fiscales, a un programa de privatizaciones que afecta a grandes empresas de transporte (Aeropertos de Portugal, TAP), de energía (GALP, EDP, y REN), de comunicaciones (Correios de Portugal) o seguros (Caixa Seguros).

Aquí –por decirlo a la inglesa– encontramos el dogma de la austeridad in «a nutshell», en una cáscara de nuez: recortes del gasto público, aumento de la presión fiscal, centralización administrativa, privatizaciones, de-construcción progresiva del Estado social.

La disolución del Estado social, destinada a llevar a la pobreza a muchas franjas de la sociedad, es edulcorada torpemente con denominaciones como “reorganización” administrativa o “racionalización” del gasto; cosas útiles se confunden con el despilfarro; el rigor se transforma en un dogma indiscutible; las que son decisiones

<sup>24</sup> Cfr. “EU and EFSF funding plans to provide financial assistance for Portugal and Ireland”, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-11-313\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-313_en.htm)

<sup>25</sup> “Portugal –signed Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality”, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/eu\\_borrower/mou/2011-05-18-mou-portugal\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2011-05-18-mou-portugal_en.pdf). En la misma fuente se encuentran los datos de este sub-párrafo.

políticas precisas se presentan como soluciones técnicas derivadas de la ciencia exacta de los expertos.

La troika no soporta resistencias a nivel político: obligan a los Gobiernos a medidas impopulares y, si éstos son arrastrados por las elecciones o la exasperación del ágora, el rigorismo intransigente obliga también a los nuevos gobernantes; su poder es tan grande que en algunos casos llega a crear o cesar los Gobiernos.

El año 2011 ofrece ejemplos significativos de esta nueva e inquietante, tendencia. Portugal es obligado a convocar elecciones anticipadas después de que el primer ministro José Sócrates no consiga el apoyo parlamentario al plan de austeridad propuesto por el Gobierno<sup>26</sup>.

Empero, como correctamente se ha dicho:

“La convocatoria de elecciones no habría de servir para que la ciudadanía portuguesa pudiera “elegir” realmente entre programas de gobierno diferentes porque los líderes europeos, encabezados por el Presidente del Eurogrupo, Jean Claude Juncker, declararon previamente que “gobierne quien gobierne”, Portugal tendría que hacer la política de ajustes ya decidida”<sup>27</sup>.

### 3.2 La carta del BCE

Pero Italia es quizás el caso más emblemático. El 5 de agosto de 2011 el presidente del BCE, Jean Claude Trichet, y su sucesor designado, Mario Draghi, envían una carta al Gobierno italiano, que en aquel momento era presidido por Silvio Berlusconi. La carta tendría que ser secreta, a juzgar por las intenciones de los remitentes, pero varios periódicos la publican posteriormente<sup>28</sup>. Se trata de una suerte de decálogo sobre la política económica a emprender. El programa prevé la liberalización y privatización de los servicios públicos locales, la reforma del sistema de contratación colectiva, la revisión de las normas que regulan la contratación y el despido de los asalariados, la reducción del coste de los empleados públicos, reforzando el «turnover» y los recortes salariales. Se evidencia la necesidad de una reforma inmediata de la Administración Pública, para mejorar su eficiencia; los gastos y el endeudamiento de los entes regionales y locales deben ser sometidos a control; hay

<sup>26</sup> Sócrates dimite el 23 de marzo de 2011; ya lo ha hecho cuando el 7 de abril pide la ayuda europea.

<sup>27</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, “Presentación”, *ReDCE*, núm. 16, 2011.

<sup>28</sup> Véase la traducción italiana publicada en el *Corriere della Sera* del 29/11/2011, en [http://www.corriere.it/economia/11\\_settembre\\_29/trichet\\_draghi\\_italiano\\_405e2be2-ea59-11e0-ae06-4da866778017.shtml](http://www.corriere.it/economia/11_settembre_29/trichet_draghi_italiano_405e2be2-ea59-11e0-ae06-4da866778017.shtml)

que introducir una cláusula de reducción automática del déficit que especifique que cualquier alejamiento de los objetivos de déficit será compensado de forma automática con recortes horizontales en los gastos discrecionales; algunos entes administrativos intermedios, como las provincias, tienen que ser eliminados o al menos fusionados; las acciones para aprovechar las economías de escala en los servicios públicos locales deben ser reforzadas.

Si bien las medidas indicadas —que exceden las competencias no solo del BCE, sino de la UE misma<sup>29</sup>— se presentan como meras recomendaciones, no cabe duda acerca del tono imperativo de la carta:

“Vista la gravedad de la situación actual en los mercados financieros, consideramos esencial que todas las acciones indicadas en las secciones 1 y 2 se realicen lo antes posible mediante decreto-ley, con ratificación antes de finales de septiembre de 2011. Sería apropiada también una reforma constitucional que haga más vinculantes las reglas presupuestarias”<sup>30</sup>.

El BCE quiere dictar así la política económica de los años siguientes, decidiendo tiempos, contenidos, modalidades. Para los tecnócratas, la misma Constitución se transforma en un oropel inútil que hay que adaptar a las nuevas necesidades derivadas de los mercados.

En efecto, desde mediados de 2011, después de Grecia, Irlanda y Portugal, que siguen siendo atacadas, la atención se ha centrado en Italia: la prima de riesgo —el diferencial entre la deuda pública italiana y la alemana— sube hasta su máximo, el 9 de noviembre, de 574 puntos: un dato que, en las categorías sísmicas de los mercados financieros, equivale a un terremoto del máximo nivel. Pero la escasa credibilidad internacional de Berlusconi y la situación de debilidad política en la que se encuentra en aquel momento no ofrecen garantías suficientes sobre la aplicación de las medidas decididas a nivel europeo y presentes en la carta del BCE. El 12 de noviembre, mientras se multiplican los rumores sobre una quiebra inminente del país, Silvio Berlusconi no puede sino dimitir. Lo sustituye Mario Monti, economista y académico que, con amplio apoyo parlamentario, forma un gobierno técnico, especialmente grato para Bruselas.

### 3.3. Un guion predecible

Mientras tanto, la situación griega es cada vez más dramática. En 2011 la troika envía periódicamente sus emisarios a Atenas para seguir la ejecución de las políticas

<sup>29</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*

<sup>30</sup> *Corriere della Sera* del 29/11/2011 (véase nota 28)

económicas que la misma ha impuesto<sup>31</sup>; a la luz de estos controles, decide si desbloquear o no los tramos de ayudas, concediendo, según el caso, cantidades mínimas o más generosas. Tras el juicio positivo sobre el esfuerzo del Gobierno griego –con especial referencia a las numerosas privatizaciones<sup>32</sup>– el 15 de julio de 2011 se da el quinto tramo de ayudas, de 12.000 millones de euros, de los cuales 3.300 millones son pagados por el FMI<sup>33</sup>; pero el 25 de julio Moody's baja la valoración de la deuda soberana griega en tres niveles, llevando el país a un estado de caos. Grecia parece estar a punto de quebrar, y se difunden rumores de su salida del euro. El Gobierno de Giorgios Papandreou, bajo presión, reacciona aprobando otras medidas de austeridad: impuestos sobre los inmuebles, bajada de los criterios para la exención fiscal, recorte de las pensiones, movilidad para unos 30.000 funcionarios<sup>34</sup>. En octubre, Papandreou anuncia su intención de convocar un referéndum para someter a la aprobación del pueblo el plan de rescate. La idea, vista con desconfianza por Europa, no prospera.

El 9 de noviembre de 2011, en un contexto muy complejo, Papandreou dimite<sup>35</sup>. Lo sustituye Lucas Papademos, un economista, quien forma un ejecutivo de unidad nacional.

#### 4. LA AUSTRERIDAD SE TRANSFORMA EN LA REGLA DE ORO

A nivel europeo, el año 2012 se recordará, entre otras cosas, por la firma del «Fiscal compact», como se denomina sintéticamente el “Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”, en Bruselas el 2 de marzo de aquel año por 25 de los 27 Estados miembros de la UE (entonces todos menos Reino Unido y República Checa). El Tratado prevé, entre sus elementos esenciales, que la posición presupuestaria de la administración en todas las partes tiene que estar en equilibrio o en superávit, fijando parámetros financieros para que esta regla se pueda considerar respetada y admitiendo su derogación sólo en casos excepcionales.

<sup>31</sup> Cfr. European Commission, *European Economy, Occasional Papers 82/July 2011*, en [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2011/pdf/ocp82\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2011/pdf/ocp82_en.pdf)

<sup>32</sup> Cfr. Statement by the Heads of State or Government of the Euro Area and EU Institutions, 21/07/2011, en [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/123978.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/123978.pdf).

<sup>33</sup> Cfr. [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/crisis/2011-07\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/crisis/2011-07_en.htm).

<sup>34</sup> Cfr. “El Gobierno griego aprueba un nuevo plan de recorte de las pensiones y de los funcionarios”, <http://www.20minutos.es/noticia/1165342/0/grecia/recortes/crisis/>.

<sup>35</sup> “George Papandreou resigns as Greece's prime minister”, <http://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/8879647/George-Papandreou-resigns-as-Greeces-prime-minister.html>.

El «Fiscal Compact», celebrado según costumbre con auténtica satisfacción por los líderes de los Estados económicamente más fuertes y con una sonrisa forzada por los representantes de los más débiles y afectados por la crisis –con clara preocupación por las desastrosas finanzas de sus países–, se ha transformado así en el preludio de las políticas de austeridad de los años siguientes, y de las reformas constitucionales –como las de Italia y España– dirigidas a consagrar el principio del equilibrio presupuestario.

#### 4.1 En el Sur, un callejón sin salida

En 2012 siguen las misiones de control en los países más afectados por la crisis, con los emisarios de la troika listos para interrumpir las ayudas al primer despiste. Su visita se considera generalmente tan necesaria como la presencia de un médico al lado de un enfermo. Y, como los médicos escrupulosos, los emisarios comprueban el estado de salud del enfermo, controlan que tome los medicamentos que le han recetado, proponen nuevos y resumen los datos en los informes clínicos. En el caso de la troika, el tratamiento consiste en ayunos y sangrías tremendas; la austeridad se considera necesaria, y las anemias del Estado social que provoca son minusvaloradas como lo eran, en su momento, los desmayos de las aristócratas de la época victoriana, que tenían que llevar para seguir la moda trajes angustiosos, causa de crisis asfícticas.

Tras el control, los emisarios elaboran sus conclusiones que a menudo son completos reportes, como ocurre en los casos de Portugal, Irlanda y Grecia.

Portugal debe enfrentarse a una situación social dramática. Entre 2008 y 2012 el nivel de desempleo ha subido el 7%, es decir, más de medio millón de puestos de trabajo perdidos<sup>36</sup>.

La atención de los tecnócratas se centra, sin embargo, en la reducción del gasto público. Son especialmente valoradas las privatizaciones y las reformas de las administraciones territoriales, que ha llevado a eliminar el 25% de los entes locales; en esta dirección se sitúa la reciente ley italiana n. 22/2012. En tres meses (desde diciembre de 2011 hasta marzo de 2012) el número de trabajadores del sector público ha bajado un 0,4%. Se valora positivamente también la publicación de estadísticas sobre los funcionarios y sus salarios; para ellos, por otro lado, se prevén medidas muy rigurosas: reducción de posiciones directivas y

<sup>36</sup> EUROPEAN COMMISSION, “The Economic Adjustment Programme for Portugal –Fourth Review– Spring 2012”, *European Economy, Occasional Papers*, núm. 111/July 2012, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2012/pdf/ocp111\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/pdf/ocp111_en.pdf), p. 11. En la misma fuente se encuentran también los demás datos indicados en este subpárrafo.

de unidades administrativas entre el 27 y el 40%; aplicación de las normas previstas para los empleados del sector privado; reducción del 50% de las retribuciones por horas extra y reducción de los días de vacaciones. Se anuncia una lucha contundente en contra del despilfarro de la administración, además de la reforma de las finanzas públicas de los entes locales y la reorganización del sistema judicial, agobiado por la lentitud de los juicios. Pero el tratamiento impuesto por los tecnócratas exige otros dolorosos recortes: bajar los sueldos de los funcionarios, suspensión de las pagas extra, limitación de las contrataciones y suspensión de los ascensos; además se establece una reducción de las pensiones, de los gastos de la sanidad y la educación, la disminución de los subsidios sociales y de las transferencias del Estado a los entes territoriales.

En Irlanda<sup>37</sup> no faltan recortes al gasto público, en particular por lo que se refiere al sistema sanitario, donde se prevé para 2012 ahorrar 543 millones, de los cuales 145 derivados de la reducción del número de empleados y los recortes salariales<sup>38</sup>.

En Grecia el año 2012 también empezó de la peor forma posible. Los mercados y las agencias de calificación seguían atacando al frágil sistema financiero griego, anunciando su inminente default. En febrero, el Gobierno se presentó en Parlamento para aprobar una nueva reforma de “lágrimas y sangre”, mientras una multitud enfurecida, en un clima propio de una guerra civil, ocupaba Atenas. La tensión era muy alta porque si el programa no pasaba, la troika suspendería las ayudas, con consecuente salida del euro y la bancarrota del país; pero la gente estaba exasperada por una crisis sin precedentes y no parecía querer aceptar nuevos y enormes sacrificios. La presión era muy elevada a nivel interno e internacional. Finalmente, el programa pasó y la troika dispuso una segunda intervención, estableciendo condiciones a cumplir por parte no solo del Gobierno en ejercicio, sino también de las principales fuerzas políticas, para recibir la garantía de que el programa se implementaría independientemente de los resultados electorales. Pero en las elecciones de mayo ningún partido obtuvo la mayoría absoluta en el parlamento y frente a la imposibilidad de formar un ejecutivo se convocaron nuevas elecciones para el mes siguiente; posteriormente se formó un gobierno de solidaridad nacional presidido por el conservador Antonis Samarás.

Por estas razones, cuando a finales de 2012, la Comisión publica su informe sobre Grecia<sup>39</sup>, resulta que es un país en descomposición. Los datos macroeconómicos

<sup>37</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Economic Adjustment Programme for Ireland – Spring 2012 – Review”, *European Economy, Occasional Papers*, núm. 96, June 2012, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2012/pdf/ocp115\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/pdf/ocp115_en.pdf).

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>39</sup> EUROPEAN COMMISSION, “The Second Economic Adjustment Programme for Greece –First Review” – *European Economy, Occasional Papers*, núm. 123, December 2012 <http://ec.europa>.

pronostican el quinto año consecutivo de recesión; franjas cada vez más amplias de población entran en un estado de pobreza; la tasa de paro ha subido en un año más del 7%, pasando del 16,3% de 2011 al 23,6% de 2012.

Sin embargo, los tecnócratas subrayan con satisfacción que el gasto público en sanidad ha bajado un 25%, con un ahorro de al menos 1.000 millones de euros y una previsión de otra bajada de 800 millones para los dos años siguientes. Elaboran así el programa de saneamiento basado en las usuales medidas de austeridad: privatizaciones, movilidad en el empleo público, reducción del gasto en medicamentos, recortes en los salarios de los médicos de hospitales y de los representantes de entes locales, disminución del gasto de la administración pública, a nivel central y periférico.

El 2012 también se recordará como uno de los peores años para Chipre. La pequeña isla, que con su régimen fiscal preferente había hecho su fortuna atrayendo capitales extranjeros, especialmente rusos, de repente se encontró bajo la amenaza de los mercados y de la quiebra, obligando sus gobernantes a pedir la ayuda de la troika. Las puertas se abrieron y la ayuda salvífica se concedió, si bien con la imposición de las acostumbradas medidas de austeridad: reducción de funcionarios y de sus salarios, reducción del gasto en servicios sociales (sobre todo en salud), reforma del sistema de pensiones, privatizaciones y aumento de la presión fiscal<sup>40</sup>.

#### 4.2. España bajo ataque

Mientras tanto, España también se ha transformado en un terreno de caza para los especuladores financieros, que desean conseguir una presa más grande. Este país, debido a la burbuja inmobiliaria, ha sido afectado por la crisis y su tasa de desempleo ha subido rápidamente alcanzando niveles no comparables a ninguna otra economía avanzada.

Las medidas para reducir el déficit recortando el gasto público se habían emprendido con cierta fuerza desde 2010. Un primer indicio se encontraba en el R.D.-Ley 4/2010, que disminuía el gasto público relacionado con fármacos; pero el momento decisivo es en mayo, con el R.D.-Ley 8/2010, dirigido al sector público, con recortes salariales, reducción de la oferta de empleos e imposición de una tasa de reposición del 10% de las vacantes, y

[eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2012/pdf/ocp123\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/pdf/ocp123_en.pdf) . En la misma fuente se encuentran también los demás datos indicados en este subpárrafo.

<sup>40</sup> Cfr. EUROPEAN COMMISSION, “The Economic Adjustment Programme for Cyprus –First Review– Summer 2013” Occasional Papers 161 – September 2013, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2013/pdf/ocp161\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2013/pdf/ocp161_en.pdf).

prohibición a largo plazo para los entes locales de recurrir a créditos públicos o privados. El gasto por prestaciones sociales también fue reducido, con medidas como la supresión de la revalorización automática de las pensiones y de las deducciones fiscales y de los subsidios por maternidad o adopción. En este contexto se sitúa la Ley 27/2010, que quería reducir el gasto público con una reforma del sistema de pensiones. No han faltado tampoco las privatizaciones, al menos parciales, de algunos entes públicos importantes, como AENA y Loterías y Apuestas del Estado, que el R.D.-Ley 13/2010 ha establecido que se transformarán en sociedades de capitales<sup>41</sup>.

La política de austeridad siguió en 2011, con las mismas contraindicaciones: reducción del gasto farmacéutico (R.D.-Ley 9/2011), bloqueo de los salarios de los funcionarios y de las contrataciones, limitación del aumento de las pensiones y más presión fiscal (R.D.-Ley 20/2011). Estas medidas, adoptadas por Mariano Rajoy pocos días después de su toma de posesión, en una línea de continuidad sustancial con las últimas medidas tomadas por su predecesor –quien también había recibido una carta del BCE– confirman que la moda de la austeridad gana seguidores tanto en la derecha como en la izquierda, con las víctimas sacrificiales usuales, es decir, empleo público, estado social y finanzas locales.

Por otro lado, la modificación del art. 135 de la CE, que en septiembre de 2011 elevó al rango supremo el principio de estabilidad presupuestaria, con su rapidísima aprobación, fundada en el acuerdo entre los dos partidos principales, representó el primer ejemplo simbólico de esta sinergia, más aún en un país poco proclive a las reformas constitucionales. Está claro que la reforma fue aprobada de prisa, “obtorto collo”, bajo la presión de los mercados y del BCE, cuyo apoyo necesitaban tanto el saliente como el nuevo Presidente del Gobierno.

De todas formas, la “regla de oro” ya es norma constitucional y la doctrina española no ha tardado en escribir muchísimo sobre ella<sup>42</sup>, con lo cual resulta imposible aquí resumir de forma adecuada las variadas y destacadas posiciones ya expresadas. Sin embargo, no se pueden eludir algunos de los puntos críticos de la reforma: la prisa con la que fue aprobada por la necesidad –ineludible– de someterse al imperativo de los mercados<sup>43</sup>; la no implicación, en el escaso debate parlamentario, de

<sup>41</sup> Véase A. M. GONZÁLEZ SANFIEL, “Privatización del sector aeroportuario: una nueva desamortización”, en A. M. González Sanfiel (Dir.), *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, Atelier, Barcelona 2013, pp. 195-222.

<sup>42</sup> Entre otros, véase AAVV “La reforma del artículo 135 CE”, *REDC*, núm. 93, 2011, pp. 159-210; J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, “La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 137, 2013.

<sup>43</sup> G. CÁMARA VILLAR, “La reforma del artículo 135 CE”, cit., p. 177.

los demás grupos, de las Comunidades autónomas y de los entes locales, afectados directamente por la reforma<sup>44</sup>; la inoportunidad de incluir en el texto constitucional un criterio financiero rígido y ya en vigor a nivel normativo; el uso de una redacción vaga y farragosa<sup>45</sup>, en un artículo exageradamente largo y prolijo<sup>46</sup>; la restricción del margen de discrecionalidad en la política presupuestaria y la ampliación potencial del control de constitucionalidad sobre actos de Parlamento y Gobierno<sup>47</sup>; o la limitación de la capacidad efectiva del Estado para desarrollar políticas públicas, en particular en la vertiente social<sup>48</sup>. En efecto, como han dicho,

“...el nuevo artículo 135 de la Constitución no conlleva por sí el desmantelamiento del Estado social en España, pero sí que permite una coartada para su reducción a unos términos mínimos; un mínimo que puede, a la postre, hacerlo irreconocible, y con ello la efectividad misma de los derechos sociales que son parte fundamental del Estado constitucional”<sup>49</sup>.

En un contexto, pues, caracterizado por más sombras que luces, la referencia a la UE del nuevo artículo 135 de la CE representa, para los mismos europeístas, una gratificación mínima, sobre todo si se tiene en cuenta que se encuentra en una disposición caracterizada por cierto tecnicismo financiero, donde Europa aparece en su estereotipado papel burocrático y restrictivo.

En todo caso, estaría decepcionado quien esperaba que la aprobación de la reforma –tras la Ley Orgánica 2/2012– pudiese de por sí calmar la turbulenta situación financiera y alejar la pesadilla de la bajada del rating o de la subida de la prima de riesgo.

Al contrario, en 2012 España vivió, debido también a la crisis de Bankia la peor situación financiera a nivel internacional, con una prima de riesgo que superó el record histórico, llevando al Gobierno a solicitar asistencia económica. El Eurogrupo aprobó una ayuda de 100.000 millones para rescatar al sistema bancario<sup>50</sup>.

Esta transfusión” le dio linfa vital a un aparato que en los últimos años se había convertido en enorme y asfíctico, pero tuvo consecuencias: el precio a pagar fue una nueva subida de impuestos y recortes del gasto público. Como

<sup>44</sup> J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, cit., pp. 702-703.

<sup>45</sup> E. ÁLVAREZ CONDE, en “La reforma del artículo 135 CE”, cit., p. 162.

<sup>46</sup> F. DE CARRERAS SERRA, *Ibíd.* p. 186.

<sup>47</sup> J. L. CASCAJO CASTRO, *Ibíd.* p. 192.

<sup>48</sup> J. F. SANCHEZ BARRILAO, op. cit., 702-703, pp. 694-695.

<sup>49</sup> *Ibíd.* pp. 696-697.

<sup>50</sup> Cfr. Statement by the Eurogroup, 20/07/2012, [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ecofin/131914.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/131914.pdf).

siempre, los funcionarios han sido sometidos a nuevas restricciones vejatorias: eliminación de la paga extra de diciembre, disminución de los días de asuntos propios y de los permisos sindicales, reducción de los subsidios por incapacidad temporal (R.D.-Ley 20/2012). Los recortes de la Administración Pública se configuran ya como cruentas mutilaciones: entre sus víctimas, la educación (R.D.-Ley 14/2012), la salud (R.D.-Ley 16/2012) y las medidas de carácter asistencial (R.D.-Ley 20/2012), con una reforma muy restrictiva de la Ley de Dependencia.

Completan el abanico de los fundamentos de la política económica del Gobierno, la subida de los impuestos y la reforma del mercado laboral (Ley 3/2012) hacia una mayor flexibilización coherente con la ideología –dominante en Europa– según la cual es la respuesta adecuada para el preocupante aumento de la tasa de desempleo, a pesar de la reducción significativa de los derechos y garantías para los trabajadores.

### 4.3 La lección del Profesor

Mientras en España se implementaban severas medidas de austeridad, en Italia el bisturí afilado de los recortes fue empleado por Mario Monti, quien, aprovechando su título de experto debido a su perfil académico y al apoyo internacional, pronto dejó de actuar con la precisión propia de los instrumentos quirúrgicos para usar lo que se podría considerar un machete.

En realidad, el gobierno anterior, presidido por Berlusconi, antes de su “desaparición forzosa”, ya había emprendido el mismo camino de los recortes<sup>51</sup> y había intentado hacerlo con rapidez para obedecer a las recomendaciones de Draghi y Trichet, presentándose en Europa con los deberes hechos, cual buen estudiante. Sin embargo, su escasa credibilidad internacional y el inapelable veredicto de los mercados –más otros importantes elementos internos– habían ya decidido que no aprobaría y sería sustituido por el Profesor, quien, acostumbrado a la cátedra, era

<sup>51</sup> Entre las medidas más relevantes del gobierno Berlusconi para recortar y controlar el gasto –citando solo las más significativas y recientes–: el D.L. 31 de mayo de 2010, n. 78 (convertido por la L. 30 de julio de 2010, n. 122); el D.lgs. 6 de septiembre de 2011, n. 149 (“Meccanismi sanzionatori e premiali relativi a regioni, province e comuni, a norma degli articoli 2, 17 e 26 della legge 5 maggio 2009, n. 42”); la L. 14 de septiembre de 2011, n. 148 (“di conversione, con modifche, del D.L. 13 agosto 2011, n. 138”); la L. 12 de noviembre de 2011, n. 183. Entre las reformas sectoriales, véase el art. 1 de la L. n. 148/2011, que delegó a la actividad normativa del Gobierno la supresión de los juzgados menores y el conjunto de normas de la denominada “riforma Gelmini” que afecta a educación y Universidad.

considerado especialmente capaz para cumplir con las salvíficas doctrinas económicas de la carta de los tecnócratas.

La primera lección fue el Decreto-ley 6 de diciembre de 2011, n. 201 (convertido por la ley 22 de diciembre de 2011, n. 214), presentado con la etiqueta mesiánica de “decreto salva Italia”. Paralelamente a un fuerte aumento de los impuestos, estableció medidas para reducir el gasto público: supresión de entes y organismos (entre ellos, el Inpdap y el Enpals, y en el Inps); disminución del coste de funcionamiento de las autoridades de Gobierno, del CNEL, de las autoridades independientes y de las Provincias; fijación de límites respecto a las retribuciones administrativas para cualquiera que sea pagado como empleado o autónomo por administraciones públicas estatales; reforma del sistema de pensiones; venta de inmuebles; imposición a los entes territoriales de contribuir a las finanzas públicas; reducción del fondo estatal de re-equilibrio, del fondo de compensación y de las transferencias a Municipios y Provincias de Sicilia y Cerdeña.

El decreto impuso muchos sacrificios para los italianos de clase media o baja, sobre todo a los pensionistas; lo notó incluso Rita Fornero, entonces ministra de Empleo<sup>52</sup>, quien, durante una rueda de prensa se echó a llorar de la emoción; sin que ello enterneciese al inflexible primer ministro, quien ya tenía planeados tiempos difíciles para todos los beneficiarios de emolumentos públicos (aunque con significativas excepciones, como los eclesiásticos y los parlamentarios, cuyos tratamientos especiales y autárquicos fueron milagrosamente salvados).

La reforma de las finanzas públicas siguió con el D.L. 7 de mayo de 2012, n. 52 (convertido con modificaciones por la Ley 6 de julio de 2012, n. 94), que estableció medidas de «spending review» (como la bajada de los precios unitarios que pagaban las estructuras sanitarias locales por bienes y servicios, y del consumo energético de las administraciones públicas, además de disposiciones sobre certificación y compensación de créditos de proveedores hacia las administraciones), y además la creación de un Comité interministerial para la revisión del gasto público y de un Comisario extraordinario para la racionalización del gasto por bienes y servicios, con amplios poderes de inspección y control (al menos en teoría) que el Gobierno Letta modificó con el D.L. 21 de junio de 2013, n. 69<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Cabe decir que la misma es recordada por la reforma del mercado laboral que se identifica con su apellido (Ley 28 de junio de 2012, n. 92, modificada por el D.L. n. 83/2012, a su vez convertido con modificaciones por la Ley 7 de agosto de 2012, n. 134).

<sup>53</sup> Solo el tiempo podrá decir si y cómo se ha realizado la acción de esta especie de sheriff de las cuentas —que tendría que moverse en el complejo Moloch burocrático—; de momento, el único dato cierto es la creación de un nuevo aparato pagado por los contribuyentes: el deseo es que no termine

Servirá mucho más, de todas maneras, para sanear la administración pública italiana, que a nivel europeo brilla por su ineficiencia y atraso, además de cierta propensión por el despilfarro y el malgasto de los fondos públicos y la corrupción<sup>54</sup>. Por su parte, obsesionado por la crisis, el Gobierno Monti ha atacado más veces al mastodonte enfermo<sup>55</sup>.

En una suerte de contrapaso digno de Dante, dos de los Decretos-Leyes mencionados (el n. 201/2011 y el n. 95/2012), basados en los recortes, recientemente han sido amputados por la Corte constitucional, que los ha declarado parcialmente inconstitucionales (en lo que se refiere a la aplicación a las Regiones ordinarias de algunas disposiciones sobre recortes, liquidación y privatización de sociedades públicas<sup>56</sup>, y en lo que atañe a la modificación de las funciones y los órganos de las Provincias, su número y la creación de las ciudades metropolitanas) por un uso incorrecto del decreto ley<sup>57</sup>.

La Corte ha reivindicado así su papel de árbitro en los conflictos, muchas veces sin ningún «fair play», entre Estado y entes territoriales; papel que la llevó a usar varias cartulinas amarillas<sup>58</sup> y algunas rojas, ecuánimemente distribuidas entre defensores del centralismo austero<sup>59</sup> y los defensores de la autonomía periférica<sup>60</sup>. De estos pronunciamientos

representando la misma inutilidad –y alimentando el despilfarro– que quiere combatir. Muchas dudas despierta también la tendencia a centralizar que podría contrastar con el principio de subsidiariedad. De todos modos, el actual comisario es Carlo Cottarelli, quien fue director del departamento de finanzas pública del FMI; la decisión –que se debe al Gobierno Letta– de encomendar este papel a un técnico, y con cierto pedigrí, es significativa de la perspectiva dogmática dominante.

<sup>54</sup> Europe 2020 – Quality of Public Administration [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/themes/34\\_quality\\_of\\_public\\_administration\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/themes/34_quality_of_public_administration_final.pdf). Los datos sobre la administración italiana son despiadados, sobre todo si se comparan con países como Finlandia, Dinamarca, Suecia, Luxemburgo y Holanda, cuyos aparatos administrativos se confirman como los más eficientes.

<sup>55</sup> El D.L. 6 de julio de 2012, n. 95 (convertido por la Ley 7 de agosto de 2012, n. 135) ha previsto: la reducción del personal de las administraciones (al menos el 20% para los empleos directivos y el 10% para los demás); la bajada del gasto público para los alquileres; recortes notables en el gasto de las administraciones estatales y territoriales (con reducción y unión de las provincias y la creación de las ciudades metropolitanas), además de en el gasto sanitario; la liquidación y privatización de sociedades públicas; la venta de cuotas societarias del Estado y de inmuebles del patrimonio público.

<sup>56</sup> Corte Constitucional, sentencia 23 de julio de 2013, n. 229.

<sup>57</sup> Corte Constitucional, sentencia 3-19 de julio de 2013, n. 220.

<sup>58</sup> Incluso cuando no ha declarado la inconstitucionalidad, la Corte ha mandado mensajes al legislador (cfr. Corte constitucional, sentencias n. 148/2012 y n. 151/2012).

<sup>59</sup> Además de las sentencias, mencionadas, n. 220/2013 y n. 229/2013, hay que recordar: Corte Constitucional, 13-16 febrero 2012, n. 22; Corte constitucional, 17-20 de julio de 2012, n. 198; Corte constitucional, 17-20 de julio de 2012, n. 199.

<sup>60</sup> Cfr. Corte constitucional, sentencia n. 70/2012; Corte constitucional, sentencia n. 115/2012; Corte constitucional, sentencia n. 192/2012.

derivan, a veces en algún «obiter dictum», importantes declaraciones de la Corte, que pueden determinar puntos esenciales de la jurisprudencia constitucional de los próximos años; como por ejemplo que las normas constitucionales:

“no atribuyen al Estado el poder de derogar la división de competencias legislativas del Título V, parte II de la Constitución, ni siquiera en situaciones excepcionales. En particular, el principio *salus rei publicae suprema lex est* no puede invocarse para suspender las garantías constitucionales de autonomía de los entes territoriales establecidas en la CI. Por lo tanto, el Estado debe afrontar la emergencia financiera con instrumentos permitidos por el ordenamiento constitucional”<sup>61</sup>.

Sin embargo, los defensores de la «spending review» tendrán ahora una nueva arma. Durante el Gobierno Monti (aunque el procedimiento parlamentario había empezado con el Gobierno Berlusconi en agosto de 2011, tal y como la parecida reforma española), el Parlamento aprobó la Ley constitucional n. 1/2012, que eleva al rango normativo supremo el equilibrio presupuestario en el ordenamiento italiano. La aprobación de la reforma fue rápida (unos 8 meses), aunque no tan fulminante como en España, sobre todo por el procedimiento previsto en la Constitución que exige dos votaciones en cada Cámara.

Pero una de las diferencias principales entre la reforma italiana y la española reside en la colocación sistemática del principio: concentrada en un solo artículo (el 135), en el caso español; distribuida en más disposiciones (los artículos 81, 97, 117 y 119 de la Constitución), en el italiano.

Como en España, la reforma constitucional ha despertado el interés de la doctrina, que ha dedicado numerosos estudios al tema, y a ellos remitimos para un análisis más profundo de la cuestión<sup>62</sup>. En todo caso, en la maraña que hace difícil prever cuál va a ser el impacto efectivo de la reforma –más allá de la legítima perplejidad e inquietud que suscita– uno de los puntos esenciales está representado

<sup>61</sup> Corte constitucional, sentencia n. 151/2012.

<sup>62</sup> Entre los estudios, véanse por ejemplo R. DI MARIA, G. GENNARO, “La piattaforma normativa della Governance economica U.E.: natura giuridica e rilevanza, a livello interno, dei vincoli europei alla finanza pubblica. Un’ipotesi ricostruttiva”, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); G. RIVOSECCHI, “Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 3/2012; E. IORIO, “Pareggio di bilancio: le ricadute (o le implicazioni) sui Comuni e sul sistema sanitario”, en [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); M. NARDINI, “La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio secondo la teoria economica. Note critiche” [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it); G. SCACCIA, “La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 3/2012; D. MORGANTE, “La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio”, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

indudablemente por la que podrá ser (o no ser) la concreta justiciabilidad de la regla por parte de la Corte Constitucional<sup>63</sup>.

El alcance real del nuevo principio –con sus corolarios– podrá ser definido solo a través de su aplicación, que ha sido completada con la Ley 24 de diciembre de 2012, n. 243, promulgada cuando Monti ya había dimitido; los últimos actos políticos de su Gobierno fueron el D.L. 5 de noviembre de 2012, n. 188 y la Ley de estabilidad 2013 (Ley 24 de diciembre de 2012, n. 228).

El primero preveía la reducción –mediante fusión– de las Provincias italianas, entes considerados casi inútiles –y causa de despilfarro– por parte de la mayoría de la opinión pública. La aprobación del D.L. provocó, sin embargo, no solo el mal humor de los miembros de los aparatos burocráticos y políticos destinados a ser suprimidos, sino también de los defensores de sus territorios, dispuestos a oponerse al “descenso” de su capital de Provincia y a la unificación de ciudades tradicionalmente rivales. Para tranquilidad de ambas categorías, el D.L. no llegó a ser convertido, acabando así en el archivo de las medidas, abortadas o nunca realizadas, que periódicamente anuncian la abolición o la reorganización de las Provincias. Le tocó mejor suerte al Decreto legislativo n. 155/2012, que, con base en la delegación prevista en el art. 1 de la Ley n. 148/2011, dispuso la supresión de los juzgados menores, a pesar de la oposición de los representantes de las corporaciones y potentados locales.

La Ley de estabilidad 2013 también fue aprobada sin problemas, con el objetivo de recortar aún más el gasto público; las principales víctimas fueron salud y entes locales. Hay que decir que algunas medidas en sentido opuesto también fueron adoptadas: el aumento de los recursos de los subsidios para parados, la posibilidad de prorrogar los contratos por tiempo definido en el sector público o la eliminación de impuestos sobre retribución por productividad. Demasiado poco –y demasiado tarde–, sin embargo, para modificar el papel de Monti como paladín de un inflexible control del gasto; papel que él mismo nunca ha negado, llegando al contrario a reivindicarlo claramente. Asimismo, se hizo muy poco en dirección de una simplificación administrativa; concepto al que pueden conectarse solo escasas y fragmentarias disposiciones de origen gubernamental (como el D.L. n. 5/2012).

Enrico Letta, durante su breve permanencia como Presidente del Gobierno, anunció un cambio de rumbo, que debería hacer menos afilada la lama de los recortes al gasto público. Es cierto que la Ley de estabilidad 2014, aunque prevé unas

<sup>63</sup> Al respecto, G. SCACCIA, *op. cit.*

apreciables inversiones y una nueva financiación de algunas medidas de carácter social, no ha renegado de las políticas de austeridad<sup>64</sup>.

En lo demás –por lo que se refiere al gasto público y a la Administración Pública– el Gobierno Letta ha planteado algunas medidas de simplificación administrativa (D.L. n. 69/2013, denominado “de los hechos [en italiano: del fare]”, artt. 28-61), medidas financieras para Regiones y entes locales (D.L. n. 126/2013) y un nuevo proyecto de reforma de las Provincias<sup>65</sup>.

Como es sabido, el ejecutivo presidido por Letta ya ha sido sustituido, lo que confirma que, paradójicamente, la inestabilidad representa, con sus equilibrios frágiles y frecuentes desequilibrios, el único elemento constante del precario sistema político italiano.

De todas maneras, al principio de 2014, el barómetro financiero da una prima de riesgo por debajo de los 200 puntos: un dato que, aunque, reconfortante, no es suficiente –debido también a su volatilidad extrema– para considerar que el país está fuera de la tempestad, ya que sigue teniendo las mismas deficiencias estructurales.

## 5. PARÍS, BERLÍN, LONDRES

Después de haber examinado la situación de los países más afectados por la crisis –prácticamente todos, menos Irlanda, del Sur de Europa– debemos mirar hacia el Norte, hacia aquellos Estados que representan las tres economías más grandes del continente.

### 5.1. Los procesos de reforma en Francia

En comparación con otros países, Francia ha afrontado con relativa solidez el primer bienio de crisis, pero su capacidad de resistencia ha disminuido de forma progresiva<sup>66</sup> y su economía ha ido hacia el estancamiento: la tasa de desempleo

<sup>64</sup> En efecto, al Comisario extraordinario se le encomienda la tarea de asegurar una reducción del gasto público no inferior a un total de 3.520 millones en el periodo 2014-2017; a la espera de la definición de estas medidas correctivas, se han establecido asignaciones específicas de gastos modulables por parte de los Ministerios, por 256 millones en 2015 y 622 millones anuales desde 2016. Los recortes afectan también a las regiones, en 344 millones desde 2015, y a los entes locales, en 344 millones desde 2016. En el empleo público, se prevé el bloqueo de las contrataciones en 2014 y unas reposiciones limitadas desde 2015 hasta 2017.

<sup>65</sup> Proposición de Ley A.C. 1542-A.

<sup>66</sup> COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, “In-depth review for FRANCE”, p. 6, [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/idr2013\\_france\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/idr2013_france_en.pdf).

ha aumentado; la deuda pública ha alcanzado niveles elevados (90,3% del PIB en 2012), a pesar de que la relación déficit/PIB haya bajado al 4,6% (y estaba en el 7% en 2009-2010), por la actuación del Gobierno en la política fiscal.

Como es sabido, la Administración Pública francesa ha representado tradicionalmente, por razones históricas y por su estructura peculiar –casi monolítica, en su tendencia al centralismo estatal– un paradigma bien definido. La deuda pública está concentrada casi exclusivamente en la Administración central, mientras que la de las administraciones locales es una cuota mínima<sup>67</sup>. Nacionalizaciones y privatizaciones han sufrido momentos alternos; la descentralización ha sido aplicada de forma insuficiente y confusa<sup>68</sup>.

En este complicado contexto, agravado por la crisis, no han faltado los intentos de modificar el sistema. Una primer señal se dio en 2007 –en una fase en la que, como mucho, se podían ver los pródromos de las turbulencias futuras– con la “Révision Générale des Politiques Publiques” (RGPP), dirigida, según los intentos declarados, a racionalizar y mejorar la eficiencia de la acción pública, reorganizar la administración central, simplificar los procedimientos administrativos y mejorar los servicios para los usuarios, pero siempre con la perspectiva general de una reducción del gasto.

De la RGPP se pasó posteriormente a la MAP (« Modernisation de l’Action Publique »). Los objetivos de la MAP son ambiciosos: mejorar la calidad del servicio ofrecido por la Administración a los ciudadanos; aumentar su eficiencia; sanear las finanzas públicas; preservando el Estado social y la competitividad económica; y avanzar en la simplificación administrativa y en la innovación.

Así se han instituido el “Secrétariat général pour la modernisation de l’action publique (SGMAP)” y el “Comité interministériel pour la modernisation de l’action publique (CIMAP)”<sup>69</sup>. Para completar el cuadro, la Ley Orgánica 2012-1403, del 17 de diciembre de 2012, creó el Consejo Superior de las Finanzas Públicas (“Haut Conseil des finances publiques”), dotado de funciones consultivas.

<sup>67</sup> VV.AA., “La Spending Review nell’esperienza internazionale”, en [http://costopa.formez.it/sites/all/files/ricerca\\_spending\\_francia-uk.pdf](http://costopa.formez.it/sites/all/files/ricerca_spending_francia-uk.pdf), p. 7.

<sup>68</sup> Al respecto, véase K. BLAIRON, “La dimensión del Estado y de las administraciones públicas en perspectiva comparada. El caso francés”, *ReDCE*, núm. 21, 2014.

<sup>69</sup> El CIMAP constituye la instancia de decisión y arbitraje en materia de modernización de la acción pública. El primero reúne los departamentos responsables de la política de modernización, coordinando su actividad. Integran el SGMAP la DIMAP (*Direction interministérielle pour la modernisation de l’action publique*), la DISIC (*Direction interministérielle des systèmes d’information*) y la misión ETALAB. La DIMAP dirige y supervisa los avances de modernización de la administración. La DISIC se encarga, además, de los procesos de digitalización del sector público y su apertura a la información y a la comunicación. La misión ETALAB persigue la finalidad del mejor empleo de los datos públicos, reunidos en un portal único interministerial donde se puedan consultar gratuitamente.

En este contexto, para realizar “le choc de simplification” invocado por el Presidente de la República, el 17 de julio de 2012 se anunciaron 200 medidas de simplificación, entre ellas: ampliación de la duración de la validez de los documentos de identidad (de 10 a 15 años), la desmaterialización de los tickets de ayudas de comida y la supresión de 68 comisiones consultivas<sup>70</sup>.

Pero también en Francia el impacto más fuerte sobre la administración deriva de los recortes del gasto. Entre 2009 y 2012 hubo recortes por valor de 12.300 millones de euros, de los cuales el 29% de la reducción de salarios de los funcionarios, el 21% de la disminución de los gastos de funcionamiento, y el 50% de la reducción de los gastos de inversión<sup>71</sup>. Han sido amortizados 150.000 puestos de trabajo<sup>72</sup> y para los Ministerios competentes en políticas sociales se ha previsto un ahorro del 30% del gasto<sup>73</sup>. En 2011 las transferencias a los entes territoriales se han congelado para el bienio 2013-2014, con reducciones de 750 millones por año<sup>74</sup>.

Los entes territoriales han sido, empero, sometidos a reformas menos profundas de las que muchos esperaban. La RGPP ha afectado casi exclusivamente la administración central. La ley 2010-1563 del 16 de diciembre 2010, de reforma del gobierno local, aprobada con el objetivo de reorganizar la competencia de los entes locales, evitando inútiles superposiciones y despilfarros, ha tenido un impacto bastante marginal y decepcionante<sup>75</sup>.

Francia, a diferencia de Italia y España, no ha constitucionalizado el equilibrio presupuestario. El 13 de julio de 2012 el Presidente Hollande, en vista de la ratificación del “Fiscal Compact”, solicitó, conforme al art. 54 de la Constitución, el control del Consejo Constitucional. Éste consideró que no había antinomias entre Constitución y Tratado, con lo cual no era necesaria una reforma constitucional previa: en consecuencia, Francia, con base en el inciso 2 del art. 3 del Fiscal Compact, decidió introducir dicho límite mediante ley orgánica<sup>76</sup>.

<sup>70</sup> “Modernisation de l’action publique: 200 mesures de simplification”, <http://www.vie-publique.fr/focus/modernisation-action-publique-200-mesures-simplification.html>.

<sup>71</sup> “La Spending Review nell’esperienza internazionale”, cit., p. 19.

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> *Ibíd.* p. 20, donde se especifica que, sin embargo, los ahorros previstos se obtendrán, no a través de una reducción del gasto social sino reforzando los controles sobre las compensaciones fiscales concedidas por el Estado.

<sup>74</sup> *Ibíd.* p. 29.

<sup>75</sup> K. BLAIRON, op. cit.

<sup>76</sup> *Conseil constitutionnel*, Sentencia n. 2012-653 de agosto de 2012.

## 5.2. La hegemonía alemana

A nivel político, terminada desde hace tiempo la Grandeur, lo que le queda a Francia para seguir contando en Europa es reforzar la alianza con la vecina, y más fuerte, Alemania. Una alianza sobre la cual se fundó la misma Europa comunitaria. A nivel europeo, los líderes franceses y alemanes mantienen cierta armonía, más allá del color político y del partido (y éste es una de los puntos críticos del contexto político europeo, donde los intereses nacionales y particulares prevalecen sobre las ideas políticas y sociales). Así tanto el conservador Sarkozy como el socialista Hollande han sostenido el pacto con la canciller alemana Angela Merkel.

Ella ocupa efectivamente desde hace nueve años el puesto de comandante de la locomotora alemana y, en cierta medida, de la desastrada fila de vagones que van detrás. Al ser la primera de los defensores de la austeridad, Merkel ha conseguido imponer sus políticas a nivel europeo, hasta vejar a los demás Estados con condiciones draconianas. Se hace evidente así su responsabilidad en el fracaso de las políticas dirigidas a resolver la crisis.

Pero no hay que sorprenderse de que su liderazgo en Alemania siga obteniendo apoyo electoral, pues su enfoque refleja perfectamente la ideología alemana de la segunda posguerra, con una preocupación extrema por las cuentas públicas debido también al terror de la inflación de la época de Weimar. La influencia alemana ha hecho que el control de la inflación sea desde hace décadas un dogma imperante a nivel europeo; no es distinto lo que ha pasado con la austeridad, que la canciller ha impuesto a los demás Estados miembros. Sobre el equilibrio presupuestario también Alemania ha sido pionera. Esta política de rigor es ampliamente apoyada por el electorado alemán, sobre todo por el miedo a que los contribuyentes alemanes tengan que hacerse cargo de los costes que derivan de la crisis de las deudas soberanas de otros países, especialmente los del Sur.

Sin embargo, las cuentas alemanas tampoco son perfectas. En 2012, en Alemania, la deuda pública fue el 82% del PIB, mucho más alta del techo del 60%. Según las recomendaciones de la estrategia Europa 2020, la eficiencia del gasto público en salud tiene que ser mejorada<sup>77</sup>.

La administración pública alemana se mantiene, sin embargo, en un nivel elevado de calidad y eficiencia. No pudiendo ser acusada de ser enorme ni ineficiente, durante la crisis actual, no ha sido objeto de recortes masivos como ha pasado con la mayoría de los Estados europeos<sup>78</sup>. Un significativo conjunto de medidas de auste-

<sup>77</sup> “Europe 2020 in Germany”, [http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-your-country/deutschland/country-specific-recommendations/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-your-country/deutschland/country-specific-recommendations/index_en.htm).

<sup>78</sup> Cfr. M.D. POLI, “La Administración pública en Alemania: principios, etapas evolutivas y sostenimiento del sistema frente a la crisis”, en *ReDCE*, núm. 20, 2013.

ridad fue presentado el 7 de junio de 2010, con intervenciones por valor de 82.000 millones de euros en cuatro años, de los cuales el 65% de recortes y el 35% de mayores ingresos. Pero la incidencia de estas medidas sobre el sector público alemán es mucho menor, en términos relativos y comparativos, respecto a la que se ha dado en otros Estados de la Unión.

Más significativa es la reforma constitucional de 2009, que ha introducido en la Ley Fundamental alemana el principio según el cual los presupuestos de la federación y de los estados tienen que estar en equilibrio; el principio se considera respetado si los ingresos por préstamos no superan el 0,35% del PIB nominal<sup>79</sup>.

Es fácil imaginar las dudas que surgen de la previsión de parámetros numéricos tan estrictos en el texto constitucional. Por otro lado, el Tribunal Constitucional Federal alemán ya ha demostrado saber gestionar criterios económicos y financieros exactos. En una conocida sentencia de septiembre de 2012 confirmó de forma condicionada el Mecanismo Europeo de Estabilidad, precisando que las intervenciones no deben comprometer económicamente Alemania más allá del límite de 190.000 millones de euros y reservándose el poder de controlar eventualmente si el BCE se excede de sus competencias. El golpe al BCE llegó posteriormente, en otra conocida sentencia, en febrero de 2014: los magistrados pidieron al Tribunal de Justicia averiguar la compatibilidad del programa OMT (que le permite al BCE comprar, en ciertas condiciones, bonos de Estados miembros con dificultades) con el TFUE. En realidad, las sentencias del Tribunal Constitucional alemán que generan expectativas en el resto de Europa no son una novedad. Al igual que el canciller es una suerte de comandante de facto de la UE, el Bundesbank algo así como una sombra del BCE, el Tribunal federal representa, en efecto, un alter ego del Tribunal de Justicia, teniendo ya una autoridad tan fuerte que puede ofuscar su papel y prestigio<sup>80</sup>.

Pero la política propiciada por la hegemonía alemana frente a los demás Estados es miope, si se analiza con atención. En una Europa exangüe y debilitada por la crisis, y además machacada por la austeridad, hasta la economía alemana sufrirá, pues su producción tendrá cada vez menos mercado. La utilidad de una Europa

<sup>79</sup> Se prevé que, si se presentan tendencias coyunturales que se alejan de la normalidad, hay que tener en cuenta sus efectos sobre el presupuesto, tanto en las fases de crecimiento económico como en las opuestas. La superación de los límites está permitida solo en algunos supuestos, como calamidades naturales y situaciones excepcionales que no pueden ser controladas por el Estado y comprometen gravemente su capacidad financiera; pero hace falta una votación por mayoría del «Bundestag» y la presentación de un programa de amortización. La reforma es aplicable inmediatamente para la Federación, mientras que los Estados tienen hasta el año 2020.

<sup>80</sup> Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “Presentación”, *ReDCE*, núm. 18, 2012.

económicamente fuerte la habían intuido los norteamericanos, quienes después de la segunda guerra mundial, y justamente por esta razón, implementaron el denominado plan Marshall.

Alemania no puede ganar el desafío de la globalización por sí sola. Perderá seguramente –o mejor, ya ha perdido– en comparación con el coloso asiático de Oriente que, incomparablemente más fuerte y vigoroso, la ha desbancado echándola del podio de las tres primeras potencias económicas del mundo. Solo la Unión Europea en su conjunto puede esperar desempeñar un papel protagonista en el nuevo escenario global. Por otra parte, como se señalaba por Altiero Spinelli, el concepto de Estado-Nación europeo hoy en día es tan anacrónico como lo eran en su tiempo las pequeñas repúblicas y monarquías italianas de la época renacentista<sup>81</sup>.

El canciller alemán correspondiente, presumiblemente, seguirá siendo lo suficientemente fuerte como para tener un papel de primacía en Europa en los próximos años, pero si nada cambia estará al mando de un ejército derrotado en el que los grados los asignarán las agencias de valoración.

### 5.3. La «spending review» inglesa

Incluso un país tradicionalmente fuerte como el Reino Unido ha sido afectado por la crisis, especialmente en su fase inicial<sup>82</sup>. El colapso del sistema bancario ha supuesto medidas excepcionales, como inversiones y nacionalizaciones. El PIB bajó un 1% en 2008 y un 4% en 2009. El desempleo pasó del 5,3% de 2007 al 8% de 2011 (año en el que el desempleo entre los jóvenes alcanzó el record histórico del 21,1%). La inflación, que en 2009 era del 2,2%, en 2011 subió hasta el 4,5%. La relación déficit/PIB, del 5,1% de 2008 pasó al 11,5% de 2009; la deuda pública del 52,3% de 2008 al 85,3% de 2011.

A lo largo de los años siguientes la situación mejoró, leve, pero significativamente. En 2012, el desempleo bajó al 7,8% y la inflación al 2,7%; el PIB creció un 0,2% en 2012 y un 0,9% en 2013; sin embargo, el endeudamiento público se ha mantenido elevado, llegando al 89,8% en 2012 y al tope del 95,4% en 2013<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> A. SPINELLI, “Crisis de la CEE y alternativas democráticas”, *Leviatán*, núm. 23-24, 1986, p. 106.

<sup>82</sup> Los datos a los que se hace referencia se encuentran en el COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, “In depth-review for the United Kingdom”, [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/idr2013\\_uk\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/idr2013_uk_en.pdf).

<sup>83</sup> “Macroeconomic Imbalances. United Kingdom 2013”, *European Economy, Occasional Papers*, núm. 143, April 2013, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2013/pdf/ocp143\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2013/pdf/ocp143_en.pdf), p. 19.

Como es sabido, Reino Unido no ha adoptado la moneda única ni ha suscrito el «Fiscal Compact». Además, en comparación con otros países como Italia o Francia, el sector público es claramente más ligero, pero el gobierno local tiene un peso relativo mayor respecto a la administración local francesa<sup>84</sup>. Empero, a pesar de las peculiaridades típicas del sistema, la reacción inglesa a la crisis ha sido bastante coherente con el modelo continental, basándose en ambiciosos programas de revisión del gasto.

La Spending Review de 2010 fue la respuesta a la insostenibilidad de una deuda pública que supone intereses por 43.000 millones de libras (más del gasto total en educación) y de un sector público que afronta gastos anuales de 697.000 millones de libras, con ingresos de solamente 548.000 millones<sup>85</sup>. Así se decidió un ahorro de 81.000 millones de libras para 2014-15: de ellos 11.000 millones en políticas sociales y 3,3.000 millones para congelar los salarios en el sector público durante dos años<sup>86</sup>. De los 6,37 millones de trabajadores públicos de 2009 se pasó a 5,75 millones en 2012<sup>87</sup>. Se han realizado recortes netos en varios departamentos de la administración pública, aunque no uniformemente: por ejemplo, el 15% en el de «Business Innovation and Skills» y el 27% en el «Department for Communities and Local Governments», con algunos aumentos de gasto –limitados– en otros sectores<sup>88</sup>. Para reducir la carga de la Administración, se han subido los costes para los usuarios de los servicios públicos (tasas escolares, tarifas de ferrocarril y cotizaciones de la seguridad social)<sup>89</sup>. Los recortes han afectado a los servicios sociales: por ejemplo, en el ámbito sanitario, se eliminaron las recetas gratis para los hospitalizados de larga duración, el derecho a un enfermero personal para los enfermos oncológicos y el plazo de una semana para los diagnósticos de cáncer<sup>90</sup>. Se han instituido órganos como el “Efficiency and Reform Group” (ERG), con la función de ayudar a los departamentos a ahorrar y a que implementen medidas de innovación<sup>91</sup>.

<sup>84</sup> “La Spending Review nell’esperienza internazionale”, cit., p. 35.

<sup>85</sup> [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/203826/Spending\\_review\\_2010.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/203826/Spending_review_2010.pdf).

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 16.

<sup>87</sup> COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, “In depth-review for the United Kingdom”, cit.

<sup>88</sup> La “Spending Review nell’esperienza internazionale”, cit., pp. 37-38.

<sup>89</sup> *Ibíd.* p. 38.

<sup>90</sup> *Ibíd.* p. 49.

<sup>91</sup> *Ibíd.* p. 42.

El paso siguiente fue la «Spending Review» 2013, presentada el 26 de junio de 2013 a la Cámara de los Comunes por el ministro de economía y finanza George Osborne<sup>92</sup>. Se establecieron nuevos recortes, entre ellos una reducción en el sector público de 144.000 puestos de trabajo en el bienio 2015-16, un recorte del 10% del presupuesto del «Cabinet Office», del 7% del «Department for Culture, Media and Sport», de 18.000 millones anuales en bienestar, mientras que se manifestó la intención de preservar el sector educativo.

En las políticas de austeridad el Reino Unido ha mantenido, así, una sustancial continuidad con la Europa continental. Mas aquellas políticas las decidió de forma autónoma, sin dejar que se le impusiesen: una diferencia seguramente destacable. El elemento distintivo más claro reside en el hecho de que, en la lucha contra la crisis, este país ha podido defenderse con su propio Banco Central<sup>93</sup>, sin tener que someterse a la política desastrosa del Banco de Frankfurt. Un factor decisivo que lo distingue de Estados como Italia o España.

## 6. UN BALANCE DESOLADOR

La crisis económica sigue siendo hoy una triste realidad y las medidas adoptadas para hacerle frente han demostrado ser ineficaces. El remedio aplicado, es decir la inflexible austeridad ha sido, al contrario, más dañino que la patología que pretendía curar; y aquella parte de la nomenclatura europea que la ha predicado como inevitable e infalible panacea se ha portado con la misma seguridad con la cual, en la Edad Media, los taumaturgos recomendaban sangrías a enfermos ya exangües o autoflagelaciones para evitar pestilencias y contagios.

La austeridad no resuelve los dramas de la crisis económica, sino que los agrava, porque oprime y empobrece, a la vez, a los particulares y a los Estados, quitando recursos esenciales a ambos. En Estado tiene una capacidad cada vez más reducida para intervenir en la economía y en la sociedad, justamente cuando se percibe con más fuerza la necesidad de una acción contundente. Por ejemplo, “[E]l cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”, solemnemente proclamado en el art. 2 de la Constitución italiana, vaciado de efectividad concreta, corre el riesgo de transformarse en una fórmula retórica y pleonástica.

Hay que preguntarse –y es uno de los fines esenciales de este trabajo– si las reformas adoptadas al principio de la crisis económica en la administración y el

<sup>92</sup> <https://www.gov.uk/government/speeches/spending-round-2013-speech>.

<sup>93</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, “Crisi economica e crisi costituzionale in Europa”, cit., p. 87.

sector público en general, pueden considerarse coherentes con los principios constitucionales y con los que son —o deberían ser— los principios básicos del proceso de integración europea.

La respuesta a esta pregunta no puede ser sino negativa. Para que los principios constitucionales no se queden en meros enunciados abstractos, es necesaria una acción política y administrativa para implementarlos. Y es demasiado evidente que ello ha de suponer una administración con recursos adecuados y racionalmente distribuidos.

Los recortes han afectado a estos recursos, aniquilándolos en sectores como educación o salud que se encontraban en una situación crítica. Frente a esta obviedad, las justificaciones de los defensores de las políticas de austeridad son básicamente de dos tipos.

Una primera justificación es que, en tiempos de crisis, el Estado tiene menos recursos y ello debe inevitablemente repercutir en el aparato administrativo. Este argumento falaz no tiene en cuenta, sin embargo, el hecho de que existen soluciones alternativas y mucho más eficaces para encontrar, en tiempos de crisis incluso, los recursos necesarios al funcionamiento eficiente del sector público. Un primer remedio sería seguramente una lucha más eficaz en contra de la evasión fiscal que, solo en Italia, sustrae al erario unos 130.000 millones de euros cada año<sup>94</sup>: es una plaga que, si no puede ser del todo extirpada, ha de ser ciertamente redimensionada (y si la lucha contra la evasión es una cuestión sobre todo nacional, los mecanismos anti-elusión necesitarían al contrario una mayor intervención a nivel europeo). Otros recursos podrían conseguirse gracias a la lucha contra la criminalidad, especialmente la organizada por la clase acomodada (de guante blanco, “colletti bianchi” en italiano)<sup>95</sup>. Pero los programas de austeridad se mueven en sentido opuesto, pues golpean fuertemente también al sistema judicial y a la seguridad pública, que justamente tienen esta función.

<sup>94</sup> “L’evasione fiscale vale 130 miliardi. È incompatibile con la democrazia”, *La Stampa*, 10 de diciembre de 2013, <http://www.lastampa.it/2013/12/10/economia/levasione-fiscale-vale-miliardi-incompatibile-con-la-democrazia-GmkVaHHcFZ5U5PWboyh4YI/pagina.html?exp=1>.

<sup>95</sup> En el caso de las grandes obras públicas, se calcula que, en Italia, la corrupción supone costes equivalentes al 40% del valor total de las contrataciones: por ejemplo, el coste medio de la alta velocidad en la península itálica ha sido 61 millones de euros por kilómetro, mientras que fue de 10,2 millones de euros en el tramo París-Lyon, 9,8 millones de euros en el Madrid-Sevilla y 9,3 millones de euros en el Tokio-Osaka. Cfr. “Ue, corruzione su grandi opere è 40% valore appalto”, *Ansa*, 03/02/2014, [http://www.ansa.it/web/notizie/specializzati/legalita/2014/02/03/Ue-corruzione-grandi-opere-40-valore-appalto\\_10008273.html](http://www.ansa.it/web/notizie/specializzati/legalita/2014/02/03/Ue-corruzione-grandi-opere-40-valore-appalto_10008273.html).

Y en plena crisis económica, y cuando importantes sectores públicos, ya en estado crítico, sufren recortes, ingentes sumas siguen invirtiéndose en obras inútiles, solo para subvencionar a la misma clase política que decide su realización. La partitocracia prospera y garantiza a sus adeptos remuneraciones y reembolsos escandalosos. La Iglesia católica sigue teniendo privilegios, exenciones fiscales y subvenciones. Enorme riqueza está concentrada en las manos de lobbies poderosos y una fracción mínima de ella bastaría –si hubiera una efectiva voluntad de tasarlas– para sostener las finanzas públicas durante muchos años futuros. Las privatizaciones, si se realizaran de forma más atenta, llevarían a ingresos ingentes sin malvender los capitales estatales a especuladores astutos con algún contacto político. Costosísimas misiones militares en el extranjero siguen siendo financiadas y emprendidas, sin esperanza de que Italia, por ejemplo, pase de comparsa a protagonista del escenario internacional (gigante económico y enano político, se decía antaño; la diferencia de estatura ahora es menor, pero en la dirección opuesta a la deseada). Ello mientras otros sectores verdaderamente estratégicos y de vital importancia (como las inversiones públicas en la investigación científica y tecnológica) se reducen al mínimo, condenando el país al subdesarrollo y confirmando que los recursos no faltan pero se reparten mal. Si se consiguiese recuperar una mínima parte de estos recursos, habría fondos no solo para preservar los servicios esenciales y evitar dismantelar el Estado social, sino también para invertir en las iniciativas propulsivas y anti-recesión que podrían ayudar la economía en tiempos de crisis.

Otro factor que hay que tener en cuenta es que los programas de austeridad se han combinado con un aumento de la presión fiscal: pero, el menos en Italia, se ha dado de forma inicua e inadecuada, afectando así a las clases más débiles y las productivas (con consecuencias desastrosas en la economía) y dejando indemnes lobbies y poseedores de riqueza tradicionalmente privilegiados. A la hora de evaluar la relación déficit/PIB, se ha pensado solo en cómo reducir el numerador, pero no en cómo aumentar –incluso mediante inversiones públicas– el denominador. No sorprende, entonces, que a pesar de los recortes la deuda pública siga siendo un peso no eliminable<sup>96</sup>: porque el rigor extremo deprime la economía condenándola a una dramática dinámica recesiva.

### 6.1. La Administración Pública en los tiempos de la crisis

El segundo argumento de los partidarios de la austeridad es que los recortes afectan de forma selectiva a los excesos, dejando inalteradas las ramas virtuosas de

<sup>96</sup> En marzo de 2014, en Italia, la relación deuda-PIB llegó al 132,6%, el nivel más alto desde 1990 (datos de ISTAT).

la Administración. La falacia de este argumento es igual de evidente. En Italia, la existencia de despilfarros escandalosos en el sector público es innegable, con un número incalculable de casos de gasto descontrolado. Aunque en realidad no se trata de casos aislados, sino –y este es el problema mayor– de un fenómeno que se ha vuelto consustancial a la misma Administración. Ello se debe, en gran medida, a mecanismos clientelares que unen clase política y aparato administrativo de forma perversa, especialmente por lo que se refiere a los altos cargos, cuya designación se hace principalmente a través de la cooptación u osmosis de los partidos. Así, la gestión del sector público, encomendada a altos burócratas interesados sobre todo en mantener sus posiciones de poder, se lleva a cabo en la mayoría de los casos de forma farragosa e ineficiente. La extensión y duplicación de entes y cargos inútiles, solo para proporcionar salarios y réditos, faraónicos gastos de representación de políticos y burócratas sin escrúpulos, desafortunadamente, se dan a diario y contrastan irremediablemente con la penuria en los servicios públicos y su crónica falta de recursos. En este contexto, los defensores de la austeridad proponen una receta sencilla: recortando el gasto, los altos cargos, obligados a ahorrar, deberán necesariamente eliminar los excesos y concentrar los recursos disponibles en el eficiente funcionamiento de la Administración. Mas la receta no es eficaz porque el despilfarro en el ámbito público depende de factores políticos, sociales e incluso históricos y culturales, que no pueden ser eliminados de un golpe. El despilfarro no se combate con los recortes, sino con una reforma sustancial de la Administración que aumente los controles y destruya las connivencias entre clase política y altos cargos, previendo además medidas de lucha contra la corrupción y la malversación de caudales públicos. Hasta ese momento, el sector público seguirá gestionándose de forma ineficiente e insensata, y los recortes afectarán las áreas virtuosas de la Administración y las que ofrecen servicios, y no las que padecen la mala gestión.

Por otra parte, el rigor en la gestión de las cuentas públicas no parece ser un criterio que la clase dirigente actual pueda seguir con seriedad. Los políticos son hoy grandes promotores de la austeridad a condición de que no se aplique a su casta. Los poderosos lobbies presentes fuera y dentro de la Administración exigen que sus campos de acción sigan siendo zonas francas. Las corporaciones reclaman que sus intereses no sean tocados. En este contexto, burócratas y altos cargos administrativos, reacios a llevar el austero cilicio, adoptan y seguirán implementando –con acciones u omisiones– criterios de gestión más coherentes con la filosofía de Oscar Wilde (quien, como es sabido, podía renunciar a todo menos a lo superfluo) que con la del ascetismo claustral de los primeros anacoretas.

Se explican así fenómenos a la vez inquietantes y curiosos, como por ejemplo la milagrosa resurrección o duplicación de entes inútiles cuya eliminación había sido anunciada, como ya recordamos con anterioridad. Esta prodigiosa capacidad de regeneración de órganos permite comparar el aparato burocrático a ciertas especies de invertebrados marinos: pero en el primer caso (y no es así en el segundo) la regeneración afecta casi siempre a tejidos enfermos que se esperaba suprimir, mientras que la amputación de ganglios vitales es, a menudo, irreversible.

Otro argumento de quienes sostienen los recortes concierne al número de los funcionarios y personal laboral de la administración. En Italia, y en otros países, se dice que son demasiados y que el coste de sus retribuciones es insostenible para la hacienda pública. En realidad, dicha premisa, expresada en términos tan simplificados y categóricos, no puede ser aceptada de forma apresurada, sin profundizar crítica y seriamente. Según datos bastante recientes<sup>97</sup>, en Italia hay 58 empleados públicos por cada 1000 habitantes, un dato comparable con Alemania (54) y España (65), y notablemente inferior al de países como Reino Unido (92), Francia (94) y Suecia (135): aunque, en este último caso, el número más elevado depende de una mayor cantidad y calidad de los servicios públicos; y ello demuestra que una reforma seria del sector público debería mirar a mejorar la eficiencia y no solo a reducir los costes. Según la misma fuente, también el gasto que suponen los trabajadores de las administraciones (11,1% del PIB), en Italia, es coherente con la media europea. La simplista y falaz concepción del sector público como mero productor de salarios, con productividad baja y costes elevadísimos, tiene que ser superada a la luz de una nueva valoración del papel de la Administración como primer garante de los derechos de los ciudadanos e insustituible baluarte del Estado social.

Ello no significa que el sector público no tenga aspectos muy críticos, que afectan tanto al nivel directivo –cuestión que mencionamos con anterioridad– como a los intermedios e inferiores. En general, se puede decir que el número de los empleados públicos no es exagerado en su conjunto, pero en muchos casos se usan los recursos humanos mal o se distribuyen de forma irracional entre las ramas del aparato administrativo. En efecto, en su seno existen ámbitos saturados, en los que el número de trabajadores es seguramente excesivo (como es el caso de los agentes forestales en algunas regiones del Sur); mientras que hay otros (como la justicia) en los que el personal es dramáticamente insuficiente. Y esto se debe a la misma mezcla de inte-

<sup>97</sup> “Italia patria dei dipendenti pubblici? No, nella media: 58 impiegati ogni mille abitanti, come in Germania”, *Il Sole24ore*, 26 de septiembre de 2012, <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2012-09-26/ricerca-eurispes-italia-impiegati-115157.shtml?uuiid=AbjVOujG>.

reses políticos y burocráticos a los que hicimos referencia antes, que han producido estructuras enormes, con una productividad baja o nula, que no tienen otra función sino garantizar un salario a los que trabajan y mandan allí. Pero al mismo tiempo hay otros sectores donde el personal es tan reducido que los ciudadanos tienen que esperar muchísimo para recibir el servicio por el que acudieron a la administración.

Las políticas de austeridad aplicadas, que prevén básicamente el bloqueo de las contrataciones, no resuelven el problema pues en el empleo público dejan inalterada la relación cuantitativa entre los sectores que tienen demasiado personal y los que no tienen suficiente. Una reforma sería debería pasar, pues, por repensar las decisiones sobre recursos humanos –favoreciendo las incorporaciones en los sectores críticos y paralizándolas en los demás–, sobre los ascensos –que tienen que depender más de los méritos que de la antigüedad–, y sobre los mecanismos de movilidad interna. Las mismas incongruencias existen a nivel retributivo, donde se da una disyuntiva entre el grupo directivo, enorme y dotado con retribuciones elevadas y múltiples y los demás trabajadores, con salarios muchas veces inadecuados. En este contexto está claro que recortar los salarios en virtud de las políticas de austeridad incrementa, y no disminuye, estas diferencias, afectando a categorías ya desaventajadas y dejando sustancialmente indemnes a los verdaderos parásitos políticos y administrativos.

## 6.2. El nudo gordiano

Hay que preguntarse ahora cuál es el impacto de los recortes sobre la forma en que la Administración va a poder concretamente desempeñar sus funciones. Las expectativas no son positivas. El sistema sanitario italiano, en el pasado uno de los mejores y más eficientes del mundo –aunque no exento de malversaciones y despilfarro– ya ha sido redimensionado. Según la OCDE<sup>98</sup>, el gasto per cápita en términos reales ha bajado el 2% en 2011 (pero la disminución en el periodo 2009-2011 se ha dado también en otros diez países europeos). Aún peores son las consecuencias en sectores –como el judicial– donde Italia siempre ha brillado por su ineficiencia y crónica falta de recursos. Con un número de jueces inferior al necesario e incapaz de gestionar un contencioso inmenso, el principio de la duración razonable de los procesos, establecido en el art. 111 de la Constitución, sigue siendo un espejismo. Aún más nefastas son las condiciones del sistema penitenciario, que necesitaría inversiones y no recortes para resolver finalmente el drama de un aparato basado en

<sup>98</sup> Datos de OCDE: [http://www.oecd.org/italy/Health-at-a-Glance-2013-Press-Release-Italy\\_in-Italian.pdf](http://www.oecd.org/italy/Health-at-a-Glance-2013-Press-Release-Italy_in-Italian.pdf).

cárceles anticuadas, repletas y caracterizadas por una crónica carencia de personal de vigilancia<sup>99</sup>.

Las medidas anti-crisis plantean así interrogantes a los que los Tribunales Constitucionales tendrán que dar una respuesta. Es sabido que el TC portugués ya se ha pronunciado en contra de algunas medidas de austeridad decididas por el Gobierno. En Italia, algunas sentencias antiguas de la Corte Constitucional enseñan que en época de crisis al legislador le está permitido mucho, cuando no todo<sup>100</sup>. Los tiempos han cambiado en profundidad, y finalmente es el momento de un delicado –pero necesario– cambio de rumbo, o ¿se seguirá vertiendo el vino nuevo en odres viejos? Conceptos como la discrecionalidad del legislador, normas programáticas y normas preceptivas a lo mejor seguirán empleándose en la jurisprudencia constitucional para resolver la situación en un contexto en el que, con poca atención a los contenidos mínimos y efectivos de los derechos fundamentales, el vínculo del equilibrio presupuestario corre el riesgo de representar el nudo que impide llegar a una solución. Piénsese, por ejemplo, en el art. 34 de la Constitución italiana, que establece que las personas con capacidad y méritos tendrán derecho, aun careciendo de medios, a alcanzar los grados más altos de la enseñanza y que la República hará efectivo este derecho mediante becas, subsidios a las familias y otras medidas, que deberán asignarse por concurso. Habría que preguntarse hasta qué punto el legislador puede limitar y reducir estas prestaciones hasta determinar una vulneración de la norma. Y cómo la Corte Constitucional podría juzgar estas decisiones, controlando la obsesión por recortar; pero a la vez con base a qué criterio podría fijar el mínimo sin tomar una decisión arbitraria.

### 6.3. Un fracaso ideológico

Los que describimos son solo algunos de los más evidentes efectos de la crisis sobre el sistema constitucional, pero no son los únicos, hasta el punto de que comentaristas destacados hablan ya de un “derecho de la crisis”<sup>101</sup>, caracterizado por una fuerte reducción del debate democrático y parlamentario, con un aumento de los decretos gubernamentales que representa uno de los índices más claros de este

<sup>99</sup> Recordamos una reciente sentencia sobre la materia: la n. 279 del 22 de noviembre de 2013, de la Corte Constitucional italiana.

<sup>100</sup> Véase por ejemplo la sentencia n. 416/1995.

<sup>101</sup> Entre los estudios al respecto, véase A. CANTARO, “Crisi costituzionale europea e diritto della crisi”, en las actas del congreso internacional “Costituzionalismo, Costituzione e interpretazione costituzionale”, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it); y A.M. GONZÁLES SANFIEL (Dir.), “El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego”, cit.

fenómeno. El ejecutivo adquiere un papel preponderante. Criterios económicos son antepuestos a principios jurídicos y constitucionales y por ello se exige la constitucionalización de determinados principios financieros (como el equilibrio presupuestario). El principio contenido en el art. 41 de la Constitución italiana, según el cual la actividad económica pública y privada puede ser dirigida y coordinada con fines sociales, parece invertido: el Estado renuncia a su función social ante los intereses económicos.

Las proclamas sobre el rigor de las cuentas públicas se han transformado rápidamente en una coartada para aplicar medidas neo-liberales que corren el riesgo de dismantlar conquistas sociales que ya se consideraban obvias, demostrando que los logros nunca son definitivos y siempre se puede volver atrás. Los derechos de muchos han sido progresivamente aminorados, mientras que los privilegios de pocos siguen básicamente iguales. En esta nueva y peligrosa concepción, la Administración se considera un peso y los servicios públicos un coste a reducir.

Los responsables de este desastroso rigorismo, sin embargo, hay que buscarlos no solo a nivel nacional, sino también –y sobre todo– europeo. La extraordinaria determinación con la cual, en muchos Estados miembros, las políticas de austeridad han sido implementadas representa un caso peculiar de sinergia a nivel supranacional que, si no hubiese llevado a consecuencias tan nefastas, parecería algo claramente positivo en términos de integración. En realidad, más allá de su contenido, esta sinergia ha sido dañina incluso por el método con el que se ha alcanzado.

El precio a pagar ha sido, en primer lugar, una peligrosa convergencia hacia una especie de pseudo-científico pensamiento único. El debate europeo, ya escaso, ha sido totalmente anulado; el nacional, aunque originariamente más vivo, ha sido progresivamente apagado. Es emblemática la prisa con la cual en España se aprobó la reforma constitucional del equilibrio presupuestario. En los países más afectados por la crisis, los parlamentos se han transformado de lugares tradicionales de composición de los conflictos sociales en certificadores de decisiones tomadas en otras sedes; los gobiernos, por su parte, a menudo han asumido el papel de ejecutores de programas establecidos fuera, independientemente del resultado de las elecciones<sup>102</sup>. De este inquietante fenómeno ha habido varios casos, de los que hablamos anteriormente: incluso la tranquilizadora y disimulada definición de ejecutivos técnicos que se ha usado para calificar algunos gobiernos pronto ha demostrado ser una realidad política<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, “Crisi economica e crisi costituzionale in Europa”, cit., p. 89.

<sup>103</sup> *Ibíd.* p. 93.

## 7. EPÍLOGO

Europa se encuentra ya hundida en un barro donde destacan centros de poder fuera del circuito institucional, que reconocen a los líderes de los Estados más débiles sólo un oscuro papel de comparsas. Así se une a las tendencias hegemónicas franco-alemanas, en este peculiar directorio, la cada vez más contundente presencia de la troika; y el resultado es que, mientras los ciudadanos quedan al margen, ninguna decisión políticamente importante puede tomarse sin la contribución de ella, ante la cual hasta las Constituciones nacionales se transforman en algo fluido y modificable.

Predominan poderes fácticos, cuyas prerrogativas, que ellos mismos se atribuyen, van más allá de cualquier legitimación política o democrática. El Canciller alemán y el Presidente francés reivindican un papel protagonista, mientras que Van Rompuy sigue siendo el mero “telefonista” a la espera de una llamada de Washington. Entes institucionales, como el BCE, van más allá de sus competencias arrogándose la facultad de imponer a los Estados miembros las políticas económicas a implementar. Las bolsas llaman la atención más que los parlamentos; ciertas dinámicas bursátiles pueden llevar al colapso de los Gobiernos. Las instituciones estatales y las europeas se mueven fuera de cualquier lógico respeto del principio de subsidiaridad y reparto de competencias<sup>104</sup>.

Como se ha dicho,

“la UE ha hecho evidente que carece de mecanismos para poder responder a las crisis del capitalismo financiero. La UE se ha visto sometida a una crisis económica sin espacio público europeo, sin Pueblo europeo, sin política europea, sin responsabilidad política europea, sin real democracia europea”<sup>105</sup>.

Por otro lado, a pesar de la inestabilidad cíclica del capitalismo<sup>106</sup>, la situación actual no tiene precedentes. No lo es la crisis financiera de 1929, cuando la Europa comunitaria no existía todavía. Tampoco la crisis del petróleo de los 70, cuando solo existía de forma inicial. La crisis de 1929, aparte de consecuencias muy negativas (favoreció el mismo éxito del nazismo), tuvo también algunas positivas, por ejemplo algunas reformas del “New Deal”<sup>107</sup>. Al contrario, la crisis actual ha producido efectos sobre todo nefastos, activando un peligroso proceso de redimensionamiento del sector público y desmantelamiento progresivo del Estado social.

<sup>104</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, “Crisi economica e crisi costituzionale in Europa”, cit., p. 91.

<sup>105</sup> E. GUILLÉN LÓPEZ, “La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional”, *ReDCE*, núm. 20, 2013.

<sup>106</sup> C. DE CABO MARTÍN, “Lo viejo y lo nuevo en la crisis económica actual. Aspectos jurídicos y políticos” en AA.VV., *Pensamiento crítico y crisis capitalista. Una perspectiva constitucional*, cit., p. 15.

<sup>107</sup> E. GUILLÉN LÓPEZ, op. cit.

El caos que reina a nivel europeo recuerda, en algunos aspectos, los últimos años de la antigua república romana, donde a un progresivo debilitamiento de las instituciones republicanas le siguió una involución autoritaria que, en pocas décadas, le quitó sus funciones para dejar paso a dictadores y triunviros. Es sabido que las épocas de crisis y de emergencia –real o ficticia– constituyen el momento más crítico para las instituciones democráticas, que están expuestas a tendencias autoritarias y centralizadoras.

Los tiempos, afortunadamente, han cambiado y en Europa las instituciones democráticas están tan firmemente estructuradas que no es posible imaginar su quiebra total; pero sigue existiendo la amenaza de un progresivo debilitamiento que acabe dejándolas en su mínimo. Ciertamente, los ataques a la democracia no provienen de un golpe o de un cañón, sino de menos cruentas –pero más sutiles– presiones de los mercados financieros.

Sin embargo, frente a los ataques de los especuladores, la UE ha demostrado ser incapaz de proteger adecuadamente a los Estados miembros, dejándolos, para usar una conocida metáfora de Alessandro Manzoni, como “vasos de barro entre vasos de hierro”. Los Estados de la Eurozona han sido los más afectados, y la moneda única, por la forma equivocada en la que se ha gestionado, se ha vuelto un factor de debilidad y no de fuerza, como se esperaba. En este contexto, los euro-escépticos aumentan, y los partidos populistas y xenófobos tienen cada vez más apoyo.

En Suiza, el sí en el referéndum para establecer cuotas de inmigrantes comunitarios es otro dato preocupante. Efectivamente, aunque este Estado no forma parte de la Unión, el resultado de la consulta representa un paso atrás, una señal de cierre y de desconfianza, que recuerda el re-establecimiento de los controles de frontera establecidos por Dinamarca en 2011 o las declaraciones xenófobas del Presidente francés Nicolas Sarkozy. La Europa de la desconfianza y de la sospecha corre el riesgo de ganarle a la Europa de la integración y de la solidaridad mutua.

Por otro lado, las divisiones y las contradicciones dentro de la UE han aumentado: y no solamente entre Este y Oeste, tradicionalmente distintos y menos compactos, sino entre Estados del Norte y del Sur.

En el escenario internacional, el peso político de la UE sigue siendo nulo: de ello se ha visto otra confirmación con el papel modesto que las instituciones europeas han desempeñado en los recientes acontecimientos que han hecho temblar el mundo árabe. Por otro lado, mientras las superpotencias de siempre mantienen su presencia en el marco internacional, los nuevos gigantes de la era global avanzan rápidamente y obligan a una vieja y asmática Europa a perseguirlos afanosamente.

El balance desolador al que hace referencia el párrafo anterior no es, entonces, el de Grecia o Portugal o Italia, sino el de Europa en su conjunto: y es un fracaso político, antes que económico.

La crisis económica ha sido la primera prueba, y la capacidad de reacción a la misma el primer reto para la Unión desde su creación: de momento, desafortunadamente, un reto no logrado.

### **Resumen**

*El artículo propone un enfoque crítico sobre los procesos de reforma que desde el estallido de la crisis económica han afectado a la Administración europea, para valorar su compatibilidad con los sistemas constitucionales respectivos y los principios básicos de la integración europea. El dogma de la austeridad, aplicado de forma intransigente en muchos Estados miembros, ha debilitado notablemente la Administración pública y el Estado social, poniendo en entredicho logros del constitucionalismo y conquistas sociales que se consideraban ya adquiridas.*

*Palabras Clave: Derecho constitucional, crisis económica, globalización, Administración pública, Estado social, Unión europea.*

### **Abstract**

*This paper represents a critical approach to the processes of reform put in place since the economic crisis that have involved the government and the public sectors within EU member states, for the purpose of assessing their compatibility with their respective constitutional systems and with the key principles of the process of European integration. The dogma of austerity, applied in an intransigent way in many member states, noticeably weakened the public administration and impoverished the welfare State, bringing into question the progresses of constitutionalism and social victories that were considered to have already been acquired.*

*Key Words: Constitutional law, European Union, economic crisis, globalization, Public Administration, welfare state.*

Recibido: 3 de abril de 2014

Aceptado: 5 de mayo de 2014

# LAS REFORMAS ADMINISTRATIVAS CHINAS EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

YAN TIANQIN\*

## SUMARIO

1. La globalización y las reformas de la Administración Pública china.
2. Los principales problemas de la actual Administración Pública.
3. Conclusiones.

A partir de la década de los ochenta, la humanidad ha entrado en una era cambios acelerados que exige reformas gubernamentales encaminadas a la prestación de un mejor servicio público y un más adecuado desarrollo social. En el contexto de la globalización, los gobiernos de los distintos países del mundo se enfrentan más o menos a similares problemas y desafíos. Son, así, objeto de su atención cuestiones tales como la lucha contra el déficit fiscal, la mejora de la eficiencia laboral, el establecimiento de un nuevo modelo de gobernanza que satisfaga las expectativas ciudadanas en la era post-industrial y de la revolución de la información, etc. A fin de satisfacer las demandas de la sociedad en la nueva era, muchos países lanzaron una campaña de “reingeniería gubernamental”, o empezaron a transformar las funciones de los gobiernos y a adoptar nuevas formas de administración. La globalización no sólo supone la competencia entre las empresas, sino también que la competencia entre los gobiernos sea cada vez más intensa. Si un país quiere ser más poderoso, su gobierno debe ser capaz de desempeñar un papel adecuado en la dirección y ajuste del funcionamiento económico nacional, la promoción del desarrollo sostenible y la mejora de la competitividad nacional. Éste es el contexto en el que los gobiernos de varios países decidieron otorgar gran importancia a las reformas de la administración pública.

## 1. LA GLOBALIZACIÓN Y LAS REFORMAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CHINA

Sin lugar a dudas, la globalización ha tenido un gran impacto en la administración pública de los Estados de todo el mundo. Una característica típica de la

\* Investigadora del Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Sichuan, China.  
Traducido del inglés por Miguel José Arjona Sánchez.

globalización es que algunas organizaciones transnacionales devienen más y más influyentes y que la soberanía de los estados, así como el poder de los gobiernos nacionales comienzan a verse influidos y limitados por factores globales. Para hacer frente a algunos problemas comunes a nivel mundial, tales como el deterioro del medio ambiente, la crisis económica, las amenazas contra el desarrollo sostenible, la delincuencia transnacional, el terrorismo, etc., los diferentes gobiernos nacionales deben cooperar entre sí. Es más, las políticas y decisiones de algunas organizaciones internacionales, como la ONU, la OMC, el FMI, etc., son vinculantes para todos los gobiernos nacionales. Y estas organizaciones internacionales tienen cierta influencia en los sistemas administrativos de todos los estados miembros. Por lo que respecta a la UE, la administración pública de cada Estado miembro está fuertemente influenciada por algunas entidades políticas supranacionales dentro del marco de la Unión Europea. Debido a la profusa movilidad del capital, la mano de obra y los servicios, nociones como aldea global, cosmopolitismo, sociedad civil, etc. son mayoritariamente aceptadas, lo que sin duda genera cierta presión sobre todos los gobiernos nacionales en aras de reformar la administración pública, con el fin de servir mejor a los ciudadanos. China no es una excepción.

Desde la fundación de la República Popular de China, la administración pública ha sido modificada varias veces. Dichas transformaciones son estratégicas en nuestras políticas de reforma integral y apertura, así como de modernización. Sin estas reformas, sería imposible que profundizáramos en las transformaciones del sistema económico o en la construcción de una sociedad armoniosa. Cada reforma parece tener como objetivo la reducción del número de organismos administrativos y de personal, pero debido a la influencia de las tradiciones políticas chinas, de la nueva revolución democrática y de la antigua Unión Soviética, los objetivos de dichas reformas difícilmente podrán consolidarse. En otras palabras, la tradición política de la monarquía china, las pautas habituales de gestión de la administración del Partido Comunista Chino durante la etapa revolucionaria y los sistemas de planificación económica altamente centralizados, que fueron adoptados a la luz del modelo de la antigua Unión Soviética, exigen un gobierno poderoso que asuma todo tipo de funciones. Así, es comúnmente aceptado que las instituciones administrativas que han sido reducidas puedan ampliarse de nuevo.

No obstante, China ha realizado notables progresos en las reformas de la administración pública. Desde que China aprobó la política de reforma y apertura, y especialmente después de que China se incorporase a la OMC, la economía de planificación central se ha desplazado progresivamente hacia una economía de mercado. Hoy, China es la segunda economía más grande de la aldea global, por lo que

se ha transformado en una parte activa y en un importante actor económico en el proceso de globalización. En tal contexto resultan obligadas las reformas en la administración pública. En los últimos diez años, las principales reformas introducidas en la administración pública de China se articulan en torno a los siguientes ejes:

### **1.1. Transformar las funciones de nuestros gobiernos en los distintos niveles**

Con el fin de asumir las ventajas de la economía de mercado, garantizar una eficaz administración gubernamental y ganarse la confianza del público, China concede gran importancia a la transformación de las funciones gubernamentales, para lo que es esencial la reforma de la administración pública. En los últimos diez años, hemos tomado una serie de medidas para lograr la separación entre gobiernos y empresas, la separación de los gobiernos del mercado a fin de reducir la intervención de los gobiernos en las operaciones microeconómicas y mejorar su sistema de control macro. Debido a las reformas en el ámbito de las finanzas, la tributación, y las inversiones, el mercado puede jugar un mejor papel en la asignación de los recursos. Con la separación entre los gobiernos y el mercado, los primeros pueden hacer un mejor trabajo en el control y la gestión de las operaciones del mercado, generando mejores normas y políticas que contribuyan a la libre competencia y el buen orden del mercado. Al transferir algunas funciones técnicas a algunas organizaciones no gubernamentales como las asociaciones industriales, las asociaciones empresariales o las cámaras de comercio, los gobiernos logran ofrecer mejores servicios a la ciudadanía.

En el momento actual, en el que la economía china ha entrado en una etapa crucial de transformación y mejora, los funcionarios chinos deben tomar seriamente en consideración los intereses inmediatos de los ciudadanos y sus necesidades a largo plazo. Cuando tomó posesión el nuevo gobierno, se enfrentó con una sombría situación económica tanto en el interior como en el extranjero, y el crecimiento de los ingresos fiscales de China comenzó a desacelerarse. Si China quiere mejorar su economía de mercado y lograr un crecimiento sólido y sostenido, no sólo debe reformar el gobierno central, sino también los gobiernos locales. En agosto de 2013, el Comité Central del Partido Comunista de China y el Consejo de Estado emitieron un Dictamen sobre la Transformación Funcional y la Reforma Institucional de los Gobiernos Locales con el fin de garantizar que las conclusiones del XVIII Congreso Nacional del PCC y la Segunda Sesión Plenaria del XVIII Comité Central del PCC pudieran ser aplicadas seriamente. En mayo de 2013 se celebró una conferencia audiovisual sobre la transformación de las funciones de las instituciones del Consejo de Estado, y en noviembre otra videoconferencia sobre la transformación funcional de los gobiernos locales, así como sobre las reformas institucionales a llevar a cabo

para asegurarse de que las decisiones tomadas por el gobierno central puedan hacerse efectivas en los gobiernos a nivel local. Si queremos dar más vitalidad a nuestro mercado y ofrecer un mejor servicio al público, debemos reformar no sólo el gobierno central sino también los gobiernos locales.

## 1.2. La profundización de las reformas en los procesos administrativos de revisión y aprobación

Las reformas de los procedimientos administrativos de revisión y aprobación son una parte importante de las reformas de los sistemas administrativos, y son esenciales para la transformación de las funciones de gobierno. Ese tipo de reformas se pusieron en marcha en 2001, y China ha llevado a cabo seis rondas de reformas que afectan a más de 3.600 elementos relativos a la aprobación administrativa. Por ejemplo, en agosto de 2012 el Consejo de Estado decidió derogar 184 artículos sobre la aprobación administrativa, se transfirieron 117 elementos a las autoridades de los niveles inferiores, y se fusionaron trece artículos. Mientras tanto, y con el fin de regular mejor y examinar los nuevos artículos propuestos y ajustar los más antiguos, en los últimos diez años más de cuarenta políticas y documentos vinculados a ellas han sido promulgados, lo que dota a los trabajos de un relativamente completo marco jurídico. En aras de la regulación y la supervisión, más de 2.800 centros de servicios gubernamentales han sido establecidos para la coordinación de los servicios prestados por los gobiernos en distintos niveles.

De acuerdo con lo que Li Keqiang, nuestro primer ministro, dijo en la videoconferencia de agosto de 2013, sobre la transformación funcional del gobierno local, las reformas institucionales y las reformas de las instituciones del Consejo de Estado, el gobierno central ha hecho un gran esfuerzo para delegar en niveles inferiores la facultad de aprobar más de 300 artículos en cuatro lotes que han mejorado enormemente las expectativas del mercado, infundiéndole más vitalidad y activando el flujo de capitales. Debido a este tipo de medidas, la gente participa más activamente en las inversiones y los negocios. Las estadísticas muestran que el número de empresas registradas ha aumentado un 25% en un año y medio, incrementándose la inversión privada en casi un 23 %, lo que superó incluso la inversión gubernamental<sup>1</sup>. El establecimiento de la Zona Piloto de Libre Comercio de Shanghai es un ejemplo típico que muestra las ventajas de la delegación del poder y la transformación funcional de los gobiernos. Al parecer, ese tipo de zonas de libre comercio, facilitarán en gran medida las inversiones y mejorarán la eficiencia económica de la operativa económica.

<sup>1</sup> [http://www.gov.cn/lhdh/2013-11/08/content\\_2523935.htm](http://www.gov.cn/lhdh/2013-11/08/content_2523935.htm).

### 1.3 La aplicación estricta del sistema de responsabilidad administrativa

Con el fin de incrementar en los funcionarios y servidores públicos el sentido de la responsabilidad, el gobierno central ha hecho grandes esfuerzos por mejorar el sistema de supervisión. Poder y responsabilidad son inseparables. Pero sin supervisión efectiva quienes están en el poder pueden a menudo descuidar sus responsabilidades. El 13 de julio de 2009, el Comité Central del PCC y el Consejo de Estado emitieron las Disposiciones Provisionales sobre la Aplicación de un Sistema de Responsabilidad para los Dirigentes del Partido y del Gobierno. Las Disposiciones Provisionales contribuyeron mucho a la lucha contra la corrupción, la construcción de un gobierno limpio, la mejora del código de conducta, así como al sentido de responsabilidad de los dirigentes del partido y del gobierno. Es más, desempeñaron un importante papel en la mejora de la capacidad gubernamental de los dirigentes, en el arte de gobernar. De acuerdo con las disposiciones provisionales, el Estado intensificaría las investigaciones relativas a la rendición de cuentas por grandes errores en la toma de decisiones, negligencia en el cumplimiento del deber o actos ilícitos, ineficacia en la dirección y fiscalización, abuso de poder, disponibilidad inadecuada ante incidentes inesperados y de masas, negligencia y error de juicio en el nombramiento de funcionarios importantes, y cuantiosas pérdidas o mermas de bienes públicos, etc. Quienes fueran responsables de los problemas son sancionados de diferentes formas en función de sus errores. Pueden ser obligados a hacer públicas sus disculpas, suspendidos de sus cargos, dimitir o ser privados de sus puestos. El Plan Nacional de Acción para los Derechos Humanos de China (2012-2015), publicado por la Oficina de Información del Consejo de Estado de China (OICE) en junio de 2012 volvió a insistir en la importancia de poner en práctica el sistema de responsabilidad administrativa. Según el plan, las disposiciones sobre las funciones de los inspectores e investigadores especiales han mejorado. Y lo que es más: los medios de comunicación comenzaron a desempeñar un papel más activo en la función de fiscalización por parte de la opinión pública. En aras de garantizar el derecho de los ciudadanos y las organizaciones sociales a ejercer control, algunos medios de comunicación pondrán a disposición de los ciudadanos algunos canales para la crítica, el asesoramiento, la queja, la acusación e impugnación de órganos y actividades del Estado<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> “China to strictly implement administrative accountability system”, [China, aplicando estrictamente el sistema de responsabilidad administrativa (La traducción es nuestra)] [http://news.xinhuanet.com/english/china/2012-06/11/c\\_131645203.htm](http://news.xinhuanet.com/english/china/2012-06/11/c_131645203.htm)

#### 1.4. Proponiendo las reformas institucionales de los gobiernos

Con el fin de crear órganos administrativos con una estructura racional, funciones apropiadas y alta eficiencia, el Partido Comunista y el Gobierno Central han realizado denodados esfuerzos para racionalizar las estructuras administrativas. Con anterioridad a 1980 y por razones históricas, los resultados de las reformas institucionales de China difícilmente podrían haberse consolidado. A partir de 1953 y hasta 1981, China ha pasado por algunos importantes acontecimientos políticos y el sector administrativo también se ha ajustado varias veces. Por ejemplo, desde 1960 hasta 1964, 810.000 funcionarios públicos fueron despedidos. A finales de 1965 había setenta y nueve ministerios dependientes del Consejo de Estado, número que se redujo drásticamente a treinta y dos; pero en 1981 el número se incrementó hasta cien, que es el más grande en la historia de la República Popular de China<sup>3</sup>. Para asegurarse de que la política de apertura y reforma pueda ser bien ejecutada y satisfacer las necesidades del desarrollo económico y social, el Consejo de Estado decidió lanzar otra ronda de reformas institucionales. Como resultado de ellas, el número de ministerios e instituciones dependientes del Consejo de Estado ha sido reducido de cien a sesenta y uno, el número de personas que trabajan para el Consejo de Estado se ha visto mermado en 21.000 (de 51.000 a 30.000), y el número de personas que trabajan en los gobiernos provinciales, los gobiernos de las prefecturas autónomas y los gobiernos municipales directamente bajo el gobierno central se ha acortado de 180.000 a 120.000<sup>4</sup>.

Desde que China comenzó a adoptar la política de reforma y apertura, ha llevado a cabo siete reformas institucionales a gran escala: en 1982, 1988, 1993, 1998, 2003, 2008 y 2013. Después del XVI Congreso Nacional, China ha realizado dos reformas estructurales gubernamentales, en 2003 y 2008 respectivamente. Cabe señalar que la quinta reforma estructural del año 2003 se puso en marcha después de que el país entrara en la Organización Mundial del Comercio. En virtud de tales antecedentes, China participo más activamente en el proceso de globalización económica. Con el fin de observar mejor algunas normas internacionales e impulsar de nuevo el desarrollo económico de China, el Consejo de Estado constituyó la Comisión de Administración y Supervisión de los Activos del Estado, cuya función es supervisar la reforma y reestructuración de las empresas estatales; la Comisión de Regulación Bancaria China, destinada a fortalecer la supervisión y seguridad financiera; el Ministerio de Comercio, cuya función era la de promover las reformas en

<sup>3</sup> 新中国成立以来历次政府机构改革 [http://rb.lzbs.com.cn/html/2013-03/12/content\\_434410.htm](http://rb.lzbs.com.cn/html/2013-03/12/content_434410.htm)

<sup>4</sup> *Ibíd.*

los sistemas de distribución; la Administración de Alimentos y Medicamentos; y la Administración Estatal de Seguridad en el Trabajo. También reestructuró la Comisión Estatal de Planificación del Desarrollo, integrada en la Comisión Nacional de Desarrollo y Reformas.

De acuerdo con los principios aprobados en los XVI y XVII Congresos Nacionales, las funciones de los diferentes departamentos del gobierno deben integrarse, y las estructuras en los diferentes niveles gubernamentales reformarse y racionalizarse, con el propósito de alcanzar la eficiencia, equilibrio de poderes y coordinación entre las diferentes divisiones gubernamentales, particularmente entre las instituciones de toma de decisiones, ejecución y supervisión. Después de las dos reformas, se establecieron estructuras y sistemas de gobierno más racionales y adecuados, en los que funciones específicas del gobierno, tales como el ajuste macro, la supervisión del mercado y los servicios públicos son asignadas a distintos departamentos específicos. Cabe mencionar que las reformas institucionales llevadas a cabo en 2008 contenían realmente algunos avances, caracterizados por el “sistema de grandes departamentos” y los “principios de control mutuo del poder y equilibrio de poderes”. El 15 de marzo de 2008 el máximo órgano legislativo de China, la Asamblea Nacional Popular aprobó el Plan Institucional del Consejo de Estado. Como consecuencia, cinco “superdepartamentos” fueron creados por el Consejo: El Ministerio de Industria e Información, el Ministerio de Recursos Humanos y Seguridad Social, el Ministerio de Protección del Medio Ambiente, el Ministerio de la Vivienda y de la Construcción Urbana y Rural y el Ministerio de Transportes. En esta misma ronda de reformas, el Ministerio de Salud es habilitado para garantizar la seguridad alimentaria. Hubo algunos otros ajustes; por ejemplo, se creó una nueva Comisión Nacional de la Energía. Quince departamentos del gobierno se vieron afectados por esta clase de reorganización y, como consecuencia, el número de ministerios y comisiones del Consejo de Estado se redujo de veintiocho a veintisiete. Sin embargo, algunos defectos permanecieron tras esta ronda reformadora. Las funciones de los departamentos del Consejo de Estado todavía se superponen entre sí. Por ejemplo, el Ministerio de Ferrocarriles permanece independiente respecto del nuevo Ministerio de Transportes. Defectos que sólo se corregirían en la siguiente fase de reformas.

Sin embargo, estas reformas consiguieron algunos logros importantes, y algunos gobiernos locales en la Zona Económica Especial de Shenzhen y la provincia de Guangdong pasaron directamente a imitarlas. Por ejemplo, el número de los departamentos en la Zona Económica Especial de Shenzhen se ha reducido de cuarenta y cinco a treinta y uno después de las reformas institucionales, y el número de departamentos del gobierno local en Shunde, un distrito en la

provincia de Guangdong, se ha reducido de cuarenta y uno a dieciséis. Esas reformas han ayudado a los gobiernos locales a lograr no sólo verificar el control mutuo del poder y la coordinación entre los diferentes departamentos, sino también la eficiencia en la administración pública, lo que ha cosechado amplísimos elogios en China. En realidad, estos dos gobiernos locales se han convertido en un muy buen ejemplo para las reformas institucionales de otros. De hecho, el éxito de la reforma institucional en China en gran medida depende de su puesta en práctica por los gobiernos locales. Son ellos los que tienen contacto directo con las empresas y el público, y las funciones de los mercados y los intereses de los ciudadanos deberían estar bien protegidos por los gobiernos locales. Cabe señalar que el 90% de nuestros servidores públicos son empleados de los gobiernos locales, y el gasto fiscal de éstos representa el 85% del gasto fiscal gubernamental total<sup>5</sup>. Por lo tanto, se deben tomar medidas eficaces para asegurar que los gobiernos locales puedan poner en práctica la simplificación de la autorización administrativa y la delegación de poderes.

Después de la Tercera Sesión Plenaria del XVIII Comité Central del PCC (Partido Comunista Chino), China inició una nueva fase de importantes reformas institucionales. Gracias a las reformas, el número de ministerios y comisiones del Consejo de Estado se ha reducido de veintisiete a veinticinco. Varios ministerios importantes se vieron involucrados. Por ejemplo, el Ministerio de Ferrocarriles fue desmantelado y sus potestades administrativas se atribuyeron al Ministerio de Transportes; el Ministerio de Salud y la Comisión Nacional de Población y Planificación Familiar se fusionaron, y sus funciones fueron transferidas a la Comisión Nacional de Salud y Planificación Familiar. La nueva comisión se encargará de la planificación en la asignación de los recursos para la atención médica, los servicios públicos de salud y de planificación familiar, el establecimiento de un sistema básico medicinal para estandarizar los precios de los medicamentos, la formulación de la política de planificación familiar de China, la supervisión y la administración de la salud pública, y la asistencia médica y los servicios de planificación familiar. La Administración General de Prensa y Publicaciones, y la Administración Estatal de Radio, Cine y Televisión se integraron en una única autoridad reguladora, estimulando la influencia cultural china. Con el fin de fortalecer la regulación y aumentar la confianza de la gente en los alimentos y medicamentos producidos en el país, China elevó el estatus de la Administración Estatal de Alimentación y Medicamentos a una administración general, que asume simultáneamente las funciones de la Administración Estatal de

<sup>5</sup> 李克强总理在地方政府职能转变和机构改革会议上的讲话 [http://www.gov.cn/ldhd/2013-11/08/content\\_2523935.htm](http://www.gov.cn/ldhd/2013-11/08/content_2523935.htm).

Alimentación y Medicamentos, y la Oficina de Seguridad Alimentaria del Consejo de Estado, así como las funciones de supervisión alimentaria de la Administración General de Supervisión de Calidad, Inspección y Cuarentena (AGSCIC) y la Administración Estatal de Industria y Comercio (AEIC). Con el propósito de resolver los problemas de poca eficiencia en la aplicación de la ley marítima, la mejora de la protección y el uso de los recursos oceánicos, y una mejor salvaguarda de los derechos e intereses marítimos de la nación<sup>6</sup>, se reestructuró la alta administración oceánica del país, que continúa llamándose Administración Oceánica Nacional (AON), y que “va a tener bajo su control a las fuerzas de la guardia costera de la Secretaría de Seguridad Pública, la comandancia para la aplicación de la ley de pesca del Ministerio de Agricultura y la policía anticontrabando marítimo de la Administración general de Aduanas. La AON solía tener únicamente un sólo departamento de aplicación del derecho marítimo, la Vigilancia Marítima China”<sup>7</sup>. Por otra parte, la Administración Nacional de Energía también se reestructuró para agilizar la administración y el sistema regulador del sector energético.

### 1.5. Promover reformas basadas en el funcionamiento de las instituciones públicas

En la actualidad, China cuenta con 1,26 millones de instituciones públicas, y nuestro gobierno debe mantener a casi 31 millones de funcionarios públicos y 10 millones de servidores públicos jubilados. El presupuesto para este grupo de personas representa una gran proporción de la totalidad del presupuesto. Debido a los problemas existentes en las instituciones públicas, tales como la falta de claridad en las funciones, inflexibilidad de los mecanismos y vaga demarcación entre las instituciones públicas y las empresas, es imprescindible promover reformas que sustenten el funcionamiento de las instituciones públicas, lo cual es esencial para la transformación de las funciones gubernamentales y la construcción de gobiernos orientados al servicio. En marzo de 2011, el Consejo de Estado emitió los Dictámenes sobre la Promoción de las Reformas de Apoyo de las Funciones de las Instituciones públicas, que establecen que, de acuerdo con sus funciones, las actuales instituciones públicas debieran ser divididas en tres categorías: las instituciones públicas que realmente asumen funciones administrativas, las instituciones públicas que ofrecen servicios públicos en aras del bienestar público, y las instituciones públicas que se dedican a los negocios. A la luz del documento emitido por el Consejo de Estado, las instituciones públicas pertenecientes a la primera categoría deberían transformarse en instituciones administrativas, las integrantes de la tercera deberían transformarse en empresas, y sólo la segunda categoría podría perma-

<sup>6</sup> [http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-03/10/c\\_132221768.htm](http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-03/10/c_132221768.htm).

<sup>7</sup> Ibidem.

necer bajo la forma de organismos públicos<sup>8</sup>, cuyas funciones deberían ser fortalecidas. El trabajo de clasificación estará completado en 2015. Según el plan, en el año 2020 un nuevo sistema administrativo y una nueva forma de funcionamiento diseñado para servir a la administración pública verán la luz.

### 1.6. Construir gobiernos orientados al servicio público

Con el fin de mejorar la vida de los ciudadanos, y garantizar que los gobiernos en sus distintos niveles puedan ofrecer los mejores servicios y bienes públicos, el gobierno central empezó a otorgar gran importancia a la construcción de un gobierno orientado hacia el servicio público bajo el contexto de la globalización económica, lo que es esencial para el logro de los objetivos centrales de transformación de las funciones gubernamentales. En noviembre de 2013, después de que el Partido Comunista celebrase una importante reunión, se emitió un comunicado en el que se afirmaba que debía establecerse un gobierno orientado hacia el servicio y basado en el Derecho para que las funciones gubernamentales pudieran transformarse de una manera realista. El documento también establecía que, para mejorar la credibilidad y la capacidad de ejecución gubernamental, debían intensificarse las reformas en el sistema administrativo y habían de encontrarse métodos administrativos novedosos. Este documento fue aprobado por la Tercera Sesión Plenaria del XVIII Comité Central del PCC, que se celebró en Pekín del nueve al doce de noviembre de 2013, lo que demuestra la firme determinación del PCC de progresar en el sistema público administrativo<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Nota del Traductor: El autor utiliza aquí, y por segunda vez, la expresión “public institutions”, que ya había utilizado anteriormente para referirse a todas ellas, y que nosotros hemos traducido en la primera ocasión por “instituciones públicas”, y en la segunda ocasión por “organismos públicos”. En la primera mención el autor parece utilizar la expresión “public institutions” en el sentido amplio del término, esto es, como sinónimo de sector público, mientras que en la segunda ocasión, parece haber utilizado el mismo término de forma más restrictiva, excluyendo a las administraciones públicas o “administrative institutions”, y a las empresas (públicas, debe entenderse). Por tanto, parece que en esta segunda ocasión el autor debe querer referirse a los organismos públicos. Esta aparente confusión podría proceder de utilizar el término “public institutions” como se entiende en el Derecho de los Estados Unidos, que sólo exige que la institución está controlada por el Estado (a través de su financiamiento y su dirección por parte de empleados públicos) sin más requisitos, desgajando luego de esta expresión jurídica situaciones públicas más propias del Derecho continental, como administración pública, empresa pública u organismos de naturaleza administrativa en sentido amplio.

<sup>9</sup> [http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-11/12/c\\_132882343.htm](http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-11/12/c_132882343.htm)

### 1.7. El establecimiento del Grupo de Cabecera de Profundización en la Reforma Integral

De acuerdo con el comunicado emitido en noviembre de 2013, el partido está determinado a llevar a cabo una política de apertura y reforma, inserta en un socialismo con características chinas. El liderazgo del partido puede garantizar que la reforma se llevará a cabo en la dirección correcta y no equivocando el camino. El partido también concede gran importancia a mantener un equilibrio entre reforma, desarrollo y estabilidad. Para asegurarse la victoria en la profundización de la reforma de carácter integral, el Comité Central del Partido decidió crear el Grupo de Cabecera para la Profundización de la Reforma Integral (El Grupo de Cabecera), que será el encargado de “diseñar una reforma con carácter general, organizar y coordinar las reformas de los diferentes sectores, impulsar las reformas en su conjunto y supervisar la ejecución de los planes de reforma”<sup>10</sup>. El Grupo de Cabecera se constituyó tras la decisión aprobada por la Tercera Sesión Plenaria del XVIII Comité Central del PCC. El 22 enero de 2014, el presidente Xi Jinping, líder del grupo, presidió la primera reunión convocada por el Grupo de Cabecera Chino para la Profundización de la Reforma Integral y pronunció un importante discurso. Asistieron a la reunión los líderes del grupo adjunto como Li Keqiang, LiuYunshan y Zhang Gaoli, todos los miembros del Comité Permanente del Buró Político del Comité Central del Partido Comunista de China, así como otros miembros del grupo de cabecera, y los funcionarios responsables de los departamentos de la autoridad central. En la reunión se deliberaron y aprobaron las normas de trabajo del Grupo de Cabecera, de la Oficina General y de los subgrupos para las reformas que incluyen seis áreas como son la economía y civilización ecológica, democracia y Derecho, el sistema cultural, el sistema social, el sistema de construcción del partido y el sistema de inspección disciplinaria<sup>11</sup>. El presidente Xi Jinping insistió en que, tanto la oficina general como los subgrupos, debían coordinarse estrechamente con otros departamentos, en la orientación y supervisión de la aplicación de las reformas para cuestiones de gran importancia y que deban ser estudiadas en profundidad, tales como la manera de aliviar la política de hijo único o la forma de modificar el sistema de registro industrial y comercial.

<sup>10</sup> [http://www.china.org.cn/chinese/2014-01/17/content\\_31226494\\_16.htm](http://www.china.org.cn/chinese/2014-01/17/content_31226494_16.htm).

<sup>11</sup> [http://news.xinhuanet.com/english/china/2014-01/22/c\\_133066240.htm](http://news.xinhuanet.com/english/china/2014-01/22/c_133066240.htm).

## 2. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA ACTUAL ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### 2.1. La existencia de ideas pertenecientes a un “Sistema Oficial Normalizado”

En realidad, la creación del “Sistema Oficial Normalizado” tiene como base el “Sistema del patrón oro”. Utilizamos esta terminología para mostrar que, hasta cierto punto, China es una sociedad todavía orientada por funcionarios, en la que no se presta la debida atención a los intereses y el bienestar público o los medios de subsistencia; una sociedad en la que la burocracia sigue siendo muy apreciada. Este fenómeno debe atribuirse a varios factores. La tradicional forma feudal de nombrar a los funcionarios y la altamente centralizada planificación económica todavía encuentran su expresión en la forma de designación funcional. Dado que, en la actualidad, la mayoría de los funcionarios son designados a su vez por funcionarios de superior jerarquía, los servidores públicos nombrados muestran, a menudo, un gran respeto por los mismos. Por lo general, éstos conceden una gran importancia al aumento del PIB o a la construcción de más rascacielos, que puedan servir como pruebas evidentes de sus logros. De hecho, algunos funcionarios han sido promocionados por ese tipo de “logros”. También, y debido a la falta de sistemas eficaces de supervisión, algunos funcionarios pueden fácilmente llegar a verse implicados en actos de corrupción. Afortunadamente, hoy día, en algunas zonas rurales, los cuadros locales comienzan a ser elegidos por los electores, una práctica que podría llegar a ser gradualmente generalizada, lo que contribuirá en gran medida a la construcción de la democracia en China.

### 2.2. Fortalecimiento de la Democracia en el Procedimiento Administrativo de elaboración de políticas

Debido a la existencia de este tipo de ideas del “Sistema Oficial Normalizado” y la concentración del poder, los ciudadanos de a pie rara vez participan en el procedimiento administrativo en el que se diseñan las políticas a seguir. Sin embargo, en el caso de las racionales políticas científicas se confía en una participación pública más activa. China tiene una gran necesidad de que mejore sustancialmente el mecanismo de toma de decisiones y se pueda garantizar que las opiniones de los ciudadanos de a pie (especialmente los expertos, los intelectuales y las personas que trabajan para los medios de comunicación) sean adecuadamente respetadas y admitidas. Afortunadamente, en los últimos decenios, importantes responsables en la toma de decisiones comenzaron a solicitar opiniones al público antes de adoptar aquellas que pudieran tener influencia general (así, por ejemplo, manteniendo ciertas audiencias), pero todavía persisten algunos defectos. Es el caso de la selección de los participantes en las audiencias, que pueden no ser representativos, o de la falta de respeto de sus

opiniones en el proceso final de toma de decisiones. Ciertamente, con el desarrollo de los medios de comunicación, este tipo de situaciones mejorará.

### **2.3. Abrir al público la formación de la información gubernamental**

Debido a la concentración del poder, el procedimiento administrativo de toma de decisiones y la capacidad de acceso a la información importante del gobierno suele adolecer de falta de transparencia. Para construir gobiernos honestos y eficientes, el derecho del público a conocer información gubernamental debe estar bien protegido. Por lo tanto, la información relativa a la asignación de los recursos públicos, la aprobación y ejecución de importantes proyectos de construcción, los ingresos y gastos gubernamentales, la gestión presupuestaria de activos de propiedad estatal, los ingresos de importantes responsables, etc. deben ser accesibles y transparentes. Lo más importante de todo, deberían promulgarse ciertas leyes para establecer un mecanismo claro de información gubernamental.

Es más, los gobiernos deben proporcionar a los ciudadanos la información que necesitan mediante el uso de las modernas tecnologías de la información. Por ejemplo, los gobiernos a distintos niveles deben hacer grandes esfuerzos para establecer buenas plataformas de servicios de información en Internet y plataformas de red de servicios para que el público pueda hacer frente a algunas cuestiones a través de la red. También debería establecerse en Internet un sistema administrativo de examen y autorización con el fin de mejorar la calidad del servicio y reducir costos administrativos.

### **2.4. Fortalecer la conciencia de Estado de Derecho**

Con respecto a la situación actual de la administración pública, es imperativo que China fortalezca en los funcionarios la conciencia de Estado de Derecho, la necesidad de construir gobiernos honestos de acuerdo con la ley. En la nueva fase de desarrollo económico y social, China se enfrenta a retos nacionales e internacionales más complejos, por lo que garantizar el imperio de la ley entre ambos, funcionarios chinos y ciudadanos, es cada vez más y más apremiante. En la actualidad, los gobiernos chinos todavía se enfrentan a muchos problemas, como el desequilibrio del desarrollo entre las zonas urbanas y las rurales, y entre las diferentes regiones, la distribución injusta de los recursos e ingresos, la repetición de incidentes de carácter multitudinario, los graves problemas de contaminación y corrupción, la aplicación de leyes arbitrarias, etc. A menos que nos esforcemos en fortalecer la conciencia del Estado de Derecho entre las personas, completar nuestro sistema jurídico, impulsar el cumplimiento de la ley, generalizar el conocimiento de los fundamentos del dere-

cho entre la ciudadanía, será muy complicado que podamos resolver los sobresalientes problemas que hemos mencionado.

### 2.5. Completar un sistema de fiscalización de la Administración Pública

Con el objetivo de ofrecer un mejor servicio al ciudadano y mejorar la credibilidad pública de los diferentes niveles gubernamentales, China debe establecer un nuevo mecanismo que pueda garantizar una verificación y coordinación mutuas entre los órganos de decisión, ejecución y supervisión. Para resolver los problemas causados por la concentración de poder, debemos crear un nuevo mecanismo de fiscalización, en el que el Congreso Nacional del Pueblo, el Comité Consultivo Político, los órganos judiciales, los tecnócratas, los medios de comunicación y la gente común deben estar positivamente implicados. Con este punto de partida, hay que poner en práctica y de forma estricta, un sistema de responsabilidad administrativa para asegurar la responsabilidad de los funcionarios por pérdidas importantes de bienes públicos y por otras actuaciones de relevancia merecedoras de sanción.

## 3. CONCLUSIONES

Desde la fundación de la República Popular de China, el gobierno central prestó atención a la construcción de una administración pública y lanzó varias rondas de reformas institucionales; debido a esas sustanciales reformas, el sector administrativo es capaz de trabajar más eficientemente y ofrecer un mejor servicio al ciudadano, lo que ha contribuido en gran medida al rápido crecimiento económico de China. Sin embargo, debido a la influencia de las ideas feudales en la administración, las pautas de funcionamiento del PCC en el período revolucionario, la adopción del modelo administrativo de la antigua Unión Soviética, etc., quedan todavía muchos ámbitos en los que mejorar, respecto de la actual administración pública. Por supuesto, desde que China adoptó la política de apertura y reforma política, grandes cambios han tenido lugar. Los chinos saben que el mundo está cambiando rápidamente y que el aislamiento del mundo exterior sólo puede acarrear atraso y calamidades. Aprendemos la lección de nuestra historia. La estabilidad y la prosperidad de una nación se basan no sólo en el esfuerzo interno, sino también en el intercambio cultural y comercial. El rápido desarrollo de la ciencia y la tecnología nos permite experimentar la contracción del espacio-tiempo, y contribuye a la formación de la aldea global. Bajo el contexto de la globalización, todos los países son más interdependientes; con el fin de conseguir una mejor incorporación en la integración económica global, China se ve obligada a hacer reformas, no sólo en cuanto al sistema económico, sino también

en cuanto a la administración pública. Gracias al rápido crecimiento económico de la economía china, el país es ahora la segunda economía más grande de la tierra, lo que demuestra que nuestras reformas tienen éxito. Sin embargo, en la actualidad todavía nos enfrentamos a muchos desafíos nacionales e internacionales. Por ejemplo, la contaminación medioambiental es cada vez mayor, la corrupción sigue siendo muy grave, la brecha entre ricos y pobres se ahonda progresivamente, todavía no podemos garantizar que todos los ciudadanos puedan tener un acceso igualitario a los recursos médicos y educativos, el sistema del bienestar tiene que mejorar, la seguridad alimentaria debe ser fortalecida, etc. En la actualidad se habla mucho acerca de los sueños chinos, pero si no podemos resolver todos estos problemas, va a ser imposible para nosotros hacer realidad nuestros sueños. Los sueños individuales y el sueño chino de resurrección nacional son interdependientes. Para hacer que esos sueños se hagan realidad, debemos profundizar en las reformas. Por eso, el Comité Central del Partido ha creado el Grupo de Cabecera para la Profundización de la Reforma Integral, cuya misión es diseñar la reforma sobre una base global, organizar y coordinar las reformas de los diferentes sectores, impulsarlas y supervisar la ejecución de los planes de reforma. El establecimiento de un Grupo de Cabecera muestra la firme determinación del Comité Central del PCC. El pueblo chino está lleno de confianza y esperanza, y esperamos una sociedad mejor, liberada de la injusticia y la desigualdad. Creo firmemente que el crecimiento pacífico de China contribuirá a la paz y la prosperidad mundial.

### **Resumen**

*Este artículo presenta las principales reformas llevadas a cabo en el ámbito de la Administración Pública china, bajo la presión de la globalización, en los últimos diez años. Al mismo tiempo señala algunos problemas típicos que existen en la actual Administración Pública de China y el propósito de la reforma en el futuro cercano.*

**Palabras Clave:** *China, Reformas, Administración pública, globalización.*

### **Abstract**

*This paper introduces the major reforms conducted in the field of Chinese public administration under the pressure of globalization in recent ten years. Meanwhile it points out some typical problems existing in China's present public administration and the target of reform in the near future.*

**Key Words:** *China, Reforms, Public administration, globalization.*

Recibido: 3 de abril de 2014  
Aceptado: 5 de mayo de 2014



# Artículos

---



# INNOVACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, A PROPÓSITO DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN RESPUESTA A LOS CAMBIOS QUE CONDUCEN A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN\*

WOLFGANG HOFFMANN-RIEM\*\*

## SUMARIO

1. Cambios e innovación.
2. La irradiación y la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales como innovación.
3. El derecho general de la personalidad como innovación en el Derecho.
4. Derecho fundamental a la autodeterminación informativa.
5. El derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad e integridad de los sistemas informáticos.
6. Particularidades y potenciales de la nueva concreción del derecho fundamental.
7. Epílogo.

## 1. CAMBIOS E INNOVACIÓN

Los desafíos a los que se enfrentan las sociedades modernas cambian constantemente. Europa lucha en estos momentos contra la crisis financiera, de deuda y bancaria. Las consecuencias para España son especialmente severas, pero también afectan a otros Estados europeos. Semejantes crisis exigen mucho a las personas: capacidad de adaptación y también sacrificios. El Derecho por sí solo no es capaz de resolverlas. De todos modos, también en las crisis se pone de manifiesto la importancia de un sistema jurídico eficaz para el funcionamiento adecuado de la economía

\* Texto ampliado y anotado de la conferencia pronunciada el 9 de mayo de 2013 en la Facultad de Derecho de la UNED con ocasión del Congreso Internacional “Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales”.

\*\* Catedrático emérito de Derecho Público y Ciencias de la Administración en la Universidad de Hamburgo, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Constitucional alemán entre 1999 y 2008. Traducido del alemán por Antonio López Pina y Angelika Freund.

y para el bienestar de la sociedad. El Derecho puede contribuir a crear estructuras que hagan más fácil afrontar los retos presentes y futuros. Esto es importante, porque hoy día nadie puede sustraerse a los vertiginosos cambios tecnológicos, económicos, culturales y sociales que tienen lugar en todas las sociedades y que despliegan una extraordinaria dinámica transnacional e internacional. Tales transformaciones abren nuevas posibilidades, pero también comportan riesgos. Corresponde al Derecho facilitar que se puedan aprovechar las oportunidades y, a la vez, conjurar los riesgos en la medida de lo posible.

Un ejemplo actual que ilustra la rapidez con la que se producen los cambios es el desarrollo de la sociedad de la información. Innovaciones tecnológicas como la digitalización, la computarización, los formatos cada vez más reducidos, la vinculación en red y todos los nuevos servicios que derivan de ello han generado una dinámica cuyo impacto es perfectamente comparable con el surgimiento de la sociedad industrial a finales del siglo XIX, pero que quizá cambie la sociedad aún más profundamente. Todo ello, junto con la entrada triunfal de internet en numerosos ámbitos de la vida de cada uno de nosotros, afecta no solo a individuos, organizaciones sociales y empresas, sino que también plantea retos al Derecho. De ahí que competa al legislador, a la Administración y al Gobierno y a los jueces procurar un ordenamiento jurídico vivo que haga justicia a los cambios, pero teniendo en cuenta el bien común y los intereses de los ciudadanos.

El ejemplo que hoy ofrecen las tecnologías de información y telecomunicaciones muestra cómo las innovaciones tecnológicas y sociales impulsan cambios en la sociedad. El concepto de innovación, en un sentido muy general, se refiere a cambios significativos y sostenidos en el tiempo capaces de contribuir a la superación de problemas conocidos o nuevos<sup>1</sup>. La Ciencia del Derecho, que apoya el desarrollo del Derecho aportando teoría y sistema, debe explorar el papel que desempeña el Derecho en el origen de las innovaciones, en su acompañamiento e incluso, cuando entrañan riesgos que hay que evitar, en su contención<sup>2</sup>. Pero también debe ocuparse de la capacidad de innovación del propio ordenamiento jurídico.

<sup>1</sup> Esto supone una síntesis de elementos esenciales aportados por diversas propuestas de definición. Sobre usos convencionales del concepto vid. las contribuciones reunidas en J. FAGERBERG / D. C. MOWERY / R. R. NELSON, *The Oxford Handbook of Innovation*, 2006.

<sup>2</sup> Sobre la investigación en torno a la innovación en la Ciencia del Derecho vid. W. HOFFMANN-RIEM, "Möglichkeiten des Rechts bei der Bewirkung von Innovationen", en VDI Technologiezentrum, *Rechtliche Rahmenbedingungen für Forschung und Innovation*, 1996, p. 10 ss.; M. SCHULTE (editor.), *Technische Innovation und Recht*, 1997; W. HOFFMANN-RIEM / J. – P. SCHNEIDER (editores), *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, 1998; así como los cuatro tomos de M. EI-

El diálogo doctrinal sobre la innovación y el debate público sobre la capacidad de innovación de una sociedad suelen limitarse a analizar los aspectos tecnológicos. Sin embargo, la capacidad que una sociedad tiene de afrontar su futuro no sólo depende de las innovaciones tecnológicas, sino también de las innovaciones sociales<sup>3</sup> (como pueden ser el desarrollo de destrezas a la hora de diseñar nuevas vías y estrategias para afrontar los problemas, por ejemplo mediante nuevas formas de organización y nuevos procedimientos, nuevos estilos de vida, nuevas orientaciones de valor, nuevos equilibrios en las respuestas), cambiando así el modo de abordar problemas como el desempleo, el cambio demográfico o la emigración. Ello puede imponer nuevas respuestas en los campos de la salud, la atención social o la vida laboral. El concepto de innovación social también abarca cambios en las estructuras, el desarrollo de nuevas formas y estrategias de acción y asimismo cambios en actitudes y planteamientos, así como en las instituciones sociales o estatales.

También constituyen innovaciones sociales las transformaciones que se producen en el propio Derecho, por ejemplo los nuevos enfoques a la hora de reformar leyes, pero también el desarrollo del Derecho por parte de los jueces. Cambios fundamentales en el Derecho pueden tener lugar así<sup>4</sup>, en forma de adaptaciones constantes a las nuevas perspectivas o constelaciones de problemas, pero también colmando lagunas de forma expresa, digamos por vía de analogía o de cualquier otro desarrollo del Derecho<sup>5</sup>. Es de especial relevancia que las normas puedan cumplir la finalidad que persiguen también en las nuevas circunstancias. Y de hecho hay muchas normas cuya letra ha permanecido inalterada, pero que se han aplicado de forma diferente a lo largo del tiempo atendiendo a las condiciones de cada momento. Lo que importa es que las premisas normativas, como expresión de la voluntad del legislador, sigan siendo punto de referencia y se lleven a la práctica aunque cambien las condiciones

FERT / W. HOFFMANN-RIEM (editores), *Innovation und Recht*, 2008-2011. También existen monografías sobre temas específicos, por ejemplo P. SCHUMACHER, *Innovationsregulierung im Recht der netzgebundenen Elektrizitätswirtschaft*, 2009, o artículos de interés, como S. AUGSBERG, "Innovative Versorgungsstrukturen im Gesundheitswesen", en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Vol. 61 (2013), p. 579 ss.

<sup>3</sup> Al respecto vid. las contribuciones en J. HOWALDT / H. JAKOBSEN (Hrsg.), *Soziale Innovation. Auf dem Weg zu einem postindustriellen Innovationsparadigma*, 2010.

<sup>4</sup> Sobre los diversos procedimientos informa la bibliografía sobre el método jurídico: K. LARENZ / C. - W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. ed. 1995; F. MÜLLER / R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik, Bd. 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, 10. ed. 2009; id., *Juristische Methodik, Bd. II, Europarecht*, 2012.

<sup>5</sup> Sobre desarrollo del Derecho vid. BVerfGE 96, 375, 394 s., también ya BVerfGE 78, 20, 24. Entre la inmensa bibliografía vid. por todos R. WANK, *Die Auslegung von Gesetzen*, 5 ed. 2011, p. 89.

socioeconómicas o tecnológicas. El operador jurídico deberá respetar la potestad del legislador para determinar los objetivos normativos y el marco para realizar tales fines, pero está asimismo llamado a llevar a la práctica el sentido y el fin de la norma legal también cuando cambian las circunstancias<sup>6</sup>. Si por causa del progreso científico-tecnológico se modifican las circunstancias y se brindan nuevas posibilidades de acción y desarrollo para la realización de los fines normativos, es por principio legítimo tenerlo en cuenta en la interpretación y aplicación del Derecho. Ello se corresponde con la tarea de cualquier jurisprudencia y, en la medida en que concierna al Derecho constitucional, en particular de la jurisprudencia constitucional.

## 2. LA IRRADIACIÓN Y LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO INNOVACIÓN

Mi contribución se ceñirá a un ámbito limitado dentro de esa problemática, a título de ejemplo. Me referiré a las innovaciones en el Derecho constitucional alemán que han sido promovidas por el propio Tribunal Constitucional. De entre toda una serie de ejemplos comenzaré por la sentencia posiblemente más célebre del Tribunal Constitucional alemán, la del caso Lüth<sup>7</sup>. En concreto, se trataba de la libertad de expresión de una conocida personalidad, Erich Lüth, que había llamado públicamente al boicot de una película de título tan discreto como “Die unsterbliche Geliebte”, *La amante inmortal*. El autor y guionista era Veit Harlan, también autor y guionista de “Jud Süß”, una película antisemita de la época nazi. Lüth, un demócrata comprometido, quiso agitar la opinión pública alemana y contribuir a que en la joven República Federal se vedara el foro público a eminentes representantes del nazismo. Según el Derecho civil de entonces (§ 826 BGB), su llamamiento al boicot era considerado como un atentado a las buenas costumbres, por lo que los tribunales condenaron a Lüth a cesar en su actividad. Lüth recurrió mediante un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional anuló la sentencia de la jurisdicción ordinaria. Argumentó que, aun siendo cierto que un derecho fundamental como el de la libertad de expresión es ante todo un derecho de defensa del ciudadano frente al Estado, las normas sobre derechos fundamentales de la Ley Fundamental fundan también un orden objetivo de valores que, en cuanto decisión constitucional de principio, irradia en todos los ámbitos del Derecho y debe ser atendido en la interpretación de las disposiciones del Derecho privado. Una vez ponderadas todas las circunstan-

<sup>6</sup> Sobre ello vid. en la jurisprudencia alemana por ejemplo BVerfGE 96, 375, 395 ss. Asimismo BVerfGE 78, 20, 24.

<sup>7</sup> BVerfGE 7, 198 ss.

cias, incluida la ausencia de ánimo de lucro de quien llamaba al boicot, el Tribunal llegó a la conclusión de que tenía primacía en este supuesto la libertad de expresión.

Esta sentencia ha sido importante no sólo para el desarrollo de las libertades de la comunicación en Alemania. Su transcendencia histórica estriba especialmente en la construcción de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales frente a terceros y de la irradiación de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico<sup>8</sup>. Tal sentencia ha tenido como consecuencia la constitucionalización del ordenamiento jurídico<sup>9</sup> y condujo sobre todo a que el Derecho civil, el Derecho penal y por supuesto el Derecho público se tuvieran que examinar comprobando si se ajustaban a los requisitos de una democracia basada en los principios de la libertad y del Estado de Derecho. Esto tuvo y tiene aún una importancia particular en la interpretación de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, que en la mayor parte de los casos requieren ser complementados mediante juicios de valor. Desde entonces, las concepciones de valor de la Ley Fundamental han debido ser tenidas en cuenta en la interpretación de dichos conceptos también cuando los conflictos afectan sólo a particulares. Entretanto, es jurisprudencia consolidada que los derechos fundamentales no sólo son derechos liberales de defensa contra el Estado, sino que simultáneamente tienen un significado jurídico-objetivo para todo el ordenamiento jurídico<sup>10</sup>. Tal dimensión jurídico-objetiva habrá de ser atendida en la legislación, pero también por la jurisprudencia cuando se trate de la interpretación y aplicación de normas necesitadas de una concreción valorativa.

Esta sentencia ha contribuido de forma esencial, a mi juicio, al éxito histórico en Alemania del Estado social de Derecho. Incluso llegó a convertirse en modelo a seguir para otros ordenamientos jurídicos<sup>11</sup>. La dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales llevó asimismo a otras innovaciones, por ejemplo el desarrollo de deberes de protección<sup>12</sup> derivados de normas jurídico-constitucionales y, en

<sup>8</sup> Sobre la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales vid. por todos H.-J. PAPIER, "Drittwirkung der Grundrechte", en D. MERTEN / H. - J. PAPIER (editores), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I*, 2006, § 55.

<sup>9</sup> Sobre el particular vid. G.F. SCHUPPERT / C. BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000.

<sup>10</sup> Se trata, por cierto, de una especie de inversión del desarrollo histórico, en el que los derechos fundamentales fueron originariamente considerados como parte del ordenamiento jurídico-objetivo y sólo con posterioridad fueron configurados como derechos subjetivos.

<sup>11</sup> Ejemplos al respecto se encuentran en T. RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung*, 2007.

<sup>12</sup> Sobre los deberes fundamentales vid. por todos C. CALLIES, "Schutzpflichten", en D. MERTEN / H.- J. PAPIER (editores), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I*, 2006, § 44.

tal contexto, a elaborar la prohibición del defecto de protección<sup>13</sup>. La prohibición del defecto de protección es contrapunto de la prohibición del exceso en la limitación de los derechos fundamentales, que en particular se desarrolla en el marco del principio de proporcionalidad<sup>14</sup>. Este principio no es creación del Tribunal Constitucional, sino que se ha desarrollado progresivamente en colaboración con la doctrina y la praxis jurídica. Resulta común considerar que se trata de una de las figuras jurídicas que han sido transferidas desde el Derecho alemán al ámbito europeo y, en particular, al Derecho de la Unión Europea.

La prohibición del defecto de protección tiene particular importancia en los pronunciamientos sobre las omisiones legislativas<sup>15</sup>: los deberes constitucionales de protección exigen medidas para una protección adecuada y eficaz. Ello vale no sólo para las normas de derechos fundamentales que contienen un expreso mandato de protección -por ejemplo el art. 6 de la Ley Fundamental (GG) sobre la protección del matrimonio, la familia y los hijos-, sino también más allá, en el marco de los contenidos de garantía jurídico-objetiva de las normas de derechos fundamentales. Debe asegurarse las condiciones materiales que hacen posible el ejercicio de la libertad también en la medida en que las amenazas a la libertad procedan de ciudadanos particulares.

### 3. EL DERECHO GENERAL DE LA PERSONALIDAD COMO INNOVACIÓN EN EL DERECHO

Voy a dejar ahora al margen algunos capítulos esenciales del desarrollo de los derechos fundamentales en Alemania para pasar a hablar del derecho general de la personalidad, que ha estado en el origen de varias innovaciones en el ámbito de los derechos fundamentales generadas por la jurisprudencia. El art 2.1 GG protege el libre desarrollo de la personalidad, que resulta concreción de la inviolabilidad de la dignidad humana conscientemente colocada al comienzo de la Constitución, en el artículo 1.1 GG. Aquí se añade: “Es obligación de todos los poderes del Estado respetarla y protegerla”. Ahora quisiera mostrar cómo el Tribunal constitucional ha asumido este mandato de protección y cuál ha sido su reacción frente a los cambios

<sup>13</sup> Sobre el particular cfr. L.P. STÖRRING, *Das Untermassverbot in der Diskussion*, Berlin 2009, p. 19 ss., 28 ss., con referencias adicionales.

<sup>14</sup> Sobre el principio de proporcionalidad vid. por todos D. MERTEN, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, en D. MERTEN / H.-J. PAPIER (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehre II*, 2009, § 68.

<sup>15</sup> Cfr. BVerfGE 88, 203, 254.

producidos fuera del ámbito del Derecho. Para terminar, trataré de explicar que, a la vista de la jurisprudencia acumulada, existe potencial para emprender más innovaciones que se adapten a los nuevos cambios de las circunstancias.

En el año 1900, el legislador del Código Civil alemán había rechazado el derecho general de la personalidad<sup>16</sup>. Cincuenta años más tarde, sin embargo, el Tribunal Supremo Federal («Bundesgerichtshof») lo reconoció y lo interpretó como derecho autónomo<sup>17</sup>. Desde entonces, y en la medida en que se echen en falta reglas específicas de protección, en el Derecho civil se recurre a él como norma de aplicación general. El Tribunal Federal ha ido concretando progresivamente esta figura jurídica, cuya utilización en cuanto fundamento de pretensiones civiles fue considerada inicialmente por el Tribunal Constitucional sólo como “no objetable”<sup>18</sup>. Con posterioridad, el Tribunal Constitucional dejó cada vez más claro que este instituto jurídico-civil quedaba comprendido en la protección constitucional que el Tribunal deriva de la conexión entre el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG) y la protección de la dignidad humana (art. 1.1 GG)<sup>19</sup>, y ello sin limitar el ámbito de protección al ámbito jurídico-privado<sup>20</sup>. Además, el desarrollo ulterior de la jurisprudencia ha extraído del derecho general de la personalidad nuevas concretizaciones: sirva como ejemplo el derecho a la voz y a la propia imagen<sup>21</sup>.

El derecho general de la personalidad ha sido de gran ayuda en la reacción del ordenamiento jurídico también frente a los cambios tecnológicos y sociales en la transición a la sociedad de la información y en su realización. Ya en el año 1973 se vio el Tribunal Constitucional en la necesidad de decidir sobre la admisibilidad de grabaciones magnetofónicas realizadas de forma subrepticia durante la instrucción de un proceso penal. Es decir, se trataba de la utilización de una tecnología hasta entonces no admisible, pero ya desarrollada desde hacía tiempo. Entre otros argumentos esgrimió el siguiente<sup>22</sup>: “Se debe garantizar la posibilidad de mantener conversaciones privadas sin que haya razones para sospechar o temer que una grabación

<sup>16</sup> Vid. H.-P. GÖTTING, *Inhalt, Zweck und Rechtsnatur des Persönlichkeitsrechts* en H.-P. GÖTTING / C. SCHERTZ / W. SEITZ / B. BECKER (editores), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, 2008, Rn. 1 en §1.

<sup>17</sup> BGHZ 13, 334.

<sup>18</sup> Vid. BVerfGE 30, 173, 194 ss.; 34, 118, 135 s.; 34, 238, 246 ss.

<sup>19</sup> Vid. BVerfGE 34, 238, 245 s.

<sup>20</sup> Vid. BVerfGE 27, 1, 6 s.

<sup>21</sup> Vid. por todos P. KUNIG, en I. von MÜNCH / PH. KUNIG (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Vol. 1, 6. Ed. 2012, parágrafo 35 del art. 2.

<sup>22</sup> BVerfGE 34, 238, 247.

subrepticia de las mismas se utilice sin el consentimiento del afectado y menos aún en contra de su voluntad”. En último término, se trataba de proteger constitucionalmente las condiciones de una individualidad libre y autónoma, digamos que como protección de la esfera privada y de la posibilidad de expresar de forma consciente la propia personalidad en presencia de terceros<sup>23</sup>. En el caso concreto, esto constituía una reacción frente al nuevo potencial de riesgos asociado a las nuevas tecnologías. Quedaba claro que la necesidad de protección derivada de los derechos fundamentales tiene una alta correlación con el potencial actual de la amenaza.

De este modo, el Tribunal Constitucional traspuso al ámbito del Derecho constitucional un instituto desarrollado con anterioridad por el Derecho civil. Esto modificó su rango y, consiguientemente, la dimensión y el sentido de la protección. Lo cual, a su vez, tuvo consecuencias profundas para muchos ámbitos de desarrollo del Estado de Derecho alemán. Como ya he anticipado, a partir de aquí me limitaré a las concreciones de este instituto en conexión con los cambios tecnológicos. Lo mostraré con dos concreciones de los derechos fundamentales, el desarrollo del derecho fundamental a la autodeterminación informativa y del derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad y la integridad de los sistemas informáticos. En ambos casos se trata de reacciones a desarrollos tecnológicos que, junto a oportunidades de desenvolvimiento social y de despliegue individual, encierran nuevos potenciales de amenaza y necesidades de protección. Ha sido y es tarea del ordenamiento jurídico desarrollar también la correspondiente protección jurídica de forma pormenorizada.

#### 4. DERECHO FUNDAMENTAL A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

El derecho fundamental a la autodeterminación informativa es un invento del Tribunal con consecuencias de amplio alcance para el Derecho alemán. Se produjo como consecuencia de un censo de población políticamente muy controvertido y ardorosamente debatido. La sentencia se dictó en 1983<sup>24</sup>, por tanto un año antes de 1984, fecha dotada de una fuerte carga simbólica a causa de la novela futurista de Orwell sobre el «Big Brother». Ya mucho tiempo antes de esta sentencia se habían generado y desarrollado ampliamente nuevas tecnologías capaces de almacenar y procesar unificada y sistemáticamente mediante el ordenador datos personales. En comparación con la actualidad, las tecnologías resultaban aún primitivas; pero ya

<sup>23</sup> Así DREIER, *Kommentierung (Art. 2 Abs. 1 GG)*, parágrafo 21 ss., 25.

<sup>24</sup> BVerfGE 65,1.

entonces tuvieron un impacto importante en muchos ámbitos sociales. El punto de partida de la controversia en torno al censo fue la recolección de datos estadísticos –es decir, anónimos– sobre el nombre y los apellidos, domicilio, situación económica, profesión, etc. Lo que se temía era que, con las nuevas tecnologías, estos datos se pudieran re-individualizar, llegando con ello a dañar los derechos de la personalidad.

La respuesta del Tribunal a esta potencial preocupación fue una decisión de principio: “Teniendo en cuenta las posibilidades del moderno procesamiento de datos personales, la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión de sus datos personales de forma ilimitada queda comprendida bajo el derecho general de la personalidad derivado del art. 2.1 GG en conexión con el art. 1.1 GG. El derecho fundamental garantiza por tanto la facultad del individuo de decidir por principio sobre la entrega y la utilización de sus datos personales”<sup>25</sup>. Este derecho, por lo demás, tiene también límites. El Tribunal Constitucional no debía prohibir con carácter general que se emplearan ordenadores para realizar el censo, sino que pudo aceptarlo en la medida en que se observaran determinadas condiciones jurídico-constitucionales. El Tribunal impuso sobre todo que se establecieran garantías contra el uso torticero de los datos, entre otras la exigencia de una autorización legal suficientemente precisa y la adopción de garantías de organización y procedimiento<sup>26</sup>. Este nuevo derecho fundamental se convirtió en la base de la moderna legislación alemana de protección de datos, en particular de las leyes generales de protección de datos, así como de numerosas reglas especiales sobre la protección de datos personales y de la consiguiente jurisprudencia. Ha sido una de las innovaciones con mayores consecuencias en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales.

## 5. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA GARANTÍA DE LA CONFIDENCIALIDAD E INTEGRIDAD DE LOS SISTEMAS INFORMÁTICOS

### 5.1. Nuevos desarrollos tecnológicos

Desde 1983 el desarrollo de las tecnologías de la información ha sido vertiginoso sobre todo en cuanto se refiere a la digitalización, miniaturización, conexión en red, desarrollo de nuevas infraestructuras y creación de nuevos servicios (en particular sociales). El fenómeno más evidente es la creación y el uso generalizado de internet. A diferencia de lo que ocurría en 1983, ya no se depende de unos ordena-

<sup>25</sup> Así reza la primera tesis de BVerfGE 65, 1; con más detalle en p. 41 ss.

<sup>26</sup> Sobre el particular BVerfGE 65, 1, 48 ss., 58 ss.

dores centrales, voluminosos, caros y comparativamente lentos con una capacidad de almacenamiento relativamente limitada. Hoy cualquiera puede acceder a ordenadores muy eficaces con un precio asequible, los lapiceros USB permiten almacenar gran cantidad de datos que en el pasado hubieran requerido ordenadores de grandes dimensiones; portátiles, tabletas y teléfonos inteligentes posibilitan la comunicación móvil por internet; también el almacenamiento de datos admite movilidad, en especial en la nube; la comunicación transcurre por redes globales. El aprovechamiento de datos de los usuarios (datos funcionales, en particular de conexiones, y contenidos) posibilita muchos nuevos modelos de negocio, cuya puesta en práctica ha podido tener y va a continuar teniendo considerables efectos en los desarrollos económicos y sociales.

Las nuevas tecnologías abren a las personas también nuevas oportunidades de despliegue en muchos ámbitos. Ello afecta a la comunicación en y entre las organizaciones y la Administración, en el tráfico mercantil (baste con mencionar eBay y Amazon), en el ámbito de la comunicación personal (correo electrónico), así como a las múltiples formas de participación en redes sociales, hasta llegar a la protesta o al impulso y la dirección de movimientos revolucionarios<sup>27</sup>. La creación y el uso de internet son sólo una expresión, si bien la más importante, de todos estos desarrollos tecnológicos, que también han comportado muchas innovaciones sociales. Al respecto merecen mención, además de los nuevos servicios sociales en red –como Facebook–, las nuevas formas colaborativas de generación de conocimiento en el ámbito de «open source» o de «open content», las posibilidades del «crowd financing». Las tecnologías ofrecen enormes potencialidades, y no es ninguna exageración hacer referencia a las oportunidades que se derivan de la sociedad de la información. En la mayoría de los aspectos de la vida cotidiana, los ciudadanos están hoy obligados a utilizar las nuevas tecnologías si no quieren quedar social y económicamente marginados. Pero las nuevas tecnologías comportan también un potencial de peligros: no sólo el de que terceros, incluido el Estado, penetren en el ámbito privado, sino también el desarrollo de un poder de comunicación y económico que imponga sus intereses de forma selectiva mediante la manipulación o por otras vías<sup>28</sup>.

El recurso a estas tecnologías está, por supuesto, abierto a los delincuentes. Al respecto, y como ejemplo, el Tribunal Constitucional dijo, en una sentencia de 2010

<sup>27</sup> Un ejemplo es la llamada “primavera árabe”, en la que el levantamiento popular se hizo posible y se organizó también con ayuda de internet.

<sup>28</sup> En general sobre tales potencialidades vid. W. HOFFMANN-RIEM, “Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet”, en *Archiv des Öffentlichen Rechts* Vol. 137, 2012, p. 509, 533 ss.

sobre el almacenamiento de datos personales<sup>29</sup>, que los nuevos medios de telecomunicación facilitan “la comunicación y la acción clandestinas de los delincuentes y permiten incluso que grupos dispersos integrados por pocas personas confluyan y colaboren de manera eficaz. Mediante una comunicación que prácticamente no encuentra obstáculos se hace posible vincular conocimiento, voluntad de actuación y energía criminal en términos que colocan la prevención de riesgos y la persecución penal ante nuevas tareas. Algunos delitos tienen lugar directamente a través de las nuevas tecnologías. Al tener lugar en el interior de un entramado de ordenadores y redes técnicamente conectados entre sí, estas actividades se sustraen en gran medida a la capacidad de observación”.

Tales hechos obligan a plantearse cómo puede responder el Estado. Tiene encomendada la persecución penal. Los derechos fundamentales que rigen en la comunicación por internet comportan barreras que, sin embargo, también permiten a la autoridad intervenir en el ámbito de los derechos fundamentales si lo justifica la persecución de una actividad delictiva. En el caso del almacenamiento de datos fue decisivo el art. 10 GG, la libertad de la telecomunicación. Para el control constitucional del almacenamiento de datos el Tribunal Constitucional no precisó de innovación fundamental alguna, sino que le bastó con apoyarse en la anterior jurisprudencia sobre este derecho fundamental. El Tribunal se sirvió de ella para exigir, también respecto del almacenamiento de datos, normas legales claras y comprensibles que garanticen en particular la seguridad de los datos almacenados. Las medidas adoptadas deben ajustarse al estado actual del desarrollo tecnológico, pero deben seguir incorporando los nuevos conocimientos y las nuevas perspectivas. Hay que asegurar la transparencia y las posibilidades de tutela jurídica. El Tribunal no descarta el almacenamiento de datos en cuanto tal, simplemente impone condiciones que van más allá de los requisitos que exigen otros ordenamientos jurídicos europeos, incluida la directiva de la Unión Europea sobre almacenamiento de datos. Esta sentencia, como otras anteriores, reacciona ante el hecho de que las nuevas tecnologías brindan al Estado nuevas posibilidades de acción preventiva y represiva, no solo para la persecución en el ámbito penal, sino también para la prevención de riesgos y la defensa frente al peligro.

## 5.2. Nuevos problemas a la luz de nuevos desarrollos tecnológicos

Para los casos en que se autorice el control de comunicaciones para el cumplimiento de tareas públicas –lo que en Alemania solo es posible bajo muy estrictas

<sup>29</sup> BVerfGE 125, 260, 322 s. Anteriormente ya BVerfGE 121, 1 ss.

condiciones—, las nuevas tecnologías generan también nuevos problemas. La digitalización y los nuevos recursos de software en el ámbito de la comunicación (como Skype) permiten el contacto entre personas, por tanto también entre delincuentes, sin que sea posible o al menos técnicamente sencillo que el Estado pueda controlarlo, escapando del riesgo de ser vigilados. Tales nuevas tecnologías excluyen la captura de información durante el proceso telemático de comunicación, haciendo imposible por tanto una forma de vigilancia que antes, por ejemplo con el uso del teléfono, resultaba relativamente fácil poner en marcha. Hoy por hoy, los contenidos de este tipo de comunicación sólo pueden registrarse con anterioridad a su entrada en las redes de telecomunicaciones o una vez que los haya recibido el destinatario. Para atender a esta nueva realidad se ha creado un instrumento de supervisión, el llamado registro online, que permite captar la comunicación en el momento de su emisión, en su origen, y hace posible con ello la llamada supervisión de las fuentes de la telecomunicación.

### 5.3. El proceso ante el Tribunal Constitucional sobre los registros online

La sentencia sobre almacenamiento de datos era la última en una larga serie de decisiones sobre la utilización de las nuevas tecnologías para la protección frente al peligro y la persecución penal. Habían llevado a ajustes en el alcance de la protección de los derechos fundamentales, por ejemplo no sólo en el art. 10 GG sobre la libertad de la telecomunicación, sino también en el art. 13 GG sobre la inviolabilidad del domicilio. Especial repercusión pública tuvieron las sentencias sobre el control de las telecomunicaciones por parte de los Servicios Federales de Inteligencia<sup>30</sup>, la vigilancia acústica en el interior del domicilio («Gro er Lauschangriff»)<sup>31</sup>, el control de las telecomunicaciones por parte de la policía<sup>32</sup> y el rastreo masivo de datos informáticos<sup>33</sup>. Recientemente se ha publicado una sentencia sobre la ley antiterrorista basada especialmente en el artículo 10 GG<sup>34</sup>.

Ya antes de la mencionada sentencia sobre el almacenamiento de datos hubo de decidir el Tribunal sobre el registro online. ¿Tiene derecho el Estado a infiltrarse en ordenadores privados —o dicho en términos más amplios, en sistemas privados de tratamiento de la información— mediante el correspondiente software, los llamados

<sup>30</sup> BVerfGE 100, 313.

<sup>31</sup> Vid. BVerfGE 109, 279.

<sup>32</sup> BVerfGE 113, 348 ss.

<sup>33</sup> Sobre el particular vid. BVerfGE 115, 320 ss.

<sup>34</sup> Sentencia de 24 abril 2013 – 1 BvR 1215/07.

troyanos, con el fin de recoger y utilizar de modo secreto datos personales, tanto operativos como de contenido? Esta sentencia –del año 2008, esto es, quince años posterior a la pionera sentencia sobre el censo– tenía como objeto una ley regional de Renania del Norte-Westfalia que, con el propósito de la defensa del orden constitucional, había previsto una autorización para la obtención y el aprovechamiento de datos.

La infiltración de los sistemas informáticos privados debía tener lugar de forma tal que al afectado le fuera prácticamente imposible detectar nada. Pero, en ausencia de conocimiento, en la práctica resultaba también imposible recurrir a la protección jurídica garantizada por el art. 19.4 GG. Lo que buscaba la infiltración del Estado era esquivar las posibles medidas de autoprotección de los ciudadanos<sup>35</sup>, esto es, justo las medidas que por principio pretende apoyar el derecho a la protección de datos en cuanto derecho de protección de la autonomía<sup>36</sup>. Se incrementaba de este modo la pérdida de la posibilidad de disponer de forma autónoma sobre los datos de la propia esfera privada que entran en juego en el curso de las comunicaciones y el desmantelamiento de las posibilidades de control, que en internet son siempre considerables<sup>37</sup>. Simultáneamente surgían riesgos de manipulación en los sistemas informáticos, que afectaban a su operatividad y que podrían hacer posibles los abusos, incluso por parte de terceros<sup>38</sup>.

#### 5.4. La elaboración de un derecho fundamental a la confidencialidad y a la integridad de los sistemas informáticos

Un contencioso judicial como el del registro online queda configurado y a la vez limitado por las concretas condiciones en las que surge. El Tribunal Constitucional se lo plantea a causa de un recurso de amparo de ciertos ciudadanos frente a la vulneración, que la ley hacía posible, de los derechos al desarrollo individual de la personalidad.

<sup>35</sup> Cfr. también la documentación en BVerfGE 120, 274, 324.

<sup>36</sup> Sobre el particular vid. A. ROSSNAGEL, “Konzepte des Selbst Datenschutzes”, en A. ROSSNAGEL (editor), *Handbuch Datenschutzrecht*, 2003, p. 325 ss.

<sup>37</sup> Sobre el particular vid. W. HOFFMANN-RIEM, “Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnische Systeme”, *Juristen Zeitung*, 2008, p. 1009, 1012 y ss.

<sup>38</sup> Sobre las posibilidades de protección frente a ello vid. J. D. ROGGENKAMP, “Verfassungs- und datenschutzrechtliche Anforderungen an die technische Gestaltung von sogenannten Staatstrojanern”, en F. PETERS / H. KERSTEN / K.-D. WOLFENSTETTER (editores.), *Innovativer Datenschutz*, 2012, p. 267 ss.

En tal proceso, el Tribunal trató de explorar el ámbito de las nuevas tecnologías, particularmente en lo referente a las posibilidades y riesgos de la infiltración de sistemas informáticos. Para ello elaboró cuestionarios detallados y se los envió a organismos públicos, a asociaciones y a expertos en la materia, rogándoles su opinión. Organizó una exhaustiva vista oral en la que fueron oídos científicos, pero también representantes de la práctica (por ejemplo, un miembro del «Chaos Computer Club»), para recabar información profesional de primera mano. A partir del conocimiento de la evolución tecnológica, el Tribunal se planteó examinar si, el potencial de peligros asociado a tal forma de recabar información por parte de las autoridades, pudiera conducir a considerar contraria a Derecho la intervención estatal incluso cuando estuviera al servicio de fines legítimos. En particular, el Tribunal debía verificar si quedaban suficientemente despejados los eventuales riesgos en el marco de los derechos fundamentales relevantes hasta ese momento para tal control (derecho a la autodeterminación informativa, protección de la libertad de telecomunicaciones y de la inviolabilidad del domicilio).

La respuesta del Tribunal fue que continuaba habiendo lagunas en la protección; consiguientemente, era necesario un nuevo enfoque jurídico en la protección ante los avances tecnológicos, sociales y económicos. Las premisas empíricas de la protección de los derechos fundamentales habían cambiado. El Tribunal debía plantearse, por tanto, si las premisas normativas vinculadas a los derechos al desarrollo de la personalidad en su concepción hasta ese momento vigente –en particular, la finalidad de la protección de la autonomía personal como garantía de libertad– podían ser debidamente tenidas en cuenta a la vista de las nuevas posibilidades tecnológicas. Su respuesta fue que no. El Tribunal procedió de modo semejante a como había hecho en el pasado, cuando a partir del derecho fundamental derivado de los arts. 2.1 y 1.1 GG dedujo los derechos –no mencionados en la Constitución, pero comprendidos en su sentido– a la propia imagen, a la propia voz y a la autodeterminación informativa, en cuanto concreciones del derecho general de la personalidad. En tal sentido señaló<sup>39</sup>: “En la medida en que no existe suficiente protección frente a los peligros para la personalidad que se derivan del hecho de que los particulares necesiten utilizar para el desarrollo de la misma sistemas técnicos informáticos, el derecho general de la personalidad atenderá a esta necesidad de protección mediante su tarea de colmar lagunas yendo más allá de las concreciones reconocidas hasta ahora y garantizando la integridad y confidenciali-

<sup>39</sup> BVerfGE 120, 274, 313.

dad de los sistemas informáticos”. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional no ha encontrado o inventado un nuevo derecho, sino que, a la luz de los cambios tecnológicos y sociales y cumpliendo con su misión de continuar desarrollando el Derecho constitucional<sup>40</sup>, concretó de forma novedosa, mediante una ulterior diferenciación dotada de su propio nombre, un derecho fundamental reconocido desde hace mucho tiempo, el derecho general de la personalidad.

Al reformular el mandato de garantía incluyendo la protección de la confidencialidad e integridad de los sistemas informáticos, el Tribunal puso en primer plano las dudas respecto del funcionamiento de tales sistemas: dudas por una parte tecnológicas, por ejemplo cuando señala que la instalación de un troyano puede ser aprovechada por terceros con fines de espionaje<sup>41</sup> o puede provocar fallos del sistema informático. Pero los términos confidencialidad e integridad también implican una garantía de operatividad social<sup>42</sup>: por principio, los ciudadanos deben poder confiar en que los sistemas informáticos no serán objeto de manipulación y en que la comunicación será confidencial.

La aplicación de esta nueva concreción del derecho fundamental en el caso particular –se trataba, a fin de cuentas, de resolver el recurso de amparo planteado por particulares– siguió el modelo habitual del examen de la injerencia en un derecho liberal de autonomía: ¿justifica el fin (aquí la defensa de la Constitución) la intervención del Estado en el derecho del recurrente y, en caso afirmativo, respeta la ley los límites constitucionales, especialmente el principio de proporcionalidad? En el supuesto concreto, el Tribunal respondió negativamente.

El nombre que el Tribunal dio a esta nueva concreción del derecho fundamental, ya en el primer apartado del resumen en forma de tesis que antepone a su sentencia, fue el de “derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad y de la integridad de los sistemas informáticos”. Este concepto, también conocido como “derecho fundamental IT” (derecho fundamental de las tecnologías de información y telecomunicación), ha sido ya acogido por la bibliografía en materia constitucional<sup>43</sup>. En la doctrina, tal construcción dogmática sigue provocando división de opiniones. Las voces críticas argumentan que la protección bien podría haber sido garantizada sobre la base del ya conocido derecho a la autodeterminación informativa<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Sobre interpretación que desarrolla el Derecho vid. supra, nota 4.

<sup>41</sup> Vid. BVerfGE 120, 274, 314.

<sup>42</sup> Cfr. BVerfGE 120, 274, 323.

<sup>43</sup> Sobre el particular por ejemplo el popular *Kommentar* de H. D. JARASS / B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11. ed. 2011, parágrafo 45 del art. 2 GG

<sup>44</sup> Vid. por ejemplo G BRITZ “Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Einige Fragen zu einem neuen Grundrecht”, *Die öffentliche Verwaltung*, 2008, p. 411 ss.; M.

Tales posiciones, sin embargo, no se plantean en detalle las lagunas de protección descritas por el Tribunal Constitucional<sup>45</sup>.

Está por ver con qué alcance será incorporada en la doctrina y en la práctica del Derecho, sobre todo en la legislación, esta nueva garantía. En la nueva redacción de la Ley sobre el Servicio Federal de Investigación Criminal, el legislador la ha asumido en una nueva norma (§ 20k: “intervención subrepticia en sistemas informáticos”), aunque como ocasión para una nueva autorización de injerencia<sup>46</sup>. Al efecto, se han integrado ampliamente en la ley las formulaciones del Tribunal Constitucional. El legislador tenía a su disposición la posibilidad de responder al requerimiento de garantía del derecho fundamental no permitiendo intervención estatal alguna en los sistemas informáticos. Así ha ocurrido hasta ahora en el ámbito de la persecución penal: en el proceso penal no se ha previsto hasta hoy la autorización de intervención. Se trata de una decisión política, condicionada por el hecho de que el anterior socio de la coalición de gobierno, el Partido Liberal (FDP), se oponía a tales intervenciones<sup>47</sup>. Habremos de esperar al desarrollo de la legislación en el futuro.

## 6. PARTICULARIDADES Y POTENCIALES DE LA NUEVA CONCRECIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL

### 6.1. ¿Contenidos jurídico-objetivos de los derechos fundamentales?

Volvamos a la sentencia del Tribunal Constitucional. Llama la atención en ella que la nueva acuñación del derecho fundamental se desvíe de la terminología habitual de las normas de defensa, que se hubiera referido por ejemplo a la protección frente a la intervención del Estado en los ordenadores. En lugar de un término como

EIFERT, “Informationelle Selbstbestimmung im Internet. Das BVerfG und die Online-Durchsuchungen”, *Neue Verwaltungszeitschrift*, 2008, p. 521 ss.

<sup>45</sup> Ello se hizo evidente ya inmediatamente después de la publicación de la sentencia del BVerfG. Sobre el particular vid. la referencia en W. HOFFMANN-RIEM, “Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme”, *Juristen Zeitung*, 2008, p. 1009, 1015, nota 64.

<sup>46</sup> Con más detalles al respecto M. BÄCKER, *Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt*, 2009, p. 102 ss.

<sup>47</sup> En la práctica de la investigación criminal, los registros en línea sin embargo han sido llevados a cabo, en parte recurriendo a la norma existente hace tiempo del §100 a StPO (vigilancia de las telecomunicaciones), una solución que fue expresamente rechazada por el Fiscal General del Estado a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional (vid. la respuesta del Gobierno Federal a la pregunta del Diputado Lischka y del grupo Parlamentario Socialdemócrata sobre el empleo de la supervisión de las fuentes de telecomunicación, BT Drucks 17/11087).

protección se opta por la expresión garantía. Ésta también se encuentra por ejemplo en el art. 5.1 GG. En ese ámbito, el Tribunal Constitucional lo ha interpretado a partir de la doctrina de los derechos fundamentales en el sentido de que, junto a una protección jurídico-subjetiva (la libertad de medios), el derecho fundamental incorpora también una dimensión jurídico-objetiva<sup>48</sup>. El mandato constitucional para el legislador se formuló en términos de garantizar la operatividad del ordenamiento de los medios de radio y televisión mediante disposiciones materiales, organizativas y en su caso procedimentales. Debía crearse un ordenamiento que asegurara “que en la radiotelevisión encuentre expresión el pluralismo de las opiniones con la mayor amplitud y plenitud posibles”<sup>49</sup>.

Que el Derecho constitucional alemán reconoce en principio funciones jurídico-objetivas de los derechos fundamentales es algo que ya he explicado al tratar la sentencia Lüth. Señalaba que el legislador había recibido el encargo de desarrollar el ordenamiento jurídico-privado de modo que la fuerza irradiadora de los derechos fundamentales alcanzara a todos los ámbitos del Derecho. En cuanto a los medios de comunicación, más específicamente en cuanto a la libertad de prensa, el Tribunal Constitucional ha concretado esta fuerza de irradiación del art. 5.1 GG señalando que cabe pensar en una obligación del Estado de “proteger de los peligros” que puede generar para una prensa libre la formación de monopolios de opinión<sup>50</sup>. Tales tareas estatales podrían llevar a incidir en el Derecho privado y en el tráfico económico –por más que sean concebidas como disposiciones estructurales para asegurar la posibilidad de ejercicio efectivo de las libertades de comunicación de los ciudadanos en una forma adecuada al Estado garante.

El modelo del Estado garante<sup>51</sup> reacciona frente al fenómeno, creciente en los Estados de hoy, de desplazamiento del cumplimiento de tareas en favor de sujetos

<sup>48</sup> Sobre el particular vid. H. SCHULZE-FIELITZ, en H. Dreier, *Grundgesetz. Kommentar*, 2 ed. 2004, Vol. I, parágrafo 232 ss. del art. 5 I, II, con otras referencias bibliográficas.

<sup>49</sup> Vid. BVerfGE 57, 295, 319; 73, 118, 152 s.; 90, 60, 94; 114, 371, 387; 119, 181, 214

<sup>50</sup> BVerfGE 20, 162, 176.

<sup>51</sup> Sobre el concepto de Estado garante vid. por todos F. G. SCHUPPERT, “Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren”, en W. HOFFMANN-RIEM / E. SCHMIDT-ASSMANN / A. VOSSKUHLE (editores), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, 2., 2012, § 16, parágrafo 16; W. HOFFMANN-RIEM, *Modernisierung von Recht und Justiz*, 2001, p. 24 ss. El modelo del Estado garante es una reacción al creciente desplazamiento en los Estados contemporáneos de la realización de tareas públicas a agentes privados (desregulación, privatización) y hace referencia a que el Estado tiene simultáneamente la responsabilidad de garantizar que las tareas públicas sean satisfechas conforme a la calidad prevista por la Constitución y por otras normas también cuando su cumplimiento se haya

privados (desregulación, privatización, sujeción a parámetros económicos). Hace referencia a que, no obstante, el Estado conserva la responsabilidad de garantizar que las tareas públicas sean satisfechas en la calidad prevista por la Constitución y las demás normas también, cuando se haya transferido a sujetos privados el cumplimiento de las mismas. Para ello, el Estado introduce en el ordenamiento disposiciones para cumplir con su responsabilidad de garantía. De las determinaciones de fines del Estado (como democracia, Estado social, Estado de Derecho) y no en último extremo del contenido jurídico-objetivo de las normas que reconocen derechos fundamentales se infieren orientaciones sobre el modo de ejercicio de la responsabilidad estatal de garantía. A la tarea de garantía corresponde asimismo procurar la observancia de la irradiación de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico-privado y del tráfico económico. Cuando los sujetos privados no realicen debidamente las tareas que les han sido transferidas, la responsabilidad de garantía puede también ser activada mediante la recuperación por parte del Estado del cumplimiento de la correspondiente tarea.

En la sentencia sobre el registro online no se trataba de decidir sobre cuestiones centrales del Estado garante o en concreto del Derecho de los medios de comunicación. Pero la utilización por el Tribunal del término garantía sí sugiere una posible referencia a la concepción del Estado garante y, en particular, a la dimensión jurídico-objetiva de la protección de los derechos fundamentales.

Refuerza esta impresión el hecho que el Tribunal menciona como objeto de la protección los sistemas informáticos, haciendo expresa referencia a su complejidad<sup>52</sup>. Con ello hace extensiva la garantía a las condiciones infraestructurales de las modernas tecnologías de las telecomunicaciones<sup>53</sup>. A juicio del Tribunal Constitucional, una protección efectiva de los derechos fundamentales debe también abarcar la observancia de la integridad y de la confidencialidad de tales sistemas informáticos, como fundamento de la confianza de los ciudadanos en los mismos. Esta confianza es, por su parte, condición para que estos sistemas sean aceptados y con ello, como hemos dicho, de su funcionalidad social<sup>54</sup>.

transferido a manos privadas. El Estado adopta para ello medidas jurídicas que cubren la responsabilidad de la garantía y que se activan cuando el cumplimiento de las tareas por parte de los sujetos privados encargados de ellas resulta insatisfactorio.

<sup>52</sup> BVerfGE 120, 274, 313 ss.

<sup>53</sup> Vid. también BVerfGE 120, 274, 314.

<sup>54</sup> Cfr. sobre el particular W. HOFFMANN-RIEM, "Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme", *Juristen Zeitung*, 2008, p. 1012.

No en la formulación de la garantía del derecho fundamental en el punto primero de las tesis que resumen la Sentencia, pero sí en las consideraciones referidas al caso contenidas en los fundamentos jurídicos, el Tribunal se ciñe a la protección de los sistemas informáticos propios (mejor dicho, de uso propio). Una protección más amplia tampoco sería compatible con la inferencia de la garantía a partir del derecho fundamental individual del art. 2.1 GG en conexión con el art. 1.1. La sentencia se refiere exclusivamente a la protección jurídica individual de los recurrentes, que sólo pueden invocar en recurso de amparo la vulneración de “sus propios derechos subjetivos” (art. 93.1 n° 4a GG; § 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional). Ahora bien, en la medida en que la protección de la utilidad de los propios sistemas informáticos debe garantizar la confidencialidad y la integridad de los sistemas informáticos en cuanto tales, tal protección del derecho individual tiene indirectamente un alcance expansivo.

Un año después de la sentencia del Tribunal Constitucional, en 2009, el concepto de sistemas informáticos ha sido elevado expresamente a la categoría de concepto constitucional, concretamente en el art. 91c GG. En tal norma se regula, como una de las llamadas “tareas comunitarias”, la colaboración de la Federación y de los Länder en la construcción y administración de las infraestructuras necesarias para el desarrollo de las técnicas informáticas. La tarea que deben asumir conjuntamente la Federación y los Länder debe posibilitar en particular la interoperatividad y la seguridad de las infraestructuras<sup>55</sup>. Tal tarea de coordinación tiene lugar también en el contexto de la necesaria cooperación administrativa con la Unión Europea<sup>56</sup>.

## 6.2. Potencialidades de esta garantía para el ordenamiento de la información

Si se consideran las particularidades terminológicas de la nueva concreción del derecho fundamental (garantía y referencia a los sistemas informáticos) como base para la protección de determinados aspectos de la funcionalidad tecnológica y social de tales sistemas en su conjunto, se hace evidente que la nueva construcción tiene un potencial que excede lo descrito hasta ahora. Bien puede acabar afectando, más allá del conocido ámbito de aplicación de la vieja garantía del derecho fundamental a la autodeterminación informativa, al ordenamiento de las comunicaciones en la sociedad de la información. Por ahora no hay ninguna decisión del Tribunal Constitucional al respecto. Las reflexiones que siguen constituyen un intento de explorar

<sup>55</sup> Cfr. BT Drucks 16/12410,8

<sup>56</sup> Vid. U. MAGER en I. von MÜNCH / P. KUNIG, *Grundgesetz, Kommentar*, Vol. 2, 6 ed. 2012, parágrafo. 4 del art. 91c GG.

eventuales potencialidades de futuro para la legislación, la jurisprudencia y la práctica administrativa.

De momento, la tarea de garantizar importantes aspectos de la funcionalidad tecnológica y social de los sistemas informáticos se ciñe al ámbito del ordenamiento jurídico nacional. Pero, a la vista de la dimensión internacional de estas infraestructuras, puede y debe también implicar que las instancias nacionales contribuyan de forma significativa a establecer medidas a nivel transnacional e internacional, que aseguren la funcionalidad de las infraestructuras con la vista puesta en la confidencialidad y la integridad. Ello podría comprender garantías contra amenazas a la confidencialidad y a la integridad que procedan de agentes no dotados de poder público.

La asunción de la responsabilidad sobre la funcionalidad de las infraestructuras informáticas es una importante tarea estatal en el marco del Estado garante<sup>57</sup>. El art. 91c GG la regula con respecto a la satisfacción (del resto) de tareas de la Federación y de los Länder, en la medida en que las mismas precisan al efecto de sistemas informáticos. Tal norma está en un título sobre la cooperación entre la Federación y los Länder en el ámbito de la Administración pública; es decir, no se trata de una norma de derechos fundamentales. En consecuencia, el art. 91c GG no aborda en plenitud la garantía de la funcionalidad de sistemas informáticos. Dado que no se trata de una norma de derecho fundamental, no pretende concretar una garantía de los derechos de unos ciudadanos que necesitan que los sistemas informáticos resulten operativos. Sin embargo, no se puede excluir que esta norma, por ejemplo mediante una interpretación sistemática y teniendo en cuenta el art. 10 GG y el derecho fundamental a la confidencialidad y a la integridad de los sistemas informáticos, pueda servir como base argumentativa para el ulterior desarrollo de la tarea de garantía del Estado concerniente a otros aspectos de la operatividad de los sistemas informáticos. De ese modo podrían estimularse otras innovaciones en el Derecho.

Las actuales infraestructuras técnicas de comunicación apenas han sido puestas en marcha por agentes públicos, sino ante todo por empresas privadas. Sus concretas condiciones de funcionamiento son también configuradas preferentemente por ellas. Unas pocas empresas presentes en todo el mundo, como Google, Facebook, Apple o Microsoft, tienen un poder global de oligopolio en sus amplísimos segmentos de mercado, que aprovechan y amplían en el marco de sus respectivos modelos de negocio, diversificándose cada vez más (sobre todo Google) y logrando la exclusi-

<sup>57</sup> Sobre la visión del Estado contemporáneo como Estado garante vid. supra, nota 51.

vidad en algunos ámbitos particulares<sup>58</sup>. Así ejercen una enorme influencia sobre el desarrollo tecnológico, pero especialmente sobre los contenidos que se manejan en internet, y en consecuencia moldean de forma decisiva el orden de las comunicaciones de casi todas las sociedades.

Si un Estado democrático como Alemania se propusiera alcanzar aunque solo fuera una parte del poder de información y sobre los datos personales que tienen empresas como Google o Facebook, y no digamos aprovecharlo para dirigir o en su caso filtrar vías o incluso contenidos de comunicación, se lo impedirían enseguida los límites constitucionales. Por lo demás, para poder tomar medidas en este ámbito necesitaría las correspondientes bases legales, y también quedaría sometido a límites materiales (entre otros el principio de proporcionalidad) y controles democráticos. Sin embargo, en el orden global de la información, dominado por oligopolios, no existen por el momento medidas comparables o funcionalmente equivalentes a las diseñadas en un Estado de Derecho para garantizar la moderación en el uso del poder. La función correctora del mercado y de la competencia no se basta a tal fin, habida cuenta la posición de oligopolio global de actores concretos. Más bien debe señalarse que ésta comporta, por sí misma, riesgos de abuso de poder.

Puesto que en el ámbito de los sistemas informáticos estos riesgos de abuso se verifican, hoy y en el futuro, y que ello da motivo para limitar el poder del mercado, también la responsabilidad de garantía de los poderes públicos debe llevarles a adoptar las medidas de corrección que estén a su alcance. Dado que el ámbito de actuación de las empresas de internet es internacional, incluso global, la regulación requiere de la coordinación transnacional e internacional. Para afrontar los retos que supone garantizar de cara al futuro la funcionalidad de los sistemas informáticos (incluida la posibilidad de usarlos para toda suerte de servicios), el cumplimiento de la tarea de garantía por parte de los Estados soberanos debe extenderse a los ámbitos transnacionales e internacionales. Los órganos estatales, gobiernos y parlamentos, están cuando menos legitimados para asumir responsabilidades en el ámbito transnacional e internacional a fin de que el orden de las comunicaciones y también las infraestructuras informáticas sean funcionales. En su caso, y así ocurre a mi juicio con los órganos estatales alemanes, pueden estar constitucionalmente obligados a actuar en tal sentido.

<sup>58</sup> Sobre la posición de poder de tales empresas vid. por todos W. HOFFMANN-RIEM, "Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet", *Archiv des Öffentlichen Rechts* Bd. 137, 2012, pp. 533 ss. con notas 136, 137, 142 y 149.

De todos modos, la nueva concreción del derecho fundamental propuesta por el Tribunal Constitucional y aquí tratada, habida cuenta su estrecho ámbito de aplicación referido a la protección de la personalidad, no es base suficiente para un mandato orientado a adoptar amplias medidas transnacionales e internacionales de prevención y de defensa frente al riesgo en el ámbito de las infraestructuras de información y de telecomunicaciones. Pero también otras normas<sup>59</sup>, como las determinaciones de fines del Estado que suponen la democracia, el Estado de Derecho y el Estado social (art. 20 GG), ofrecen orientaciones para la tarea de garantía. A ello se añaden otras normas de derecho fundamental, como por ejemplo los derechos económicos (particularmente arts. 12<sup>60</sup> y 14<sup>61</sup> GG), que por lo demás también contienen mandatos jurídico-objetivos.

Dada la globalización del orden de las comunicaciones, ningún legislador nacional está en condiciones de gestionar por sí solo la tarea de garantía. Por ello, en el ámbito europeo va a plantearse cada vez más la cuestión de si los mandatos de configuración y protección del TFUE (por ejemplo las garantías de las libertades económicas o las normas sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), así como las garantías de derechos fundamentales de la Carta Europea y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, han de ser entendidos también como mandatos jurídico-objetivos de garantía para los órganos de la Unión Europea. Se trata de una cuestión controvertida en la doctrina, aún no resuelta definitivamente por los tribunales, cuya respuesta afirmativa personalmente no me ofrece dudas.

En cualquier caso, no bastará en el ámbito europeo con que la Unión se defina, por ejemplo en varios documentos y libros verdes, como “Unión por la innovación”<sup>62</sup>. Habrá de concebirse a sí misma como una Unión garante y, por tanto, como una Unión que se plantea entre otras la tarea de procurar la funcionalidad de infraes-

<sup>59</sup> Aunque aquí se inferan de tales normas orientaciones normativas para la satisfacción de tareas públicas, ello no implica necesariamente que los ciudadanos vayan a poder imponerlas judicialmente con recurso a la protección jurídico-subjetiva del derecho fundamental. Las Constituciones contienen también mandatos y orientaciones programáticas para los poderes públicos que no se corresponden con garantía jurídico-subjetiva alguna.

<sup>60</sup> Sobre el particular vid. J. WIELAND, en DREIER, *Grundgesetz, Kommentar*, 2. ed. 2004, parágrafo 151 ss. del art. 12 GG

<sup>61</sup> Sobre el particular vid. J. WIELAND, en DREIER, *Grundgesetz, Kommentar*, 2. ed. 2004, parágrafo. 176 ss. del art. 14 GG

<sup>62</sup> Así en Comisión Europea, *Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, págs. 6, 15; id., *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, COM (2011) 15 final, p. 3.

estructuras como las de los sistemas informáticos en el ámbito de la Unión Europea y, habida cuenta el carácter global de las redes de infraestructuras, también con la vista puesta en los contextos internacionales.

La libertad deberá ser garantizada por los órganos estatales nacionales y por los órganos de la Unión Europea de modo tal que los ciudadanos puedan ejercerla en la vida real. Para conseguirlo, a la vista de la dimensión global del orden de las comunicaciones, hay que exigir la disposición a influir sobre los actores globales, también sobre aquellos no sometidos, o sólo parcialmente, al Derecho de la Unión Europea.

En la medida en que afecte a la acción de órganos estatales alemanes, los mandatos jurídico-objetivos de garantía del Derecho alemán deben ser interpretados en el sentido de que los agentes públicos alemanes que operan en el marco europeo e internacional han de actuar de modo que los mandatos de garantía definidos para el ámbito nacional no sean eludidos mediante sistemas o vínculos internacionales, sino que se haga posible su cumplimiento. También hay que observar el mandato nacional de garantía cuando su satisfacción requiera coordinación y cooperación transnacional e internacional, por ejemplo para hacer posibles medidas contra posiciones globales de oligopolio de determinados actores y frente a los riesgos de abuso que comportan<sup>63</sup>. El mandato de garantía ofrece orientaciones a los órganos estatales para su actuación en los diversos ámbitos transnacionales e internacionales.

## 7. EPÍLOGO

Con esto concluyo. He querido ilustrar de qué manera afronta el Tribunal Constitucional los cambios tecnológicos y las oportunidades y riesgos que conllevan. Ha estado y sigue estando decidido a preservar la función protectora y de garantía de los derechos fundamentales también a la vista de los profundos cambios en la realidad tecnológica, económica y cultural. La reacción del Tribunal frente a cambios esenciales, aquí descrita sirviéndonos del ejemplo del derecho general de la personalidad, tiene el potencial, que acabo de señalar, de procurar la protección frente a peligros y riesgos también más allá de los casos concretos abordados hasta el momento, sin que ello suponga un freno a las importantes oportunidades que el uso de las nuevas tecnologías abren para el desarrollo de la sociedad y en la sociedad.

La vía elegida por el Tribunal Constitucional como reacción frente a los riesgos para la protección de la libertad, mediante la progresiva especificación del derecho

<sup>63</sup> Sobre tales cuestiones vid. W. HOFFMANN-RIEM, "Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet", *Archiv des öffentlichen Rechts* 2012, págs. 533 ss, 541 s.

fundamental a la protección de la personalidad, sin duda no servirá en su forma concreta como modelo para afrontar cualesquiera otras crisis, como por ejemplo las crisis financiera, de deuda y bancaria ya mencionadas al comienzo<sup>64</sup>. Pero merecería la pena pensar hasta qué extremo las normas constitucionales encierran el mandato para los poderes públicos nacionales y transnacionales de analizar el ordenamiento jurídico con una mirada innovadora, el mandato de crear estructuras capaces de limitar los potenciales riesgos de otro tipo. Es cierto que el Derecho por sí solo no podrá eliminar, ni siquiera reducir significativamente aquellos riesgos que surgen más allá de su propio ámbito. Pero el Derecho sí puede y debe crear estructuras que, en la medida de lo posible de forma preventiva, pero también en su caso con eficacia reparadora, ayuden a afrontar las crisis salvaguardando los derechos de los ciudadanos al pleno desarrollo de su personalidad y al ejercicio de sus derechos de libertad. No basta con que la libertad esté garantizada simplemente en las palabras de un texto constitucional; debe poder ser experimentada en la vida real.

### *Resumen*

*En este trabajo se expone de qué manera afronta el Tribunal Constitucional la garantía de los derechos fundamentales también a la vista de esos profundos cambios sociales y tecnológicos. Se toma como ejemplo los derechos de la personalidad y su potencial para procurar la protección frente a peligros y riesgos también más allá de los casos tradicionalmente abordados, sin que ello suponga un freno a las importantes oportunidades que el uso de las nuevas tecnologías abre para el desarrollo de la sociedad y en la sociedad.*

*Palabras Claves:* Tribunal Constitucional, derechos de la personalidad, tecnología, cambio social

### *Abstract*

*This paper analyzes how the Constitutional Court guarantees fundamental rights in the context of deep and social changes. Personality rights are an example of how the Court goes beyond its classical meaning to approach the proper protection of fundamental rights but without stopping the development of society through new technologies.*

*Key Words:* Constitutional court, personality rights, technologies, social change

Recibido: 2 de abril de 2014

Aceptado: 5 de mayo de 2014

<sup>64</sup> A estas crisis, sin embargo, no se habría llegado —en todo caso no a sus dimensiones actuales— sin los cambios tecnológicos de la sociedad global de la información a los que he hecho referencia. Pero esa es ya otra historia.

# EL DIÁLOGO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LAS CONFESIONES RELIGIOSAS TRAS EL TRATADO DE LISBOA (A PROPÓSITO DE LA DECISIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO DE 25 DE ENERO DE 2013)

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU\*

## SUMARIO

1. El diálogo con las confesiones religiosas en el Derecho originario de la Unión.
2. Los hechos que dan lugar a la Decisión del Defensor del Pueblo Europeo de 25 de enero de 2014.
3. La Decisión del Defensor del Pueblo Europeo de 25 de enero de 2014.

## 1. EL DIÁLOGO CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN EL DERECHO ORIGINARIO DE LA UNIÓN

A raíz de la reforma del Derecho primario operada en el Tratado de Lisboa, el vigente art. 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), tras proclamar en sus dos primeros apartados que la Unión respeta y no prejuzga el estatuto reconocido en las legislaciones nacionales de los estados miembros a las iglesias, a las asociaciones o comunidades religiosas y también a las organizaciones filosóficas y no confesionales, en su apartado tercero estipula que, “reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones”. Este precepto recupera así, en su estricta literalidad, el contenido normativo que en su día lo fue del art. I-52 del malogrado proyecto constitucional, disposición esta última que, a su vez, había asumido fielmente, en sus dos primeros apartados, lo que se estableció en la Declaración núm. 11 del Tratado de Ámsterdam de 1997 y les había añadido ese tercer apartado relativo al diálogo entre la Unión y las confesiones y organizaciones no confesionales.

\* Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad de Málaga.

La mencionada Declaración núm. 11, más allá de que se le reconociese un cierto alcance hermenéutico, se aprobó, como es sabido, con una naturaleza meramente política carente del valor jurídico de las disposiciones propiamente prescriptivas del Tratado, y es igualmente notorio que lo estipulado en el art. I-52 de la Constitución Europea tampoco llegó a formar parte del Derecho originario como estaba previsto, pero en esta ocasión a causa del estrepitoso fracaso de esa empresa constitucional. Así pues, la incorporación al Derecho primario del art. 17 TFUE constituye, en ese aspecto, una auténtica novedad, pues lo que en sí mismo representa una institucionalización del diálogo entre la UE y las confesiones religiosas no había tenido hasta entonces un reflejo estrictamente jurídico en el Derecho de la Unión.

Ello no obstante, ese tipo de diálogo comunitario con las confesiones se había venido de hecho produciendo regularmente, con particular intensidad además desde la presidencia de Jacques Delors, enmarcado en la política general de diálogo con los representantes de los distintos sectores de la sociedad civil, bajo la premisa de que todo el proceso de integración política en Europa debía necesariamente reflejar de algún modo la existencia de unos ciertos rasgos de identidad comunes a las sociedades europeas, unos rasgos cuya detección, por parte de las instituciones comunitarias, se vería extraordinariamente facilitada mediante el contacto y el diálogo con los distintos agentes sociales a escala europea; la propia Comisión reconoció, en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea de 2001, la especial contribución de las confesiones religiosas al proceso de integración europea, ofreciendo así, adicionalmente, un elemento con el que justificar un diálogo especial con estas organizaciones bajo la premisa antes señalada.

Pese a ello, parece indudable que la incorporación al Derecho primario del mandato contemplado en el art. 17.3 TFUE está llamada a tener consecuencias, ahora sí, propiamente jurídicas o, si se quiere, prescriptivas en el ordenamiento de la Unión y, por tanto, requiere de una precisa elucidación del significado y alcance jurídicos de esa norma en el contexto de los principios que rigen la actuación de las instituciones comunitarias en el ejercicio de sus competencias.

En este caso, ese esclarecimiento pasa necesariamente por conocer, en primer lugar, los detalles y el trasfondo del proceso político que desembocó en su día en la aprobación del art. I-52 del nonato texto constitucional europeo, precursor inmediato del vigente art. 17 TFUE, y ello no sólo porque se trate de preceptos de idéntico contenido sino porque además, como se ha hecho notar, el Tratado de Lisboa, por sus características singulares, no constituye el resultado de un único y coherente impulso político sino que es más bien el reflejo plural de una sucesión de múltiples negociaciones, realizadas a lo largo del tiempo en relación con las diversas

normas que son ahora recuperadas y reestructuradas en ese Tratado, lo que supone que muchas de esas disposiciones tengan su origen en distintas etapas del proceso de integración europea y respondan, en consecuencia, a los variados objetivos políticos y a las diferentes técnicas normativas que prevalecieron en cada momento del transcurso de ese proceso de integración<sup>1</sup>. Ello es predicable, indudablemente, del art. 17 TFUE –e incluso también específicamente de sus distintos apartados que, aisladamente considerados, se corresponden en su génesis con momentos diferentes de ese devenir de la integración europea–.

En este sentido, el examen de los trabajos de la Convención sobre el Futuro de Europa a propósito de este tema resulta indudablemente iluminador y, de entrada, permite avanzar ya una idea que queda allí claramente de manifiesto en relación no sólo al apartado tercero sino a todo el contenido del art. 17 y que, además, es expresiva de un fenómeno que pudo ya detectarse previamente durante el proceso de elaboración de la Declaración núm. 11 del Tratado de Ámsterdam: estamos ante una disposición en cuyo trasfondo es abiertamente perceptible la presión ejercida en favor de su aprobación por parte de algunas confesiones religiosas europeas, así como por sus correspondientes avalistas gubernamentales, en satisfacción, en este caso, de sus propios intereses particulares en el proceso de integración europea, y, consecuentemente, se trata de un precepto que traslada a este nivel regional la conocida tensión entre el universalismo, de un lado, y el relativismo o particularismo cultural, de otro, tan característica por otra parte del régimen de protección internacional de los derechos humanos en el que encuentra muchas otras manifestaciones que participan de ese mismo sustrato dialéctico<sup>2</sup>.

En el supuesto del art. 17.1, concretamente las iglesias cristianas europeas, así como los gobiernos sobre los que estas ejercían de hecho una mayor influencia, presionaron decididamente para lograr que el estatuto de las confesiones en los estados miembros permaneciese al margen del efecto homogeneizador propio del Derecho de la Unión en sus distintas facetas, y lo hicieron, además, no sólo por los cauces reglamentariamente establecidos de participación social en la Convención sino también mediante sus tradicionales actuaciones y estrategias de lobby.

Esos estatutos particulares, por lo general, a dichas confesiones religiosas les eran muy beneficiosos dado que los sistemas nacionales de relación Iglesia-Estado

<sup>1</sup> Cfr. P. BERMAN, “From Laeken to Lisbon: The Origins and Negotiation of the Lisbon Treaty”, en A. BIONDI y P. EECKHOUT (Eds.), *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, p. 4.

<sup>2</sup> Me he ocupado ampliamente de este tema en mi libro *El estatuto de las confesiones religiosas en el Derecho de la Unión Europea. Entre el universalismo y la peculiaridad nacional*, Dykinson, Madrid, 2013.

se encontraban entonces, y se siguen encontrando ahora, profundamente condicionados por las respectivas tradiciones históricas y por el mayor arraigo sociológico de esas confesiones en estos países, traduciéndose todo ello, a menudo, en el otorgamiento a la religión mayoritaria o socialmente preponderante de muy notables ventajas y privilegios jurídicos en las legislaciones vernáculas que, de no haberse logrado mantener en cierto modo a salvo del «*ius commune*» europeo, podrían haber colisionado frontalmente con algunos de los principios fundamentales del ordenamiento de la Unión y, entre ellos, significadamente, con el valor de la igualdad y el principio de no discriminación.

Así pues, el art. 17 TFUE puede ser entendido, al cabo, como una verdadera excepción al valor de la igualdad en el seno del ordenamiento de la UE, y, en este sentido, pocas afirmaciones tan reveladoras y cargadas de significado como aquella que, con la mayor perspicacia, postula que esa disposición, en última instancia, no es más que una versión contemporánea del viejo principio «*cuius regio eius religio*»<sup>3</sup>. Esa excepción a la vigencia del valor de la igualdad resulta además tanto más llamativa cuanto que concierne a una materia en la que se ve medularmente implicado el régimen de protección de un derecho fundamental como es el caso de la libertad religiosa, pero lo cierto es que así ha sido concebido y aplicado por lo general aquel precepto en la praxis de las instituciones comunitarias, no sin algunas ostensibles incoherencias, comprensibles sólo a partir de la constatación de que la vigencia de esa norma es en sí misma inevitablemente problemática, pues responde a las aludidas motivaciones políticas, pero jurídicamente, desde un prisma sistemático, se antoja de muy difícil acomodación a la dinámica homogeneizadora inherente al Derecho de la Unión y especialmente a las exigencias dimanantes de su sistema de derechos fundamentales.

El estudio del desarrollo concreto de los trabajos convencionales, de las diversas propuestas e intervenciones que en ellos se produjeron respecto del art. I-52 del proyecto constitucional, confirma, en efecto, toda esta impresión especialmente por lo que se refiere a lo estipulado en el primer apartado del art. 17 TFUE, pero igualmente revela que la regulación aquí del diálogo con las confesiones participa de ese mismo trasfondo y está, por tanto, también condicionada por una similar presión particularista ejercida sobre quienes protagonizaron los trabajos de la Convención<sup>4</sup>;

<sup>3</sup> Cfr. R. McCREA, *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford, 2010, pp. 113-15.

<sup>4</sup> Una minuciosa sistematización y exposición de estos trabajos en lo concerniente a la regulación del diálogo comunitario con las confesiones puede verse en A. M RODRIGUES ARAÚJO, *Iglesias y organizaciones no confesionales en la Unión Europea. El artículo 17 del TFUE*, Pamplona, 2012, pp. 184 y ss. De esta obra tomo en préstamo las referencias a los documentos e intervenciones que aquí se mencionan.

me centraré ahora en este último aspecto que es el que constituye el objeto central del análisis que pretendo llevar a cabo en estas páginas.

En el esquema de trabajo de la Convención estaba prevista la celebración de una sesión plenaria dedicada al llamado Foro de la Sociedad Civil, integrado este por numerosas entidades y organizaciones sociales entre las que se encontraban una serie de confesiones y organizaciones religiosas, pero ya antes de que dicha sesión tuviera lugar, durante su fase preparatoria, desde la misma Convención fue difundido un documento en el que, de manera resumida, se plasmaban las distintas contribuciones que habían sido enviadas a ese Foro a través de los cauces de participación social oficialmente establecidos a esos efectos. El documento se hacía eco de dos de las principales aspiraciones manifestadas por los representantes de las confesiones religiosas en este terreno, a saber, la de que se trasladase al proyecto constitucional el contenido de la Declaración núm. 11 del Tratado de Ámsterdam, de un lado, y la de que fuese también expresamente reconocida de algún modo en esa sede la existencia de un patrimonio religioso y espiritual común y propiamente europeo, de otro; sin embargo, nada decía ese documento preliminar sobre el tema del diálogo de la Unión con las confesiones y sobre su posible institucionalización en el contexto del ordenamiento comunitario.

Pese a esa inicial omisión, lo cierto es que esta cuestión estuvo desde muy temprano presente, de uno u otro modo, en los trabajos convencionales.

Así, en una intervención oral realizada en la primera sesión plenaria de la Convención, un representante del Parlamento Europeo, el Sr. Tajani, incidió en la necesidad de profundizar en la vigencia del principio democrático en la UE y de garantizar una mayor transparencia en la actuación de sus organismos, y sostuvo que ello debía favorecerse, precisamente, fomentando el diálogo institucional con los diversos actores sociales entre los que destacó singularmente a las confesiones y organizaciones religiosas; paralelamente y apelando a la dimensión horizontal del principio de subsidiariedad, este interviniente abogó por un reconocimiento expreso y una valoración positiva por parte de la Unión de la pluralidad de organizaciones y entidades integrantes de la sociedad civil europea y, de entre estas, volvió a mencionar destacadamente a las confesiones religiosas, reclamando especialmente para ellas un explícito reconocimiento comunitario de su relevante papel desempeñado en el seno de la sociedad europea así como de su importante contribución a la formación y desarrollo de los valores basilares de dicha sociedad y, consecuentemente, a su identidad cultural.

Argumentos semejantes en pro de la institucionalización del diálogo con las confesiones fueron esgrimidos con posterioridad, ya durante el transcurso de la se-

sión plenaria consagrada al Foro de la Sociedad Civil, por parte del Sr. Jenkins, perteneciente a la Conferencia de Iglesias Europeas pero que también intervino en representación de las organizaciones filosóficas y no confesionales al haber sido estas últimas ubicadas junto a las confesiones en el mismo grupo de contacto. Este interviniente, por una parte, volvió a poner el acento en la idea de la contribución específica de estas organizaciones a la formación de los valores comunes que constituyen la identidad cultural europea, y, por otra, concibiendo el diálogo general con los agentes sociales como una consecuencia de la profundización en los principios de democracia y transparencia, reclamó un reconocimiento en el ordenamiento de la Unión de la especificidad de las confesiones y organizaciones filosóficas y no confesionales en el marco de ese diálogo general con los representantes de la sociedad civil, no tanto porque con ello se pretendiese lograr una posición privilegiada de estas organizaciones en el Derecho comunitario sino porque, se dijo textualmente, este tipo de organizaciones religiosas o filosóficas y no confesionales se preocupan “por un gran número de temas, intereses y campos de asuntos de relevancia política”, y ello, al parecer, las haría acreedoras a ese especial y distintivo reconocimiento jurídico.

Desde una óptica visiblemente distinta pero igualmente confluyente en la necesidad de articular de manera específica en el Derecho primario un diálogo entre la UE y las confesiones religiosas, ya durante la denominada fase de examen de la Convención un representante del Parlamento francés, concretamente el Sr. Haenel, se mostró partidario de la institucionalización del diálogo con las confesiones en este caso subrayando su dimensión instrumental respecto de la plena garantía comunitaria del ejercicio de la libertad religiosa. A su juicio, el caso europeo difiere sustancialmente de lo acontecido en el sistema norteamericano en el que, estando la libertad religiosa fuertemente arraigada en su tradición jurídica desde los orígenes de la nación, es posible y de hecho se ha establecido un modelo de laicidad en el que las comunidades religiosas y los poderes políticos coexisten separadamente y con una marcada tendencia a ignorarse entre sí; en Europa, sin embargo, a partir de la existencia de muy diversas tradiciones históricas sobre esta materia, profundamente condicionadas en la mayor parte de los países por el influjo de un pasado de confesionalidad estatal y a menudo de falta de libertad religiosa, la consagración de este derecho fundamental ha experimentado una trayectoria mucho más problemática y su plena garantía, actualmente, aconseja un tratamiento jurídico basado en unos rasgos diferentes a los del sistema norteamericano, esto es, un modelo europeo de laicidad en el que la separación entre lo político y lo religioso se vea acompañada de un cierto reconocimiento oficial del factor religioso a través precisamente de la promoción del diálogo y del conocimiento mutuo, todo ello como una forma de

facilitar instrumentalmente ese pleno ejercicio de la libertad religiosa en este otro contexto geográfico en el que históricamente este derecho se ha abierto camino con mayor dificultad.

Estas demandas se vieron provisionalmente satisfechas al presentar el Praesidium, en abril de 2003, su propuesta para el Título de la Constitución dedicado a la vida democrática de la Unión, ya que en el proyecto del que entonces era el art. 37 se incluyó, junto a los dos primeros apartados en los que sustancialmente se reiteraba lo estipulado en la Declaración núm. 11 del Tratado de Ámsterdam, un tercero del siguiente tenor: “la Unión mantendrá un diálogo regular con dichas iglesias y organizaciones, en reconocimiento de su identidad y de su contribución específica”. En el comentario explicativo que acompañaba a la propuesta, el órgano rector de la Convención indicó que ese tercer apartado obedecía a la pretensión de mantener un diálogo institucional con las confesiones y las organizaciones filosóficas y no confesionales del mismo modo que la Unión, en el que en ese momento era el art. 34 del proyecto, estaba asumiendo genéricamente el compromiso de mantener un diálogo con las asociaciones representativas de la sociedad civil; con ello, el Praesidium ponía reveladoramente en relación ambos aspectos e implícitamente reconocía al diálogo con las confesiones el mismo o, al menos, un muy parecido fundamento al atribuido por su parte al diálogo general con los actores de la sociedad civil en el contexto de los objetivos de la Unión.

Esta propuesta normativa fue objeto de diversas enmiendas en las que, amén de otros aspectos, cabe detectar una cierta idea común por lo que concierne al tema concreto del diálogo con las confesiones y organizaciones no confesionales: el tercer apartado del art. 37 del proyecto fue ampliamente considerado innecesario por reiterativo, habida cuenta de que ese tipo de diálogo podía entenderse ya englobado en lo que entonces disponía el art. 34 del proyectado texto constitucional, alusivo este último al principio de democracia participativa y concretamente garante del dialogo general de la Unión con las asociaciones representativas de la sociedad civil. Estas enmiendas se vieron además en cierta manera refrendadas por el hecho de que, desde la propia Convención, se atribuyese a este diálogo especial el mismo fundamento que el conferido al diálogo general del art. 34.

En síntesis, puede destacarse ahora que ese denunciado carácter redundante del art. 37.3 fue considerado, por parte de algunos enmendadores, perfectamente extensible a todo el contenido de ese precepto y no sólo a su apartado tercero, lo que dio origen a que, además de las enmiendas presentadas con el fin de suprimir este último apartado por innecesariamente reiterativo, se formularan también otras directamente orientadas a la supresión de la totalidad de la norma. Asimismo, fueron

también introducidas algunas enmiendas que, desde una óptica en ocasiones parcialmente coincidente, se encaminaron no tanto a la supresión como a la modificación del texto del tercer apartado del art. 37, por unas u otras razones entre las que cabe destacar, por ejemplo, la necesidad de mencionar expresamente que el diálogo con las confesiones no comportará financiación pública alguna por parte de la Unión; la idea de que, pese a estar ya amparado el diálogo con las confesiones por lo dispuesto genéricamente en el art. 34, de optarse por el mantenimiento de una mención específica como la incorporada al art. 37 dicha mención debería en cualquier caso consignar que este diálogo especial habrá de ser no sólo regular sino también abierto y transparente, requisitos ambos vinculados al régimen del diálogo general con las organizaciones de la sociedad civil; o, también, la conveniencia de aludir en el art. 37 sólo al diálogo con las confesiones religiosas, por estimarse que, a diferencia del entablado con las organizaciones filosóficas y no confesionales, aquel no podía entenderse implícitamente incluido en el diálogo general contemplado por el art. 34.

Objeciones de esta índole, asociadas al carácter de uno u otro modo reiterativo de la norma en cuestión, han sido también formuladas en sede doctrinal, incidiéndose de manera similar en el dato de que este último precepto no excluye en modo alguno a las confesiones y organizaciones no confesionales del concepto de las asociaciones representativas de la sociedad civil con las que la Unión se compromete a mantener un diálogo general, e igualmente poniéndose el acento en la relevancia que tiene en este asunto el hecho de que estemos aquí en presencia de una disposición en cuyo trasfondo son perceptibles motivaciones no tanto de orden jurídico y sistemático como, más bien, de carácter político y coyuntural ligadas al propósito de algunas confesiones y organizaciones filoconfesionales —a menudo con el correspondiente respaldo gubernamental— de incorporar al Derecho primario y dotar de naturaleza constitucional a un diálogo y a unas relaciones especiales con la Unión que, oficiosa e informalmente, venían ya teniendo lugar desde hace tiempo<sup>5</sup>.

Finalmente y tras ser debatido ampliamente este tema en la sesión plenaria del 24 de abril, en la que volvieron a aflorar los mismos o muy similares argumentos del cariz de los que acaban de ser reseñados, el Praesidium estuvo en condiciones de presentar a la Convención, el mismo día 24 del mes siguiente, su propuesta de una versión revisada de la Parte I del Tratado constitucional. En esta nueva versión, redactada a la luz tanto del contenido de los debates como de las enmiendas pre-

<sup>5</sup> En este sentido, por ejemplo, E. SOUTO GALVÁN, “El estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales”, en E. ÁLVAREZ CONDE y V. GARRIDO (*Dirs.*), *Comentarios a la Constitución Europea, II. Los derechos y libertades*, Valencia, 2004, pp. 362 y 364.

sentadas y de las contribuciones e informes hechos llegar a la Convención por los cauces reglamentariamente establecidos, el hasta entonces art. 37 pasaba ahora a ser el I-51 del Tratado –finalmente será el I-52– y se veía modificado en su contenido sólo por lo que respecta al tercero de sus apartados, que pasaba a señalar lo que sigue: “la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas Iglesias y Organizaciones, en reconocimiento de su identidad y de su contribución específica”.

Nuevamente, es el comentario explicativo que se adjunta a la propuesta el que aclara el sentido del pequeño cambio introducido en relación con el carácter abierto y transparente del diálogo ahora demandado por la norma, y, así, el órgano rector de la Convención indica a estos efectos que se trata de una adición animada primordialmente por el propósito de dar satisfacción a lo reclamado en una de las enmiendas formuladas en esa línea, tanto como a las pretensiones de algunos intervinientes en los debates convencionales que se habían mostrado singularmente preocupados ante la posibilidad de que ciertas entidades u organizaciones religiosas pudiesen recurrir a ese diálogo para tratar de alcanzar otros fines ajenos a aquellos para los que fue redactada la disposición. Con ello, además, el Praesidium volvía implícitamente a incidir en la idea de que tanto la norma dedicada especialmente al diálogo con las confesiones como la que, por su parte, tiene por objeto el diálogo general con los actores de la sociedad civil, participan ambas en última instancia del mismo fundamento, y ello es así porque la enmienda a la que en el comentario se dice estar dando satisfacción con este cambio es justamente aquella que, suscrita en este caso por los representantes tanto del Gobierno como del Parlamento finlandeses, estaba expresamente basada en el alegado carácter redundante e innecesario del que entonces era el art. 37 en su relación con el art. 34 y postulaba que, no obstante, de optarse por el mantenimiento del primero de ellos en el ordenamiento comunitario, resultaría en todo caso imprescindible requerir explícitamente del diálogo especial con las confesiones las mismas condiciones aplicables al diálogo general con los representantes de la sociedad civil.

Con todo, la nueva versión propuesta por el Praesidium será la que, manteniéndose ya inalterada durante las últimas fases de la Convención, se plasmará en el texto del Tratado constitucional finalmente aprobado y será recuperada más tarde para el Derecho primario, en su estricta literalidad, por la reforma operada en el Tratado de Lisboa, pasando a integrar el contenido del tercer apartado del vigente art. 17 TFUE.

Así las cosas, a la vista del modo en el que devino su proceso de elaboración –o para ser más precisos el de sus antecedentes normativos ahora rescatados en su contenido para el ordenamiento comunitario–, puede ya concluirse, con

carácter general, que la institucionalización del diálogo con las confesiones y organizaciones no confesionales en esa norma participa del mismo fundamento que el que resulta identificable en la disposición genéricamente alusiva al diálogo comunitario con las organizaciones representativas de la sociedad civil, en el marco de la profundización en el principio democrático y en los criterios de transparencia y participación que presiden el ámbito de los objetivos y la actuación de la Unión Europea. La instauración de un precepto especial como el que se contempla en el apartado tercero del art. 17 TFUE, aparentemente orientado a singularizar el diálogo con las organizaciones que en él se mencionan y a dotarlo de unos caracteres propios y distintivos frente a aquel otro diálogo general, responde, en última instancia, a la tensión particularista que se aprecia en el trasfondo de la elaboración de todo ese precepto en oposición a la vocación universalista y homogeneizadora del Derecho de la Unión, y, más concretamente, a la dinámica impuesta por la presión ejercida por algunas confesiones religiosas sobre las instituciones comunitarias para hacer prevalecer sus intereses particulares en este aspecto de la integración europea como así lo hicieron, y con resultados visiblemente exitosos, en relación con el mantenimiento a salvo del «*ius commune*» europeo de los estatutos nacionales de las confesiones religiosas en los diversos estados miembros que se verifica en el primer apartado del art. 17<sup>6</sup>.

A mi modo de ver, bajo este prisma queda sobradamente en evidencia el hecho de que las razones por las que la institucionalización del diálogo con las confesiones religiosas ha merecido ese tratamiento diferenciado no son de orden estrictamente jurídico sino que, antes bien, en un plano sistemático resultan, cuando menos, de dudosa justificación, y posiblemente por ello, como se ha visto, quienes en su momento defendieron esa opción normativa durante los trabajos de la Convención hubieron de acudir a argumentos tan ostensiblemente peregrinos para sustentarla como el de que las confesiones, así como las organizaciones filosóficas y no confesionales, se preocupan por un gran número de temas, intereses y asuntos de relevancia política, a diferencia, al parecer, de otros actores presentes en la sociedad civil.

<sup>6</sup> El fenómeno es claramente perceptible ya desde la aprobación de la Declaración núm. 11 del Tratado de Ámsterdam pues, como se ha destacado, ese texto “parte del interés de las grandes iglesias europeas por el mantenimiento de su situación de privilegio en el régimen interno de los Estados miembros, de modo que desde el inicio del proceso de su incorporación al *Acta Final del Tratado* se entendió que respondía a intereses particulares” (G. SUAREZ PERTIERRA, “Artículo I-52: Estatuto de las iglesias y de las organizaciones no confesionales”, en C. M. BRÚ (*Dir.*), *Exégesis conjunta de los tratados vigentes y constitucional europeos*, Cizur Menor, 2005, p. 198. La cursiva es del autor citado).

## 2. LOS HECHOS QUE DAN LUGAR A LA DECISIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO DE 25 DE ENERO DE 2014

Sea como fuere, lo cierto es que la Comisión ha tenido ya oportunidad de pronunciarse incidentalmente acerca del significado y el alcance de lo previsto en el art. 17.3 TFUE, y ello ha sucedido en relación con los hechos que dieron lugar a la presentación de una queja formal ante el Defensor del Pueblo Europeo (en adelante DPE) precisamente referida a la implementación del diálogo especial consagrado en esa disposición.

Esa queja formal desembocó en la Decisión del Defensor del Pueblo Europeo, de 25 de enero de 2013, en la que, en esencia ahora, el «ombudsman» europeo dio la razón al reclamante y declaró que la Comisión había incurrido en mala praxis («maladministration») al no haber llevado a efecto adecuadamente ese diálogo con arreglo a lo estipulado en el art. 17.3 y, asimismo, emplazó también a la Comisión a que clarificase sus reglas y prácticas en este asunto y a que estableciese e hiciese públicas, si ello fuese necesario, unas directrices indicativas del modo en el que la norma en cuestión habrá de ser aplicada.

Analizaremos seguidamente con un mayor detalle el contenido de esta importante resolución, exponiendo en primer lugar los criterios que, sobre la aplicación del art. 17.3, en su día adoptó aquel órgano rector en el transcurrir del proceso que generó la queja mencionada, unos criterios que se recogen de forma compendiada en el relato de hechos de aquella decisión.

Los hechos en cuestión nos remiten a la propuesta formulada ante la Comisión por la Federación Humanista Europea para la realización de un seminario de diálogo sobre derechos humanos, igualdad y no discriminación, al hilo de las exenciones contempladas en la Directiva 2000/78/CE en favor de las organizaciones religiosas o filosóficas. La propuesta fue formalmente presentada por sus impulsores como una de las concreciones del diálogo institucionalizado en el art. 17.3 TFUE pero fue, sin embargo, rechazada por la Comisión, básicamente amparándose esta en la idea de que el seminario concernía a un tema propiamente religioso o filosófico que estaba excluido por tanto del ámbito de esa disposición especial; para este órgano directivo, de un lado, la Unión Europea carece de competencia en asuntos estrictamente religiosos o filosóficos, y, de otro, el art. 17.3 demanda el establecimiento de reuniones o encuentros de diálogo entre las instituciones comunitarias y las confesiones u organizaciones filosóficas, pero en ningún caso requiere que la Unión entable con esos grupos discusiones o debates sobre asuntos propiamente filosóficos o religiosos, de manera que, al cabo, el único diálogo con las confesiones y organizaciones no confe-

sionales exigido por esa norma es aquel que tenga por objeto a las distintas iniciativas políticas de la Comisión adoptadas en materias de competencia comunitaria tales como, por ejemplo, las referidas a la gobernanza económica y financiera, la energía o el medio ambiente:

“In terms of the parameters for choosing the topics of dialogue seminars, the Commission again states that the Treaty mentions in Article 17 (3) a dialogue with churches, religious communities, and philosophical and non-confessional organisations, and not a dialogue about religion and philosophy. The approach of the Commission has therefore been to address EU policy matters, rather than philosophical or religious ones. This approach seems relevant also with a view to the possible impact that this dialogue may have on EU policy making, it says.”

El problema de esta argumentación, en última instancia, no está tanto en la fijación aquí del criterio general a tener en cuenta a la hora de aplicar el 17.3 que, en principio, sin gran dificultad, cabe entender ajustado al tenor del precepto en tanto que concierne al diálogo relativo únicamente a aquellas materias de interés comunitario, entendiendo por tales todas aquellas cuestiones de alcance general o de amplio espectro y vinculadas al proceso de integración europea desde la perspectiva de las políticas legislativas adoptadas por la Unión en áreas de su competencia:

“In response to the Ombudsman’s question as to whether the proposed topic for the dialogue seminar falls within the powers and functions of the Commission, the Commission states that the complainant explained that, as part of the topic ‘Competing Rights Issues in Europe’, it wished to discuss “problems that arise in defining the application of religious exemptions from the EU’s directive 2000/78/EC on employment”. The Commission argues that it did not claim that the Directive does not fall under EU competence. However, it requested the complainant to reconsider its proposal for two reasons. First, dialogue seminars are meant to address wider issues, for example, combating poverty and social exclusion, youth and education (as the right response to the crisis), the reform of the labour market in Europe, or the impact of immigration in European school systems. The Commission requested the complainant to make a contribution to the European cause by choosing a topic of this nature. [...] In response to the Ombudsman’s question regarding the complainant’s argument that the dialogue under Article 17(3) cannot be confined to subjects which the Commission is willing to discuss, otherwise it must be futile, the Commission explains that it is its understanding that the dialogue takes place on issues that are of wider common interest. On that basis, the Commission is open to proposals from its religious or philosophical and non-confessional interlocutors and has taken up their proposals in the past.

El problema ni siquiera reside en la eventual condición impuesta, siempre dentro de ese criterio general, al ámbito efectivo de ese diálogo, en el sentido de que habrá de versar necesariamente, por razones prácticas y de limitación presupuestaria,

sobre materias que podríamos considerar no sólo de amplio espectro sino, también, de carácter central o prioritario en el contexto del proceso de integración europea:

“Given the limited administrative capacity and means available to organise its dialogue seminars, the Commission has insisted with all dialogue partners that the reduced number of meetings that can take place each year should concentrate on topics of main priorities of the Commission’s policy agenda. This condition has been upheld with all dialogue partners on an equal footing and without any discrimination, be they religious communities or philosophical and non-confessional organisations. According to the Commission, until now, all partners have understood its rationale and accepted this general condition.”

Si la Comisión se hubiese limitado a fijar este doble criterio que demanda, de una parte, que el diálogo tenga por objeto temas más amplios y de un alcance más general en el contexto de las políticas comunitarias y de los objetivos de la Unión, y, de otra, que además, de entre esos temas, el diálogo se circunscriba a aquellos a los que pueda atribuirse un cierto carácter medular o prioritario en ese referido contexto, la determinación de que el concreto seminario propuesto en esta ocasión resulta inadmisibles por no atenerse a esos requisitos habría podido verificarse sin mayores dificultades y seguramente en el plano teórico sería mucho menos objetable, pues acaso podría en tal supuesto discutirse a lo sumo el carácter más o menos amplio del tema efectivamente sugerido o su naturaleza en algún sentido prioritaria en el marco de las políticas de la Unión, pero en principio nada más allá de esto.

Sin embargo, lo que resulta algo desconcertante es que la Comisión no se quede ahí y, de manera visiblemente forzada, apoye también su decisión en el dato de que, desde su punto de vista, el seminario en cuestión tiene por objeto un tema que se dice ajeno al ámbito de competencia de las instituciones comunitarias por ser más bien de carácter estrictamente filosófico o religioso.

A mi modo de ver, esta argumentación es manifiestamente equivocada en su interpretación de lo que, frente a lo que sostiene la Comisión, constituye propiamente un debate sobre la libertad y la igualdad religiosas en su relación con el contenido de una concreta Directiva, es decir, un debate sobre ciertas implicaciones jurídico-comunitarias del régimen de un derecho fundamental que como tal forma parte del ordenamiento de la Unión y está explícitamente reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales y, consecuentemente, representa uno de los principios basilares de dicho ordenamiento que en modo alguno puede decirse ajeno a la esfera de las políticas y los objetivos de la UE; en este sentido, se antoja ciertamente inadecuado estimar que lo que es a todas luces un debate político o jurídico sobre un asunto de indudable competencia comunitaria como el que acaba de referirse constituye por el contrario un debate sobre la filosofía o la religión, o sobre asuntos de naturaleza

estrictamente filosófica o religiosa que, por ello, se situaría al margen del ámbito de intereses y competencias comunitarias, y de hecho, como se verá, el DPE ha puesto en entredicho este criterio y ha avalado los argumentos expuestos sobre este aspecto por el reclamante en la réplica de este al inicial rechazo de su propuesta por parte de la Comisión.

Así pues, el principal problema que plantea la argumentación avanzada aquí por la Comisión para fundamentar su rechazo de la propuesta que nos ocupa no es, en rigor, el de la fijación del criterio al que habrán de ajustarse las iniciativas que se presenten al amparo de lo dispuesto en el art. 17.3 TFUE, pues, en principio, en este terreno las instituciones comunitarias, siempre dentro del sentido general que cabe conceder a esa norma, gozan de un cierto margen de libertad a la hora de concretar los cauces por los que habrá de discurrir ese diálogo y las condiciones que este habrá de satisfacer; parece además razonable pensar que ese margen aquí se ensancha justo en la medida en la que, como se ha subrayado, estamos ante una disposición en cuyo trasfondo se detectan motivaciones no tanto de orden jurídico o sistemático derivadas de su inserción en el Derecho de la Unión como, más bien, de orden político o coyuntural y ligadas a la presión ejercida por algunas confesiones sobre las instituciones comunitarias en satisfacción de sus propios intereses particulares.

El verdadero «*punctum dolens*» del planteamiento que realiza la Comisión para justificar su decisión estriba en el hecho de que, un vez fijado aquel criterio de interpretación del art. 17.3 TFUE, ese criterio será ulteriormente aplicado a este caso de un modo deficiente si es que no directamente errado, en los términos que acaban de explicitarse.

Con todo, no deja de ser revelador que la Comisión, que de manera tan inopinada introduce en su razonamiento esa apelación al carácter religioso o filosófico del objeto del diálogo propuesto con las consecuencias ya descritas, aluda asimismo, también con el propósito de fundamentar su rechazo de esta concreta iniciativa, a la peculiar cláusula de respecto comunitario al estatuto nacional de las confesiones religiosas y de las organizaciones no confesionales que se contempla en los apartados 1 y 2 del art. 17 TFUE. Así en efecto, si la primera de las razones por las que este órgano rector instó a los proponentes a que modificasen su planteamiento se relacionaba con el carácter al parecer demasiado específico del tema objeto del seminario, la segunda de ellas directamente nos remite a lo estipulado en esas dos mencionadas disposiciones:

“[...] the Commission refers to Articles 17 (1) and (2) TFEU, according to which the Union respects and does not prejudice the status under national law of churches, religious associations or communities, and philosophical and non-confessional organi-

sations. These are competences of national authorities on the basis of their respective constitutions and legal systems and their diverse cultural traditions. The Commission respects this autonomy and diversity and strives to respect the principle of subsidiarity. In its view, therefore, a discussion on “problems that arise in defining the application of religious exemptions from the EU’s directive 2000/78/EC on employment” concerns issues which may potentially arise in the implementation of EU law into national law and would go beyond the spirit of Article 17 (1) and (2).”

A la vista de esta justificación adicional, quizás ya no resulte tan desconcertante la deficiente aplicación del criterio interpretativo previamente demarcado ni la extraña y tan palpablemente forzada valoración de la naturaleza del diálogo propuesto, de la que esa discutible aplicación trae causa eficiente; es más, lo cierto es que ambas resultan ahora más fácilmente comprensibles en el contexto, no tanto jurídico como político, que caracteriza al proceso que dio origen a la aprobación del art. 17, y, en este sentido, resulta especialmente significativo el abierto reconocimiento, por parte de la Comisión, de que ha tenido aquí en cuenta lo estipulado en los dos primeros apartados de esa norma.

Desde una óptica jurídica, sencillamente no se sostiene la idea de que el diálogo sobre uno de los aspectos en los que se concreta el régimen de la libertad religiosa, así como sobre el valor de la igualdad en el ordenamiento comunitario, debe ser concebido como un diálogo sobre un asunto estrictamente religioso o filosófico; sin embargo, desde una perspectiva política, conectada con la tensión particularista a que se ha visto sometido en esta materia, como en otras, el Derecho de la Unión y con la consiguiente necesidad de dar satisfacción a las pretensiones e intereses propios de algunas confesiones religiosas y de sus avalistas gubernamentales en el proceso de integración europea, aquella tan dudosa idea puede ciertamente ser al menos explicada como una forma de intentar no poner en riesgo, en modo alguno, el compromiso alcanzado a propósito de la preservación del estatuto de las confesiones en las legislaciones nacionales a salvo del efecto homogeneizador del «*ius commune*» europeo, incluso en lo referente a los principios basilares sobre los que se sustenta este último y por supuesto al llamado sistema europeo de derechos fundamentales.

No sólo la apelación a lo establecido en los apartados 1 y 2 del art. 17 sino, también, el modo concreto en el que tal apelación se produce, constituyen ambos poderosos indicios de que esto podría ser así en gran medida. Se diría que la Comisión, consciente en el fondo de que el tema del seminario propuesto atañe al estatuto de la libertad religiosa y por tanto a uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión, pero, al mismo tiempo, no menos consciente de lo que representa el singular contenido del art. 17 en sus dos primeros apartados, trató de dar satisfac-

ción a lo estipulado en este último precepto y no halló otro modo de hacerlo salvo el de recurrir al peculiar argumento de que el objeto del debate propuesto no giraba en torno al régimen de un derecho fundamental sino que era, más bien, un tema religioso o filosófico ajeno a las competencias de la UE.

La tensión dialéctica entre el universalismo y el particularismo que se aprecia en el trasfondo de esa norma se percibe aquí de un modo especialmente notorio pues, si bien se mira, dado el significado que cabe atribuir al art. 17 TFUE, en principio hubiese bastado una apelación a sus dos primeros apartados para fundamentar el rechazo del seminario propuesto en tanto que centrado este en un tema que podría decirse atinente al estatuto nacional de las confesiones religiosas, y, con ello, habría quedado suficientemente justificada en el plano jurídico esa decisión sin necesidad de acudir a otro tipo de razonamientos como el relativo al carácter supuestamente religioso o filosófico del seminario propuesto, pero el hecho de que la Comisión se sienta en la obligación de proporcionar algún otro argumento adicional con el aparente propósito de reforzar los motivos en que se basa su decisión y no haya encontrado otro mejor que el que acaba de señalarse, cuando menos de tan dudosa corrección, induce a pensar que, en el fondo, el órgano directivo no termina de sentirse cómodo con la presencia de una disposición como ese art. 17 que consagra una tan llamativa excepción a la vigencia del valor de la igualdad en materia de libertad religiosa y, por tanto, resulta tan inarmónica respecto de lo establecido en el supuesto de los restantes derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario.

Podrá tal vez argüirse que esto es sólo una impresión subjetiva por mi parte, pero lo cierto es que esta percepción se ve respaldada por lo que en otras ocasiones ha acontecido en la praxis de las instituciones comunitarias al hilo de lo estipulado en el art. 17 TFUE, en determinados casos en los que también cabe detectar esa misma tensión dialéctica subyacente y acaso también esa misma incomodidad de los organismos comunitarios a la hora de aplicar una norma de esa naturaleza, dando lugar a similares inconsistencias en los razonamientos empleados por los entes de la Unión para fundamentar sus decisiones.

Así, por ejemplo, en el marco de un procedimiento de infracción iniciado contra las autoridades españolas a propósito del régimen especial de tributación del IVA aplicable en nuestro país a la Iglesia católica sobre la base de lo establecido en el correspondiente régimen concordatario, en respuesta a la pregunta de un eurodiputado acerca del posible carácter discriminatorio de ese régimen especial respecto del aplicable a otras confesiones en España, la Comisión señaló que no iba a entrar en ese tema dado que la financiación de los cultos religiosos era competencia exclusiva de los estados miembros precisamente a raíz de lo estipulado entonces en la Decla-

ración núm. 11 del Tratado de Ámsterdam, y, sin embargo, paradójicamente, ello no fue óbice para que, a renglón seguido, esa institución comunitaria mantuviese su impugnación de aquel especial estatuto fiscal sobre el IVA por considerarlo contrario a la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, pese a que ese régimen especial difícilmente podía no ser concebido también como parte integrante de “la financiación de los cultos” en España que la propia Comisión dijo ser de exclusiva competencia de las autoridades nacionales<sup>7</sup>.

En supuestos como este, incluyendo el que ahora más directamente nos ocupa a propósito de la implementación del diálogo comunitario con las confesiones, la impresión es siempre la misma: las incoherencias y los desajustes que, desde una perspectiva sistemática, se llegan a apreciar en la praxis de las instituciones de la Unión parecen responder a la enorme dificultad de hacer compatible lo estipulado en los dos primeros apartados del art. 17 con el concepto mismo de la existencia de un «*ius commune europeo*», así como con sus concreciones normativas especialmente en materia de derechos fundamentales en el ordenamiento de la UE. Dicho de otro modo, el problema de fondo aparenta ser aquí el de la presencia misma de un precepto como ese en el Derecho de la Unión, una presencia que resulta por sí misma profundamente perturbadora en tanto que se trata de una norma que consagra una llamativa excepción al valor de la igualdad en materia de libertad religiosa en ese ordenamiento supranacional y que, como no es sencillo ocultar, en última instancia choca frontalmente con la idea de la existencia de un sistema común de derechos y libertades concebido como uno de los principios fundamentales de la Unión y, más ampliamente, se opone también a la general dinámica homogeneizadora derivada de la primacía del Derecho de la UE en materias de competencia e interés comunitarios. Es de tal magnitud el efecto distorsionador que produce la vigencia de la referida disposición que, en ocasiones, las instituciones comunitarias no parecen haber sido capaces de argumentar sus decisiones sin incurrir en ciertas incoherencias sistemáticas como las que se han apuntado, y precisamente por esta razón acaso esas incoherencias deban ser achacadas, en primer lugar, a la propia vigencia del art. 17 que, debido a su peculiar contenido, inevitablemente aboca a este tipo de resultados anómalos.

Es más, el caso que da origen a la decisión del DPE que estoy glosando confirma toda esta impresión de una manera particularmente notable, pues concierne a la propuesta de creación de un seminario de diálogo sobre el alcance de las exenciones

<sup>7</sup> Sobre este tema puede verse, más ampliamente, M. A. FÉLIX, *Derecho comunitario e Iglesia católica*, Madrid, Dykinson, 2008.

contempladas en favor de las organizaciones religiosas o filosóficas en la Directiva 2000/78/CE, y, precisamente, esta norma nos brinda uno de los mejores ejemplos de la que estimo irreductible incompatibilidad entre lo estipulado en el art. 17 TFUE y la afirmación de un sistema común de derechos fundamentales en la Unión Europea basado, entre otros, en el valor de la igualdad.

Esta Directiva tiene por objeto la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y se orienta a la prevención frente a las discriminaciones motivadas, entre otros aspectos, por la religión o las convicciones del trabajador, de manera que en principio se trata de una disposición que proyecta, en este particular ámbito objetivo, la vigencia del valor de la igualdad que constituye uno de los pilares del sistema europeo de derechos fundamentales y por tanto refleja uno de los principios basilares de la Unión.

Pues bien, en su Exposición de Motivos, la Directiva alude expresamente a lo estipulado en la Declaración núm. 11 del Tratado de Ámsterdam, a los efectos de proclamar justificadas determinadas discriminaciones eventualmente contempladas por las legislaciones nacionales y fundadas precisamente en la religión o las convicciones del trabajador, y así, teniendo en cuenta que esa Declaración implicaba entonces —como lo hace hoy el art. 17 TFUE— una genérica e incondicionada cláusula de respeto comunitario al estatuto nacional de las confesiones religiosas, pudiera inicialmente parecer que a renglón seguido la Directiva va a amparar en su texto articulado, también genérica e incondicionadamente, cualquier tipo de discriminación de esa naturaleza que pudiera derivarse del estatuto de las confesiones religiosas instaurado en cada uno de los estados miembros —e incluso la existencia de regímenes distintos sobre este asunto dentro de un mismo ordenamiento nacional en función de que se trate de una u otra confesión—, y sin embargo esto no es así en absoluto. De hecho, lo que por el contrario hace la Directiva, a propósito de los requisitos profesionales que pueden legítimamente exigírsele al trabajador perteneciente a una de las llamadas organizaciones ideológicas o de tendencia (entre ellas, las confesiones religiosas), es someter en todo caso la ley nacional al cumplimiento de unos requisitos generales que, por un lado, se reputan comunes a todos los estados miembros y, por otro, como es natural, resultan también aplicables internamente en cada país de manera homogénea, esto es, sin distinciones en razón de que se trate de una u otra confesión y de las diferencias que sobre este punto pudieran eventualmente apreciarse en el estatuto nacional de las diversas confesiones.

Así en efecto, la Directiva 2000/78/CE, en su art. 4.2, determina la validez en el ordenamiento comunitario sólo de aquellas disposiciones estatales en cuya virtud, “en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones pú-

blicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrán justificar una discriminación basada en otro motivo. Siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización”.

De este modo, no parece desacertado postular que el art. 4.2 de la Directiva en el que, en presunta consonancia con lo anticipado en la Exposición de Motivos a propósito de la Declaración núm. 11, aparentemente se consagran determinadas exenciones o, quizás mejor, excepciones al régimen antidiscriminatorio en materia laboral aplicables a las confesiones religiosas, admite ser contemplado, más bien, como un elemento delimitador del ámbito de amparo del derecho fundamental a la libertad religiosa en este caso en su vertiente asociativa, en el sentido de que con dichas supuestas exenciones no se hace sino demarcar la esfera de tutela que corresponde al derecho de asociación en materia religiosa –e ideológica– y que implica, en el caso de las llamadas asociaciones ideológicas o de tendencia, la garantía de su plena libertad de autodeterminación ideológica y religiosa y la consiguiente preservación en todo caso de su ideario o carácter propio en el marco de las relaciones laborales con el personal a su servicio, siempre que tales relaciones afecten de una u otra forma a la integridad de ese código ideológico de la entidad.

Desde esta perspectiva, no estaríamos aquí en presencia propiamente de excepciones a la vigencia del valor de la igualdad como seguramente sí ocurriría si la norma comunitaria admitiese, pongamos por caso, las eventuales discriminaciones presentes en las legislaciones domésticas y basadas en la ideología del trabajador pero concernientes a actividades profesionales totalmente ajenas por sus características a la ética de la entidad, o si, por poner otro ejemplo, la Directiva amparase la existencia en los estados miembros de unas condiciones distintas sobre este aspecto aplicables a una u otra confesión. Desde un prisma sistemático, a la luz de las exigencias deri-

vadas del régimen de los derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión y especialmente de la presencia en dicho régimen del principio de igualdad, cualquiera de estas dos hipótesis sólo podría estar fundamentada, en efecto, en el general e incondicionado respeto al estatuto nacional de las confesiones religiosas entonces consagrado en la precitada Declaración núm. 11, pero dado que la Directiva que nos ocupa no ha contemplado esos supuestos ni ningún otro semejante, y se ha limitado a instaurar, por el contrario, unos requisitos que indefectiblemente han de observar las legislaciones de los estados miembros en esta materia y que prevalecen frente a lo que, ocasionalmente, pudiesen establecer dichas legislaciones vernáculas sobre este aspecto en el marco del estatuto conferido en ellas a una u otra confesión religiosa, lo cierto es que la apelación a la Declaración núm. 11 en la Exposición de Motivos de la Directiva se antoja profundamente inadecuada si es que no directamente contraria al contenido preceptivo de esta norma comunitaria: las exigencias que establece la Directiva en su art. 4.2 (a propósito de la naturaleza y contexto de las actividades, de la legitimidad y justificación de los requisitos profesionales respecto de la ética de la entidad, etc.), que en tanto que exigencias comunes están también ligadas al valor de la igualdad, se proyectan sobre las legislaciones de los estados miembros sin excepción y, consecuentemente, tampoco aquí se verifica el respeto incondicionado al estatuto nacional de las confesiones que parecería desprenderse de aquella apelación a la Declaración núm. 11.

Nuevamente, como ya aconteció en el antes reseñado caso del régimen tributario especial aplicable a la Iglesia católica en nuestro país, la idea de que el estatuto nacional de las confesiones religiosas queda al margen del Derecho de la Unión y de sus elementales exigencias de homogeneidad, merced a lo establecido en el art. 17 TFUE, queda desmentida en la práctica y cede irremisiblemente en estos supuestos ante la evidencia de que las instituciones comunitarias, y en ocasiones el propio Derecho de la Unión, no se atienen en absoluto a esa premisa e imponen por el contrario un régimen común, esto es, comunitario, que se superpone incondicionalmente al referido estatuto nacional de las confesiones que paradójicamente el art. 17 dice respetar y no prejuzgar. El dato evidente de que esta última norma ha sido promulgada por razones puramente políticas ligadas a la presión ejercida por algunas confesiones religiosas y por sus avalistas gubernamentales en favor de sus intereses particulares, y por tanto constituye en cierto modo una anomalía sistemática si se pone en relación con la vigencia de un verdadero sistema común de derechos fundamentales en el seno de la Unión, tiene también una clara repercusión en el tema que nos ocupa y está, a mi modo de ver, en el origen de las inconsistencias que he señalado en el criterio adoptado por los organismos comunitarios sobre este asunto.

### 3. LA DECISIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO DE 25 DE ENERO DE 2014

Hechas todas estas consideraciones, veamos a continuación cuáles son las principales conclusiones alcanzadas por el Defensor del Pueblo Europeo en su Decisión de 25 de enero de 2013, emitida a propósito de la adecuada implementación del diálogo regulado en el art. 17 TFUE.

En primer lugar, partiendo del criterio general que ya había avanzado el DPE en anterior ocasión, en el sentido de que las instituciones de la Unión gozan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar el modo en el que se habrán de llevar a efecto los mecanismos de participación democrática articulados en los tratados -entre los que se cuenta el previsto en el art. 17.3 TFUE-<sup>8</sup>, el «ombudsman» europeo indica que la referencia al carácter regular del diálogo demandado por la norma debe ser interpretada en un sentido amplio, que no requiere a estos efectos de una exacta correlación cuantitativa entre las organizaciones religiosas y las no confesionales:

“As far as a regular dialogue is concerned, the Ombudsman notes that evidence, such as that put forward by the complainant, of more meetings with churches and religious organisations and communities is not in itself evidence of a problem. He notes that there is nothing in Article 17 TFEU which implies that a precise balance must be struck between the different groups. The Ombudsman indeed is of the view that a formalistic approach, which would seek to strike a precise balance would be inappropriate and indeed impossible given the nature of the subject matter. This notwithstanding, if an analysis of the series of meetings were to indicate that the Commission’s approach is manifestly disproportionate, there could be a cause for concern.”

En estrecha relación con este aspecto y ante la concreta alegación de que el tema sugerido como objeto del seminario ya había sido antes aceptado como válido por la Comisión cuando fue propuesto similarmente por determinadas confesiones religiosas, lo que a juicio del reclamante constituiría un tratamiento discriminatorio al ser rechazado el mismo tema ahora propuesto por una organización no religiosa, el DPE, pese a desestimar ese alegato por considerar que en el supuesto contem-

<sup>8</sup> “The Ombudsman went on to underline that the precise manner by which participatory democracy is made effective in any given circumstance will depend upon the specific nature of the Union action in question. It also involves determining when and how participation is appropriate in a particular process. The Ombudsman further pointed out that the EU institutions necessarily have a margin of discretion when deciding upon the precise manner in which participatory democracy is made effective. However, they should always ensure that they can justify objectively how they have exercised that margin of discretion”.

plado no existía una estricta identidad entre los temas planteados en una y otra ocasión, sienta no obstante algunas pautas relevantes acerca del modo en el que, a su entender, ha de hacerse compatible el margen de discrecionalidad del que gozan las autoridades comunitarias con el principio de la no discriminación en este terreno, unas pautas que, en esencia, implican la necesidad de que en efecto exista esa referida estricta identidad entre los temas propuestos y de que, además, la práctica supuestamente discriminatoria sea detectable a lo largo de un cierto período de tiempo en la actividad de las instituciones comunitarias y no se colija únicamente de la comparación entre dos casos aislados, como así acontece en el supuesto que da origen a esta decisión:

“The Ombudsman agrees that the Commission should always ensure that it exercises its margin of discretion in a manner which is non-discriminatory. The Ombudsman notes, first, that the topics proposed for the two dialogue seminars were not strictly identical. Second, the Ombudsman notes that, absent a manifest error of judgment by the Commission, it is not possible to take a position on whether the Commission discriminates in favour of churches on the basis of a comparison involving only two proposals for a dialogue seminar. A view as regards whether such discrimination exists could normally only be taken after examining the Commission’s practice over a sufficiently long period of time”.

Asimismo, respecto a la nota de la transparencia que también se predica del diálogo institucional demandado por la norma y ante la queja ocasionalmente expresada acerca de la falta de unas actas más detalladas reflejando pormenorizadamente el contenido de este tipo de actividades y seminarios de diálogo, el DPE adopta un criterio también amplio en el entendimiento de aquella característica, apoyándose expresamente en la idea de que lo que reclaman sobre este punto los principios de la buena administración no es sino que se tomen unas notas suficientemente detalladas del contenido de esas reuniones, siempre en relación con la naturaleza de la actuación comunitaria en cuestión, una exigencia que en este tipo de seminarios de diálogo se verá satisfecha si, al menos, se hace público un documento dando cuenta siquiera sucintamente del tema tratado, de los intervinientes y del contenido general de la reunión:

“The Ombudsman’s view is that the Commission has an obligation in certain areas, notably where it exercises investigative and regulatory powers, to take sufficiently detailed notes. However, for meetings of a more general nature, relating to the task of maintaining an open dialogue with civil society, the Ombudsman’s view is that extensive formal note taking is not necessary in order for the institution to comply with its obligations in terms of good administrative behaviour. In such cases, it should be sufficient for the institution to note the subject matter, the participants, and to give

an account of the general content of the meeting. Placing relevant speeches on the Commission's website, like the Commission did in response to a request from the complainant, constitutes another appropriate means of ensuring transparency.”

Por otra parte, la idea del margen de apreciación de que gozan las instituciones comunitarias en este ámbito vuelve a emerger cuando el DPE se enfrenta al criterio, utilizado por la Comisión para rechazar el seminario inicialmente propuesto, en cuya virtud el diálogo institucional contemplado por la norma habrá de versar necesariamente sobre asuntos generales y de más amplio alcance tales como la reforma del mercado laboral en Europa, el impacto de la inmigración en los sistemas educativos europeos, la lucha contra la pobreza y la exclusión social u otros de semejante naturaleza, asuntos que además habrán de tener un engarce con alguna de las principales prioridades de la agenda política y legislativa de la Unión. A este respecto, la Comisión había establecido previamente que las instituciones comunitarias disponen de un margen de discrecionalidad a la hora de determinar lo que deba entenderse por un asunto relevante en el seno de esa agenda europea, y esta tesis es ahora respaldada expresamente por el DPE en su decisión. Paralelamente, se ven también aquí avaladas las pautas que en este terreno había instaurado la Comisión, según las cuales, por ejemplo, los temas objeto del diálogo se centrarán exclusivamente en la esfera de las iniciativas políticas comunitarias, habrán de reflejar aspectos de un amplio interés común en el seno de la Unión, o, también, deberán girar en torno a los asuntos considerados de la mayor prioridad en el marco de la agenda europea. Todas estas pautas son ahora refrendadas y consideradas conformes al sentido del art. 17.3 TFUE:

“The Ombudsman's view is that this approach reflects a more general, and laudable, policy that dialogue conducted by the Commission with civil society should serve as a basis for the institution to collect information and integrate in its reflections various points of view concerning the political priorities on the agenda. Each of the four criteria outlined under (i) to (iv) above can be interpreted as the Commission's attempt to ensure that the dialogue it conducts, also under Article 17 TFEU, can feed into the elaboration and implementation of the policy priorities and actions envisaged by the Commission<sup>9</sup>.”

<sup>9</sup> “The Commission explains its policy as far as dialogue seminars under Article 17 TFEU are concerned, as follows (emphasis added by the Ombudsman): (i) dialogue meetings focus exclusively on Commission policy initiatives; (ii) the reduced number of meetings that can take place each year should concentrate on topics of main priorities of the Commission's policy agenda — this condition has been upheld with all dialogue partners on an equal footing and without any discrimination, be they religious communities or philosophical and non-confessional organisations; (iii) the approach has been to address EU policy matters rather than philosophical or religious ones; (iv) dialogue seminars should aim to address issues that are of wider common interest”.

Sin perjuicio de lo que acaba de señalarse y como una mera recomendación encaminada a facilitar una más efectiva implementación del diálogo institucional consagrado en el art. 17 TFUE, el DPE sugiere la conveniencia de fijar por adelantado y hacer públicos por parte de las instituciones comunitarias, al comienzo de cada año, los temas considerados en ese momento prioritarios en la agenda europea a los efectos de su posible consideración como objeto de este tipo de iniciativas, al tiempo que recuerda la posibilidad de efectuar el diálogo eventualmente pretendido sobre otro tipo de temas por los cauces previstos en las disposiciones generales concernientes al diálogo de la UE con las organizaciones representativas de la sociedad civil:

“While this approach is not, in and of itself, in any way problematic [se refiere a las pautas que acaban de señalarse], the Ombudsman’s view is that it might be helpful, at the start of each year, for the Commission to outline its priority topics for discussion in dialogue seminars for the year in question. The Ombudsman notes that the more general provision for dialogue with representative organisations and civil society, under Article 11 TEU, could then be used to enable organisations, such as the complainant, to discuss other issues that the Commission does not deem a priority for discussion in the context of dialogue seminars.”

Sentadas todas estas premisas y teniendo en cuenta que la Comisión, en su respuesta al requerimiento inicial del DPE, sintomáticamente ha renunciado a mantener el más que dudoso criterio de que el seminario propuesto versaba sobre un tema estrictamente filosófico o religioso ajeno por tanto al ámbito del art. 17.3 –lo que más que una aclaración como se indica en la Decisión, constituye, a mi entender, una rectificación en toda regla a la vista del modo en el que originalmente se expresó dicho criterio por parte de aquel órgano rector<sup>10</sup>, el «ombudsman» europeo entra asimismo a valorar el argumento de que la aceptación de un seminario de diálogo sobre las exenciones religiosas contempladas en la Directiva 2000/78 sería contraria, cuando menos, al espíritu de lo estipulado en los apartados 1 y 2 del art. 17 TFUE, un argumento en el que, como se ha visto, también se apoyó inicialmente la Comisión para fundamentar su rechazo a la iniciativa de diálogo propuesta.

A este respecto el DPE, de manera aparentemente deliberada, evita pronunciarse sobre el problema de fondo más espinoso que plantea esa argumentación, alusivo al carácter a mi juicio irremediabilmente inarmónico de aquellos dos apartados en su relación con algunos de los principios fundamentales del Derecho de la Unión

<sup>10</sup> “With regard to the complainant’s argument, according to which the Commission erred by saying that the subject the complainant proposed lies outside the powers and functions of the Commission, the Commission argues that it did not claim that the Directive falls outside the competences of the EU. The Ombudsman accepts this clarification, which is self-evidently correct”.

y, específicamente, con las normas que consagran el reconocimiento de la libertad religiosa en plano de igualdad; la forma de sortear ese escollo, una forma acaso un tanto extemporánea, consiste en limitarse a subrayar los beneficios del diálogo, en abstracto, y su carácter esencialmente distinto al de las normas jurídicas, de manera que las consecuencias de aquel se desenvuelven en un terreno ajeno al de la eficacia de estas, no pudiendo consecuentemente ambos aspectos situarse en un mismo plano, y así, según ello, el mero diálogo sobre uno de los temas en los que se ve implicado el estatuto nacional de las confesiones no podría nunca, por sí mismo, entrar en colisión con lo estipulado en el art. 17 TFUE en sus apartados 1 y 2:

“It is the Ombudsman’s considered opinion that, except in the most extreme cases, open dialogue is positive. It is furthermore his view that, unless the Commission were to demonstrate that a particular dialogue would be contrary to the Union’s core values, as set out in Article 2 TEU, the Commission is free to engage in an open and frank discussion. Conducting a dialogue on an issue dealt with in existing legislation cannot but constitute constructive action. In particular, it cannot, in itself, call into question “the status under national law of churches, religious associations or communities, and philosophical and non-confessional organisations””.

La conclusión final a la que de manera en apariencia lógica conduce este planteamiento de base, en la tesis del DPE, es la que sigue:

“In this respect, the Ombudsman finds that the Commission was wrong to argue that, by engaging in the dialogue proposed by the complainant, it would go beyond the “spirit” of Article 17 (1) and (2) TFEU. By rejecting the complainant’s proposal for a dialogue seminar, on the grounds that this would go beyond the spirit of Article 17 (1) and (2) TFEU, the Commission failed to implement Article 17(3) TFEU properly. This constitutes an instance of maladministration”<sup>11</sup>.

En definitiva, esta suerte de apelación genérica a las bondades del diálogo, que como tal seguramente todos podamos compartir, no sólo deja sin respuesta a la principal cuestión de fondo que también en este terreno plantea la presencia en el Derecho de la Unión de un precepto como el art. 17 TFUE sino que, precisamente por ello, a mi juicio vuelve a dejar al descubierto algunas notables inconsistencias detectables en la argumentación en este caso del «ombudsman» europeo: acaso la más palmaria sea la que representa la afirmación de que el diálogo, por sí mismo, no puede ser contrario no ya a la letra sino incluso al espíritu del art. 17, pues, si bien

<sup>11</sup> Adicionalmente, tal y como quedó ya anticipado en páginas precedentes, el DPE realiza la siguiente recomendación dirigida al órgano rector cuya actuación está censurando: “taking into account the Ombudsman’s findings, the Commission should (i) clarify its practices and rules in this area, and, if necessary (ii) draw up guidelines indicating how exactly it plans to implement Article 17 TFEU”.

se mira, habida cuenta de que el propio DPE ha avalado la idea de que esta norma se circunscribe exclusivamente al diálogo establecido en torno a materias de interés y de competencia comunitarios («EU policy matters»), lo cierto es que no parece inadecuado sostener que, en principio, a la luz de lo estipulado en ese precepto, el diálogo entablado sobre asuntos en algún sentido relativos al estatuto nacional de las confesiones, asuntos que según el precitado art. 17 –tanto en su letra como en su espíritu– quedan fuera de ese ámbito de competencia comunitaria, no queda amparado por esta disposición sino más bien al contrario. Dicho de otro modo, ese diálogo podrá tal vez llevarse a término, si así se estima conveniente por parte de las instituciones de la Unión, bajo esa otra premisa según la cual dialogar es siempre positivo y los efectos de esa actividad no interfieren con los de las normas jurídicas, pero lo que en ningún caso podrá estimarse, ya en el plano estrictamente jurídico, es que se trata de un diálogo exigido a causa de lo previsto en el art. 17.3 TFUE, de manera que desde esta perspectiva difícilmente podría declararse que la Comisión en este caso ha incumplido lo estipulado en dicha norma.

A este respecto, un observador no iniciado posiblemente recurriría a la idea de que en modo alguno puede considerarse el estatuto de las confesiones religiosas como una materia ajena al ámbito de los intereses y de las competencias comunitarias, en la medida en la que ese estatuto se encuentra, por definición, indisolublemente ligado al régimen de ejercicio colectivo de la libertad religiosa, y resulta obvio que este último forma parte del sistema de derechos fundamentales que no sólo es de competencia comunitaria sino que es, propiamente, uno de los principios basilares del ordenamiento jurídico de la Unión. Y sin embargo, el tenor del primer apartado del art. 17 es inequívoco en ese sentido y, en consecuencia, desde una óptica sistemática, en mi opinión sólo admite ser interpretado como una excepción al valor de la igualdad en materia de libertad religiosa, por muy chocante que ello pueda llegar a resultar<sup>12</sup>.

De hecho, con toda probabilidad sea lo chocante de esta conclusión lo que haya conducido a que a menudo, como se ha ejemplificado en páginas precedentes, las instituciones de la Unión no hayan atendido en plenitud a las consecuencias que se derivan de esta premisa y hayan incurrido en algunas ostensibles incoherencias en su aparente intento de conciliar dos elementos que, a mi modo de ver, no se prestan en rigor a una tal conciliación, como son el sentido del art. 17.1, de un lado, y la vigencia de un «*ius commune*» europeo en materia de derechos fundamentales que

<sup>12</sup> He desarrollado por extenso este argumento en J. R. POLO, *El estatuto de las confesiones religiosas en el Derecho de la Unión Europea. Entre el universalismo y la peculiaridad nacional*, cit.

por su propia naturaleza no admite excepciones en función del derecho de que se trate, de otro; y de ahí que, con frecuencia, se hayan antepuesto las exigencias de homogeneidad derivadas de la vigencia de determinadas normas comunitarias incluso sobre ciertos aspectos claramente atinentes al estatuto nacional de las confesiones que, sin embargo, paradójicamente el art. 17.1 dice respetar y no prejuzgar, algo de lo que dan fe los ejemplos que sucintamente se han relatado en la praxis de las instituciones de la Unión.

Si acaso todo este diagnóstico no estuviese del todo desenfocado y reflejase la naturaleza en efecto sistemáticamente inarmónica del art. 17, de lo que existen numerosos indicios, el criterio que sobre este aspecto avanza aquí el DPE constituiría también una manifestación sintomática de ese fenómeno inevitablemente conflictivo.

### *Resumen*

*Tras la reforma de Lisboa, el art. 17.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, recuperando para el Derecho primario lo que en su día estableció el art. I-52 de la nonata Constitución Europea, consagra la obligación que pesa sobre las instituciones comunitarias de mantener un diálogo abierto, transparente y regular con las iglesias y las organizaciones no confesionales. En el trasfondo de esta disposición, como en el de la totalidad de ese precepto, se aprecian claramente razones de orden político, ligadas a la presión ejercida en favor de sus intereses particulares por algunas confesiones y por sus avalistas gubernamentales en el proceso de reforma de los tratados y, por tanto, vinculadas en última instancia al más amplio fenómeno de la dialéctica entre el universalismo y el relativismo cultural tan característica de la protección internacional de los derechos humanos. En este trabajo se analiza el significado de aquel art. 17.3 a la luz del contenido de una reciente decisión del Defensor del Pueblo Europeo recaída en un caso concerniente a este tema, en la que se declara que la Comisión ha incurrido en mala praxis al no haber implementado adecuadamente el diálogo demandado en dicha norma y en la que, además, se insta a ese órgano rector a clarificar sus prácticas en esta materia.*

*Palabras Claves:* Defensor del Pueblo Europeo; diálogo con las confesiones; libertad religiosa

### *Abstract*

*As a result of the Lisbon Treaty, article 17.3 of the Treaty on the Functioning of the European Union currently requires the European Union to maintain an open, transparent and regular dialogue with churches and non-confessional organizations; this provision takes over the same commitment that was once part of art. I-52 of the unratified Constitutional Treaty. According to the history and lawmaking process of that above mentioned article 17, we are here dealing with a provision that, in its deeper meaning, should be somehow perceived as part of the general conflict between universalism and cultural relativism in human rights*

*law, this said mainly because in its background it is clearly noticeable the lobbying activity and the political pressure put upon the EU's institutions in order to satisfy certain particular interests of some religious denominations in the European integration process. In this paper we study the legal meaning and scope of art. 17.3 TFEU, in light of a recent Decision of the European Ombudsman concerning an alleged failure by the European Commission to implement correctly that particular provision.*

*Key Words: European Ombudsman; EU's dialogue with churches; religious freedom*

Recibido: 11 de febrero de 2014

Aceptado: 13 de marzo de 2014

# REGIONES Y UNIÓN EUROPEA TRAS EL TRATADO DE LISBOA. EL COMITÉ DE LAS REGIONES, LOS PARLAMENTOS REGIONALES Y EL DESAFÍO DE LA «MULTILEVEL GOVERNANCE»

Laura Frosina\*

## SUMARIO

1. Regiones, Unión Europea y democracia de proximidad tras el Tratado de Lisboa.
2. El reforzamiento del papel del Comité de las Regiones como defensor de la subsidiariedad.
3. Las reformas de 2012: el Protocolo de cooperación con la Comisión Europea y la nueva estrategia para el control de subsidiariedad.
4. Los Parlamentos regionales y el «early warning system».
5. Mecanismos de cooperación interparlamentaria y «best practices» regionales. Antecedentes de derecho comparado.
6. Comparación de la experiencia italiana y española.
7. Conclusiones.

## 1. REGIONES, UNIÓN EUROPEA Y DEMOCRACIA DE PROXIMIDAD TRAS EL TRATADO DE LISBOA

Los recientes desarrollos del proceso de integración europea y los fenómenos de regionalización y federalización de los Estados miembros estimulan la reflexión en profundidad sobre el papel de las Regiones en la «multilevel governance» europea<sup>1</sup>. La participación regional en las dinámicas de integración europea representa un factor indispensable tanto para el mantenimiento del equilibrio constitucional en los Estados miembros, como en el proceso de democratización de la Unión Europea<sup>2</sup>. A

\* Investigadora de Derecho público comparado. “Sapienza” Universidad de Roma.  
Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorra

<sup>1</sup> En ausencia de una precisa definición institucional de Región, expresión en la que pueden incluirse entes profundamente diferenciados, se ha difundido la tendencia, recibida también en los documentos comunitarios, a considerar la Región como el ente público territorial de nivel inmediatamente inferior al estatal dotado de autogobierno político. V. G. IURATO, *Le Regioni italiane e il processo decisionale europeo. Un'analisi neo istituzionalista*, Milán, Giuffrè, 2005, p. 38.

<sup>2</sup> Sobre estos aspectos se reenvía, en particular, a la reflexión de L. TORCHIA, “Regioni e Unione europea: temi e problemi”, *Le Regioni*, n° 3/4, 2000, p. 496 y ss; F. LARAT, “Le Regioni nel

nivel nacional, la participación de las Regiones es un elemento esencial para detener la fuga de competencias hacia niveles superiores y para preservar la estabilidad constitucional inherente a las relaciones centro-periferia. Desde la perspectiva europea, la integración regional favorece un acercamiento de los ciudadanos a las políticas y las instituciones europeas y contribuye al desarrollo de un modelo de democracia de proximidad<sup>3</sup>.

El Tratado de Lisboa, pese a no cumplir las mejores expectativas, ha introducido numerosos avances en el ámbito de la integración regional<sup>4</sup>. En particular, se ha reconocido a los entes subestatales como parte integrante de la estructura política y constitucional de los Estados miembros; se ha incluido el respeto al sistema de las autonomías locales y regionales entre los principios fundamentales de la Unión (art. 4.2 TUE); se ha identificado la cohesión territorial, punto clave de la política regional, entre los objetivos fundamentales de la Unión (art. 3.3, c. 3 TUE); y se ha realizado una referencia a la proximidad del artículo 10 del TUE dedicado al principio de la democracia representativa<sup>5</sup>. Además de tales reconocimientos de tipo formal, el Tratado ha introducido novedades significativas en relación al principio de subsidiariedad que se traducen sustancialmente en una nueva formulación del mismo y

sistema di multilevel governance. Adattare e trasformare la *governance* e le sue sfide”, *Istituz. federal.*, n° 1, 2004, p. 89 y ss.; y F. MORATA, “Come migliorare la governance democratica europea con le Regioni”, p. 23 y ss; F. G. PIZZETTI, “Metodi intergovernativi, Metodi «comunitari» e multilevel governance per il governo degli ordinamenti sopranazionali: profili problematici ed aspetti evolutivi”, en P. BILANCIA, *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell’arena della globalizzazione. Unione europea e Mercosur*, Milán, Giuffrè, 2006, p. 268 y ss.

<sup>3</sup> Sobre el concepto de democracia de proximidad v. J. MORAND DEVILLER, “A proposito della “Democrazia di prossimità”, *Dir. e soc.*, n° 4, 2002, p. 597 y ss.; M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 211-218; P. ROSANVALLON, *Democratic Legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*, Princeton, Princeton University, 2011.

<sup>4</sup> Sobre las novedades del Tratado de Lisboa concernientes a las autonomías territoriales se reenvía a P. De PASQUALE, A. PATRONI GRIFFI, “Principio di sussidiarietà e dimensione territoriale”, en A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (Dir.), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2009, 329 ss.; L. CHIEFFI, “La partecipazione delle autonomie regionali alla elaborazione della decisione comunitaria: dalla gestione dei fondi strutturali alla più recente riforma introdotta dal Trattato di Lisbona”, en G. D’IGNAZIO (Dir.), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milán, Giuffrè, 2012, p. 177.

<sup>5</sup> Este artículo aclara que la Unión Europea se basa en la democracia representativa y parecería referirse, implícitamente, a los Parlamentos regionales, los cuáles deben concurrir, junto a los Parlamentos nacionales y el europeo, al funcionamiento de la democracia europea. Sobre este artículo v. L. DOMENICHELLI, *Le Regioni nella Costituzione europea. Elogio delle virtù nascoste della consultazione*, Milán, Giuffrè, 2007, p. 168 y ss.

una mayor implicación de los niveles subestatales en el procedimiento de consulta pre-legislativa en el marco de los nuevos mecanismos de control parlamentario («ex ante») y jurisdiccional («ex post») para tutelar su correcta aplicación. El Tratado ha cumplido, «in primis», un «restyling» del principio de subsidiariedad, extendiendo su dimensión aplicativa a nivel regional y local, y superando así la anterior configuración que circunscribía su aplicación al ámbito de las relaciones entre Unión Europea y Estados miembros (art. 5.3 TUE)<sup>6</sup>. Ha revalorizado también la participación de los niveles subestatales en la fase pre-legislativa, concediéndole un carácter cada vez más prescriptivo a la necesidad de la Comisión Europea de consultar a las autoridades regionales y locales, y obligando a aquella a acompañar cada proyecto de acto legislativo con una ficha (conocida como ficha de subsidiariedad) que ofrezca elementos suficientes para valorar el respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad n. 2, art. 2)<sup>7</sup>. Sobre el plano del control preventivo del principio de subsidiariedad, el sistema de Alerta temprana, o «early warning system», ha introducido un mecanismo innovador que permite a cada Parlamento nacional, obligado a consultar en su caso a los Parlamentos regionales con potestad legislativa, a intervenir en la llamada fase ascendente del derecho europeo para verificar si los proyectos de actos legislativos respetan el principio de subsidiariedad (Protocolo

<sup>6</sup> La nueva reglamentación obliga a la Unión a intervenir en sectores de competencia concurrente sólo cuando los objetivos de la acción prevista no puedan conseguirse de forma suficiente por los Estados miembros, tanto a nivel central como periférico, pero pueden ser alcanzados a nivel europeo en razón de su dimensión o de los efectos ligados a tal acción. Sobre la evolución del principio de subsidiariedad en la UE v., entre otros, P. BILANCIA, “Il carattere bifronte del principio di sussidiarietà”, en P. BILANCIA, F. PIZZETTI (Coords.), *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milán, Giuffrè, 2004, p. 129; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell’Unione europea*, Milán, Giuffrè, 2007; A. M. RUSSO, “Sussidiarietà e multilevel constitutionalism principio ‘metacostituzionale’ del contrapunctual law europeo”, en G. D’IGNAZIO (Dir.), *op. cit.*, p. 249 y ss.

<sup>7</sup> La fórmula literal utilizada induce a pensar que el dictamen previo debe ser obligatorio, igual que resulta obligatoria la motivación de la falta de consulta en los casos de extraordinaria urgencia (el art. 2 del Protocolo n. 2 abandona el uso del condicional: ahora la Comisión ya no “debería proceder” sino que “procederá a amplias consultas”, “estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas”). Sigue siendo ambigua, sin embargo, la expresión “en casos de”, que parecería dejar cierta discrecionalidad a la Comisión a la hora de decidir si consultar o no a las autoridades regionales y locales; discrecionalidad que, sin embargo parece desaparecer con la previsión de la presentación obligatoria de la llamada ficha de subsidiariedad. Sobre este aspecto v., en particular, G. FIENGO, “La valorizzazione della dimensione regionale nel Trattato di Lisbona: il ruolo del Comitato delle Regioni”, *Dpce*, n° 1, 2012, p. 25.

n. 2, art. 6)<sup>8</sup>. Finalmente, en lo que concierne al control jurisdiccional, el Tratado de Lisboa, incluso sin satisfacer las más ambiciosas exigencias de las Regiones, ha ofrecido nuevas posibilidades para promover, si bien indirectamente, una acción jurisdiccional en defensa de sus competencias. El artículo 8, c. 2., del Protocolo n. 2, establece que cualquier Estado miembro, a instancias del Parlamento nacional o de una de sus Cámaras, y el Comité de las Regiones, de forma limitada a las materias para las que se requiere su dictamen previo, pueden presentar recurso contra actos legislativos que violen el principio de subsidiariedad. La principal novedad consiste realmente en la inclusión del CdR entre los sujetos legitimados para acudir directamente al Tribunal de Justicia, ante el que puede presentar recurso no sólo para tutelar el principio de subsidiariedad, sino también en defensa de sus prerrogativas conforme al art. 263.3 TFUE.

De las novedades descritas emerge un marco parcialmente renovado que reconoce un mayor protagonismo a las autonomías territoriales en el contexto de la UE, aunque sea imponiendo la necesidad de que continúen valiéndose prevalentemente de la mediación de sus respectivos Estados en sus relaciones con las instituciones europeas. El enfoque adoptado se inclina hacia una Europa con las Regiones<sup>9</sup>, en la que se extiende la aplicación del principio de subsidiariedad y una mayor participación de las Regiones en la formación y la ejecución de las políticas y normas europeas, para avanzar hacia una democracia de proximidad en la que las decisiones se tomen “de la forma más cercana y abierta posible al ciudadano” (art. 10.3 TUE).

Asentadas tales premisas, el objetivo de este estudio es el de profundizar el papel del Comité de las Regiones y de los Parlamentos regionales en el renovado cuadro normativo trazado por el Tratado de Lisboa. Deteniéndonos en las principales reformas con las que se ha dado aplicación a las disposiciones relativas al control del principio de subsidiariedad. De forma específica se analizarán las modificaciones del CdR y aquellas introducidas para promover la participación de los Parlamentos regionales en el «early warning system». En este contexto se prestará especial atención a las experiencias regionales italiana y española. El trabajo se concluirá con una reflexión sobre la contribución de las Regiones al proceso de la democratización de la UE.

<sup>8</sup> Sobre este procedimiento v. *infra*, epig. 5.

<sup>9</sup> M. BRUNAZZO, *Le Regioni italiane e l'Unione europea. Accessi istituzionali e di politica pubblica*, Roma, Carocci, 2005; C. AGUILERA DE PRAT, “De la Europa de las Regiones a la Europa con las Regiones”, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n° 2, 2006, p. 47; A. M. CARMONA CONTRERAS, “La organización territorial de los Estados en el Tratado de Lisboa ¿Nada nuevo bajo el sol?”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 23, 2009, p. 252; J. M. CORTES MARTÍN, “El Tratado de Lisboa y las regiones”, *Revista de Estudios Regionales*, n° 86, 2009, p. 273.

## 2. EL REFORZAMIENTO DEL PAPEL DEL COMITÉ DE LAS REGIONES COMO DEFENSOR DE LA SUBSIDIARIEDAD

Entrando en el análisis del Comité de las Regiones, es posible observar que en el Tratado de Lisboa, además de reconocerse legitimación activa para acudir al Tribunal de Justicia, se ha reforzado su posición en el ámbito de las relaciones con las demás instituciones europeas y en el proceso decisorio de la UE<sup>10</sup>. El mandato del Comité de las Regiones ha sido prolongado de cuatro a cinco años, alineándose así con la duración del resto de instituciones europeas. Se han ampliado también los sectores materiales en los que se exige consulta al Comité como, por ejemplo, en el ámbito de la energía y de cambio climático. La consulta dirigida desde el Parlamento Europeo ha pasado de ser facultativa a obligatoria, y se ha especificado además que el Comité podrá ser consultado cada vez que el Parlamento, la Comisión o el Consejo lo retengan oportuno, especialmente en los casos concernientes a la cooperación transfronteriza.

Las modificaciones aprobadas han permitido al CdR obtener una presencia más incisiva en todas las fases del proceso legislativo europeo desde los actos preparatorios, la modificación, hasta el control de los actos legislativos con incidencia directa en los entes locales y regionales. Para adecuarse a los cambios previstos en el Tratado el CdR ha adoptado, en la misma semana en que entró en vigor, un nuevo reglamento interno (Reg.) para hacer operativos sus nuevos derechos y ejercer eficazmente sus atribuciones<sup>11</sup>. A la luz de tales innovaciones parece oportuno reconstruir el papel y las competencias del CdR en las diversas fases del «EU law-making process», teniendo en cuenta que su deber principal es el de cooperar con las demás instituciones europeas para dar cumplimiento al control de subsidiariedad lo más rápidamente posible y promover así la aprobación de una legislación de calidad que respete tal principio.

En la fase pre-legislativa el Comité desarrolla una función de impulso y una acción de intermediación entre la Comisión y los actores regionales y locales implicados en la valoración del impacto social, económico y, sobre todo, regional de

<sup>10</sup> Sobre el reforzamiento del papel del Comité de las Regiones v. S. RICCI, “The Committee of the Region and the Challenge of European Governance”, en C. PANARA, A. DE BECKER (dir.), *The Role of the Regions in EU Governance*, Heidelberg, Springer, 2011, 109; L. DOMENICHELLI, “Il Trattato di Lisbona: un decisivo passo in avanti per le autonomie territoriali”, *Cittadinanza europea*, n° 1/2, 2010, p. 168.

<sup>11</sup> El reglamento aprobado por el CdR el 3-12-2009 fue publicado en el DOUE, serie L, 9-1-2010, y entró en vigor el 10-1-2010.

las políticas y iniciativas legislativas europeas. El Comité examina previamente el programa anual de trabajo enviado por la Comisión y produce «outlook opinions» sobre las políticas de la UE así como estudios de impacto de cada propuesta que se pretenda aprobar. De esta forma realiza un control sobre el principio de subsidiariedad no sólo durante la actividad consultiva sino desde el momento de la definición de las políticas y de cada propuesta legislativa.

Conforme avanza el proceso legislativo el Comité es consultado por las instituciones europeas competentes sobre el proyecto de actos legislativos atinentes a los ámbitos materiales en los que la consulta es obligatoria, o sobre cualquier otro proyecto en el que se considere oportuno. En esta fase el Comité elabora proyectos de dictamen por medio de la Comisión competente por materia que deben ser posteriormente aprobados por la Asamblea plenaria del órgano. La acción consultiva del Comité no termina en la redacción de este dictamen, sino que tiene derecho a intervenir expresando nuevas opiniones en el caso de revisión del proyecto, en caso de que las propuestas legislativas sufran alteraciones y modificaciones importantes en el curso del procedimiento legislativo. Con este fin, el nuevo reglamento del CdR ha previsto procedimientos simplificados para permitir a la Comisión redirigir rápidamente nuevas peticiones de dictamen sobre proyectos legislativos modificados por las instituciones (art. 52 Reg.)<sup>12</sup>. En el procedimiento legislativo interno, el Comité tiende a desarrollar una función de coordinación y soporte informativo entre las Regiones y Parlamentos regionales a través de la Red de control de la subsidiariedad. Ya en 2007, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Comité activó el «subsidiarity monitoring network» (SMN), al que actualmente se han adherido más de 140 miembros entre Parlamentos nacionales y regionales, Gobiernos regionales, entes locales y regionales, así como asociaciones europeas y nacionales representativas de los intereses regionales y locales<sup>13</sup>. A través del SMN el Comité promueve y coordina el intercambio de información y controla el principio de subsidiariedad tanto en

<sup>12</sup> Tal artículo prevé que cuando la Comisión competente lo considere necesario pueda requerir a la Oficina de la Presidencia que elabore un proyecto de dictamen revisado sobre el tema, confiándolo, preferiblemente y si es posible, al propio relator. La propuesta de dictamen adoptada por la Comisión será sometida a la aprobación del Comité en sesión plenaria.

<sup>13</sup> La composición de la Red de monitorización de la subsidiariedad se aprueba cada año por la Oficina de la Presidencia del CdR. A finales de 2012 la Red contaba con la presencia de 141 miembros pertenecientes a cuatro categorías principales: Parlamentos o Asambleas legislativas regionales, Gobiernos y ejecutivos de Regiones con poderes legislativos, entes locales y regionales no dotados de poder legislativo, asociaciones de entes regionales/locales.

la fase pre-legislativa como en la propiamente legislativa<sup>14</sup>. La finalidad de la Red es la de desarrollar una plataforma de comunicación interactiva entre el Comité y los socios locales y regionales para el intercambio de información y de opiniones sobre política y propuestas legislativas europeas, adecuada para contribuir a que el Comité y sus relatores ejerzan toda actividad ligada al control de la subsidiariedad. Recientemente, en febrero de 2012, se ha activado una nueva base de datos denominada REGPEX («Regional Parliamentary Exchange»), que permite un mutuo intercambio de información y de «best practices» de los Parlamentos regionales en el ámbito de llamado «early warning system»<sup>15</sup>.

Finalmente, en la fase del control ex post, el Comité de las Regiones se encarga, «in primis», de monitorizar la implementación de la legislación europea a nivel regional y local, además de la facultad de recurrir ante el Tribunal de Justicia contra actos legislativos, para los que se requiere su dictamen, que vulneren sus prerrogativas o el principio de subsidiariedad. La facultad de actuar ante el Tribunal de Justicia ha permitido al Comité de las Regiones desarrollar una importante función como garante del respeto y de la correcta aplicación del principio de subsidiariedad y de los derechos al mismo reservados en el ámbito de los mecanismos procedimentales vinculados a la fase de consulta prelegislativa

<sup>14</sup> El «Network funciona» a través de un sitio web “interactivo” que permite a los socios participar en diferentes formas: 1) interviniendo autónomamente a través de la presentación de contribuciones espontáneas sobre política o legislación de la UE (llamadas consultas abiertas); 2) mediante consultas regulares entre los socios organizados en el marco de los trabajos sobre consultas institucionales del CdR (consultas específicas); 3) mediante consultas centradas en la fase pre-legislativa de la UE (es decir, consultas sobre valoraciones de impacto). Además del sitio web, en 2011 se publicó por primera vez una *newsletter* sobre subsidiariedad, en formato digital y en papel, con la finalidad de hacer circular la información sobre la principal actividad desarrollada por la Red y sobre sus principales eventos y proyectos futuros. Sobre la acción y los resultados llevados a cabo por la Red v. los informes anuales sobre la subsidiariedad publicados por el CdR y, en particular el *Informe anual sobre subsidiariedad 2012* (R/CdR 1335/2013).

<sup>15</sup> Se trata de una base de datos cuya consulta se encuentra abierta al público, pero donde sólo los Parlamentos regionales pueden cargar información. REGPEX permite el acceso: a) a un catálogo completo de iniciativas de la UE a partir de 2011; b) al análisis de subsidiariedad efectuado por los Parlamentos regionales de la UE; c) al análisis de subsidiariedad efectuado por la secretaría de la comisión del CdR; d) a las páginas web relevantes en lo concerniente al sistema de alerta temprana como el IPEX, la página web de la Comisión Europea dedicada a los dictámenes motivados de los parlamentos nacionales, el comité para la evaluación del impacto de la comisión, Eur-Lex, Oeil y la página web del Parlamento Europeo dedicada a los Parlamentos nacionales, el registro público de los documentos del Consejo europeo, la Conferencia de los organismos especializados en asuntos europeos de los Parlamento de la UE (COSAC), la base de datos que recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, la CALRE y la REGLEG.

y de formación del derecho europeo<sup>16</sup>. El nuevo reglamento del CdR, en sus artículos 53 y 54, ha introducido y disciplinado «ex novo» el procedimiento para promover el recurso ante el Tribunal de Justicia, estableciendo que la propuesta pueda ser presentada por el presidente del Comité o por la comisión designada para elaborar el relativo proyecto de dictamen sobre la subsidiariedad, o por parte de cualquier comisión en el caso de recursos por violación de la obligación de consulta. La comisión concreta delibera por mayoría de sus miembros, previa verificación del número legal, y puede someter la propuesta a la Asamblea, o a la Oficina de la Presidencia en los casos en los que la Asamblea no se encuentre en condiciones de tomar una decisión en los plazos establecidos en el artículo 36, j) del Reglamento. Ya sea la Asamblea o sea la Oficina de la Presidencia deben decidir, por mayoría de los votos expresados, sobre la presentación del recurso conforme a los artículos 13, g), y 36, j) del Reglamento. Cuando opten por la presentación del recurso, el Presidente eleva la instancia ante el Tribunal de Justicia por cuenta del Comité<sup>17</sup>.

El marco descrito evidencia cómo en el renovado contexto normativo de la UE se le reconoce, a través del Comité de las Regiones, mayor relevancia a la dimensión regional y local, dado que este órgano, representativo de los entes subestatales a nivel europeo, refuerza sus competencias y asume nuevos e importante poderes acentuando su papel de garante de los intereses territoriales y del principio de subsidiariedad.

### 3. LAS REFORMAS DE 2012: EL PROTOCOLO DE COOPERACIÓN CON LA COMISIÓN EUROPEA Y LA NUEVA ESTRATEGIA PARA EL CONTROL DE SUBSIDIARIEDAD

La necesidad de afrontar de forma adecuada las nuevas competencias ha empujado al Comité de las Regiones a afrontar en los últimos años algunas iniciativas que han

<sup>16</sup> La sola previsión de este recurso desarrolla una función disuasoria de la violación del principio de subsidiariedad y de los canales procedimentales en el ámbito del proceso legislativo. V., por ejemplo, G. FIENGO, *op. cit.*, p. 32, que observa que «l'esperibilità di un rimedio giurisdizionale da parte del Comitato è sufficiente a scoraggiare la Commissione da un uso improprio del suo potere discrezionale nella fase prelegislativa delle consultazioni». El Comité podrá impugnar un acto legislativo aduciendo la falta de consulta, o por falta de motivación en el caso de que ésta no se efectúe. Es dudoso si el respeto formal de la motivación previsto en el art. 2 del Protocolo se refiere sólo a los casos de extrema y urgente necesidad, o a todos aquellos en los que la Comisión no lo haya valorado oportunamente. Cfr. L. DOMENICHELLI, *Il Trattato di Lisbona, op. cit.*, p. 177.

<sup>17</sup> En el segundo caso, conforme al art. 36, j) del Reg., la Oficina de la Presidencia debe someter tal decisión a la Asamblea con ocasión de la sucesiva sesión plenaria que decidirá si mantener o retirar el recurso. En el caso en que la Asamblea, previa verificación del número legal, se pronuncie contra el recurso por mayoría de los votos, el Presidente debe retirarlo.

permitido consolidar su posición institucional. En el 2012, en particular, ha firmado un Protocolo de cooperación con la Comisión Europea y ha aprobado una nueva estrategia interna sobre el control de subsidiariedad. Se trata de dos importantes reformas que han reconocido el papel privilegiado del CdR en el ejercicio de la función de control de subsidiariedad, contribuyendo, respectivamente, a perfeccionar su relación con la Comisión y a mejorar la calidad y eficacia de su actuación.

El nuevo Protocolo sobre la modalidad de cooperación con la Comisión Europea (2012/C102/02), firmado el 16 de febrero de 2012, ha reforzado el diálogo y la cooperación entre las dos instituciones en el ámbito de la programación, el procedimiento legislativo, y sobre todo en la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

En la parte dedicada a la Programación, el Protocolo contempla diversos momentos de contacto y consulta entre la Comisión y el CdR dirigidos a reforzar el nivel de coordinación en la programación de los trabajos y las prioridades políticas. Establece que el CdR transmitirá en el primer semestre de cada año a la Comisión una resolución en la que exprese su posición sobre su programa de trabajo, en base a la prioridad política y sobre el seguimiento dado a los dictámenes emitidos.

En el ámbito del procedimiento legislativo el Protocolo solicita un intercambio más rápido de información y documentación entre la Comisión y el Comité, y promueve la presencia de los miembros y funcionarios de la primera en los trabajos y reuniones de la segunda. Especifica que la Comisión debe enviar al Comité el elenco de las propuestas legislativas para las que la consulta es obligatoria, así como aquellas que pueden ser objeto de una consulta facultativa<sup>18</sup>. Confirma el papel más activo del CdR en la actuación de la UE, reconociéndole la facultad de adoptar dictámenes sobre las políticas europeas en los sectores en los que dispone de adecuadas fuentes de información (pto 10). Regula más al detalle la categoría de los nuevos dictámenes, admitidos en los casos en los que las propuestas legislativas en discusión sufran modificaciones sustanciales respecto al momento de su sumisión inicial al CdR y cuando los Tratados no prescriban la consulta obligatoria (pto. 11).

<sup>18</sup> Se reenvía a la Parte I, sección II, pto 9 del Protocolo, donde se aclara que una consulta de tipo facultativo puede efectuarse cuando se den alguna de las siguientes condiciones: que el asunto objeto de examen sea competencia de los poderes reglamentarios o de ejecución atribuidos a los entes descentralizados; que la normativa de la Unión prevista o las medidas nacionales que se deban adoptar para su aplicación puedan afectar directamente a los presupuestos locales o regionales o al funcionamiento de la administración regional o local; que la acción de la Unión contemplada pueda tener un impacto en la cohesión económica, social o territorial; que el futuro acto legislativo sea especialmente sensible respecto de la subsidiariedad; que las medidas que se pretenda adoptar estén destinadas a informar y sensibilizar a los ciudadanos europeos sobre las políticas de la Unión Europea en ámbitos que sean competencia del Comité.

En lo que respecta a la actividad, el Protocolo insiste en la necesidad de intensificar la cooperación entre la Comisión y el Comité para incrementar sinergias, particularmente en el marco de la estrategia «Europa 2020». Reitera, por otro lado, el papel en la coordinación e intermediación del Comité de las Regiones en las relaciones con los demás actores institucionales y promueve el desarrollo de una estrategia de consulta de los entes regionales y locales para actuar, en colaboración con la Comisión, a lo largo del proceso decisorio europeo. En esta óptica, el CdR está llamado a desarrollar un diálogo territorial en el marco de la nueva «governance» dentro de la estrategia «Europa 2020» con vistas al Consejo europeo de primavera (pto. 17).

La parte del Protocolo más significativa es aquella dedicada a la aplicación de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y la gobernanza multinivel. En esta se confirma el papel privilegiado del CdR en el control de tal principio, tanto en la fase de consulta pre-legislativa como en aquella legislativa<sup>19</sup>. Se refuerza, además, el espíritu de estrecha colaboración que debe animar las relaciones entre la Comisión y el Comité en todas las fases del proceso legislativo, sobre todo en la valoración del impacto de los actos jurídicos, para prevenir eventuales conflictos jurisdiccionales y promover una cultura más amplia de la subsidiariedad. Desde esta perspectiva se prevé que el Comité transmita a la Comisión los resultados de la consulta operados a través del «network»; concordar con ésta las prioridades sobre el requerimiento de un control específico del principio de subsidiariedad y proporcionalidad; e informar a los co-legisladores de las supuestas violaciones de la subsidiariedad en las propuestas legislativas en discusión.

Las disposiciones examinadas establecen, por tanto, una comunicación y una cooperación más estrecha entre la Comisión Europea y el Comité de las Regiones, sobre todo para permitir a este último el desarrollo más incisivo de su actuación de control del principio de subsidiariedad en la producción legislativa europea. En una dirección similar se ha orientado también la nueva estrategia para el control de la subsidiariedad, que ha sido aprobada el 2 de mayo de 2012 por la Oficina de la Presidencia del Comité de las Regiones. El objetivo general de la nueva estrategia es, de hecho, el de convertir el Comité en el punto de referencia de la aplicación del principio de subsidiariedad de la UE e implementar la eficacia de su acción durante todo el procedimiento decisorio<sup>20</sup>. En el documento se aclara que la estrategia tiene como objetivos específicos el reforzamiento de la estructura de gobernanza en el control de subsidiariedad por el CdR;

<sup>19</sup> Parte III, pto. 2.3, prevé que «La Comisión y el CdR comparten periódicamente información en materia de control de subsidiariedad sobre todo en el caso de dictámenes de los Parlamentos nacionales y regionales».

<sup>20</sup> V. el documento *Control de subsidiariedad: una estrategia revisada por el Comité de las Regiones* (RCdR 606/2012, p.to 7, lett. a) en [www.cor.europa.eu](http://www.cor.europa.eu).

la elaboración de una aproximación global que permita el control de la subsidiariedad durante todo el proceso decisorio; y la consolidación de la preparación del CdR ante posibles recursos al Tribunal de Justicia. Para alcanzar tales objetivos se han aprobado diversas modificaciones en la programación y en la organización interna del CdR, mediante la introducción de nuevos instrumentos, procedimientos y métodos de trabajo. La nueva programación se funda principalmente en la acción conjunta del grupo de expertos en subsidiariedad y del grupo directivo de la subsidiariedad, que representan los instrumentos más novedosos de la estrategia, así como en relación a un mecanismo de identificación precoz de las iniciativas europeas que requieren un control prioritario de subsidiariedad (llamado «early flagging system»). El grupo de expertos está compuesto por funcionarios de la Red, expertos en materia de subsidiariedad con sólidos conocimientos del derecho de la UE; está llamado a auxiliar y asistir al grupo directivo de la subsidiariedad, y si es necesario, a los ponentes de las comisiones del CdR, ya sea en la fase preliminar o en la de monitorización de la subsidiariedad. La principal función de tal grupo es la de operar una selección preventiva de las iniciativas que presentan un interés prioritario bajo el perfil de la subsidiariedad y transmitir el listado al grupo directivo. Este último grupo, compuesto por un coordinador en materia de subsidiariedad para cada grupo político y por el coordinador de la Red de subsidiariedad, se ocupa en líneas generales de la coordinación y el seguimiento político de la actividad de control de la subsidiariedad desarrollado por el Comité a lo largo del año<sup>21</sup>. En particular, éste dirige, compone y transmite a la Oficina de la Presidencia el programa de trabajo anual en materia de subsidiariedad, las cuestiones de interés prioritario determinadas en el ámbito del propio programa, y formula sugerencias sobre los instrumentos más apropiados que el SMN debe adoptar en el curso del procedimiento legislativo. Sobre el programa de trabajo definitivamente aprobado se activa un sistema interno de identificación precoz («early flagging system») de los proyectos legislativos y no legislativos de la UE que podrían suscitar cuestiones sobre la subsidiariedad y requerir la intervención prioritaria del CdR<sup>22</sup>. En este renovado contexto programáti-

<sup>21</sup> El grupo de expertos, reunidos por primera vez el 25-10-2012, ha determinado, tras haber analizado el programa de trabajo de la Comisión, una serie de iniciativas interesantes bajo el perfil de la subsidiariedad utilizando los siguientes criterios selectivos: claro interés político para los entes locales y regionales; conexión con las competencias de los entes locales y regionales; y posibles implicaciones en términos de subsidiariedad. Sobre la base de este elenco, el grupo directivo de la subsidiariedad ha redactado el programa de trabajo en materia de subsidiariedad para el año 2013, y aprobado luego por la Oficina de la Presidencia el 30-1-2013. V. el *Programa de trabajo en materia de subsidiariedad 2013*, (CDR 2336-2012) en [www.cor.europa.eu](http://www.cor.europa.eu).

<sup>22</sup> En cuanto se determinan propuestas de interés prioritario, se activa en el CdR un proceso que implica a todos los sujetos políticos y administrativos interesados para realizar la definición y la

co los principales instrumentos contemplados por la nueva estrategia para valorar las iniciativas que presenten carácter prioritario son: las consultas específicas, abiertas, y las evaluaciones de impacto que se llevan a cabo en el marco de la Red de Seguimiento de la Subsidiariedad; grupos de trabajo especializados relacionados con los planes de acción; y los llamados dossiers prioritarios como parte del sistema de alerta temprana (dossier SAP)<sup>23</sup>. Estas son las principales herramientas de seguimiento disponibles para el CdR, revisadas y mejoradas aún más como parte de la nueva estrategia, y que deben ser escogidas y utilizadas para desarrollar informes de calidad en el ámbito de la subsidiariedad. En particular, las opiniones sobre proyectos de ley deben contener enmiendas al texto de la ley y/o especificar la forma en que se llevó a cabo una violación del principio de subsidiariedad. Además, con el fin de facilitar el flujo de información necesaria para preparar estos informes, se espera que los ponentes, y más en general los miembros de la Comisión, tengan acceso a través de la base de datos interna TOAD a todas las fuentes de información relativas al principio de subsidiariedad, así como acceso al IPEX («Interparliamentary European Union Exchange»), al REGPEX y a la valoración de impacto de la Comisión Europea.

Finalmente, en lo concerniente al recurso del control jurisdiccional al Tribunal de Justicia, la nueva estrategia ha aclarado que la aproximación global que sigue el Comité empuja a considerar tal instrumento como de extrema ratio, al que acudir al final de un proceso de control más amplio que comienza desde la fase pre-legislativa.

El análisis realizado muestra que el lanzamiento de la nueva estrategia para el control de la subsidiariedad y de la aprobación del Protocolo de Cooperación con la Comisión han introducido novedades significativas tanto desde la perspectiva de la acción exterior del Comité, como en términos de procedimiento y herramientas internas para el seguimiento de la subsidiariedad. De hecho, la renovación parcial del Comité ha permitido acelerar las actividades relacionadas con el control de la subsidiariedad y mejorar la calidad de su acción en las relaciones con otras instituciones, estatales y europeas, que participan en el

planificación de la actividad de control de subsidiariedad a desarrollar a lo largo del año, ya sea antes o después de la adopción de la propuesta de la Comisión Europea.

<sup>23</sup> Para las consultas v. *supra*, nota 14. Sobre el plano de la acción y cómo el llamado dossier se reenvía, en particular, al *Control de la subsidiariedad: una estrategia revisada por el Comité de las Regiones*, cit., 13 ss., y al *Informe anual de la subsidiariedad 2012*, cit., 4 ss. El plano de acción es un instrumento a través del cual se pueden crear grupos de trabajo, compuestos por un total de entre cinco a diez miembros, para examinar determinados sectores de intervención con más profundidad. Los dossier prioritarios contienen informaciones específicas sobre las iniciativas seleccionadas y sirven para promover el intercambio de posiciones expresadas por los socios de la Red durante el periodo de vigencia del «*early warning system*».

procedimiento de alerta temprana, confirmando así su función esencial de «watchdog of subsidiarity» en la gobernanza multinivel europea<sup>24</sup>.

#### 4. LOS PARLAMENTOS REGIONALES Y EL «EARLY WARNING SYSTEM»

Tras haber analizado las novedades relativas al Comité de las Regiones, debemos detenernos ahora sobre la apertura de los Parlamentos regionales al complejo sistema del «early warning», introducido, como se ha observado, por el Tratado de Lisboa desde el marco de una valoración más amplia del papel de los Parlamentos nacionales<sup>25</sup>. El mecanismo del «early warning» confiere a los Parlamentos nacionales (cada Parlamento dispone de dos votos y en los sistemas bicamerales se les asigna un voto

<sup>24</sup> Esta expresión se utiliza en referencia a los parlamentos nacionales por I. COOPER, “The Watchdogs of subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU”, *Journ. Comm. Mark. Stud.*, vol. 44, n° 2, 2006, pp. 281, 304.

<sup>25</sup> Históricamente la participación de los Parlamentos nacionales en el proceso decisorio de la UE se ha reconocido a partir del Tratado de Maastricht (en particular, con las declaraciones anexas n. 13, sobre el *Papel de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea*, y n. 14, sobre la *Conferencia de Parlamentos*) y, seguidamente, con el Protocolo n. 9, sobre el *Papel de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea*, adherido al Tratado de Amsterdam. El papel de los Parlamentos nacionales ha sido progresivamente potenciado a través del reforzamiento de los aspectos de información y control parlamentario, confiando sustancialmente la resolución del problema de la participación parlamentaria al derecho constitucional de los Estados miembros. La mayor parte de los ordenamientos estatales, desde el respeto de la propia diversidad cultural y jurídica, ha respondido al problema reforzando la función de control de los propios órganos parlamentarios sobre los actos y políticas europeas de los ejecutivos nacionales. Hasta el Tratado constitucional el problema de los Parlamentos nacionales en el sistema institucional europeo ha sido tratado y percibido como un problema de derecho constitucional interno. El Tratado de Lisboa, definido también como Tratado de los Parlamentos, y los protocolos al mismo vinculados, ha supuesto un cambio radical en este ámbito dado que han reconocido a los Parlamentos nacionales un papel nuevo y más activo en el «decision making process» de la UE. En base al nuevo art. 12 del TUE los Parlamentos nacionales, antes sólo mencionados en los Protocolos anexos a los Tratados, entran a formar parte de pleno derecho del espacio público europeo y se convierten en interlocutores directos de las instituciones europeas, adquiriendo un papel formalmente independiente del Gobierno del Estado miembro al que pertenecen. Sobre el papel asignado a los Parlamentos nacionales en el Tratado de Lisboa, en particular en el ámbito del procedimiento de alarma temprana, cfr. P. KIIVER, “The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity”, *Maastricht J. Eur. Comp. L.*, n° 1, 2008, pp. 77-83; L. GIANNITI, “Il ruolo dei Parlamenti nazionali”, en F. BASSANINI, G. TIBERI (Dir.), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2010, 2° ed., p. 171 y ss; P. CARETTI, «Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona», *Osservatorio sulle fonti*, n° 3, 2010. Para una reconstrucción del papel de las Asambleas legislativas regionales v., entre otros; G. RIVOSECCHI, «Le assemblee legislative regionali nel processo decisionale europeo: una questione aperta», *Istituz. Federal.*, n° 3/4, 2009, p. 381; S. ALONSO DE LEÓN, «Análisis crítico del papel de los parlamentos regionales en el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea», *Revista de Derecho constitucional europeo*, n° 16, 2011; A. CARMONA CONTRERAS,

a cada Cámara) el derecho a expresar y enviar a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión los propios informes motivados sobre la conformidad de los proyectos de actos legislativos europeos al principio de subsidiariedad, dentro de las ocho semanas desde la transmisión de tales proyectos, consultando cuando sea necesario a los Parlamentos de las Regiones con competencia legislativa. Los efectos de estas opiniones, que siempre deben ser tenidos en cuenta por las instituciones a las que se transmiten, varían en función de la consecución de los umbrales preestablecidos para los distintos casos y el contexto procedimental en el que han de operar. En general, si los dictámenes emitidos sobre el incumplimiento del principio de subsidiariedad alcanzan el umbral de un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales, se realizará una revisión de la iniciativa legislativa, después de la cual la Comisión, o la institución proponente podrá retirar, modificar o mantener la misma propuesta indicando los motivos (art. 7 Protocolo n. 2)<sup>26</sup>. Además, si en el procedimiento legislativo ordinario, los dictámenes motivados que expresen la vulneración del principio de subsidiariedad representan al menos la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales, se iniciará el proceso de revisión de la iniciativa legislativa que puede conllevar su eventual confirmación motivada por la Comisión, completada por la interposición de una especie de prejudicialidad de subsidiariedad por parte del Consejo y del Parlamento, pudiendo bloquear todo el proceso y evitar, así, un examen más detenido de la iniciativa<sup>27</sup>.

El procedimiento descrito de manera sintética permite a los Parlamentos nacionales una amplia autonomía en la determinación de las formas y modos de consulta a las Asambleas legislativas regionales así como en la elección de las modalidades de recepción de los informes formulados por éstas últimas<sup>28</sup>. La previsión de una

«¿Hacia la europeización de los Parlamentos Autonómicos? Reflexiones al hilo del mecanismo de alerta temprana?», *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, n° 16, 2012, p. 141.

<sup>26</sup> Este umbral se eleva a 1/4 para los proyectos presentados sobre la base del art. 76 del TFUE, en relación al espacio de libertad, seguridad y justicia.

<sup>27</sup> Esta hipótesis puede verificarse sólo si la Comisión Europea, revisada la iniciativa, elige mantenerla a través de un dictamen motivado, y cuando, siguiendo el procedimiento legislativo, antes de la conclusión de la primera lectura, el Consejo, por mayoría del 55% de sus miembros, o el Parlamento Europeo, por mayoría simple, opongan su propio veto declarando el proyecto incompatible con el principio de subsidiariedad, tras haber examinado y tomado en consideración los dictámenes expresados por los Parlamentos nacionales y por la Comisión. A propósito v. G. RIVOSECCHI, "Parlamenti nazionali e Assemblee regionali nella costruzione europea, tra riconoscimenti del diritto positivo e "sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco", *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n° 1, 2011, p. 138.

<sup>28</sup> La formulación literal del art. 6 del Prot. n. 2 no parece introducir una obligación de consulta a cargo de los Parlamentos nacionales, incluso si una parte de la doctrina concuerda al considerar que tal disposición

intervención parlamentaria regional en el proceso legislativo europeo, en tanto que condicionado por las disposiciones normativas estatales vigentes y por las elecciones concretamente realizadas por cada Parlamento nacional, representa una novedad significativa. Por primera vez, el derecho primario europeo reconoce a las Regiones la facultad de intervenir, mediante las propias instituciones representativas, en el proceso decisorio de la UE, tanto en el ámbito del contexto procedimental específico como en el del control de subsidiariedad. De esta forma se cumple con una apertura hacia un frente regional de carácter innovador aunque limitado. Las Regiones, de hecho, no están legitimadas para actuar como sujetos autónomos en el sistema de gobernanza multinivel sino que deben acudir a la intermediación de sus respectivos Estados de pertenencia en las relaciones con las instituciones europeas<sup>29</sup>. Se continúa ligando el problema de la participación regional en la dinámica de la integración europea al derecho constitucional de los Estados miembros, desde el respeto del principio de autonomía institucional que les asigna plena discrecionalidad en la elección del sistema de organización interna del poder y mantiene la esfera europea en una posición de absoluta neutralidad (art. 4. c. 2 TUE). Dentro de estos límites, el nuevo marco normativo sin embargo incentiva la promoción de formas de intervención y de cooperación interparlamentaria que permitan a las Asambleas legislativas regionales participar en el procedimiento de control del principio de subsidiariedad sobre la producción normativa europea<sup>30</sup>. Antes de analizar las principales reformas seguidas en el interior de cada Estado, es necesario hacer una breve mención a la evolución del llamado «early warning» en la práctica.

El mecanismo de alerta temprana se ha ido probando y consolidando en los últimos años, como se desprende de los datos sobre la participación de los parlamentos nacionales en los informes publicados “Legislar Mejor” de la Comisión Europea, o

se interprete como una obligación. V. C. FASONE, “Le Assemblee legislative regionali e i procedimenti decisionali comunitari: un’analisi di diritto comparato”, en E. GIANFRANCESCO, V. LIPPOLIS, N. LUPO, *Nuove regole per nuovi Consigli regionali*, in Il Filangieri, Nápoles, Jovene, 2009, p. 383. En doctrina española v., en particular, E. ALBERTI ROVIRA, E. FOSSAS ESPADALER, M. CABELLOS ESPIERREZ, *El principi de subsidiarietat a la Unió Europea*, Barcelona, Parlament de Catalunya, 2005, p. 80.

<sup>29</sup> Sobre la escasa presencia regional en la UE se reenvía a A.M. CARMONA CONTRERAS, La organización territorial, *op. cit.*, p. 252; J. M. CORTES MARTÍN, *op. cit.*, 273, que observa que la participación regional en el proceso decisorio europeo continuará dependiendo de su capacidad de influencia en sus respectivos ejecutivos centrales y no se medirá sobre su capacidad de actuar como sujetos individuales a nivel supranacional.

<sup>30</sup> Más recientemente sobre la cooperación interparlamentaria v. P. KIIVER, *The Early Warning System for the principle of subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, Londres, Routledge, 2012; A. M. RUSSO, “Il controllo politico sul principio di sussidiarietà europea: “prove tecniche” per un dialogo interparlamentare nello scenario post-Lisbona”, *Federalismi.it*, n° 20, 2012.

en las relaciones finales de las Conferencias de los órganos especializados en asuntos comunitarios y europeos de los Parlamentos de la Unión Europea (COSAC), que observan un aumento del número y una amplia diversificación de los contenidos y los argumentos esgrimidos en los informes presentados<sup>31</sup>. En 2001, por ejemplo, se han transmitido a las instituciones europeas 64 informes motivados por parte de los Parlamentos nacionales, que evidencian un incremento del 75% respecto del 2010, primer año de funcionamiento del mecanismo de alerta temprana<sup>32</sup>. En el 2012 se registró un aumento más contenido y el número de informes motivados se elevó a 70. Debe decirse que en un periodo de casi tres años desde la puesta en marcha del mecanismo, el 22 de mayo de 2012, se ha alcanzado por primera vez el umbral de un tercio de dictámenes negativos de los Parlamentos nacionales, respecto a una propuesta de reglamento Europeo considerada lesiva del principio de subsidiariedad, lo que ha llevado al Presidente de la Comisión Europea a retirar la propuesta tras su nuevo examen<sup>33</sup>. El 28 de octubre de 2013 se alcanzó por segunda vez este umbral necesario para la aplicación del «yellow card» respecto a una propuesta de reglamento que tenía por objetivo instituir la Fiscalía europea, con la oposición de una

<sup>31</sup> Se reenvía en particular al *Informe de la comisión de subsidiariedad y proporcionalidad-Legislar Mejor*, 19º Informe sobre el año 2011, p. 4 y ss; e al 18º Informe bianual de la COSAC, del 27-9-2012, *Developments in European Union. Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny*, presentado por la XLVIII Conference of Parliamentary Committees for Union Affairs of Parliaments of the European Union, Nicosia, 14-16 octubre de 2012, espec. p. 7.

<sup>32</sup> Es un dato por sí mismo significativo, incluso si se observa que esta tipología de dictamen constituye sólo el 10% de aquellos (622) transmitidos a la Comisión durante el 2011 en el ámbito más amplio de diálogo político con los Parlamentos nacionales. Porcentaje que no ha cambiado de manera sustancial desde 2012, en el que frente a 663 dictámenes enviados sólo 70 versaban sobre el control de subsidiariedad. En el contexto específico del control de subsidiariedad se evidencia que los Parlamentos nacionales más activos durante 2011 han sido el *Riksdag* sueco, la *Chambre de Députés* de Luxemburgo y el *Sejm y el Senat* de Polonia. En 2012 el *Riksdag* ha mantenido el primer puesto con 20 dictámenes, seguido del Senado francés con 7 y el *Bundesrat* alemán con 5.

<sup>33</sup> Se trata de la propuesta de reglamento sobre el ejercicio del derecho a promover acciones colectivas en el ámbito de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios (*Monti II-regulation*), frente a los que se han expresado dictámenes “motivados” contrarios al principio de subsidiariedad por parte de doce Parlamentos nacionales. Los requerimientos de los Parlamentos nacionales han sido sustancialmente acogidos por la Comisión Europea que, al término de la revisión del acto, ha decidido retirar la propuesta, no porque resultara lesiva del principio de subsidiariedad, sino porque se dio cuenta de la dificultad de su aprobación sin el sustento político necesario del Parlamento Europeo y el Consejo. El éxito de la operación ha puesto sobre la mesa que la primera vez que se han reunido las condiciones para hacer operativo el sistema de *early warning* no sólo se ha abierto un debate sobre el principio de subsidiariedad si no que se ha prevenido un bloqueo del propio proceso decisorio.

cuarta parte de Parlamentos nacionales que denunciaron una violación del principio de subsidiariedad. En esta segunda ocasión, a diferencia de la primera, la Comisión decidió confirmar y mantener la propuesta normativa, desplazando las objeciones planteadas por los Parlamentos nacionales sobre la falta de respeto del principio de subsidiariedad<sup>34</sup>.

En relación a los Parlamentos regionales, debe observarse como línea general la existencia de una amplia voluntad de participación en el nuevo mecanismo de alerta temprana, en un intento por detener un fenómeno creciente de la expansión de la legislación europea sobre los asuntos que afectan directamente al nivel regional. En estos años los Parlamentos regionales, con algunas diferencias, han tratado de participar en el «early warning system», valiéndose tanto de los canales ya existentes o instituidos «ex novo» dentro de sus respectivos Estados miembros, como de los mecanismos y los instrumentos activados e implementados a nivel supranacional. La dificultad para respetar los estrictos plazos para el envío de las observaciones sobre la subsidiariedad a las cámaras nacionales ha impedido en ocasiones a las Regiones intervenir más intensamente en el ámbito europeo. Por ello los Parlamentos regionales han comenzado a enviar sus propios informes sobre la subsidiariedad directamente a la Comisión Europea, y a mejorar su participación en el «network monitoring system» del CdR, principalmente a través de la plataforma REGPEX. El uso de este instrumento informático ha permitido a los sujetos institucionales adheridos, Parlamentos y Gobiernos de las Regiones con poder legislativo<sup>35</sup>, intercambiar datos y compartir conocimientos y valoraciones, obteniendo información sobre las iniciativas europeas de interés prioritario para la subsidiariedad, los análisis sobre la subsidiariedad en el «network», y todas las informaciones pertinentes en la materia, como por ejemplo, las valoraciones de impacto realizadas por la Comisión Europea. Se puede considerar, entonces, que en el bienio 2011-2012 se han llevado a cabo diversas iniciativas para mejorar la calidad y la cualidad de la participación regional en el sistema de alerta temprana mediante el trámite del CdR y de la CALRE. En diciembre de 2011 los secretarios del CdR y de la CALRE han firmado un alegato en el plano de la acción común en el que se prevé el reforzamiento de la cooperación entre las dos instituciones en el campo de la subsidiariedad, en particular mediante el uso de la plataforma REGPEX. Hay una referencia específica también

<sup>34</sup> V. la respuesta de la Comisión Europea, COM (2013) 851, al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Parlamentos nacionales.

<sup>35</sup> La plataforma REGPEX se activó en febrero de 2012, y al final de aquel año ya contaba con la presencia de 39 Parlamentos y 28 Gobiernos de las 74 Regiones con poder legislativo.

a este instrumento informático en el «working plan» del año 2013 redactado por el grupo de trabajo sobre la subsidiariedad de la CALRE. En este documento se prevé la construcción de un grupo piloto entre los Parlamentos regionales adherentes para la promoción y el intercambio de la información y la praxis aplicativa en el ámbito del control de la subsidiariedad, valiéndose del auxilio de la «Dirección para la subsidiariedad» del CdR y del REGPEX<sup>36</sup>. Las iniciativas descritas evidencian la voluntad de apuntar sobre esta nueva plataforma informática para integrar los Parlamentos regionales en los circuitos decisorios vinculados al procedimiento de alarma temprana. En diciembre de 2012, en el curso de la primera reunión celebrada para valorar el funcionamiento de tal plataforma, se ha decidido convertirla en un instrumento de soporte informativo y de cooperación interinstitucional para reforzar el papel de los Parlamentos regionales en el proceso legislativo de la UE. El perfeccionamiento de este y otros instrumentos en el CdR ha permitido a éstos intensificar el control de subsidiariedad, como resulta del incremento de los dictámenes que contienen una referencia explícita al respeto de tal principio.

Los desarrollos más recientes muestran, entonces, a medida que avanzan, cómo se va delineando un sistema complejo basado en formas de diálogo interinstitucional entre los diferentes niveles (subestatal-estatal-europeo) y el uso de mecanismos de cooperación destinados a promover una participación integrada y coordinada entre las instituciones que participan en diferentes formas del «early warning system».

## 5. MECANISMOS DE COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA Y «BEST PRACTICES» REGIONALES. ANTECEDENTES DE DERECHO COMPARADO

Un vez reconstruido el cuadro normativo y la praxis institucional más reciente es posible pasar al examen de las realidades constitucionales que, en el intento de acoger las nuevas oportunidades ofrecidas por el Tratado de Lisboa, han realizado reformas de diversa naturaleza no sólo para promover la participación de los Parlamentos nacionales, sino también para integrar a las Asambleas legislativas regionales en los circuitos decisionales vinculados al mecanismo de control de subsidiariedad y, más en general, a la fase inicial de formación del derecho europeo. Las previsiones

<sup>36</sup> Se reenvía al *Proyecto para la coordinación de la Comisión de asuntos europeos -Programa 2013*, del Grupo de trabajo sobre la subsidiariedad de la CALRE, en el que se impone el paso de una fase de reflexión y conocimiento de las realidades respectivas a una más pragmática basada en acciones concretas dirigidas sustancialmente al reforzamiento de la colaboración entre la Comisión de asuntos europeos de las Asambleas legislativas regionales.

del Tratado concernientes al llamado «early warning system» han aportado, como hemos visto, amplia autonomía a los Estados en la determinación de los mecanismos de cooperación interparlamentaria y en la experimentación de «best practices» regionales, incentivándoles a acometer reformas tanto a nivel nacional como subestatal. La reconstrucción de tales procesos de reforma y de los modelos definitivamente adoptados no representan una operación simple, puesto que requieren un análisis integrado de las diversas fuentes normativas estatales y subestatales (Constituciones, leyes estatales, reglamentos parlamentarios, constituciones regionales o estatutos de autonomía, leyes regionales, reglamentos de asambleas legislativas de las Regiones) que disciplinan los diversos aspectos de la participación parlamentaria en el mecanismo de alerta temprana y, más en general en la fase inicial del «decision making process» de la UE.

Es necesario observar que algunos Estados han empezado a dialogar, poniendo en marcha, de manera informal, acuerdos interparlamentarios en la misma fase inicial de experimentación dentro del procedimiento del «early warning» (2006-2009)<sup>37</sup>. Este es el caso, por ejemplo, del Parlamento del Reino Unido que, como resulta de los test sobre subsidiariedad desarrollados en el ámbito de la COSAC, ha empezado a consultar desde la fase experimental a las asambleas legislativas regionales, tomando sistemáticamente en consideración sus observaciones<sup>38</sup>. Si bien no ha sido aun instituido un procedimiento formal de consulta o de cooperación interparlamentaria, se ha realizado un diálogo constante en materia de subsidiariedad entre los presidentes y los miembros de las comisiones de asuntos europeos del Parlamento de Westminster y de las Asambleas legislativas de Escocia, Gales e Irlanda del Norte<sup>39</sup>. Particularmente activo ha resultado ser el Parlamento escocés que ha introducido, mediante la revisión del propio reglamento interno de noviembre de 2012, un procedimiento específico para cumplir con el análisis de los proyectos legislativos europeos bajo el perfil de la conformidad con la subsidiariedad (art. 10.

<sup>37</sup> Sobre los perfiles comparados de la participación de las Asambleas legislativas regionales en la fase ascendente del derecho comunitario antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ver, en particular, C. FASONE, “Le Assemblée legislative regionali e i procedimenti decisionali comunitari: un’analisi di diritto comparato”, en E. GIANFRANCESCO, V. LIPPOLIS, N. LUPO, *op. cit.*, p. 395 y ss.

<sup>38</sup> Sobre la participación de las Regiones en el proceso de interacción europea se reenvía a M. KEATING, “Il Regno Unito, le Regioni e la partecipazione alle questioni comunitarie”, en A. D’ATENA (Dir.), *L’Europa delle autonomie: le Regioni e l’Unione europea*, Milán, Giuffrè, 2003, p. 193.

<sup>39</sup> En este último supuesto el cambio ha venido de la mano de la comisión competente en cada caso por materia y con el servicio jurídico y el servicio de biblioteca de la Asamblea de Irlanda del Norte, dado que no existe una comisión específica para los asuntos europeos.

A. 3 «Standing Orders»<sup>40</sup>). Además, tanto el Parlamento escocés como la Asamblea nacional de Gales han activado mecanismos eficaces de comunicación con los respectivos ejecutivos regionales sobre proyectos legislativos europeos, también en lo concerniente al control de subsidiariedad, que debería teóricamente permitirles iniciar a trabajar tempestivamente sobre la documentación legislativa y actuar en los plazos previstos por el «early warning».

En otros ordenamientos, el desarrollo de procedimientos cooperativos ha sido normalmente precedido o asociado a reformas más amplias y de diversa naturaleza. Muchos Estados han procedido, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a aprobar reformas de naturaleza constitucional, legislativa y/o modificaciones de los reglamentos parlamentarios, para definir las obligaciones de información y cooperación de las instituciones implicadas, y/o para determinar procedimientos específicos con los que cumplir el control de subsidiariedad y realizar la cooperación interparlamentaria<sup>41</sup>.

En Alemania, por ejemplo, la Constitución ha sido modificada para recibir los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa y reforzar las competencias del Parlamento en las cuestiones europeas. Junto a las “leyes de revisión constitucional arts. 23, 45, y 93” se ha aprobado “la ley sobre la extensión y el reforzamiento de los derechos del «Bundestag» y del «Bundesrat» en las cuestiones de la Unión Europea” vinculadas a la ratificación del Tratado de Lisboa y declarada parcialmente ilegítima por el Tribunal constitucional federal en la conocida sentencia «Lissabon-Urteil» de 30 de junio de 2009<sup>42</sup>. En base a las indicaciones contenidas en este fallo se aprobó

<sup>40</sup> En base a tal procedimiento se determina la comisión competente en la materia, o en caso de más de una comisión competente, se diseña por el *Parliamentary Bureau* “the lead committee”, que somete a debate y aprobación de la asamblea una *motion* cuando considere que la propuesta legislativa examinada no sea conforme a la subsidiariedad. En alternativa a esta propuesta, en el caso en que no haya tiempo suficiente para completar el examen en las formas descritas, se prevé que sea la Oficina de presidencia la que notifique directamente al Parlamento nacional las dudas de la comisión sobre la propuesta y su conformidad al principio de subsidiariedad.

<sup>41</sup> Para un análisis de los procedimientos activados en algunos ordenamientos regionales y federales de la Unión Europea se reenvía al estudio publicado por el Comité de las Regiones *The role of Regional Parliaments in the Process of Subsidiarity Analysis within the Early Warning System of the Lisbon Treaty*, Bruselas, 2011.

<sup>42</sup> Recordemos de hecho que en esta sentencia (BVerfG, 2 BvE 2/08) el Tribunal federal alemán ha considerado la llamada ley de extensión parcialmente ilegítima, entendiéndola sustancialmente inadecuada respecto a los estándares garantizados por los arts. 38 y 23, c. 1, GG, en la medida en que no reconoce a las Cámaras suficientes derechos de participación. Se trata de una sentencia particularmente compleja, densa de contenidos y reflexiones sobre las características distintivas del proceso de integra-

el 24 de septiembre de 2009, la ley sobre las modalidades de responsabilidad en la integración del «Bundestag» y el «Bundesrat» en los asuntos de la Unión Europea, llamada IntVG, (BGBl 2009 I S.3022 ff), y la cual ha redefinido los diversos modos de intervención de las Cámaras en los diversos ámbitos modificados por el Tratado de Lisboa. Las modificaciones e integraciones resultantes de tales reformas han reforzado, en líneas generales, los derechos de participación y las competencias de codecisión del Parlamento alemán en los procedimientos decisorios europeos y, más específicamente, también en el ámbito del proceso de control del principio de subsidiariedad. El apartado 11 de la ley IntVG disciplina el procedimiento relativo a la presentación de la excepción de subsidiariedad, previendo que ésta pueda ser interpuesta por el presidente del «Bundestag» o del «Bundesrat» a los presidentes de los órganos competentes de la UE, antes de las ocho semanas posteriores a la comunicación por parte de la Comisión Europea, y después de que una de las dos Cámaras haya deliberado a favor de su presentación<sup>43</sup>.

A nivel de cada «Länder» se han realizado una serie de adaptaciones procedimentales y organizativas para reforzar el acuerdo parlamentario con los ejecutivos y participar, así, en el control del principio de subsidiariedad en colaboración con el «Bundesrat». De este modo, algunos «Länder» han reconocido en su propia Constitución el sistema de control de la subsidiariedad y/o concluido o modificado acuerdos de cooperación entre parlamentos y ejecutivos en tal ámbito. En particular, algunos «Länder» han reforzado el acuerdo legislativo-ejecutivo en el procedimiento

ción europea, sobre las cuales se detiene la doctrina con acentos más o menos críticos. Para un análisis de la sentencia se reenvía a los comentarios del Seminario de Astrid “La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell’Unione europea”, Roma, 21 settembre 2009, en [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); cfr. A. ANZON, “Principio democratico e controllo di costituzionalità sull’integrazione europea nella “sentenza Lisbona” del Tribunale costituzionale federale”, *Giur. Cost.*, n° 6, 2009, p. 5213; L. CASSETTI, “Il “Si, ma” del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell’integrazione europea”, *Federalismi.it*, n° 14, 2009; M. POIARES MADURO, G. GRASSO, “Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona?”, *Dir. Un. eur.*, n° 4, 2009, p. 503 y ss.; C. PINELLI, “Forzature e silenzi del Tribunale costituzionale tedesco sul trattato di Lisbona”, *Giur. cost.*, n° 6, 2009, p. 515 y ss; L. VIOLINI, “La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona”, *Quad. cost.*, 2009, p. 949; A. ZEI, “Un colpo al cerchio e uno all’Europa: la Germania dopo la sentenza Lisbona”, *Federalismi.it*, n° 13, 2011.

<sup>43</sup> La disciplina del procedimiento relativo se refiere al reglamento de ambas cámaras V. § 93 l. c) del Reglamento del *Bundestag*. Sobre tales aspectos G. BOGGERO, “La co-responsabilità per l’integrazione europea dei Länder tedeschi e del Bundesrat. Commento alla legge di responsabilità per l’integrazione (IntVG)”, *Federalismi.it*, n° 23, 2010.

de formación del derecho europeo y, en lo específico, en el ámbito del control de subsidiariedad<sup>44</sup>. Sobre el plano organizativo, se puede observar que tales «Länder» han establecido comisiones parlamentarias especializadas en el control de la subsidiariedad. Otros, sin embargo, han determinado la comisión parlamentaria competente para realizar el control, o han establecido prácticas cooperativas entre las diversas comisiones implicadas en el procedimiento, o incluso han introducido una serie de reglas y plazos detallados que deben ser respetados en las diversas fases del procedimiento. En Alemania, en resumen, se ha registrado un gran activismo en la recepción e implementación de las reformas del Tratado de Lisboa tanto a nivel federal como en cada «Länder». Ello ha permitido consolidar un modelo de participación en línea con las nuevas características del proceso legislativo de la UE, así como experimentar nuevos mecanismos procedimentales y «best practices» regionales en el ámbito del sistema de alerta temprana<sup>45</sup>.

También en Austria, para adecuarse a las innovaciones del Tratado de Lisboa, se ha realizado una revisión de la Constitución, llamada «Lissabon-Begleitnovelle» (L-BN) (BGBl. n. 57, del 27 de julio de 2010), que entre las diversas modificaciones e integraciones, ha previsto una cooperación reforzada entre el Gobierno federal y el Parlamento para el intercambio de información (art. 23, l. 2, par. 1, y art. 23. g), par. 2), y ha reconocido el derecho de ambas Cámaras a efectuar el control de subsidiariedad previsto en los Tratados y en el Protocolo (art. 23. f), par. 1, y art. 23. h) así como una obligación de cooperación entre el «Bundesrat» y los «Länder» (art. 23. g), par. 3). En particular, esta obligación de cooperación se traduce en el deber del «Bundesrat» de tener informado a los «Landtage» de todos los proyectos normativos europeos y en la obligación de tomar en consideración los dictámenes sobre la subsidiariedad por ellos expresados en el ámbito del procedimiento interno previsto para adoptar un dictamen motivado sobre la conformidad del proyecto de acto legislativo europeo con el principio de subsidiariedad. Además de la ley de

<sup>44</sup> V., por ejemplo la ley de *Baden Württemberg*, del 17-2-2011, EULG (GBI 577), que refuerza el procedimiento de acuerdo entre el Parlamento y el Gobierno en el procedimiento de formación del derecho europeo y en el marco del procedimiento de control sobre el principio de subsidiariedad. En este último ámbito específico, se refuerza el papel del *Landtage* y su posición sobre propuestas legislativas de la UE que desarrollan competencias exclusivas de los *Länder*.

<sup>45</sup> En el estudio del CdR sobre el papel de los Parlamentos regionales en el llamado *early warning system* (v. *supra*, nota 41), p. 134 y ss., se cualifican, por ejemplo, *best practices*: la previsión del sistema de alerta temprana en las Constituciones o en los estatutos regionales; los acuerdos y otras formas de cooperación entre ejecutivo y legislativo en el ámbito del procedimiento del control de subsidiariedad; la fijación de plazos en las diversas fases del procedimiento, sobre todo en lo concerniente al intercambio de información con el ejecutivo.

revisión constitucional han sido aprobadas también dos importantes reformas del reglamento del «Nationalrat» (BGBL n. 114 del 2011) y del «Bundesrat» (BGBL n. 141 del 2011), que reconocen los nuevos derechos de participación de las Cámaras en los asuntos europeos y revisan los procedimientos internos para hacer operativos tales derechos. Las modificaciones aprobadas han permitido a los «Landtage» empezar a ejercer el control de la subsidiariedad sobre las propuestas legislativas europeas, aunque sea en forma bastante limitada y diversificada. Los «Landtage» han buscado, de un lado, activar una cooperación más sólida con el «Bundesrat» y, del otro, poner a prueba una práctica colaborativa fundada en el reparto funcional del trabajo en base a la competencia y a los intereses específicos de cada «Länder»<sup>46</sup>. A la larga, con el fin de mejorar la colaboración interparlamentaria y el acuerdo con el «Bundesrat», los «Länder» podrán valerse tanto de los nuevos canales de comunicación y cooperación con esta Cámara, como del auxilio de los distintos órganos, por ejemplo, el «Verbindungsstelle der Bundesländer», la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos regionales, competentes para promover un intercambio tempestivo de la información y una acción de coordinación sobre todo en lo relativo al control de subsidiariedad.

La aprobación de reformas similares a las descritas, encaminadas a promover la participación de las regiones en el mecanismo de alerta temprana, ha sido ampliamente solicitada tanto por los entes subestatales como por las respectivas asambleas legislativas en el interior de cada ordenamiento estatal, así como por los organismos representativos de tales entes e instituciones a nivel europeo. En particular, organismos como la CALRE han jugado un papel activo en tal ámbito, apuntando hacia una revalorización del parlamentarismo regional en el proceso decisorio europeo<sup>47</sup>. En las declaraciones conclusivas de sus últimas reuniones anuales, la CALRE ha insistido sobre la potencialidad democrática e integradora del sistema de alerta temprana, solicitando a los Parlamentos regionales participar más intensamente en la red de subsidiariedad del CdR. Se muestran de particular interés las conclusiones de la XVI Declaración de la Conferencia, tenida en Mérida el 29-30 de noviembre de 2012, que subraya la necesidad de revalorizar la participación parlamentaria regional como instrumento para reforzar la legitimidad democrática de la UE, e incentiva,

<sup>46</sup> Cfr. A. KIEFER, "Partecipazione al controllo di sussidiarietà previsto nel Trattato di Lisbona: il modello di ripartizione delle competenze dei Länder austriaci", en J. WOELK, P. BUBJÄGER (Coords.), *Il Trattato di Lisbona e le Regioni: il controllo di sussidiarietà*, Bolzano, Eurac, 2010, p. 143.

<sup>47</sup> Véanse las conclusiones de la declaración de la XIV Conferencia plenaria de la CALRE, tenida en Trento el 3-5 de octubre de 2010, y aquella de la XV Conferencia tenida en Aquila el 25-26 de noviembre de 2011, p. 6.

por otro lado, el desarrollo de la cooperación interparlamentaria para concurrir a la construcción de una opinión pública y de un espacio político común europeo.

## 6. COMPARACIÓN DE LA EXPERIENCIA ITALIANA Y ESPAÑOLA

En el marco estudiado hasta ahora se encuadran las experiencias regionales italiana y española, que han demostrado un amplio interés por promover la implicación de las Asambleas legislativas regionales en el control de subsidiariedad, realizando reformas de diversa naturaleza pero sin recurrir a una previa revisión constitucional. El análisis de las reformas aprobadas en estas dos realidades, que expondremos a continuación, evidencia la existencia de su afinidad y de dificultades comunes, incluso frente a la heterogeneidad de sus procedimientos. Las principales dificultades que se derivan de esta comparación son la necesidad de una selección previa de los proyectos de legislación europea que deben examinarse en el nivel regional, y la necesidad de probar procedimientos eficaces para la conclusión del examen de estos proyectos dentro de los plazos establecidos por el «early warning».

### 6.1. La participación limitada e informal de los Consejos regionales en el procedimiento de control del principio de subsidiariedad

En Italia ha sido aprobada al término de la XVI legislatura la ley n. 234 de 2012, sobre «Nuove norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea»<sup>48</sup>, que sustituye íntegramente a la ley n. 11 de 2005 (ley «Buttiglione»), para adecuar sus contenidos a las prescripciones del Tratado de Lisboa. Las nuevas normas han introducido algunas innovaciones sobre las modalidades de intervención del Parlamento y las Regiones en la formación de las políticas y los actos normativos de la UE y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de su actuación; novedades destinadas a promover una participación más cohesionada de los sujetos implicados en el proceso decisorio de la UE mediante la introducción de nuevos mecanismos y el perfeccionamiento de los ya vigentes<sup>49</sup>.

En lo referente al control de subsidiariedad, el artículo 8 de la ley 234/2012 se limita a reconocer el derecho de cada Cámara a expresar un dictamen motivado sobre la conformidad del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos le-

<sup>48</sup> Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* n. 3 del 4-1-2013

<sup>49</sup> Para un primer comentario a la ley se reenvía a A. ESPOSITO, «La legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE. Parte I- Prime riflessioni sul ruolo delle Camere», *Federalismi. it*, n° 2, 2013.

gislativos europeos y de enviarlos a las instituciones competentes de la UE, dando comunicación al Gobierno nacional. Tal artículo contiene una primera referencia, aunque genérica, a la participación parlamentaria regional, previendo la facultad de las Cámaras de consultar a las asambleas regionales según las modalidades previstas en los respectivos reglamentos internos. Esta hipótesis de colaboración parlamentaria se confirma en el artículo 25 de la ley que comentamos, donde se estipula que, con el fin de la verificación del principio de subsidiariedad, las asambleas regionales podrán enviar directamente a las Cámaras sus propias observaciones en tiempo útil al examen parlamentario, dando comunicación a la Conferencia de Presidentes de las Asambleas legislativas de las Regiones y de las provincias autónomas. Las observaciones sobre la subsidiariedad se distinguen de aquellas otras que las Regiones están autorizadas a transmitir para formar la posición nacional sobre los proyectos legislativos europeos que recaen sobre materias de su competencia. Conforme a la nueva normativa, estas observaciones deben ser transmitidas, en los treinta días siguientes a la fecha de recepción de las propuestas legislativas europeas, al Presidente del Consejo de Ministros o al Ministro de asuntos europeos, y comunicadas a las Cámaras, a la Conferencia de Presidentes de las Asambleas legislativas Regionales y las Provincias autónomas. En los casos descritos, tanto para las observaciones sobre la subsidiariedad como para aquéllas de mérito, se espera que las Regiones puedan enviarlas directamente a las Cámaras y al Gobierno conforme a sus propios procedimientos, sin la intermediación de las conferencias antes mencionadas, que sirvieron como enlace con las instituciones del Estado en virtud de la legislación anterior. Sin embargo, aún debe darse oportuna comunicación a estas conferencias de las observaciones hechas por las Regiones en las diversas etapas del proceso de formación del derecho europeo<sup>50</sup>.

De la implantación de esta nueva normativa se evidencia una serie de límites a la intervención regional como, por ejemplo, la falta de determinación de un proce-

<sup>50</sup> El art. 5 de la ley 11/2005 prevé que los proyectos legislativos europeos vengán transmitidos, tras su recepción, por el Presidente del Consejo de Ministros o el Ministro de asuntos europeos, a la Conferencia de las Regiones y Provincias autónomas y a la Conferencia de Presidentes de las Asambleas legislativas de las Regiones y Provincias autónomas, encargada a su vez de redirigirlas a las Juntas y Consejos Regionales y de las Provincias autónomas. Establecía, por tanto, que con la finalidad de la formación de las posiciones italianas, las Regiones, para el trámite de una de las Conferencias, pudiera transmitir las propias observaciones al Presidente del Consejo, o al Ministerio de asuntos europeos, en los 20 días posteriores a su recepción. La ley 234/2012 innova en parte este procedimiento estableciendo que las regiones transmitan directamente al Gobierno tales observaciones, dando comunicación a las Cámaras y a ambas conferencias en el plazo más amplio de 30 días (art. 24, c. 3).

dimiento específico para el ejercicio del control de subsidiariedad, la ausencia de un plazo en el que el Consejo regional deba transmitir sus observaciones a las Cámaras, la falta de cualquier indicación sobre las modalidades de recepción de tales observaciones y de cualquier forma de acuerdo para definir una posición compartida a nivel nacional sobre el respeto de subsidiariedad. Sin embargo, no cabe duda alguna de la voluntad de revalorizar el diálogo directo entre las Regiones y las Cámaras, dado que se amplía la función de intermediación de la Conferencia de Presidentes de las Asambleas legislativas de las Regiones y de las Provincias autónomas. A esta última se le reconoce, sin embargo, un papel de observador privilegiado de las dinámicas interparlamentarias vinculadas al proceso de formación del derecho europeo, en cuanto que a ésta deben ser transmitidas tanto las observaciones regionales generales, como aquellas sobre la subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos. No se excluye que en un futuro, sobre la misma base, la Conferencia pueda ejercer su papel y desarrollar una acción de estímulo y coordinación de la cooperación interparlamentaria<sup>51</sup>.

Del examen que se acaba de hacer se observa que las innovaciones aportadas por la reforma legislativa dejan sin resolver algunas cuestiones, y no consiguen colmar plenamente las carencias señaladas por una parte de la doctrina sobre la participación regional en el «decision making process» europeo y la necesidad de revalorizar el papel de los Consejos regionales en el sistema de alerta temprana. Carencias, éstas, que no han encontrado hasta ahora una respuesta desde la base de los reglamentos parlamentarios de la Cámara y del Senado, que no prevén procedimientos específicos para verificar el respeto del principio de subsidiariedad, ni contemplan formas de implicación directa y obligatoria de los Consejos regionales en este ámbito, y más en general, en el examen parlamentario de los proyectos legislativos europeos<sup>52</sup>.

Sin embargo, en algunas leyes regionales y en los reglamentos de los consejos se encuentran indicaciones más específicas sobre tales aspectos, determinando procedimientos a propósito del control del principio de subsidiariedad en Consejos regionales y mecanismos de comunicación con las respectivas Juntas, desde el respeto a las formas de diálogo con las Cámaras y el Gobierno establecidas en la legislación.

Es notable que tras la reforma constitucional del Título V se ha comenzado a aprobar leyes regionales para disciplinar la participación de las Regiones en la for-

<sup>51</sup> A tal propósito véanse los arts. 22, 24, 26 de la ley 234/2012.

<sup>52</sup> C. FASONE, “Gli effetti del Trattato di Lisbona sulla funzione di controllo parlamentare”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n° 2, 2011, p. 385. De forma crítica el autor observa que el Parlamento no ha acogido la oportunidad de instaurar un diálogo estable y oficial con los Consejos regionales en el ámbito de la verificación de la subsidiariedad.

mación y ejecución de las normas europeas en materias de competencia propia, a las que han seguido reformas de los reglamentos de los Consejos<sup>53</sup>. Algunas de estas leyes han sido aprobadas antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y en el marco de los procedimientos diseñados por las leyes estatales «La Loggia» y «Buttiglione» con las que se ha dado desarrollo a la previsión del Título V sobre las relaciones entre las Regiones y la UE<sup>54</sup>. Otras han sido aprobadas tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa<sup>55</sup>. Tienen particular interés las leyes de Emilia Romagna (n. 16 del 2008) y de Cerdeña (n. 13 del 2010), que han dedicado artículos concretos al control de la subsidiariedad sobre las propuestas de actos normativos comunitarios vinculadas a competencias regionales.

La ley regional de Emilia Romagna 16/2008 ha sido la primera en introducir un artículo sobre el control del principio de subsidiariedad (art. 7), estableciendo que la Asamblea legislativa ejerce el control en el contexto de la cooperación institucional de la que forma parte, tanto en el ámbito nacional como en el europeo, y que los resultados de este control, aprobados mediante resolución, deben ser comunicados a la Junta con la finalidad de informar de la posición nacional<sup>56</sup>. El procedimiento, disciplinado por el art. 38 del Reglamento interno de la Asamblea legislativa, prevé que el examen se concluya con una resolución aprobada por la I Comisión, competente para pronunciarse en sede de deliberación teniendo presentes los dictámenes expresados por las Comisiones competentes en la materia. La normativa aprobada en este ámbito es el fruto de la experiencia madurada por la Región en los años precedentes. Debe recordarse, de hecho, que la Asamblea legislativa de Emilia Romagna ha sido una de las primeras en participar en los test sobre la subsidiariedad promovidos por el Comité de las Regiones, a partir de 2005, en el ámbito de un proyecto piloto más amplio dirigido a promover su acción consultiva y el desarrollo

<sup>53</sup> Las innovaciones introducidas por el Título V en esta área se han centrado en la formalización de la relación entre el derecho nacional y el derecho comunitario, el reconocimiento internacional de la acción de las Regiones y la redefinición del papel de éstas en sus relaciones con la UE.

<sup>54</sup> Como, por ejemplo, la ley regional de *Le Marche* n. 14 de 2006; la ley regional de *Valle d'Aosta* n. 8 de 2006; la ley regional de *Calabria* n. 3 de 2007; la ley regional de *Umbria* n. 23 de 2007 (art. 29 y 30); la ley regional *Emilia Romagna* n. 16 de 2008.

<sup>55</sup> Ley regional de *Sicilia* n. 10 del 2010; ley regional de *Cerdeña* n. 13 del 2010; ley regional de *Puglia* n. 24 del 2011; ley regional de *Lombardia* n. 17 del 2011; ley regional del *Veneto* n. 26 del 2011.

<sup>56</sup> Se observa a este propósito que uno de los aspectos más novedosos de la ley regional comentada es la previsión de la sesión comunitaria anual de la Asamblea legislativa, que debe desarrollarse en el mes de abril, para examinar conjuntamente el programa legislativo anual de la Comisión Europea y la relación sobre el estado de conformidad del ordenamiento regional al ordenamiento comunitario (art. 5).

progresivo de las autoridades regionales y locales en el proceso decisorio europeo<sup>57</sup>. Ello ha permitido a Emilia Romagna probar diversos procedimientos e instrumentos para participar en el proceso de monitorización de la subsidiariedad, mantener un diálogo y cooperación con las instituciones implicadas en tal proyecto, y madurar una constante experiencia cualificada en tal ámbito antes incluso de la activación oficial del mecanismo del llamado «early warning».

Desprende también un interés particular la ley sarda 13/2010 que ha reservado a la subsidiariedad un artículo específico (art. 5), donde prevé que el Consejo regional valore el respeto al principio de proporcionalidad y subsidiariedad en las propuestas de actos de la Unión que tengan por objeto materias de competencia regional y transmita su valoración a las Cámaras y, además, al Comité de las Regiones. El resultado de este examen se comunica también a la Junta para la definición de la posición de las Regiones en sede institucional de confrontación y acuerdo con el Gobierno nacional.

La aprobación de estas normas, pese a su novedad, no ha resultado determinante para activar el control de subsidiariedad a nivel regional. En la práctica de los últimos años la colaboración interparlamentaria en el ámbito del mecanismo del «early warning» se ha realizado mediante un trámite más espontáneo a través del envío de las resoluciones de los Consejos regionales a las Cámaras, teniendo por objeto esencialmente indicaciones generales y de oportunidad, antes que valoraciones sobre la subsidiariedad<sup>58</sup>. Las observaciones así expresadas, también en ausencia de reglas procedimentales específicas, han sido casi siempre tomadas en consideración por las Cámaras que, en algunos casos, han citado o recibido su contenido en las resoluciones definitivamente aprobadas. El resultado fundamental de esta colaboración dinámica establecida de forma espontánea entre los Consejos Regionales y las Cámaras, muestra la necesidad de determinar, en el futuro, un plazo razonable para que los Consejos puedan presentar sus observaciones sobre la subsidiariedad a las Cámaras y también de establecer reglas más específicas para la toma en consideración y la eventual recepción de tales observaciones por parte de éstas últimas. Finalmente, para evitar un fenómeno de duplicidad de sedes, procedimientos y dic-

<sup>57</sup> Los otros parlamentos regionales que han participado en el primer test de subsidiariedad han sido: la *Junta General del Principado de Asturias*, *The National Assembly for Wales*, *Vlaams Parlement*, *lands Lagting*, *Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira*, *Vorarlberger Landtag*, *Landtag Schleswig-Holstein*.

<sup>58</sup> Insiste en este aspecto C. Odone, “La collaborazione in fase ascendente tra il Parlamento e le Assemblee legislative regionali: cinque casi pratici ed alcune riflessioni”, *Federalismi.it*, n° 7, 2013, p. 13

támenes discordantes a nivel regional, se refuerza la exigencia de un acuerdo más estrecho Consejo-Junta, dirigido a garantizar la formación de una voluntad regional unitaria capaz de fundirse con la de las demás Regiones en sede nacional del acuerdo intergubernamental –en particular en la Conferencia Estado-Regiones– con vistas a la sucesiva negociación en sede europea.

## 6.2. El sistema español. Entre virtuosismo aparente y dificultades sustanciales

En España, los primeros signos de la participación regional en el «early warning system» se encuentran en las reformas de los estatutos de autonomía de nueva generación, que han comenzado a ser aprobados a partir del 2006. Los nuevos estatutos, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y cuando el mecanismo de la alerta temprana estaba aun en fase experimental, han reconocido genéricamente, con algunas diferencias, la implicación de los Parlamentos regionales en el procedimiento interno de control del principio de subsidiariedad sobre los proyectos de actos legislativos europeos atinentes a las materias de su competencia o interés. De esta forma, siguiendo una técnica de anticipación temporal considerada constitucional por el Tribunal constitucional en la conocida sentencia sobre el estatuto catalán, 31/2010<sup>59</sup>, las Comunidades autónomas han demostrado una férrea voluntad de integrarse en los circuitos vinculados al control de subsidiariedad, en curso de perfeccionamiento en el derecho europeo, con una declaración preventiva de empeño en esta actividad<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Para un análisis general de esta sentencia, se reenvía, entre los numerosos comentarios, a E. ALBERTÌ ROVIRA, “La sentència 31/2010: valoració general del seu impacte sobre l'estatut i l'Estat de les autonomies”; C. VIVER PI-SUNYER, “Los efectos jurídicos de la Sentencia sobre el Estatuto”, *Revista catalana de dret públic*, n° 1, 2010, pp. 9-68; J. M<sup>a</sup> CASTELLÀ ANDREU, “La sentencia del Tribunal constitucional 31/2010. Sobre el estatuto de autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico”, *Federalismi.it*, n° 18, 2010; J. F. LÓPEZ AGUILAR, “La sentencia más larga. Repercusiones de la STC 31/2010: política y jurisprudencia”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 27, 2011, p. 221 y ss. Para lo que nos interesa en esta sede, basta observar que el Tribunal ha rechazado el recurso de inconstitucionalidad presentado por el PP, considerando que el Estatuto (art. 188) no pone en discusión ni vulnera la capacidad del Estado de intervenir en el mismo ámbito y la intervención de las regiones queda circunscrita a las iniciativas europeas atinentes a las competencias regionales.

<sup>60</sup> La mayor parte de los estatutos de autonomía reformados (v. art. 61.3. de la ley orgánica 1/2006, de reforma del estatuto de autonomía de Valencia; art. 188 de la ley orgánica 6/2006, de reforma del estatuto de autonomía de Cataluña; art. 188 de la ley orgánica 2/2007, de reforma del estatuto de autonomía de Andalucía; art. 93.3 de la ley orgánica 5/2007 de reforma del estatuto de autonomía de Aragón; art. 62.2 de la ley orgánica 14/2007, de reforma del estatuto de autonomía de

A nivel nacional se ha preferido esperar a la entrada del Tratado para adecuar el derecho español a las novedades concernientes al Parlamento nacional, e introducir así una disciplina legislativa unitaria sobre la materia<sup>61</sup>. Se han aprobado, en el período de un año, las leyes 24/2009, de 22 de diciembre, y 38/2010<sup>62</sup>, de 21 de diciembre, que han modificado ampliamente la ley 8/1994, de 19 de mayo, «por la que se desarrolla la Comisión Mixta para la Unión Europea», relanzando el papel de esta Comisión (instituida por la ley 47/1985) en la fase ascendente del derecho europeo y, específicamente, en el procedimiento de alerta temprana<sup>63</sup>. Para dar actuación a las novedades normativas sobre el plano del procedimiento parlamentario se ha aprobado posteriormente, el 27 de mayo de 2010, la resolución de las presidencia del Congreso de los Diputados y el Senado con los que se ha modificado la resolución del 21 de septiembre de 1995 que desarrollaba la ley 8/1994<sup>64</sup>.

A la luz de tales reformas normativas se puede observar, «in primis», que la ley 24/2009 ha asignado a la Comisión mixta para los asuntos europeos un papel central en el ámbito del procedimiento de alerta temprana, estableciendo el órgano encargado de redirigir los dictámenes motivados sobre el respeto del principio

*Castilla y León*; art. 68.6 de la ley orgánica 7/2010, de reforma de la *Ley orgánica de reintegración y de mejoramiento del Régimen foral de Navarra*) han reconocido a los Parlamentos regionales la facultad de ejercer el control de subsidiariedad. El art. 112 del nuevo estatuto de las Islas Baleares, adoptado por ley orgánica 1/2007, se distingue de esta regulación, al contemplar esta intervención parlamentaria como una mera posibilidad.

<sup>61</sup> Sobre el funcionamiento del *early warning* en España, antes y después del Tratado de Lisboa, v. J. J. FERNÁNDEZ ALLES, “El parlamentarismo español ante el sistema de alerta temprana sobre el principio de subsidiariedad: A propósito de la V Conferencia sobre subsidiariedad (2011)”, *Rev. gen. der. const.*, n° 11, 2011, pp. 18-26; J. A. CAMISÓN YAGÜE, *Las Cortes Generales y el control del principio de subsidiariedad. Una visión práctica. Los dos primeros dictámenes negativos en el marco de procedimiento de alerta temprana*, Madrid, Dykinson, 2012.

<sup>62</sup> La primera publicada en el *Boletín Oficial del Estado* (Boe) n. 308, del 23-12 2009, y la segunda en el BOE n. 309 del 21-12-2010.

<sup>63</sup> Sobre las reformas ver, en general, F. VECCHIO, “La partecipazione delle Assemblee parlamentari regionali nella fase ascendente di formazione del diritto comunitario: spunti di riflessione dal modello spagnolo”, *Quad. reg.*, n° 2, 2010, p. 573 y ss. Para un análisis más profundo de la ley 38/2010 se reenvía a F. J. MATIA PORTILLA, “Un paso en falso (análisis de la ley 38/2010, de 20 diciembre)”, en esta Revista, n° 18, 2012.

<sup>64</sup> Resolución de las Oficinas de Presidencia del Congreso de los Diputados y del Senado sobre la modificación de la resolución de 21 de septiembre de 2005 para su adaptación a las disposiciones del Tratado de Lisboa y de la ley 24/2009 (B.O.C.G., Cortes Generales, Serie A, n. 312, del 8 de junio de 2010).

de subsidiariedad por parte de la iniciativa europea<sup>65</sup>. Dictámenes que deben ser transmitidos por medio del presidente de una de las Cámaras a los presidentes del Consejo, de la Comisión y del Parlamento Europeo en el plazo de ocho semanas, teniendo en cuenta las eventuales observaciones de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. A este propósito, la reforma prevé que todos los proyectos de actos legislativos europeos, prescindiendo de su contenido, sean transmitidos a la Secretaría de la Comisión mixta para los asuntos de la UE a los Parlamentos autonómicos para que éstos puedan expresarse sobre el respeto al principio de subsidiariedad, dirigiendo dictámenes motivados sobre cada iniciativa en el plazo máximo de cuatro semanas desde la fecha de recepción. Los dictámenes de los Parlamentos autonómicos, enviados en este periodo de tiempo, deberán ser tomados en consideración en la Comisión mixta y obligatoriamente anexados al dictamen motivado redactado por ésta última cuando se observe una violación del principio de subsidiariedad (el llamado dictamen vulneración)<sup>66</sup>. La centralidad de la decisión de la Comisión mixta en tal ámbito no es absoluta, pues según el artículo 5 de la ley se prevé que sea o el Pleno del Congreso o el del Senado los que puedan reclamar para sí el debate y la votación final del dictamen elaborado por la Comisión mixta para la UE, en el respeto de los términos previstos por los reglamentos de cada Cámara. Los dictámenes definitivamente aprobados deberán ser transmitidos al Gobierno a través de la Secretaría de Estado de relaciones con las Cortes.

Se observa, por otro lado, que el papel de la Comisión mixta para los asuntos de la UE ha sido potenciado todavía más por la posterior ley de reforma 38/2010,

<sup>65</sup> Sobre la implicación plena de la Comisión mixta para asuntos europeos de la UE en el mecanismo de control preventivo de subsidiariedad (v. art. 5 e 6 de la ley 8/1994, modificada por las leyes 24/2009 y 38/2010), la ley 24/2009 ha reconocido a tal órgano la facultad de solicitar al Gobierno la interposición ante el Tribunal de Justicia de un recurso de nulidad contra un acto legislativo europeo por violación del principio de subsidiariedad; facultad que debe ser ejercida en 7 semanas como máximo desde la publicación del acto. En caso de renuncia a la interposición del recurso, el Gobierno deberá presentarse ante la Comisión, por expreso requerimiento de esta última, para dar las oportunas razones (art. 3, let. k) y 7 del texto consolidado de la ley 8/1994). La ley atribuye a la Comisión mixta las funciones que el Tratado de Lisboa reserva a los Parlamentos nacionales para la valoración y control de efectividad del *Eurojust* y *Europol* (art. 3, let. n) del texto consolidado de la ley 8/1994).

<sup>66</sup> Sobre el papel de la Comisión mixta en el mecanismo de alerta temprana y sobre las modalidades de colaboración con los Parlamentos regionales en tal ámbito se reenvía, en particular, a F. ESTEVE GARCÍA, M. ILLAMOLA DAUSÁ, *El control de la subsidiariedad y de la proporcionalidad por las Cortes Generales –Comisión mixta para la UE– y por los Parlamentos Autonómicos en España*, en O. RAYO, *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, Barcelona, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 153 y ss.

pues ha reforzado su acción de control político sobre los asuntos europeos, convirtiéndola en el principal canal de vinculación y diálogo con las autonomías territoriales. El artículo 10, c. 1, de esta ley prevé que los Presidentes de Gobierno de las Comunidades autónomas o de las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla puedan solicitar su comparecencia ante la Comisión para tratar el impacto de la normativa europea y de las propuestas de actos legislativos en materia de su competencia o interés autonómico<sup>67</sup>.

Las novedades comentadas han cumplido indudablemente con una apertura significativa en la participación de las Comunidades Autónomas, aunque sea en un marco limitado. En lo relativo al control del principio de subsidiariedad, se puede observar que el procedimiento delineado tiende a integrar a las Asambleas regionales en el circuito decisonal, admitiendo la posibilidad de su intervención sobre todos los actos legislativos europeos, mediante dictámenes que deben ser obligatoriamente anexados al dictamen de la Comisión mixta sobre la subsidiariedad. En un análisis más atento se evidencia, sin embargo, que la amplia apertura hacia los parlamentos regionales resulta ser más aparente que real, ya sea porque las Comunidades autónomas no tienen interés en pronunciarse sobre cuestiones que no entrañan el ámbito de sus competencias, o porque los dictámenes autonómicos, a los que no se les asigna valor jurídico vinculante, deben ser anexados únicamente al dictamen motivado de la Comisión mixta sólo cuando se denuncie una violación de la subsidiariedad<sup>68</sup>. En realidad, en la praxis del último bienio (2011-2012), la Comisión mixta para los asuntos de la UE se ha referido casi siempre a los dictámenes emitidos por los Parlamentos autonómicos en sus diferentes tipos sobre las propuestas normativas europeas, es decir, aquellos relativos a la vulneración del principio de subsidiariedad (dictamen de vulneración) y aquellos que contienen observaciones sobre la proporcionalidad y sobre los contenidos de tales propuestas en el ámbito del diálogo político con la Comisión (dictamen con observaciones). Los Parlamentos autonómicos

<sup>67</sup> El artículo 8 de la ley comentada ha consignado a la presidencia de la Comisión mixta para los asuntos europeos la facultad de requerir la comparecencia de los miembros del Gobierno, Ministros y otros cargos, antes de la reunión del Consejo de Ministros europeo, para dar cuentas de la posición adoptada sobre las cuestiones inscritas en el orden del día. El art. 9 de esta ley establece que, al finalizar cada presidencia semestral de la Unión Europea, el Ministro de Asuntos Exteriores y el Secretario de Estado de la Unión Europea se presentarán ante la Comisión para rendir cuentas.

<sup>68</sup> Al subrayar estos aspectos, una parte de la doctrina ha definido esta reforma con el término de “agridulce” para evidenciar como bajo un revestimiento dulce se esconde un píldora amarga para los Parlamentos autonómicos. V. A. M. CARMONA CONTRERAS, *¿Hacia la europeización de los Parlamentos Autonómicos?*, op. cit., p. 160 y ss.

han demostrado, por su parte, la voluntad de ejercer el control de subsidiariedad y han enviado frecuentemente sus resoluciones a la Comisión mixta en el plazo de cuatro semanas establecido por la legislación nacional.

La normativa examinada, que ha asignado a los Parlamentos autonómicos la facultad de intervenir sin límite material alguno pero dentro del respeto de límites temporales restrictivos, estimula la activación de una mayor cooperación horizontal para promover una intervención parlamentaria más rápida y eficaz. En esta dirección se sitúa, por ejemplo, la iniciativa adoptada por la Conferencia de Presidentes de Parlamentos autonómicos (COPREPA) en 2011, que aprueba una guía para la redacción de dictámenes motivados en el sistema de la alerta temprana, estableciendo que la intervención de las Asambleas regionales debe cumplirse sólo en los casos en los que las iniciativas europeas, además de influir en materia de competencia autonómica, incidan sobre los intereses de cada Comunidad autónoma. Otra iniciativa importante dirigida a reformar la cooperación entre Parlamentos autonómicos es la plataforma electrónica de intercambio de información, experiencias y «best practices» (Plataforma Electrónica para la transmisión de la información parlamentaria, PETIP) creada en el 2011 a propuesta de la COPREPA<sup>69</sup>. Claramente inspirada en el modelo IPEX, la plataforma electrónica (PETIP) para el intercambio de información parlamentaria se perfija poner en común experiencias e informaciones sobre temas de diversa naturaleza que pueden resultar de interés para los Parlamentos autonómicos. Tales iniciativas tratan de promover una intervención sectorial de las Comunidades Autónomas, sobre la base de las competencias y los intereses específicos de cada una, y a incentivar, un diálogo y un consenso parlamentario más estrecho, con la finalidad de favorecer la circulación de «best practices» y dinámicas más eficientes en el Estado autonómico.

## 7. CONCLUSIONES

Las reformas llevadas a cabo en los últimos años han reconocido una presencia más incisiva de las Regiones en el sistema de gobernanza multinivel de la UE, aunque el camino para conseguir una integración más estrecha y una participación más eficaz en el «decision making process» es aun largo. El reforzamiento del Co-

<sup>69</sup> La plataforma se ha previsto en el acuerdo 3/2010, adoptado por la COPREPA, durante una reunión celebrada en Mérida los días 1, 11 y 12 de mayo de 2010. La finalidad de la plataforma es: la consulta, el intercambio de fondos bibliográficos, la creación de foros de debate, la puesta en común de experiencias sobre la participación de los Parlamentos autonómicos en el control del principio de subsidiariedad.

mité de las Regiones en el papel de «watchdog of subsidiarity» y la inclusión de los Parlamentos regionales en el «early warning system» son las nuevas bases sobre las que se asienta una tutela más amplia de los intereses territoriales en la arquitectura de la UE, incluso sin constituir garantías de por sí suficientes para asegurar el pleno respeto de tales intereses y una integración efectiva de las Regiones en sus complejas dinámicas institucionales.

Los recientes desarrollos normativos han confirmado, por otro lado, que la regionalización representa un fenómeno capaz de ofrecer legitimación democrática en el proceso de integración europea. El refuerzo de la participación regional en las dinámicas de integración europea, especialmente si se persigue a través de los canales de democracia representativa, se revela complemento indispensable del proceso de democratización que trata de reforzar la legitimidad democrática de la UE. El binomio Parlamentos nacionales/Parlamentos regionales se encuentra en línea con un concepto de democracia europea cada vez más complejo, que ha sido y continúa siendo objeto de diferentes interpretaciones en la reflexión jurídica europea. Las elaboraciones doctrinales más recientes sobre la democratización de la Unión Europea demuestran una mayor inclinación a una revisión de los conceptos jurídicos tradicionales, ofreciendo lecturas y cualificaciones inéditas al proceso de integración europea respecto a las orientaciones que tendían a interpretar el fenómeno sólo en base al paradigma preseleccionado. La voluntad de declinar de forma positiva la originalidad jurídica de la Unión Europea se manifiesta en una pluralidad de orientaciones doctrinales que, incluso en la diversidad de sus contenidos y de las conclusiones que les siguen, tratan de recomponer su complejidad estructural dentro de nuevas categorías jurídicas y siguen el mismo sistema metodológico incluso al afrontar el problema de su democraticidad<sup>70</sup>. Tales interpretaciones resultan más coherentes

<sup>70</sup> En esta dirección se orientan, por ejemplo, aquellas reconstrucciones doctrinales que realizan una lectura del dualismo comunitario en términos de integración sistémica, insistiendo sobre la dimensión integrada y compuesta de la realidad jurídica europea y rehaciendo un concepto de democracia compuesta y pluralista. Se reenvía a P. HÄBERLE, “Per una dottrina della costituzione europea”, *Quad. cost.*, n.º 1, 1999, p. 7; S. CASSESE, “L’Unione europea come organizzazione pubblica composita”, *Riv. it. dir. pub. com.*, n.º 5, 2000, p. 991. G. DELLA CANANEA, *L’Unione europea. Un ordinamento composito*, Bari, Laterza, 2013; I. PERNICE, “Multilevel constitutionalism in the European Union”, *Eur. L. Rev.*, n.º 5, 2002, p. 511; G. GUZZETTA, “Declinazioni del dualismo comunitario: dall’*aut aut* all’*et et*”, en G. GUZZETTA, *Questioni costituzionali del governo europeo*, Padova, Cedam, 2003, p. 7 y ss.; A. MANZELLA, “Lo Stato comunitario”, *Quad. cost.*, n.º 2, 2003, pp. 273 y ss.; 281; S. FABBRINI, *L’Unione europea come democrazia composita?*, *Riv. it. sc. pol.*, n.º 1, 2004, p. 13 ss.; F. PALERMO, *La forma di Stato dell’Unione europea. Per una teoria costituzionale dell’integrazione sovranazionale*, Pádua, Cedam 2005; F. BALAGUER CALLEJÓN, “El Tratado de

con el desarrollo institucional de la última década en el que la cuestión democrática europea se ha enriquecido de contenidos nuevos y problemáticos con el devenir del proceso de constitucionalización de la UE, aparentemente fallido sobre las cenizas del naufragado Tratado por el que se adoptaba una Constitución para Europa, pero parcialmente retomado, aunque sobre unos parámetros formalmente distintos, por el Tratado de Lisboa. La aprobación de estos Tratados, y los intensos debates al mismo vinculados, han contribuido a profundizar en la reflexión sobre la democracia de la UE y a desarrollar un concepto de democracia más amplio y complejo fundado sobre la coexistencia y la compenetración de principios e institutos de diversa naturaleza, que se encuadran prevalentemente en el ámbito de la democracia representativa, de la democracia participativa y la democracia de proximidad. El Tratado de Lisboa, que según una parte de la doctrina ha supuesto «una svolta nel tortuoso processo di democratizzazione»<sup>71</sup>, ha perfilado un modelo democrático que no se rige únicamente sobre una redefinición en sentido pluralista de las formas de democracia representativa, sino sobre una progresiva y paralela realización de una democracia participativa y de proximidad, cuyo fin último es el de fomentar la participación popular y acercar al ciudadano a las instituciones y a las políticas europeas<sup>72</sup>. Desde esta perspectiva, la integración de las Regiones en la UE, especialmente cuando se realiza a través de sus instituciones representativas, tiende a promover la participación popular de manera más intensa y a reforzar la legitimación democrática de los mecanismos procedimentales y de toma de decisiones europeas. El camino tomado

Lisboa en el divan. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea”, *Rev. esp. der. const.*, n.º 83, 2008, p. 59.

<sup>71</sup> En este sentido ver C. PINELLI, “Il deficit democratico e le risposte del Trattato di Lisbona”, *Rass. parl.*, w n.º 4, 2008, p. 925.

<sup>72</sup> Sobre las características de la democracia representativa en la Unión Europea y sobre las relaciones entre principio democrático y principio parlamentario v. P. RIDOLA, “Brevi note sui rapporti fra principio democratico e principio parlamentare nell’Unione europea: il difficile cammino della “democrazia federalistica”, en R. ORRÚ, L. G. SCIANNELLA, A. CIAMMARICONI (cur.), *Dai Parlamenti in Europa ai Parlamenti d’Europa. Un cammino tra storia e diritto*, Nápoles, Esi, 2008, p. 133 y ss. Sobre la democracia participativa en la Unión Europea v., más recientemente, D. SICLARI, “La democrazia partecipativa nell’ordinamento comunitario: sviluppi attuali e prospettive”, *Dir. pubbl.*, n.º 2, 2009, p. 589; D. FERRI, “L’Unione europea sulla strada della democrazia partecipativa”, *Istituz. federal.*, n.º 2, 2011, p. 297 y ss. Sobre democracia de proximidad en conexión con el concepto de gobernanza multinivel cfr. L. HOOGHE, G. MARKS, *Multi-level Governance and European Integration*, Lanham, MD, Rowman& Littlefield Publishers, 2001; L. BOBBIO, “Governance multilivello e democrazia”, *Rivista delle politiche sociali*, n.º 2, 2005, p. 51 y ss.; J. DEBARDELEBEN, A. HURRELMANN, *Democratic dilemmas of Multilevel Governance: legitimacy, Representation and Accountability in the European Union*, Palgrave Macmillan, 2007.

en Lisboa mira, en definitiva, a avanzar hacia una Europa en la que las Regiones participen activamente en su progresiva construcción jurídica y en sus procedimientos decisorios, convirtiéndose en elementos clave de su democracia social.

Se observa también que la regionalización puede constituir un instrumento de contrapeso y de reequilibrio funcional en la situación actual de crisis de la UE. Como se observa, la redefinición de la nueva «governance» económico-financiera ha favorecido una tendencia a la recentralización estatal y al reforzamiento del método intergubernamental en los engranajes procedimentales europeos, con recaídas sobre el déficit democrático<sup>73</sup>. La participación de los Parlamentos regionales en el proceso de producción normativa podría contrastar estas tendencias dado que incentiva y democratiza la participación regional en el proceso de integración europea, concurriendo a redimensionar la centralidad estatal y la preminencia de los canales de acuerdo intergubernamental tanto a nivel nacional como europeo. Desde esta perspectiva específica de intento de superación del déficit democrático resulta indispensable en primer lugar que los Parlamentos regionales se sitúen en condición de participar eficazmente en el «decision making process» de la UE, activando formas de acuerdo con los respectivos ejecutivos y recogiendo lo mejor del llamado «intra-state» y «extra-state channels» puestos a disposición por el derecho de los Estados miembros y por el derecho europeo. En el contexto procedimental específico del llamado «early warning», resulta necesario que el papel de los Parlamentos regionales venga ulteriormente reforzado, promoviendo una más estrecha colaboración de los Parlamentos nacionales desde la vertiente estatal, una acción de acuerdo más intensa con el Comité de las Regiones, y una mayor cooperación interparlamentaria regional a nivel europeo. Estos caminos se deben recorrer de forma paralela al intento de potenciar la dimensión parlamentaria regional y ofrecer contextualmente mayores niveles de transparencia, eficiencia y democracia en todo el proceso decisorio de la UE. La introducción de procedimientos parlamentarios y/o de prácticas cooperativas ágiles y eficaces en el interior de cada ordenamiento estatal, representa una premisa indispensable para promover una intervención regional más extensa y cualificada, pero sobre todo “rápida”,

<sup>73</sup> Sobre este aspecto v. P. BILANCIA, “La nuova governance dell’Eurozona e i “riflessi” sugli ordinamenti nazionali”, *Federalismi.it*, n° 23, 2012, p. 14, que observa: «Lo sviluppo dell’integrazione nella governance economica non appare ancora soddisfacente dal punto di vista della sua legittimazione democratica e rischia di ripetere ed amplificare l’annoso problema del deficit democratico dell’UE». Sobre efectos de la crisis económica sobre el derecho constitucional de los Estados y sobre el principio democrático en general v. F. BALAGUER CALLEJÓN, “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Rev. esp. der. const.*, n° 98, 2013, p. 91 y ss. Sobre la crisis del europeísmo y sobre la necesidad de su vinculación se reenvía a las consideraciones de F. LANCHESTER, “Le trasformazioni geopolitiche, l’integrazione europea e l’eredità del federalismo statunitense e tedesco”, *Nomos*, n° 1, 2012.

capaz de ser cumplida en los cortos plazos previstos en el mecanismo del «early warning». La participación más intensa en las actividades del Comité de las Regiones, a través de la «Red de control de la subsidiariedad» y las nuevas plataformas REGPEX, se muestran indispensables para promover una acción regional más cohesionada en el plano del control de subsidiariedad, capaz de mejorar tanto la acción consultiva del CdR como la de los Parlamentos regionales a nivel nacional. El desarrollo de la cooperación interparlamentaria regional a nivel supranacional resulta fundamental porque coadyuva no sólo a incentivar un intercambio de informaciones y de «best practices» entre los Parlamentos regionales, sino también a avanzar en la construcción de una opinión pública y de una esfera política europea.

En conclusión, la cooperación interparlamentaria, en sus diversas formas y declinaciones, aparece como uno de los principales desafíos de las Regiones en los próximos años tanto a nivel interno en cada ordenamiento estatal como en el marco de la UE, con el objetivo sustancialmente compartido de progresar en una integración regional más estrecha y un modelo de «governance» más avanzado y apto para promover una coparticipación efectiva y responsable de todos los sujetos implicados en las complejas dinámicas que se realizan en el espacio público europeo.

### **Resumen**

*Este trabajo tiene como objetivo reconstruir el papel de las Regiones en la gobernanza multinivel europea a la luz de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa. Valora las principales reformas del presente Tratado, que ha promovido la participación de los niveles subnacionales en los mecanismos de control parlamentario y judicial del principio de subsidiariedad. En particular, estas innovaciones establecen la participación de los Parlamentos regionales en el sistema control de la llamada alerta temprana, y la inclusión del Comité de las Regiones entre los sujetos con derecho a interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia en defensa de este principio.*

*En este contexto, el estudio se centra en dos aspectos: a) el nuevo papel y el funcionamiento del Comité de las Regiones; b) los mecanismos de cooperación interparlamentaria y las mejores prácticas regionales adoptadas en el derecho comparado, con especial referencia a las experiencias de Italia y España. El ensayo concluye con una evaluación de la contribución de las regiones al proceso de democratización de Europa.*

*Palabras Clave:* Tratado de Lisboa, Regiones, principio de subsidiariedad, procedimiento de alerta temprana, democracia.

### **Abstract**

*This work aims to reconstruct the role of the Regions in the European multilevel governance in light of the reforms introduced by the Lisbon Treaty. It values the main regional reforms of this Treaty, which have promoted the involvement of subnational levels in the mecha-*

*nisms of parliamentary and judicial control of the principle of subsidiarity. In particular, these innovations regard the participation of Regional Parliaments to the subsidiarity check system (so-called early warning) and the inclusion of the Committee of the Regions among the subjects entitled to bring an action before the Court of Justice in defense of this principle. In this context the study focuses on two aspects: a) the new role and functioning of the Committee of the Regions; b) the mechanisms of inter-parliamentary cooperation and regional best practices adopted in the comparative law, with particular reference to the Italian and Spanish experiences. The essay concludes with an assessing on the contribution of the Regions to the European democratization process.*

**Keywords:** *Lisbon Treaty, Regions, principle of subsidiarity, early warning system, democracy.*

Recibido: 23 de diciembre de 2013

Aceptado: 5 de febrero de 2014

# Perfiles/Noticias

---



## EN EL 80 CUMPLEAÑOS DE PETER HÄBERLE

LOTHAR MICHAEL\*

Peter Häberle, durante su lección de despedida de la Universidad de Bayreuth, en el año 2002, calificó la “ciencia jurídica como una forma de vida”. Fue la confesión de un artista, cuyo vigor en el tratamiento de la ciencia jurídica no viene solo “de la capacidad, sino del deber”, parafraseando los términos usados por Arnold Schönberg para designar su propia labor.

La vida y la obra de Häberle componen una unidad, siguiendo así su autocomprensión de la “ciencia jurídica como forma de vida”. En sus actos encontramos siempre y de modo directo al ser humano Peter Häberle, una personalidad chispeante, un carácter apasionado, un maestro que acompaña y padece con el discípulo, un alma frágil. Como muchos artistas, ha puesto toda su sensibilidad espiritual y humana en la vocación, sin echar un telón que separese lo profesional de lo privado. Conmueve y fascina la intensidad científica y humana de Häberle, por más que a algunos les irrite su inopinada exigencia para que el otro también se abra a descubrir en cada profesor, en cada maestro, a un artista. El precio a pagar es la cercanía entre la felicidad y el desengaño, coste que Häberle, al igual que muchos artistas, ha saldado ocasionalmente en una trágica soledad. No está de más, por tanto, que nuestro homenajeado haya logrado ser famoso por su obra, hasta el punto de haber recibido siete doctorados honoris causa. La cifra redonda de su cumpleaños debería servirle de ocasión para disfrutar y celebrar como artista el éxito de su “ciencia jurídica” y la fortuna de su “forma de vida”.

Es indudable y bien conocido por todos el arte de Häberle con los juegos de palabras, sean verbales o escritos. Ya en 1983 exploró “la Ley Fundamental de los literatos” y con ella “el Estado constitucional en el reflejo (¿deformante?) de la literatura”. Pero valoremos ahora a Häberle desde otro espejo, el de la música. Cuando en el “Jahrbuch des öffentlichen Rechts” de 2012, publicó “Musik und Recht – auf dem Forum der Verfassungslehre als Kulturwissenschaft”, entonces pudimos escuchar su vocación musical. Todavía más: en la forma de vida de Häberle, la música cumple

\* Catedrático de Derecho Público. Universidad Heinrich Heine. Düsseldorf. Alemania.  
Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

una función integral. La conexión entre lo profesional y lo privado se palpa en los conciertos que Häberle ha dado a los miembros de su cátedra, amigos y colegas. Bajo el lema “prima la música, poi le parole”, Häberle ha dejado sonar la música, generando una sensibilidad que favorece el clima adecuado de la conversación científica. Que para él la música consiste en una apertura emocional, pero también en una experiencia transcendental, lo ha manifestado también en palabras, por ejemplo, cuando habla del Bach eterno, del divino Mozart o del celestial Schubert.

La canción para su ochenta aniversario debería estar dedicada no solo a su condición de pianista, sino también a su condición de maestro melódico, que arropa y acompaña. Merece la pena analizar el “trabajo vital” de Häberle a través de las categorías musicales. Empecemos simplemente con el tono. Häberle pertenece a ese grupo de autores que reconocemos inmediatamente en su estilo. Su uso de la lengua posee un sonido inconfundible. Sin duda, por el inevitable color de su acento suabo (con el que le gusta coquetear). Tono que en su escritura adquiere un sonido motivador inigualable. Hace resonar ideas subrayando los paréntesis. El mundo espiritual de Häberle moviliza y sus sonidos los explota juguetonamente, hasta el punto de poder ser descritos como música celestial. En definitiva, “la doctrina constitucional como ciencia de la cultura” es un programa conceptual bien sonoro, al que no le haría justicia un tratamiento puramente analítico.

Esto también vale para su uso del derecho comparado: del mismo modo que los compositores se han dejado inspirar por la música de otros países y han aplicado creativamente sus melodías en su propia música –en ocasiones también respondiendo al estímulo exótico (el concierto italiano de Bach, la marcha turca de Mozart, las polonesas de Schubert, los cuartetos americanos de Dvorak, las sinfonías italianas y escocesas de Mendelssohn), también introduce Häberle el derecho comparado de manera melódica, conceptualizando y reflexionando, desde la cultura y en tanto que cultura, sobre Constituciones de todo el mundo, hasta lograr desarrollar “estudios introductorios para una doctrina constitucional universal” (2013). Esto ocurre con un sorprendente virtuosismo, que incluye sin timidez Constituciones exóticas, y se mueve más allá del mero suelo positivo o de los detalles, y no carece de fin, pues tiene siempre en mente el conjunto del derecho y la doctrina constitucional. Häberle también domina el arte de la improvisación, por ejemplo, en las discusiones con sus tonos joviales que relativizan los argumentos propios y ajenos. Adora el intercambio de los medios tonos –identificables en su “teorías mixtas”. Desde un punto de vista musical y en conexión con Debussy podemos calificarlo como un impresionista, que despierta asociaciones y juega con imágenes que buscan el estímulo del esbozo.

La gravedad no excluye la diversión. En el trabajo de Häberle se descubren ornamentos –habituales en la escritura musical del diecinueve–, buscados intencionadamente, que se subrayan con añadidos entre paréntesis y que muestran con toda claridad un espíritu musical. Domina tanto el “scherzo” como el “preludio”. Sin duda, uno de los signos distintivos en Häberle son “los subrayados mediante el entrecomillado”. Nos recuerdan la diferencia entre Schubert y Dvorak a la hora de colocar los acentos. Las notas al pie<sup>1</sup> de Häberle son algo más que una referencia numérica, más bien se trata de una llamada de atención que se deja leer en ocasiones como la anotación de una voz de acompañamiento, para la que no quedase sitio en la orquestación de la partitura principal.

En la mera lectura del índice, ya sabemos de manera inequívoca que se trata de una composición, de un escrito de Häberle. Juega con los índices del mismo modo que los compositores de la escuela clásica de Viena jugaron con la forma sonata. En su condición de clásico, Häberle se muestra en la pluralidad e individualidad de sus índices, hasta el punto de haber desarrollado una forma propia de lenguaje. De sobra conocemos sus excursos e incursos. En efecto, un elemento fundamental de su cultura de seminarios a lo largo de las décadas ha consistido en destacar que las preguntas y su estructura deben partir de índices claros. Todos sus seminarios se basan en un índice de la discusión definido por él y fijado en la pizarra.

Sabemos que Häberle mantiene una relación tensa con la obra de Richard Wagner (guardemos silencio sobre la persona), aunque debe sostenerse que ambos maestros de Bayreuth comparten signos distintivos en su obra –y aunque Häberle no se abstiene de acudir a las actuaciones del festival de Bayreuth, no le gusta hablar de ello y siempre mantiene una cierta distancia). Es un lugar común afirmar que entre los compositores de ópera prefiere a Verdi, por su conocimiento del ser humano, su italianidad y su humanidad; y por supuesto a Mozart, cuyo Don Giovanni (¡!) es para él la esencia de la ópera. Y aunque la ópera no es el género central de la música häberliana, sin embargo, él mismo acepta que su conexión entre profesión y persona, ofrece inevitablemente una cierta capacidad para la escena y la ceremonia (pensemos en los doctorados honoris causa en el sur de Europa y América).

Volvamos a Schönberg. En su comentario de referencia sobre Brahms, calificó a éste como el más avanzado y, al mismo tiempo, el más lírico de los compositores. Esto conlle-

<sup>1</sup> Su estilo de notas es también inconfundible. Un buen ejemplo lo vemos en la página 58 de su libro *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 3ª ed., 2005, donde bajo dos líneas de texto hay tres notas al pie, cuya primera nota a su vez remite a otra larga nota y cuya tercera alcanza hasta la siguiente página (en total sesenta y cinco líneas de nota).

vaba el prejuicio de olvidar a Beethoven entre los progresistas y a Brahms (frente a Wagner) entre los conservadores. Pero un análisis estructural se entiende mejor. Brahms es músico de cámara, y así permaneció en su espíritu, pese a que escribió sinfonías, obras orquestales que le dieron la fama. Corporeiza así la antítesis de Beethoven, que era un autor de sinfonías, por más que también escribiera música de cámara. En definitiva, Brahms compuso sinfonías de música de cámara, y Beethoven música de cámara sinfónica.

Siguiendo estas categorías, Häberle comenzó como autor de sinfonías; por decirlo de algún modo, fue el Beethoven de la doctrina alemana. Su tesis doctoral tiene su equivalente musical en la Heroica: un trabajo que marca una época, cuya fuerza expresiva (sin introducción preparatoria) domina el conjunto, con un detalle en los motivos, que funda la esencia a través de temas opuestos, manteniendo en la tercera edición todo su vértigo. En cambio, la conferencia en la asociación alemana de profesores de derecho del estado tiene la forma de una sonata (recordándonos a la “Hammerklavier”), pero el contenido de una sinfonía.

Paulatinamente Häberle pasó a ser el Brahms de la teoría constitucional. Al mismo tiempo se hizo conservador y progresista. Sobre todo, su construcción teórica fue cada vez más propia de la música de cámara. Como profesor alcanzó la forma más elevada en sus legendarios seminarios. Y desde el punto de vista de la escritura se ha convertido en el maestro de la forma breve. No solo ha reunido cíclicamente sus ensayos en volúmenes, sino que sus propias monografías se han ido estilizando. Häberle siempre ha trabajado “por partes” hasta alcanzar un volumen amplio, recordándonos el camino de Schubert hacia la gran sinfonía. En Häberle podemos seguir ese camino y medir sus distintas etapas. Su propia obra vital –haciendo gala del lema surgido de uno de sus artículos– es una “teoría constitucional como proceso abierto” primero nacional, luego europeo y finalmente universal.

Con ocasión del ochenta cumpleaños de Peter Häberle, debemos felicitarle de corazón por su condición humana y artística, y celebrar con él su obra vital.

### **Resumen**

*Celebración del 80º aniversario del Prof. Peter Häberle en un homenaje que valora las conexiones de sus aportaciones doctrinales con el arte y la música y ensalza la profunda influencia científica y humana entre sus discípulos.*

*Palabras Clave:* Peter Häberle, Universidad, Constitución, Arte, Música.

### **Abstract**

*Celebration of the 80th anniversary of Prof. Peter Häberle in a tribute that focuses the connections of their doctrinal contributions with the art and music and celebrates their profound scientific and human influence among his disciples.*

*Key Words: Peter Häberle, University, Constitution, Art, Music.*

Recibido: 15 de mayo de 2014

Aceptado: 1 de junio de 2014



# Textos clásicos

---



# INFORME AL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL SOBRE LA CUESTIÓN DE SU ESTATUS

GERHARD LEIBHOLZ

## SUMARIO

1. El Tribunal Constitucional Federal como ente jurídico «sui generis».
2. El Tribunal Constitucional Federal como órgano constitucional representativo.
3. La posición constitucional de los miembros del Tribunal Constitucional Federal.
4. Otras consecuencias de carácter fundamental.

## 1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO ENTE JURÍDICO «SUI GENERIS»

La Ley del Tribunal Constitucional Federal, aprobada en virtud del artículo 94.1 de la Ley Fundamental, dispone en su párrafo 1 que: “El Tribunal Constitucional Federal es un tribunal autónomo e independiente del resto de órganos constitucionales”. A tenor de este precepto, siguiendo la posición dominante que se fue formando en la comisión parlamentaria<sup>1</sup>, el legislador considera que el Tribunal Constitucional, que solo dicta y solo debe dictar derecho, y al que se le ha dotado con todas las garantías, es el máximo ente jurisdiccional de la Federación. Su incorporación a la vida del Estado debe servir para completar y asegurar el Estado de derecho.

Se hace necesario, sin embargo, asentar esta perspectiva, en tanto que el Tribunal Constitucional, además de constituir un verdadero ente jurisdiccional, es una institución que se eleva sobre el ámbito de la política, dato que lo diferencia del resto de tribunales, incluidos los superiores. En la Constitución de Weimar este hecho todavía quedaba oculto por el modo en que se había articulado el Tribunal Supremo. Sin embargo, hoy ya no es así, después de que la Ley Fundamental de Bonn y la Ley del Tribunal Constitucional Federal le hayan dado a éste competencias que

\* Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

<sup>1</sup> Véase el informe del parlamentario MERKATZ del «Bundestag», Primer periodo de sesiones, Vol. 6, p. 4218 y ss.

superan con creces las del antiguo Tribunal Supremo, así como las exigencias de los primeros «Juristentage»<sup>2</sup>, que reclamaban mayor autonomía organizativa para los órganos judiciales.

El Consejo parlamentario y sus distintos órganos también fueron conscientes de este hecho. En sus informes se hablaba de las “amplias consecuencias jurídicas” que habrían de tener las decisiones del Tribunal Constitucional Federal y de su labor como “jurisdicción con acento político”<sup>3</sup>. En la doctrina, por más que se subraye el especial carácter institucional y jurídico del Tribunal Constitucional Federal<sup>4</sup>, no se discute que a la justicia constitucional se le “someten cuestiones que afectan a asuntos políticos”<sup>5</sup> y que las decisiones del Tribunal Constitucional implican “amplias y extraordinarias consecuencias políticas”<sup>6</sup> o que al menos podrían “tener consecuencias políticas”<sup>7</sup>. Se asume, por tanto, que tras cada litigio constitucional existe una cuestión susceptible de derivar en un grave enfrentamiento en torno al poder<sup>8</sup>.

Esta superposición por encima del ámbito de la política conlleva que, a diferencia de la jurisdicción civil, penal o administrativa, la jurisdicción constitucional se ocupe de disputas con la especial cualidad de lo jurídico-político. El derecho constitucional, al igual, por lo demás, que el derecho internacional, se diferencia en su esencia del derecho civil, penal y administrativo, porque hace de la política el objeto de su ordenación. En definitiva, el derecho constitucional es el derecho de la política en el sentido más específico del término<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Al respecto las actas de la trigésimo tercera sesión del «Deutschen Juristentages», 1925, en especial p. 60 y ss.; y las actas del trigésimo cuarto «Deutschen Juristentages», 1927, pp. 193-288.

<sup>3</sup> Véase DOEMING-FÜSSLEIN-MATZ, “Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes”, *JbÖff*, vol. 1, 1951, pp. 665, 669 y ss., en especial el informe del parlamentario ZINN en la séptima sesión de la Comisión sobre protección jurídica, StBer, p. 3 y ss., y el informe citado de MERKATZ, p. 221 y ss.

<sup>4</sup> ROEMER, “Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht”, *JZ*, 1951, p. 193; ARNDT, “Das Bundesverfassungsgericht”, *DverwBl*, 1951, p. 297; GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 1951, p. XVI y las anotaciones referidas a la posición, tareas y procedimiento del Tribunal Constitucional Federal en el anexo al Boletín del Boletín Oficial, núm. 218, de 9 de noviembre de 1951, p. 3.

<sup>5</sup> STRAUSS, *Oberste Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1949, p. 35.

<sup>6</sup> Por ejemplo, ROEMER, *op. cit.*, p. 193.

<sup>7</sup> Theodor HEU con ocasión de la apertura del Tribunal Constitucional Federal el 29 de septiembre de 1951; confróntese también, ARNDT, *op. cit.*, p. 297.

<sup>8</sup> LAMMERS-SIMONS, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*, 1929, p. 14; confrontar, BILFINGER, *Verfassungsfrage und Staatsgerichtshof in Zeitschrift für Politik* XX, p. 96.

<sup>9</sup> Al respecto, sobre todo TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*, 1927, en especial p. 12. R. SMEND ha llamado a este derecho político derecho de integración, véase su ensayo “Die politische Gewalt im

Sin duda, en el fondo del derecho civil, penal y administrativo también laten ciertas decisiones políticas, aunque en última instancia se trata de decisiones prepolíticas, que el legislador introduce en la esfera de la política, al tiempo que las traslada hacia el derecho (pensemos, por ejemplo, en la conformación fundamental del derecho de propiedad, el divorcio, el acceso a la jurisdicción o la supresión de la pena de muerte). Su carácter político es más bien de naturaleza provisional y carecen de fuerza para conformar el derecho civil, penal o administrativo. Sin embargo, es imposible despolitizar el derecho constitucional (y el derecho internacional) o la justicia constitucional (y la justicia internacional). La política es precisamente el material del derecho constitucional, que quiere ordenarla a través del derecho y someterla a control jurídico mediante la jurisdicción constitucional. “It is the political nature of judicial review which gives significance to constitutional litigation and which makes it transcend mere legal proceedings”<sup>10</sup>.

Este no es el lugar para describir en detalle la esencia material de la política. Pero seguro que quien quiera analizarla y estudiar su relación con el Estado encontrará una contradicción interna entre su estructura ideal y la del derecho<sup>11</sup>. Contradicción que remite a la dimensión dinámico-irracional de la política, que busca adaptarse al permanente cambio de las relaciones vitales<sup>12</sup> mientras que el derecho, por el contrario, tiene una estructura estático-racional, que pretende sujetar la vitalidad de las fuerzas políticas. En todo caso, la forma esencial del derecho constitucional y de la jurisdicción constitucional es determinada por este conflicto latente entre el continuo movimiento de la política y la eminente voluntad limitadora del derecho, o, dicho de otro modo, el conflicto entre existencialismo y normatividad, o, en un sentido filosófico más amplio, el conflicto entre naturaleza y razón.

Esta relación de tensión, que es inmanente al derecho constitucional y a la justicia constitucional, tiene múltiples variantes. Explica, por ejemplo, la tendencia de la política, aprovechando las lagunas constitucionales, de intentar liberarse de toda articulación jurídica y del control constitucional en forma judicial; del mismo

Verfassungsstaat”, en *Festschrift für W. Kahl*, 1923, vol. 3, p. 19 y su libro *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, en especial p. 18. Para SMEND, el Estado consiste en un proceso de constante renovación, por lo que se señala como una teoría de lo político; del mismo modo, BILFINGER, “Betrachtung über politisches Recht”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 1, 1929, p. 311.

<sup>10</sup> R.H. JACKSON, *The Struggle for Judicial Supremacy*, 1941, p. 311.

<sup>11</sup> Al respecto TRIEPEL, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 6, 1929, p. 6.

<sup>12</sup> MANNHEIM, *Ideologie und Utopie*, 1929, p. 70 y ss.; TRIEPEL, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, op. cit.*, p. 8 y ss.

modo, permite comprender por qué allí donde la política no logra deshacerse de la sujeción jurídica, el derecho, en gran medida, tal y como ocurre con el derecho civil, penal y administrativo, se ve obligado a utilizar conceptos generales y fórmulas de amplio alcance, con la correspondiente dificultad que conlleva su uso en casos concretos<sup>13</sup>. Es por ello también, que cuando el juez constitucional ha de aplicar conceptos y fórmulas ante cuestiones dudosas o situaciones en las que existe disparidad de opiniones, debe estar atento al especial carácter del derecho constitucional y ha de adoptar una decisión que sea ajustada al sentido político objetivo de la Constitución. Su deber será integrar la decisión en el conjunto del orden constitucional. Deja así de tener sentido aquel lema del Tribunal del Estado del Imperio alemán, según el cual “debía decidir con la aplicación del derecho positivo, sin tener en cuenta las consecuencias políticas de su veredicto”<sup>14</sup>. Más bien al contrario, pues el juez de ese tipo de tribunal ha de ponderar las consecuencias y efectos políticos de su decisión cuando interpreta cláusulas constitucionales de sentido dudoso. “Its great task is one of statesmanship”<sup>15</sup>, tal y como se dice en los Estados Unidos.

De este modo, es evidente que el juez del más alto tribunal de garantías constitucionales debe ir más allá de los conocimientos jurídicos generalmente requeridos, que tradicionalmente prescinden del fenómeno de la política; en verdad, el juez constitucional ha de mostrar comprensión por la esencia de la política y en especial por las fuerzas políticas que actúan en el Estado democrático de derecho. Desde este punto de vista, carece de sentido poner reparos a un modo de elección singular, que sirve a este fin, tal y como se ha dispuesto en Suiza, los Estados Unidos o la Ley Fundamental<sup>16</sup>.

La tensión que late en el derecho constitucional, en tanto que orden jurídico de la política, también se proyecta sobre el derecho procesal constitucional en comparación con el derecho procesal, civil, penal o administrativo. Dado que el derecho que aplica el juez constitucional tiene como objeto la política, los procesos ante el

<sup>13</sup> Tal y como documenta SCHEUNER, “Grundlagen des modernen Staates” en *Recht, Staat und Wirtschaft*, III, 1951, p. 135.

<sup>14</sup> LAMMERSS-SIMONS, *op. cit.*, vol. 1, p. 352 (Decisión de 17 de diciembre de 1927).

<sup>15</sup> Véase por ejemplo, B.G. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, 1942, p. 249.

<sup>16</sup> Para que este modo de elección provocase una politización del máximo órgano judicial sería necesario que los órganos llamados a la elección, la pervirtiesen, descalificándola materialmente, de manera que los partidos eligiesen a los jueces solo por sus vínculos políticos. Pero como señala con razón SCHEUNER, *op. cit.*, p. 138, la Constitución democrática vive bajo la condición de que los altos órganos no abusen de los poderes que se le atribuyen.

Tribunal Constitucional han de adecuarse a esta particularidad evitando, en especial, establecer en tales procesos condiciones demasiado estrictas.

De este modo, por ejemplo, el proceso ante el Tribunal Constitucional Federal no articula un conflicto entre partes, como ocurre en el derecho procesal civil<sup>17</sup>. Por ello, la actuación de oficio es el criterio principal para el desarrollo del proceso ante el Tribunal Constitucional Federal, a la vez que es deber del Tribunal investigar la verdad objetiva. Esta es la razón por la que el Tribunal Constitucional Federal puede ir más allá de la prueba aportada por las partes o, en el control de la validez de una ley, tomar en cuenta todas las perspectivas posibles, incluso cuando las partes no se han referido a ellas de manera expresa<sup>18</sup>. Por la misma razón, el parágrafo 33.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal le habilita para fundar su propia decisión sobre los hechos probados en una sentencia firme, cuando esa sentencia se ha dictado tras un procedimiento en el que los hechos se determinaron a través de una investigación de oficio, pudiendo incluso el Tribunal Constitucional (si bien con una mayoría cualificada) anular la declaración de un testigo o el informe de un perito<sup>19</sup>. Asimismo, se comprende que la mayoría de las veces, las sentencias del Tribunal Constitucional sean declarativas y no de condena<sup>20</sup>, de ahí que suelen trascender al caso concreto, vinculando de manera general y pro futuro al conjunto de los poderes públicos<sup>21</sup>. En definitiva, la máxima de derecho procesal civil que limita los efectos de la cosa juzgada a las partes carece de pertinencia en los procesos ante el Tribunal Constitucional.

Ciertamente, las peculiaridades del derecho constitucional y de la justicia constitucional fueron utilizadas en los tiempos de la Constitución de Weimar por aquellas fuerzas que pretendían desmontar las instituciones del Estado de Derecho y favorecer métodos constitucionales autoritarios o totalitarios, en especial desacreditando y llevando al absurdo la dimensión política del Tribunal Constitucional. A este fin se desplegó la tesis de que la diferencia fundamental entre la jurisdicción

<sup>17</sup> En detalle, GEIGER, *op. cit.*

<sup>18</sup> Véase el principio 23 de la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 23 de octubre de 1951.

<sup>19</sup> Cfr. § 26.2 BVVerfGG.

<sup>20</sup> Ya en la Constitución de Weimar, JOEL, *ArchÖffR*, vol. 77, p. 137, y los autores citados allí en la nota 8.

<sup>21</sup> En detalle, GEIGER, *op. cit.*, p. 4; ARNDT, *op. cit.*, p. 297; respecto a la Constitución de Weimar, ya en este sentido, TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, 1923, p. 111 y ss.; JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, 1930, p. 172; en una posición divergente, FRIESENHAHN, “Die Staatsgerichtsbarkeit”, en *HDSiR*, vol. 2, p. 545 y JOEL, *op. cit.*, p. 137.

ordinaria y la jurisdicción constitucional radicaba en que la primera, en el sentido de Montesquieu, limitaba su función jurídica a subsumir hechos concretos bajo las normas existentes, mientras que la justicia constitucional, dada la falta de claridad de la ley constitucional, se ocupaba de la determinación de su contenido, algo que tendría más que ver con la legislación, en concreto, con la legislación constitucional<sup>22</sup>. A partir de esta premisa resultaba sencillo negarle a la jurisdicción constitucional el carácter de justicia y ver en ella tan solo la política disfrazada de tribunal.

La jurisdicción constitucional, sin duda, es algo distinto a la tarea del juez que en un supuesto concreto debe aplicar una norma, seleccionar entre normas con un ámbito de eficacia distinto, o determinar la nulidad de una norma por contradecir a otra superior. Pero incurre en petición de principio la tesis que sostiene que ya no es actividad judicial la decisión que ha de resolver las dudas o diversidad de criterios aplicativos en torno a una norma constitucional<sup>23</sup>, pues olvidamos que el juez de lo civil o de lo penal también se ocupa de las dudas que ofrece la norma constitucional o cualquier otra norma<sup>24</sup>. Para considerar judicial una tarea, carece de relevancia saber si el juez se enfrenta a dudas y discrepancias interpretativas en torno a la ley constitucional u otro tipo de ley, pues se halla en un situación similar cuando fija el contenido de las normas de derecho privado o de derecho penal. Ocurre, sin embargo, que su valoración es diferente de la de un juez constitucional, pues éste tiene por objeto las normas contenidas en la Constitución, que orientan la decisión política y, por tanto, forzosamente han de tener naturaleza política. En cualquier caso, esta diferencia material incorporada en la valoración del juez, no justifica, con la intención de destruir el Estado de derecho, identificar el derecho político y la política, de manera que todas las normas constitucionales cuyo contenido no es claro se consideren simples reglas políticas, convirtiendo los litigios jurídico-constitucionales en meras disputas políticas. Con la misma lógica, ensayos e informes académicos pretenden

<sup>22</sup> Esta posición ha sido expresamente defendida por C. SCHMITT, *ArchÖffR*, núm. 16, p. 167 y ss., p. 186 y ss., 194 y ss.; en *Festschrift für das Reichsgericht*, 1929, vol. 1, p. 163 y ss.; y en *Hüter der Verfassung*, 1931, p. 36 y ss., p. 45. Sobre lo inadmisibile de una comprensión en la que la jurisprudencia es “subsunción de un hecho bajo una norma”, pueden verse los argumentos en detalle de E. FRIESENHAHN, *Über Begriff und Arten der Rechtsprechung*, 1950, p. 25 y ss.

<sup>23</sup> Consecuentemente, para esta posición, cualquier conflicto entre normas (por ejemplo, entre un reglamento y una ley) obligaría al juez a abandonar el ámbito de la justicia y actuar políticamente al modo de un legislador. Es llamativo que C. Schmitt, en gran medida porque es imposible alegar razón alguna, no ha deducido esta consecuencia ni para el control judicial ni para el caso de una de una contradicción flagrante entre la Constitución y la ley; confróntese *Reichsgerichtsfestschrift*, vol. 1, 1929, p. 162, 170 y ss.

<sup>24</sup> Esto ya era así en tiempos de la jurisprudencia de conceptos.

desnudar la fuerza vinculante del derecho constitucional y poner en duda su normatividad. Pero no comprendo por qué es una tarea política la interpretación que hace un Tribunal Constitucional de disposiciones constitucionales dudosas, mientras que los informes jurídicos, ensayos académicos y textos docentes que se ocupan de la interpretación de esas mismas disposiciones, suelen tomarlas como vinculantes y exigen que sus trabajos sean estimados como ensayos de naturaleza jurídica.

En realidad, la justicia constitucional es verdadera jurisdicción si se enfrenta a una norma justiciable, esto es, a una disposición verificable, cuyo contenido puede interpretarse en detalle. En los casos en los que el objeto no sea una disposición cuyo contenido quepa esclarecer a través de una interpretación razonable, careceremos de los «rational standards» sobre los que el Tribunal Constitucional Federal ha de basar sus decisiones en cuanto que ente judicial. Por tanto, el Tribunal Constitucional Federal debería rechazar cualquier ampliación de competencias que a priori sea inconciliable con esta labor jurídica. En caso contrario, el Tribunal acabará introduciéndose en el proceso de integración política, convirtiéndose en un defensor político de la Constitución y tomando decisiones políticas que invaden la esfera del Gobierno, del legislador o del poder de reforma. Es bien sabido desde hace más de cien años, que dentro de los «basic principles» de la jurisdicción constitucional no hay lugar para el conocimiento de las disputas puramente políticas<sup>25</sup>. Éstas, a diferencia de las controversias jurídico-políticas, son aquellas que no se deciden en virtud de reglas, pues se trata de conflictos “sobre la creación de nuevo derecho o la conservación del antiguo; es un enfrentamiento sobre el derecho no bajo el derecho”<sup>26</sup>. Son “by definition matters which demand the resolution of conflicts of value and the elements of conflicting values are largely imponderable”<sup>27</sup>. En todo caso, esas cuestiones, incluso si son tratadas en términos justiciables, no pierden su carácter político. Recordemos a estos efectos que en tiempos de la Constitución de Weimar se revitalizó y se dio razón a aquella frase de Guizot según la cual en la juridificación de la política, la justicia tiene todo que perder.

<sup>25</sup> En los Estados Unidos, este principio lo utilizó por primera vez el Tribunal Supremo con ocasión de la «Dorr Revolution» in Rhodes Island en el año 1841; confróntese *Luther v. Bordin*, 7, Howard, 1, 43. Hoy lo encontramos en la decisión *Pacific States Telephone and Telegraph Co. C. Oregon*, 223, U.S. 118, 150 y en la jurisprudencia ahí citada.

<sup>26</sup> Cfr. BRUNS, “Völkerrecht als Rechtsordnung”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 3, primera parte, p. 461. – Sugiere que tales controversias han de ser confiadas a autoridades puramente políticas. TRIEPEL, *Festgabe für Kahl*, op. cit., vol. II, p. 120 y ss., habla de un acuerdo forzoso en los casos de controversias puramente políticas frente a las controversias jurídico-políticas que ha de resolver un tribunal. TRIEPEL nos da una serie de ejemplos de este tipo de acuerdos forzosos.

<sup>27</sup> *American Federation of Labor v. American Saus and Door Co.* 334, U.S. 557.

Pero no estamos en este supuesto: nos encontramos ante normas claras o ante normas cuyo contenido es determinable a través de la indagación interpretativa, –como ocurre a menudo con los derechos fundamentales–, de manera que pese a su contenido político pueden ser calificadas como disposiciones jurídicas, y por ello debe defenderse la idea de que el Tribunal Constitucional tiene como objeto disputas que resuelve conforme a derecho<sup>28</sup>. Así, pese a la tendencia de la política para liberarse de todo vínculo, los procesos políticos pueden ser valorados normativamente, quedando la voluntad del legislador sometida a derecho. De este modo, en la articulación de la política a través de su sujeción a disposiciones y principios jurídicos, carece de interés saber si la norma concretamente aplicable subsume en mayor o menor medida un supuesto de hecho o si una norma está en conformidad con otra que le sirve de parámetro. Y tampoco importa conocer si un litigio es abordado por el juez constitucional con una perspectiva cognitiva distinta a la utilizada en una disputa política. Lo decisivo es que en la evaluación de la voluntad del legislador se realiza una interpretación jurídicamente razonable<sup>29</sup>. Si este es el caso, entonces el juez constitucional está incluso en situación de utilizar los valores immanentes a la Constitución para completar las llamadas lagunas constitucionales, es decir, resolver aquellos supuestos que no han sido afrontados por el propio constituyente, y que, por tanto, han quedado a la decisión del Tribunal Constitucional.

En cuanto que defensor de la Constitución, el Tribunal Constitucional Federal debe estar atento para no usurpar las competencias que corresponden a las fuerzas políticas, máxima de la que se deriva una autolimitación del juez constitucional en el ejercicio de sus competencias. Como una vez dijo el juez Stone<sup>30</sup>: “The only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint”. O como ha afirmado recientemente el juez Frankfurter<sup>31</sup>: “the indispensable judicial requisite is intellectual humility”.

<sup>28</sup> Respecto al concepto de controversia jurídica, en detalle E. FRIESENHAHN, *op.cit.*, p. 30 y ss.

<sup>29</sup> En cierta medida, la decisión del Tribunal Constitucional Federal ya está prejuzgada por el legislador; esta idea fue defendida en su informe por el parlamentario MERKATZ, *op. cit.*, y fue empleada con especial ahínco por el parlamentario ARNDT en la Comisión sobre asuntos jurídicos y derecho constitucional.

<sup>30</sup> En su voto particular en *United States v. Butler*, 297, U.S. 78 y 79. Los criterios esenciales de este voto particular son hoy un lugar común de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véase la posición del juez FRANKFURTER en el caso *American Federation of Labor v. American, Sash and Door Co.* 335, U.S.S. 555, 1948 – Para la evolución actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase C.B.SWISHER, *American Constitutional Development*, 1943, capítulos 31, 32, 33, 36 y 37.

<sup>31</sup> *American Federation v. American Sash and Door Co.* 335, U.S. 537.

Tomando esta perspectiva, cuando nos planteemos si el Gobierno, en su calidad de máximo órgano ejecutivo, o las Cámaras, instancias constitucionalmente llamadas a producir la ley, han traspasado sus competencias, hemos de concederles el “benefit of doubt”<sup>32</sup>. Es por ello que en la jurisprudencia de los Estados Unidos (sin duda en la más reciente)<sup>33</sup>, así como en la bibliografía académica, siempre se subraya con razón<sup>34</sup>, que no le corresponde a un Tribunal Constitucional, tal y como podría ser el alemán, controlar decisiones del Gobierno o del Parlamento tomadas en su ámbito de discrecionalidad concedido por la Constitución<sup>35</sup>. Su condición de órgano políticamente neutral le impide adoptar decisiones guiadas por el parámetro de la proporcionalidad. Y en todo caso carece de competencia para sustituir la ponderación realizada por el Gobierno o el Parlamento<sup>36</sup>. “For the removal of unwise laws from the statute books appeal lies not to the courts but to the ballot and to the process of democratic government”<sup>37</sup>. En cambio, si la actuación gubernamental o legislativa ha abusado de su espacio de discrecionalidad incurriendo en arbitrariedad, estamos ante una vulneración jurídica corregible por el Tribunal Constitucional<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Es este también un principio reconocido de modo general en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Un ejemplo expreso de esta jurisprudencia lo vemos en *United States v. Dalawere and Hudson Co.* 213, U.S. 366.

<sup>33</sup> La contención y pasividad de la mayoría del Tribunal Supremo frente a los activistas ha provocado en los últimos tiempos una caída considerable de la actividad del Tribunal.

<sup>34</sup> Cfr. el principio número 8 de la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 23 de octubre de 1951. En detalle B. GEIGER, en el texto de acompañamiento al Boletín Oficial de 9 de noviembre de 1951, núm. 218, p. 3; MALLMANN, *JZ*, 1951, p. 278; ROEMER, *op.cit.*, p. 193; ARNDT, *op.cit.*, 297; JOEL, *op.cit.*, p. 133.

<sup>35</sup> Esto responde a la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, véase, por ejemplo, al juez Brandeis en *Hamilton v. Kentucky Distilleries and Warehouse Co.* 251, U.S. 146, 161.

<sup>36</sup> Cfr. HÖPKER-ASCHOFF en el discurso de apertura del Tribunal Constitucional, 1951, p. 21.

<sup>37</sup> En este sentido el ya citado voto particular del juez Stone, que posteriormente se convirtió en la posición mayoritaria, *American Federation of Labor v. American, Sash and Door Co.* 335, U.S., p. 556.

<sup>38</sup> Esta pregunta, en la doctrina y jurisprudencia alemana, se ha planteado vinculada al significado jurídico del principio de igualdad, por ejemplo, en la jurisprudencia contencioso-administrativa, vol. 1, núm. 82, p. 265; vol. 2, núm. 42, p. 188 y ss. Para un análisis en detalle de la praxis del Tribunal Supremo del Imperio alemán, véase la exposición general de HESSE, “Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht”, *ArchÖffR*, vol. 77, 1951, p. 168 y ss, 22 y ss. Véase también mi ensayo en *Deutschen Verwaltungsblatt*, 1951, p. 354 y ss., y el de THOMA en *Deutschen Verwaltungsblatt*, 1951, p. 457 y ss. Y actualmente, el principio 32 de la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 23 de octubre de 1951. También ARNDT, *op. cit.*, p. 287.

## 2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL CÓMO ORGANO CONSTITUCIONAL REPRESENTATIVO

A tenor de lo expuesto, cabe sostener que el Tribunal Constitucional Federal es un órgano judicial particular si se compara con la jurisdicción ordinaria. Esta conclusión se hace hoy todavía más evidente al constatar que el Tribunal Constitucional Federal, a diferencia del Tribunal del Estado en tiempos de la Constitución de Weimar, está llamado a resolver, para toda la Federación y de modo vinculante, litigios constitucionales de relevancia práctica en la determinación del contenido de los derechos fundamentales, en especial a través del recurso de amparo. Por otro lado, el grupo de competencias que le ha atribuido la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional Federal es tan amplio y lo convierte en un tribunal tan poderoso, que actualmente no solo está a la cabeza de la jurisdicción en su calidad de defensor y garante de la Constitución<sup>39</sup>, sino que al mismo tiempo puede decirse que se convierte en la máxima autoridad dentro de los órganos constitucionales, orillando desde un punto de vista político-constitucional y jurídico-constitucional al «Bundestag», al «Bundesrat», al Gobierno federal y al Presidente de la República.

Se trata de una posición institucional que se deriva tanto de la Ley Fundamental como de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Esta última, en el ya citado párrafo 1, determina expresamente que el Tribunal Constitucional Federal “es autónomo e independiente del resto de órganos constitucionales”. En un sentido más amplio, la Ley Fundamental ha reconocido el principio de división de poderes (art. 20.2 y art. 92), dando autonomía a toda la jurisdicción en el conjunto del sistema.

Esta autonomía no significa, sin embargo, que el Tribunal Constitucional Federal, en su calidad de ente judicial supremo de naturaleza «sui generis», al ejercer su tarea jurisdiccional específica, deje de realizar funciones que afectan al ámbito de otros órganos estatales. A nadie ha de sorprender esta afirmación si recordamos que la división de poderes tradicional, nunca se ha alcanzado en toda su pureza (tampoco en los Estados Unidos)—, o si tenemos en cuenta la tendencia contemporánea del Estado democrático de partidos, que relaja el sistema de «checks and balances»

<sup>39</sup> El parlamentario ETZEL, de la Comisión para asuntos jurídicos y derecho constitucional ha llamado al Tribunal Constitucional Federal “el más alto órgano de las garantías constitucionales”, *Actas del Bundestag* 1, mandato electoral, vol. 6, p. 4128. Respecto a la función de los Tribunales constitucionales como defensores de la Constitución, véase HEYDTE, “Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. XXXIX, 1951, p. 461 y ss., en especial p. 474.

resultante del principio de división de poderes, llegando incluso a cuestionarlo<sup>40</sup>. Por ejemplo, en todos los Estados constitucionales el Gobierno participa en la producción jurídica; basta con pensar en su potestad reglamentaria o en la habilitación dictar normas con rango de ley. Del mismo modo, las Cámaras, a las que se le atribuye la potestad legislativa, colaboran en el gobierno y la administración de cualquier Estado constitucional e incluso, ocasionalmente, como ocurre en Inglaterra, en la jurisdicción. Siguiendo esta línea, conviene recordar, por ejemplo, que de acuerdo con la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución suiza, las Cámaras legislativas intervienen en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional.

No debe sorprender, por tanto, que una verdadera jurisdicción constitucional ejerza también, en sentido amplio, funciones legislativas o de gobierno. Se da tal caso en el conocimiento de las acusaciones contra ministros, parlamentarios o jueces, en el que la decisión del Tribunal Constitucional Federal, siendo un proceso jurídico, desempeña de manera adyacente una función política. Igual sucede cuando, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal declara inconstitucional un partido político que ataca o quiere sustituir el sistema democrático, o amenaza la existencia del Gobierno. Y lo mismo ocurre si declara la suspensión total o parcial del derecho fundamental recogido en el artículo 8 porque está siendo usado contra el principio democrático. Se trata, en suma, de decisiones que tienen el carácter de actos gubernamentales del más alto nivel político e incluso contienen un elemento normativo, en tanto que habilitan al Gobierno o a su Administración para realizar una actuación determinada.

Por lo demás, las decisiones del Tribunal Constitucional federal en los llamados casos de colisión normativa, donde decide sobre la conformidad con la Constitución de las normas federales o de los «Länder», o aquellos supuestos en los que resuelve el conflicto entre derecho federal y derecho regional, o cuando reconoce eficacia jurídica a un tratado, tienen fuerza de ley y el Ministro de Justicia debe publicarlas en el diario oficial. E incluso si no estamos ante un supuesto de este tipo, las decisiones del Tribunal poseen en términos generales un significado legislativo, en tanto que vinculan a todos los órganos constitucionales de la Federación y de los «Länder», así como a sus tribunales y autoridades (y no solo para el caso concreto, sino también pro futuro en casos iguales o similares –parágrafo 31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Lo mismo puede decirse de una sentencia que estima un amparo, pues conlleva una prohibición de que se repita la conducta que ha sido considerada

<sup>40</sup> Al respecto, con un acento especial W. WEBER, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 1951.

lesiva del derecho fundamental<sup>41</sup>, o de la decisión del Tribunal Constitucional que en el marco de una tutela cautelar suspende la ejecución de una ley u ordena otras medidas cautelares (parágrafo 35 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal)<sup>42</sup>. Finalmente, la función normativa del Tribunal Constitucional Federal se manifiesta también cuando articula o aplica mediante su reglamento los principios generales del proceso fijados en la ley, logrando que se ajusten a las exigencias de cada caso.

### 3. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Se han de derivar importantes consecuencias del hecho de que el Tribunal Constitucional Federal sea el máximo órgano jurisdiccional de la Federación, sin duda, un tribunal «sui generis», y a la vez órgano constitucional, es decir, un órgano estatal reconocido directamente en la norma suprema. La más trascendental consiste en negar la condición de funcionarios a los miembros del Tribunal Constitucional Federal. Al igual que los integrantes del Gobierno federal, del «Bundestag» y del «Bundesrat», los del Tribunal son en realidad representantes, que reciben su legitimidad del Parlamento y en última instancia, través de los partidos, del pueblo. A diferencia de un funcionario, nos referimos a un representante cuando alguien, en el marco de un concreto orden competencial, es llamado a responder sobre cuestiones esenciales que afectan a la esencia del conjunto, y lo hace con autonomía y en nombre del pueblo que ha tomado cuerpo en el Estado<sup>43</sup>. Esa libertad de decisión expresa la esencia de la representación, pues revela que el representante es siempre el titular de determinados valores. De este modo, si los órganos constitucionales fuesen influidos por otros órganos o personas, padecerían una «capitis deminutio» y dejarían de ejercer funciones representativas.

El funcionario, en cambio, se caracteriza por aplicar las indicaciones políticas de una instancia representativa a la que está sometido e infraordenado en el marco

<sup>41</sup> Respecto al recurso de amparo véase el ensayo de GEIGER en el *Deutschen Reichsanzeiger* de 13 de febrero de 1951.

<sup>42</sup> Véase el principio 39 de la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 23 de octubre de 1951. También el Tribunal Constitucional austriaco realiza en cierta medida una función normativa de complemento cuando debe determinar la inconstitucionalidad de una norma jurídica (ley o reglamento); en detalle H. SPANNER, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, 1951, p. 99.

<sup>43</sup> SMEND, *Politische Gewalt*, *op.cit.*, p. 6, en este contexto ha hablado de la cuestión “que determina y realiza la esencia del Estado”. TRIEPEL afirma que este asunto está relacionado “con los más altos y decisivos fines del Estado”; véase también JERUSALEM, *Staatsgerichtsbarkeit*, p. 86.

de una relación jurídicamente jerarquizada. El funcionario encarna la obediencia; se debe a ella porque está en una especial relación de servicio que le obliga a una singular lealtad y obediencia. Obediencia, lealtad, deber, son las categorías específicas de toda relación funcional<sup>44</sup>, porque aseguran al Estado (antes al monarca) su poder de mando sobre la función pública. Explican así mismo que todo estatuto de función pública esté integrado por el correspondiente régimen disciplinario, llamado a garantizar el efectivo cumplimiento de la lealtad deducida del deber de obediencia. Incluso cuando el funcionario ejerce potestad pública y es llamado a participar en la esfera política, nunca tendrá una capacidad de decisión creativa y vinculante que le permita reclamar para sí carácter representativo, y en última instancia siempre será un servidor, emisario de un tercero.

En los Estados occidentales hallamos desde hace mucho esta distinción fundamental entre órganos constitucionales, caracterizados por su cualidad representativa, y la función pública, sujeta al Estado a través de una especial relación de obediencia y cumplimiento del deber. Se corresponde especialmente con la tradicional división inglesa entre «Masters» (a los que pertenecen por encima de todos, los jueces del «Supreme Court») y los «servants and agents» que obedecen “his orders as to how to carry out their duties”.

No es este el lugar para verificar en qué medida las consecuencias expuestas inciden en la posición y clasificación jurídica del juez (o del profesor universitario)<sup>45</sup>. Por razones históricas que ahora no voy a detallar, hasta tiempos recientes, los jueces y los profesores alemanes fueron considerados y tratados como funcionarios, aunque en la configuración de su relación funcional constitucionalmente garantizada, se tuviera en cuenta su singularidad profesional. En concreto, el principio general por el cual todo funcionario ha de obedecer a su superior, no valía para el juez cuando estaba desempeñando su función jurisdiccional o para el profesor universitario cuando ejercía su libertad de cátedra (y su libertad de método)<sup>46</sup>. No voy a discutir aquí si

<sup>44</sup> Una obligación de obediencia y lealtad como la de los funcionarios no excluye que en determinadas circunstancias puedan controlar si su superior ostenta potestad suficiente para dictar una instrucción determinada: por ejemplo, si tal instrucción es admisible o la ha dictado un órgano competente

<sup>45</sup> Sobre la oposición entre el juez y el funcionario en términos generales y atento a la tendencia histórica de vincular jurídicamente al funcionario como manifestación del derecho en una sociedad de hombres libres, véase el significativo y detallado estudio de E. ROSENSTOCK, “Der ewige Prozeß des Rechts gegen den Staat”, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, vol. 2, 1919, p. 222 y ss. y 229 y ss.

<sup>46</sup> Respecto a los profesores, recientemente R. THOMA, *Die Lehrfreiheit der Hochschullehrer*, 1952.

esta caracterización responde a un hecho cierto, ni tampoco voy a reflexionar sobre su oportunidad. Lo que me interesa es señalar que la Ley Fundamental de Bonn ha decidido claramente separar al juez de la relación funcional general y darle un estatus particular en atención a la naturaleza de su especial situación (art. 98 LF).

En la medida en que el juez ordinario ha sido tradicionalmente funcionario, no sería descartable que el legislador le diese esta consideración al juez constitucional. De cualquier modo, el juez ordinario “funcionarizado” se diferencia sustancialmente del juez constitucional porque la cualificación orgánica de aquel se deduce de la Constitución, mientras que la posición orgánica del juez constitucional está reconocida de modo directa en la norma suprema y es, por tanto, representativa. Un órgano estatal derivado directamente de la Constitución nunca puede subsumirse bajo la categoría de la función pública. Quien emprenda esa tarea incurrirá a la fuerza en una contradicción interna; un empeño de ese tipo, incluso si lo adopta el legislador, es un intento «ultra vires», carente de fuerza vinculante por el fracaso que conllevaría la aplicación de las categorías propias de la función pública.

Las disposiciones incapaces de ordenar la realidad política, en última instancia acaban capitulando. Recordemos, por ejemplo, el intento en los tiempos de la Constitución de Weimar de regular el Gobierno de acuerdo con los principios de la función pública, perdiendo de vista la diferencia estructural que existe entre el miembro de un Gobierno parlamentario y el de una monarquía constitucional. En el derecho constitucional alemán prerrevolucionario tenía sentido aplicar los principios de la función pública a los componentes del Gobierno imperial, puesto que en términos jurídicos el Canciller era ante el «Bundestag» solo un plenipotenciario del Rey, asistente del «Kaiser» y por ello sometido a sus órdenes de servicio<sup>47</sup>, del mismo modo que los representantes de la administración, esto es, los secretarios de estado, estaban sometidos al Canciller y debían obedecer sus instrucciones. Sin embargo, el sistema de gobierno parlamentario, si quiere funcionar, ha de reconocerle al Gobierno capacidad de creación. Solo cuando los miembros de un gobierno parlamentario adoptan sus decisiones bajo un convencimiento libre, están en condiciones de responder por esas decisiones ante el Parlamento y el pueblo. Es ahí donde cobran sentido las específicas cautelas del gobierno parlamentario, como la cuestión de confianza o la moción de censura, que garantizan la homogeneidad entre la mayoría parlamentaria y el Gobierno.

<sup>47</sup> No se va a discutir ahora, si, en realidad, las cosas ocurrían de otro modo y era en verdad el Canciller quien imponía su voluntad sobre el monarca.

Es obvio que los principios más importantes de la función pública, como el deber de obediencia o el sometimiento a la potestad disciplinaria, no son aplicables a los integrantes de un gobierno parlamentario; si, pese a todo, se pretende tratarlos como funcionarios, se incurrirá en graves inconvenientes prácticos. No en vano, finalmente en 1930 se aprobó una ley especial para los ministros, que dio cuenta de su condición representativa y, en concreto, los excluyó del sometimiento a las instrucciones dadas a los funcionarios. Desde entonces nunca más se ha pretendido aplicar a los ministros reglas de la función pública.

En la misma situación se encuentran los miembros del Tribunal Constitucional Federal. En efecto, todos los órganos estatales con cualificación representativa directa, desde un punto de vista jurídico, están a la cabeza de la actividad y no en una posición instrumental, de ahí que tengan su propia autoridad y valor. Es por ello que deberían ser tratados externamente en correspondencia con la cualificación representativa que encarnan. Basta con recordar el tratamiento público que reciben los miembros del Tribunal Supremo de los Estados Unidos o los jueces ingleses de las más altas instancias. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, los nueve jueces del Tribunal Supremo ocupan en el protocolo un lugar junto a la Presidencia y los Presidentes de las dos Cámaras. En Inglaterra, tal y como se comprobó en el reciente sepelio de Jorge VI, las más altas autoridades judiciales se situaron inmediatamente detrás de los miembros de la Casa Real y por delante de los miembros del Gabinete o de los representantes extranjeros. En este sentido, hemos de recordar que el Tribunal Constitucional Federal también desempeña su función de integración política dentro del Estado y del conjunto del pueblo a través de la imagen que deriva de su posición representativa.

Esta idea se recoge correctamente en el artículo 98.2 LF, cuando establece que la relación de servicio de los jueces integrantes de las instancias judiciales más altas sea ordenada por una ley federal específica –algo que en todo caso se refiere también a los miembros del Tribunal Constitucional Federal–. Se trataría, en definitiva, de definir la posición jurídica del juez del Tribunal Constitucional Federal, del mismo modo que se tuvo que enmarcar la posición jurídica del ministro del Gobierno imperial.

En este sentido es necesario dejar claro que de ninguna manera se puede deducir para los miembros del Tribunal Constitucional Federal el típico deber de obediencia que se reconoce a la función pública, del mismo modo que tampoco se aplica a los miembros del Gobierno federal, a los Gobiernos de los «Länder», o a los del Parlamento federal. Y si no hay deber de obediencia, tampoco se da la relación de jerarquía propia de la función pública, de manera que ni el Ministro de Justicia,

ni cualquier otra autoridad puede dictar instrucciones u órdenes a un miembro del Tribunal Constitucional Federal, garantía que incluso se extiende a las tareas del juez constitucional fuera de su ámbito competencial. A diferencia del juez ordinario o del profesor de universidad, el miembro del Tribunal Constitucional Federal dispone de una libertad plena frente a cualquier otra autoridad.

Los deberes que los miembros del Tribunal Constitucional tienen frente al conjunto de las instituciones resultan en primer lugar de su conciencia y del vínculo de pertenencia a tan alto órgano, pero también de principios no escritos, que a través de su utilización por el Tribunal cobran la legitimidad de la costumbre, y, finalmente, de la “soberanía” del Tribunal para aprobar su reglamento de organización, potestad esta última reconocida implícitamente por el legislador.

Es lógico que la Ley del Tribunal Constitucional Federal no prevea régimen disciplinario alguno para apartar al juez constitucional de su cargo. Igual ocurre en los Estados Unidos, donde un juez del Tribunal Supremo, como el Presidente o el Vicepresidente de la República, solo puede ser removido “on impeachment for, and conviction of treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors” (Art. II.4). Por eso, cuando la Ley del Tribunal Constitucional Federal estipula que bajo determinadas circunstancias, el Pleno del Tribunal puede habilitar al Presidente de la República para jubilar o destituir a uno de sus miembros, no se trata de un procedimiento disciplinario, sino de un procedimiento autónomo de depuración de responsabilidades típico de un órgano constitucional y que habrá de concretarse en el reglamento de organización. De ahí que el procedimiento dispuesto en el párrafo 105 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, incluso si concurren las circunstancias previstas, no tiene por qué ser iniciado, ni la habilitación resultante obliga en sentido estricto al Presidente de la República.

De la especial posición de los integrantes del Tribunal Constitucional Federal se derivan otras consecuencias importantes. Por ejemplo, el párrafo 12 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal reconoce el derecho de un juez a la dimisión, situación que en realidad se parece más a una renuncia, al estilo de un miembro del Gobierno, que al derecho de un funcionario a ser dispensado de sus obligaciones.

De lo dicho, se deduce también que el miembro del Tribunal Constitucional Federal carece de una obligación de residencia. Por ejemplo, en Suiza se ha prestado atención a esta singularidad hasta el punto de que el juez constitucional goza en Lausana de la misma inmunidad que en Berna<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Sobre el significado de la inmunidad, GIACOMETTI-FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 1951, p. 580 y ss.

La posición representativa del juez constitucional y la dignidad que acompaña al cargo, explican su sujeción a una serie de incompatibilidades<sup>49</sup>. Así, por encima de todo, el juez no puede desempeñar otro trabajo y se ha de evaluar, de conformidad con el reglamento de funcionamiento interno, si las actividades lucrativas de naturaleza puramente económica se adecúan a la condición de miembro del Tribunal Constitucional.

Finalmente, la posición singular del juez del Tribunal Constitucional Federal también explica que sus haberes se correspondan con la paridad orgánica del Tribunal respecto al Gobierno o el Parlamento<sup>50</sup>. En términos prácticos se ha intentado realizar esta idea a través de una ley especial, tal y como ocurre con las remuneraciones de los ministros del Gobierno federal o las dietas de los parlamentarios. Estas asignaciones son idénticas a las de los integrantes del Gobierno federal, pues no se hubiera justificado una remuneración menor ante responsabilidades comparables<sup>51</sup>. Además, la aplicación subsidiaria de los preceptos generales sobre retribuciones tendría que preverse expresamente por el legislador, como ocurre hoy en la Ley sobre las retribuciones del cargo de miembro del Tribunal Constitucional Federal. Pero ese acto de recepción no transforma la esencia de las asignaciones que corresponden al juez constitucional. Del mismo modo que una ley, un acto de gobierno o un acto administrativo no funcionarizaría al juez constitucional, tampoco han de tratarse sus retribuciones como las de un funcionario.

El retiro del juez constitucional se aleja asimismo de la naturaleza funcionarial. El derecho a una pensión, que nace cumplidos ocho años en el cargo o tras el final del mandato, solo se comprende si se atiende a la especial cualidad constitucional del juez del Tribunal, al margen de cualquier categoría funcionarial. Por último, la regulación especial prevista para los jueces federales en materia de haberes pasivos, será de aplicación al miembro del Tribunal Constitucional solo si se prevé una habilitación expresa del legislador (párrafo 103 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal).

#### 4. OTRAS CONSECUENCIAS DE CARÁCTER FUNDAMENTAL

1. El Tribunal Constitucional Federal, como se ha mostrado en las páginas anteriores, es un órgano constitucional autónomo, en paridad con el Ejecutivo y el

<sup>49</sup> Cfr. § 3.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Sobre las disposiciones relativas a las incompatibilidades en el derecho constitucional austriaco, véase SPANNER, *op.cit.*, p. 91; en este caso está especialmente previsto que personas que son funcionarios o empleados de un partido político no pueden pertenecer al Tribunal Constitucional.

<sup>50</sup> Cfr. al parlamentario MERKATZ en las actas citadas del Bundestag, *op. cit.*, p. 4223 y ARNDT, *DVerwBl.*, 1951, p. 298.

<sup>51</sup> ARNDT, *DVerwBl.*, 1951, p. 298.

Legislativo, y por ello está llamado a desempeñar, junto a su labor jurisdiccional, una función política de integración, lo que explica de forma clara que su relación con el Ministerio de Justicia sea sustancialmente distinta a la de los Tribunales Supremos de la Federación, la Oficina de Patentes o el Tribunal de Cuentas. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal, en cuanto que órgano constitucional, se relaciona con los otros órganos constitucionales en pie de igualdad y sin intermediación del Ministerio de Justicia.

2. En razón de la autonomía constitucionalmente garantizada del Tribunal, debe asegurarsele la suficiencia financiera. Desde un punto de vista práctico, esto significa que el presupuesto del Tribunal ni debe ser preparado o ejecutado por instancias ajenas, ni ha de ser una sección dentro del capítulo previsto para el Ministerio de Justicia. Al igual que ocurre con otros órganos estatales, el presupuesto del Tribunal ha de recogerse en un capítulo específico del Presupuesto General del Estado.

3. Es necesario y deseable la pronta aprobación de un reglamento de organización interna, que ha de asegurar una correcta relación funcional del Tribunal con el Gobierno Federal, el «Bundesrat» y el Presidente de la República<sup>52</sup>. Del mismo modo que al resto de órganos constitucionales, le compete al Tribunal aprobar su reglamento y es de esperar que el Pleno cumpla cuanto antes esta responsabilidad de naturaleza constitucional.

a) En primer lugar, el reglamento de funcionamiento debe establecer el procedimiento para ordenar los asuntos internos, de manera que el Tribunal esté en la mejor condición posible para desempeñar su tarea bajo normas claras.

b) Además, el reglamento de funcionamiento debe fijar el modo de resolución de los diversos asuntos administrativos<sup>53</sup>. Ahora bien, en virtud de la especial posición constitucional del Tribunal y de su estructura, el Pleno y solo el Pleno ha de ser la instancia encargada de resolver los procedimientos. Por eso, en el Tribunal Constitucional Federal, a diferencia de otros tribunales u organismos, no puede existir “un jefe administrativo”.

<sup>52</sup> Que el reglamento de funcionamiento, más allá de su importancia técnica, la tiene jurídico-constitucional, ha sido señalado por SCHNEIDER, “Die Bedeutung der Geschäftsordnungen oberster Staatsorgane für das Verfassungsleben”, *Festgabe für Smend*, 1952, p. 309 y ss.

<sup>53</sup> Este también es el caso de Suiza, véase el artículo 11 de la Ley federal sobre la organización jurídica de la Federación. Lo mismo se puede decir para los Estados Unidos, no solo para “the actual determinations of the Court”, sino “aside from administrative matters of the merest routine, every action of the Court is taken on the concurrence of the majority of its members”, cfr. También CH. E. HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, 1947, p. 56 y ss.

En concreto, el Pleno tendrá que decidir qué asuntos administrativos se reserva para su informe y decisión, y cuáles delega en el Presidente y en el Vicepresidente. Por otro lado, se ha de tener claro que el Presidente ejercerá los poderes de representación que le otorgue el reglamento de organización sin recibir instrucciones del Pleno y sin ser responsable ante éste. Y es esa función representativa la que justifica que en la jerarquía estatal se sitúe junto a los Presidentes del «Bundestag» y del «Bundesrat».

En los asuntos que se reserve el Pleno, éste los informará y resolverá por sí mismo<sup>54</sup>, o bien establecerá comisiones en virtud de una delegación especial que las configure como órganos de apoyo al Pleno. Se trataría, por ejemplo, de comisiones dedicadas a la gestión de la biblioteca, a los asuntos presupuestarios y de gasto, a la publicación de las decisiones, al mantenimiento de la sede, o a las cuestiones de personal. Se podrá precisar el procedimiento de toma de decisión de estas comisiones y la posibilidad de que el Pleno avoque para sí el asunto en determinados supuestos.

Evidentemente, será necesaria una regulación en detalle de los asuntos de personal (funcionarios, contratados, laborales, etc.), al igual que ocurre en los restantes órganos del más alto rango, como por ejemplo, el «Bundestag» o el «Bundesrat». Así, respecto a los asuntos relativos a la selección del personal, sus licencias, etc., el reglamento de funcionamiento debe determinar la competencia del Pleno, de éste con la ayuda de una Comisión, o la delegación en favor del Presidente –con la posible audiencia previa de una comisión funcional–.

c) También es materia propia del reglamento de funcionamiento determinar las ulteriores consecuencias derivadas de la autonomía presupuestaria del Tribunal. Ha de estipularse quién es responsable de la preparación del presupuesto y de defenderlo ante el Gobierno federal y las comisiones presupuestarias del «Bundestag» y del «Bundesrat».

En conexión con este asunto, el Pleno deberá decidir si no conviene prever en el reglamento de funcionamiento y para los asuntos financieros ordinarios y de tesorería, una instancia bajo mando directo del Ministerio de Hacienda. Recordemos que ésta ha sido la solución alcanzada en el caso de los Tribunales Supremos.

d) Finalmente, el Pleno debe valorar si, dados los malentendidos que existen en algunos círculos políticos de considerable peso sobre la posición constitucional del Tribunal y sus miembros, sería oportuno que el reglamento de funcionamiento, en

<sup>54</sup> Debe hacerse notar que en Suiza, el Tribunal Supremo también posee estos poderes administrativos en virtud del artículo 109 de la Constitución Federal y del artículo 7.2 de la Ley federal de organización de 1943

conexión con la Ley del Tribunal Constitucional Federal, declarase la naturaleza de órgano constitucional del Tribunal y detallase las consecuencias que conlleva. Esto significaría, sobre todo, que el reglamento de funcionamiento descartaría que los miembros del Tribunal fuesen tratados como funcionarios, que el Tribunal no está subordinado al Ministerio de Justicia y que se relaciona de manera directa con el resto de órganos de la Federación.

Karlsruhe, 21 de marzo de 1952

### *Resumen*

*Este trabajo recoge el informe que el profesor alemán y juez constitucional Gerhard Leibholz presentó ante el Pleno del Tribunal Constitucional Federal apenas meses después de la fundación de este órgano y con el que se fijaron las líneas maestras de la institución. El trabajo, pese a su eminente perspectiva práctica ofrece con nitidez los fundamentos teóricos que condujeron a reconocer en el Tribunal un órgano jurisdiccional singular, que se situaba en paridad constitucional con el resto de órganos estatales.*

*Palabras Clave:* Tribunal Constitucional Federal, juez constitucional, órgano judicial, órgano constitucional

### *Abstract*

*This essay is the report delivered by the German professor and constitutional judge Gerhard Leibholz before the Federal Constitutional Court shortly after its foundation, setting the lines of its future development. The essay, although written with a strong practical perspective, offers the theoretical arguments that explain the condition of the Constitutional Court as a special court and the meaning of its constitutional quality.*

*Key Words:* German Constitutional Court, constitutional judge, constitutional quality.

# Jurisprudencia

---



# DIÁLOGOS, MONÓLOGOS Y TERTULIAS. REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL CASO MELLONI

LUIS I. GORDILLO PÉREZ\*

ARIANE TAPIA TRUEBA\*\*

## SUMARIO

1. Introducción.
2. El «iter» procesal del caso Melloni.
3. El alcance de la jurisprudencia Melloni.
4. Algunas consideraciones provisionales.
5. Epílogo: El futuro del diálogo judicial.

## 1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea (antes comunitario) es uno de los temas clásicos de la doctrina jurídica y ha sido ampliamente estudiado<sup>1</sup>. A través de vías distintas, con justificaciones diversas según los Estados, y con una mayor o menor seguridad jurídica, la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre la ley nacional anterior y posterior ha acabado por imponerse<sup>2</sup>. Por lo demás, la argumentación que conduce al juez nacional a re-

\* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Deusto.

\* Investigadora. Universidad de Deusto.

<sup>1</sup> La bibliografía sobre este asunto es casi inabarcable, pueden destacarse, a modo de ejemplo, en castellano: P. PÉREZ TREMP, *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994; A. LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e integración: el fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en la RFA*, CEC, Madrid, 1996; P. PÉREZ TREMP, “La jurisdicción constitucional y la integración europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 29, 2009, pp. 19-48; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002; D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitas, Madrid, 2004; M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *Primacía y Subsidiariedad en la Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2011. Para una más amplia selección bibliográfica en otros idiomas, véase L.I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 505-581 y L.I. GORDILLO, *Interlocking Constitutions*, Hart, Oxford, 2012, pp. 329-366.

<sup>2</sup> Sobre la aceptación por parte de los tribunales y ordenamientos nacionales del principio de primacía establecido por el Tribunal de Luxemburgo, J.V. LOUIS Y T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union*

conocer la primacía de la norma europea no tiene nada de extraordinario, dado que ésta encuentra su origen en el propio Derecho constitucional nacional, ya se trate de una cláusula clásica que establezca la supremacía de los tratados internacionales o una cláusula más específica relativa a la pertenencia del Estado en cuestión a una organización supranacional. En todos los casos, la primacía encuentra su apoyo y justificación en el propio texto constitucional, incluso a costa de una interpretación amplia de ésta. Por el contrario, los conflictos entre el Derecho de la UE y el Derecho constitucional nacional se canalizan de forma distinta dados los diversos puntos de vista del juez comunitario y del nacional, cada uno de los cuales es el guardián de su respectivo ordenamiento de naturaleza constitucional<sup>3</sup>.

Los distintos procesos de diálogo que se abrieron entre el TJUE (antes TJCE) y los máximos intérpretes locales (normalmente, el Tribunal Constitucional nacional) acabaron con una suerte de acuerdo implícito, en el que cada Tribunal fue estableciendo sus líneas rojas para acabar en una especie de armisticio en el que se acordó que la protección de los derechos fundamentales actuaría como el límite último a la primacía absoluta del Derecho de la UE<sup>4</sup>. Estos diálogos a dos (sagas «Solange», por ejemplo) comenzaron a abrirse a un tercero (el Tribunal de Estrasburgo) cuando el Derecho comunitario fue extendiendo su aplicación e influencia y se cuestionó la compatibilidad del Derecho emanado de las instituciones comunitarias con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en muchos casos en los que los tribunales nacionales debían garantizar la aplicación del estándar mínimo del orden público europeo fundado por la jurisprudencia del máximo intérprete del Convenio de Roma<sup>5</sup>. Detrás de estas disputas, subyacía la vieja cuestión (que ya señaló la Comisión Europea en 1999) de que la UE, en tanto que poder público al que los

*européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 371-385, M. CLAES, *The National Courts' mandate in the European Constitution*, Hart, Oxford, 2006, pp. 149-165 y P. CRAIG, Y G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, 4th ed., Oxford University Press, London, 2008, pp. 353-374.

<sup>3</sup> Un excelente resumen, puede encontrarse en P. PÉREZ TREMPES, "La jurisdicción constitucional y la integración europea", *op. cit.*, pp. 19-48. Igualmente, L.I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.*, pp. 35-99.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Quizá el caso más emblemático, tras el cierre en falso del caso *Senator Lines*, haya sido el caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim irketi v. Ireland*, recurso núm. 45036/98, Sentencia del TEDH de 30 junio 2005, *Reports of Judgments and Decisions*, 2005-VI. Sobre esta cuestión, L.I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.*, pp. 101-299. Véase igualmente, *Senator Lines GmbH vs. Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España, Suecia y Reino Unido*, recurso núm. 56672/00, Decisión del TEDH de 10 marzo 2004, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-IV analizado en F. KRENC, ,

Estados miembros habían cedido competencias estatales, se adhirió al Convenio Europeo de Derechos Humanos para garantizar, entre otras cosas, que la entidad receptora de esas transferencias de poder respetaría los derechos que previamente habían acordado aceptar los Estados miembros del Convenio (de lo contrario, se operaría un fraude según el cual, ante las limitaciones que establecía el Convenio de Roma, los Estados podrían transferir sus competencias a una entidad que no estaría limitada por esas garantías, burlando así, los compromisos en materia de derechos)<sup>6</sup>.

Estos diálogos cruzados que tenían como epicentro al TJUE (TC vs. TJ; TEDH vs. TJ), mutaron en una auténtica conversación, cuando el propio Tribunal de Luxemburgo hubo de enfrentarse a la compatibilidad de las llamadas “sanciones inteligentes” del Consejo de Seguridad con los estándares mínimos en materia de derechos fundamentales de los que la alta Instancia se declaraba defensora. Así, la saga «Kadi», ha supuesto una auténtica revolución jurídica y ha hecho que el Tribunal de Luxemburgo se coloque frente al espejo y reflexione sobre el papel y la naturaleza última del Derecho de la UE: Derecho de naturaleza internacional o auténticamente constitucional. La respuesta es conocida, el Tribunal de Justicia optó por lo segundo, imitando las tendencias de los Tribunales Constitucionales que venían aduciendo su obligación de garantizar los derechos fundamentales como límite último a la primacía del Derecho de la Unión. Así, el TJ, emulando a sus homólogos nacionales, ha acabado reconociendo límites a la primacía del Derecho Internacional en relación con el Derecho de la Unión<sup>7</sup>.

«La décision Senator Lines ou L’ajournement d’une question délicate», *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, Vol. 16, 2005, pp. 121-158.

<sup>6</sup> L.I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit., pp. 101-299; L.I. GORDILLO PÉREZ y G. MARTINICO, “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia. Un cuento desde el País de las Hadas”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 429-478; P. GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart, Oxford, 2013.

<sup>7</sup> No es éste el lugar para extenderse sobre la jurisprudencia *Kadi* y todas sus implicaciones. Vide los asuntos T-306/01, *Abmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STPI (Sala Segunda ampliada) 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:331]; T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, STPI (Sala Segunda ampliada) 21 septiembre 2005 [ECLI:EU:T:2005:332]; C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi y Al Barakaat*, STJ (Gran Sala) 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461]; T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi contra Comisión Europea*, STG (Sala Séptima) 30 septiembre 2010 [ECLI:EU:T:2010:418]; y C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Comisión Europea y otros contra Yassin Abdullah Kadi*, STJ (Gran Sala) 18 julio 2013 [ECLI:EU:C:2013:518]. Para un análisis de esta jurisprudencia, vide, v.gr., L.I. GORDILLO, *Interlocking Constitutions*, op. cit., pp. 287-317; M. AVBELJ, F. FONTANELLI, G. MARTINICO, (Eds.), *Kadi on Trial - A Multifaceted Analysis of the*

En paralelo a estos diálogos, se han venido desarrollando otras conversaciones en relación, fundamentalmente, con dos aspectos: la ciudadanía de la Unión y la llamada en un principio comunitarización del tercer pilar que a los efectos de este trabajo, se ha concretado, esencialmente, en la jurisprudencia en torno a la Euro-orden. Sobre la primera cuestión, la ciudadanía de la Unión, ha habido recientes desarrollos jurisprudenciales de gran interés (Rottmann, Ruiz Zambrano, McCarthy o Dereci, entre otros)<sup>8</sup>. La cuestión de la compatibilidad de la Euro-orden con el ordenamiento constitucional de la UE, primero, y los ordenamientos constitucionales nacionales no es nueva<sup>9</sup>. La implementación de la Euro-orden, es además, terreno abonado para el conflicto interordinamental, dadas las diferencias de regulación de las garantías de los acusados en los Estados miembros, el estándar de la Carta y las posibles interferencias del CEDH.

El presente caso se enmarca en un momento de gran madurez del Derecho de la UE en el que, tras la entrada en vigor de Lisboa y la inminente (esperamos) adhesión de la UE al CEDH, el Tribunal de Justicia está reflexionando sobre el valor último de la Carta de Derechos como elemento definitivo y definidor del Derecho constitucional de la UE<sup>10</sup>.

*Kadi Trial*, Routledge, Oxford, 2014; L.I. GORDILLO PÉREZ, G. MARTINICO, *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid (en prensa, 2015).

<sup>8</sup> Asunto C-135/08, *Rottmann*, STJ 2 marzo 2010 [ECLI:EU:C:2010:104]; Asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano*, STJ 8 marzo 2011 [ECLI:EU:C:2011:124]; Asunto C-434/09, *McCarthy*, STJ 5 mayo 2011 [ECLI:EU:C:2011:277]; Asunto C-256/11, *Dereci*, STJ 15 noviembre 2011 [ECLI:EU:C:2011:734]. Sobre esta cuestión, véase S. IGLESIAS SÁNCHEZ, “¿Hacia una nueva relación entre nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 14, núm. 37, 2010, pp. 933-950; L.I. GORDILLO PÉREZ,; G. MARTINICO, “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia. Un cuento desde el País de las Hadas”, *op. cit.*, especialmente, pp. 471-474 y A. TAPIA TRUEBA, “La ciudadanía de los jueces. La creación jurisprudencial de un estatuto ciudadano en la UE”, en L.I. GORDILLO PÉREZ, *Constitutionalism of European Supranational Courts. Recent developments and challenges*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (en prensa, 2015).

<sup>9</sup> Véase entre otros J. KOMÁREK, “European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony”, *Common Market Law Review*, Vol. 44/1, 2007, pp. 9-40; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, “La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del Tercer Pilar”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 14, núm. 35, 2010, pp. 169-192; L.I. GORDILLO PÉREZ, “El juez nacional y el juez europeo ante la Euro-orden”, en M. REVENGA SÁNCHEZ, M., *El poder judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant, Valencia, 2009, pp. 755-790.

<sup>10</sup> S. IGLESIAS SÁNCHEZ, “The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ’s approach to fundamental rights”, *Common Market Law Review*, Vol. 49/5, 2012, pp. 1565-1611.

Aunque ya hace un año que el TJUE dictara la sentencia sobre este interesante caso (el Constitucional español, dictaría sentencia sobre el proceso original en marzo de 2014), merece la pena volver la atención sobre él, en un momento en el que las tendencias centrífugas de las políticas de la UE, se ven contrastadas con los esfuerzos centrípetos del Tribunal de Justicia, que apuntala la unidad del ordenamiento de la UE, en detrimento de las constituciones nacionales<sup>11</sup>. En efecto, el caso Melloni reviste un gran interés, al menos, por dos razones. La primera, ya conocida, consiste en que el Tribunal Constitucional español ha decidido, finalmente, presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo<sup>12</sup>. También ha dado este paso últimamente el Tribunal Constitucional Federal alemán (14 enero 2014) a propósito de la decisión del Banco Central Europeo relativa a la compra de deuda de países de la zona Euro en el mercado secundario<sup>13</sup> o el Consejo Constitucional francés (4 abril 2013), éste último por cierto, a propósito también de la Euro-orden<sup>14</sup>. De este modo, parece que se viene gestando progresivamente un auténtico sistema de diálogo institucionalizado entre el Tribunal de Luxemburgo y los Tribunales constitucionales nacionales. El segundo punto de interés venía dado por el objeto de la cuestión por parte del Constitucional español. Se trataba, así, de la primera vez que el Tribunal de Justicia de la Unión había sido llamado a pronunciarse sobre el significado y extensión del artículo 53 de la Carta, la famosa cláusula suelo, propia de toda norma de origen convencional, en la que se establece que “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 o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos

<sup>11</sup> Véase el planteamiento de la cuestión prejudicial a través del ATC 86/2011, 9 junio 2011, el asunto C-399/11, *Stefano Melloni vs. Ministerio Fiscal*, Sentencia del TJUE 26 febrero 2013, [ECLI:EU:C:2013:107] y la STC 26/2014, 13 febrero 2014 [BOE núm. 60, 11 marzo 2014].

<sup>12</sup> Sobre la reticencia de los tribunales constitucionales a presentar cuestiones prejudiciales, véase entre otros S. RAGONE, “Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011, pp. 53-90.

<sup>13</sup> Véase la Decisión del BVerGE 2 BvR 2728/13, 14 enero 2014, disponible en <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/01/rs20140114\\_2bvr272813.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/01/rs20140114_2bvr272813.html)>.

<sup>14</sup> Véase el comentario de esta cuestión prejudicial en *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, disponible en <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013314PQPCCcc\\_314pqpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013314PQPCCcc_314pqpc.pdf)>.

y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

Este trabajo analizará la situación actual de las relaciones Derecho de la UE/ Derecho constitucional nacional, a la luz de la reciente jurisprudencia Melloni. Para ello, después de esta introducción, los autores se centrarán en primer lugar en el «iter» procesal del caso, en segundo lugar se analizará el alcance de esta novedosa jurisprudencia para, en tercer término, apuntar unas breves conclusiones provisionales y algunas unas consideraciones finales a propósito del futuro de esta compleja relación.

## 2. EL «ITER» PROCESAL DEL CASO MELLONI

### 2.1. Antecedentes del caso Melloni

Mediante Auto de fecha de 1996 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó la extradición a Italia de D. Stefano Melloni para que fuera juzgado por los hechos que se recogían en las órdenes de detención dictadas por el Tribunal de Ferrara. En dicho Auto se explicita que por Auto del Juzgado Central de Instrucción se acordó su libertad bajo fianza, que siendo pagada, dio lugar a que el Sr. Melloni se diera a la fuga, no siendo entregado a Italia.

En consecuencia, el Tribunal de Ferrara dictó un Decreto en 1997 declarando el estado de rebeldía del acusado, y acordó que las notificaciones fueran efectuadas a los abogados de su confianza que había designado. Posteriormente, dicho Tribunal de Ferrara dictó sentencia en el año 2000 condenando en rebeldía al Sr. Melloni como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión. Esta sentencia fue recurrida en apelación y posteriormente ante la Corte Suprema de Casación, interviniendo en todas las instancias los letrados de su confianza, a quienes se había notificado la apertura del juicio oral previo a la condena así como la orden europea de detención y entrega.

Posteriormente, fue detenido en España en 2008, incoándose y elevándose a la Audiencia Nacional el procedimiento de orden de detención y entrega expedida por los tribunales italianos para el cumplimiento de la condena previamente descrita. El Sr. Melloni se opuso a la entrega aduciendo, por un lado, que en la fase de apelación había designado a otro abogado, revocando el nombramiento de los anteriores, a pesar de lo cual se les continuó dirigiendo a ellos las notificaciones y, por otro, que la ley procesal de Italia no establece la posibilidad de recurrir las condenas dictadas en ausencia, por lo que la orden europea de detención y entrega debería condicionarse a que Italia garantizase un recurso contra la Sentencia.

La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó mediante Auto de 2008 la entrega del recurrente a las autoridades italianas para el cumplimiento de la condena, pues no consideró acreditado que los abogados a los que había designado hubieran dejado de representarle, en base a un informe complementario requerido por el órgano emisor a la Fiscalía General de la República. Asimismo, la Audiencia Nacional rechaza la alegación de falta de defensa, puesto que de la información que consta en la orden de entrega se deriva que el Sr. Melloni era conocedor de la futura celebración del juicio, situándose voluntariamente en rebeldía y designando a dos abogados de su confianza para su representación y defensa, quienes intervinieron, en esa calidad, en la primera instancia, en la apelación y en la casación, agotando así las vías de recurso. Por ello, concluye la Audiencia Nacional que el Sr. Melloni no sufrió indefensión en el proceso y no procede interesar de Italia garantías al respecto. A la vista de este Auto, el Sr. Melloni solicitó la nulidad de actuaciones rechazada por la Audiencia Nacional mediante providencia.

Por último, el Sr. Melloni interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) fundamentado en la vulneración indirecta del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución española (en adelante, CE).

## 2.2. Las preguntas de la cuestión prejudicial

Admitido a trámite el recurso de amparo por el TC, éste por Auto de junio de 2011 (ATC 86/2011) acordó suspender la tramitación y plantear al TJUE tres cuestiones prejudiciales.

En primer lugar, el TC cuestionaba si el artículo 4bis, apartado 1º, de la Decisión Marco 2002/584/JAI en su redacción vigente (en adelante, Decisión Marco)<sup>15</sup>, debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado. En otras palabras, suscitaba la cuestión de si la mencionada Decisión Marco impide

<sup>15</sup> Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, DO L 190, de 18 de julio de 2002; modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, DO L 81, de 27 de marzo de 2009.

que los tribunales españoles subordinen la entrega del Sr. Melloni a la posibilidad de que se revise la condena que le afecta.

A estos efectos, debe tenerse presente que el citado artículo 4 bis recoge los casos en los que la autoridad judicial de ejecución no puede denegar la ejecución de la orden de detención europea, a pesar de que el imputado no haya comparecido en el juicio del que se deriva la resolución. Entre estos supuestos está el caso de que el imputado tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio y fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia, o si teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio.

En segundo lugar, para el caso de que la primera pregunta se respondiera afirmativamente, planteaba el TC si dicho artículo 4 bis, apartado 1, es compatible con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47, así como los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

Finalmente, para el caso de que la segunda cuestión se respondiera afirmativamente, cuestionaba también el TC si el artículo 53 de la Carta permite a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro.

En concreto, como se ha avanzado más arriba, el artículo 53 de la Carta dispone que ninguna de las disposiciones de la misma podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, entre otras normas, por las Constituciones de los Estados miembros.

### **2.3. Las conclusiones del Abogado General**

Antes de entrar en el fondo del asunto, el Abogado General Yves Bot examinó la admisibilidad de la petición de decisión formulada por el TC. En este sentido, el Ministerio Fiscal, los Gobiernos belga, alemán y del Reino Unido y el Consejo, que presentaron observaciones sobre este caso, alegaron la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial porque consideraban que el artículo 4bis de la Decisión Marco era inaplicable temporalmente al procedimiento del Sr. Melloni, bajo el argumento de que el Auto que decidió la entrega de éste a las autoridades italianas es de 12 de septiembre de 2008, y por tanto, anterior a la fecha de terminación del plazo para la transposición de la Decisión Marco 2009/299, que introdujo dicho artículo 4bis.

Indicaron además que Italia había hecho uso de la opción de aplazar hasta el 1 de enero de 2014 la aplicación de dicha Decisión Marco. Por ello, entendían que las condiciones para la entrega del Sr. Melloni siguen estando reguladas por el artículo 5 de la Decisión Marco 2002/584, en su redacción anterior a la introducida por la Decisión Marco 2009/299.

A este respecto, el Abogado General recordaba en su escrito de Conclusiones que, de conformidad con el artículo 267 TFUE, “corresponde exclusivamente al juez nacional apreciar a la luz de las particularidades del asunto tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plante al Tribunal de Justicia”, quedando el TJUE, en principio, obligado a pronunciarse. Únicamente puede excluirse la presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales si es evidente que las mismas no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, siendo un problema de naturaleza hipotética o si el TJUE no dispone de los elementos necesarios para responder de manera útil<sup>16</sup>.

Además, determinaba el Sr. Bot que el artículo 8 de la Decisión marco 2009/299 dispone su aplicabilidad «ratione temporis» a partir del 28 de marzo de 2011 “al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado”, tanto si dichas resoluciones son anteriores como posteriores a dicha fecha. De hecho, según una reiterada jurisprudencia, se considera que las normas procesales son de aplicación a todos los litigios pendientes en el momento en que entran en vigor, no siendo además de relevancia para la admisibilidad de la cuestión prejudicial el hecho de que Italia haya declarado hacer uso de la posibilidad de aplazamiento citada en líneas previas<sup>17</sup>.

Por todo ello, el Abogado General consideraba admisible la petición de decisión prejudicial solicitada por el TC y tras ello, procedió a analizar las tres cuestiones formuladas.

En relación con la primera pregunta, el Sr. Bot no compartía las dudas manifestadas por el TC, puesto que el examen del texto, del sistema y del objetivo del artículo 4 bis refleja, en su opinión, que la autoridad judicial no puede subordinar la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona a la que ésta afecta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro emisor.

<sup>16</sup> Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, presentadas el 2 de octubre de 2012, sobre el Asunto C-399/11, procedimiento penal contra Stefano Melloni [ECLI:EU:C:2012:600], § 38-39.

<sup>17</sup> Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, *op.cit.*, § 40-47.

De esta manera, de un lado, señaló el Abogado General que del texto del precepto objeto de estudio resulta que éste prevé un motivo facultativo de inexecución de una orden de detención europea, pero está acompañado de cuatro excepciones en los que la autoridad judicial carece de dicha facultad. Ello se confirma con el propósito del legislador, recogido en el sexto considerando de la Decisión marco 2009/299, de fijar “las condiciones en las que no deberá denegarse el reconocimiento ni la ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado”.

En este sentido, el Sr. Bot consideraba que como Stefano Melloni había conferido mandato a dos abogados de su confianza a los que el Tribunal italiano notificó la futura celebración del juicio, por lo que tuvo conocimiento de ella, así como que el mismo fue efectivamente defendido por ambos, el presente supuesto encaja en la excepción prevista en el apartado b) del artículo 4 bis. El mencionado apartado no menciona en absoluto la exigencia de que el interesado tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro emisor, derecho que está reservado únicamente a las letras c) y d) del precepto<sup>18</sup>.

De otro lado, alegaba Yves Bot, además, que esta interpretación resulta acorde con los objetivos perseguidos con la introducción de dicha norma, pues el legislador pretendía con ella “lograr un mejor equilibrio entre el objetivo de reforzar los derechos procesales de las personas imputadas en un proceso penal y el de facilitar la cooperación judicial en materia penal, en particular, mejorando el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros”. Para dotar efectivamente de mayor eficacia al mecanismo de reconocimiento mutuo, terminando con las incertidumbres previas, el legislador definió motivos comunes claros de denegación del reconocimiento de dichas resoluciones.

A la hora de estudiar la segunda pregunta del TC relativa a la compatibilidad entre el artículo 4 bis de la Decisión marco y los artículos 47 y 48 de la CDFUE, que garantizan los derechos a la tutela judicial efectiva y de defensa, respectivamente, el Abogado General acudió a la interpretación otorgada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Ello se debe a que el artículo 52.3 de la CDFUE dispone, que en la medida en que ésta contenga derechos que correspondan a los garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, sin perjuicio a que el Derecho de la Unión pueda conceder mayor protección.

<sup>18</sup> Para mayor detalle, *ibidem*, § 58-63.

De este modo, se exponían en el escrito de Conclusiones diversas sentencias del TEDH, recogiendo la jurisprudencia de dicho Tribunal en el sentido de que una persona tiene la posibilidad de renunciar por su libre voluntad a las garantías de un proceso equitativo de forma expresa o tácita, siempre que dicha renuncia al derecho a estar presente en la vista se acredite de forma inequívoca y con unas garantías mínimas en función a su gravedad, sin resultar contraria a ningún interés público relevante. En esta línea, las letras a) y b) del artículo 4 bis “establecen las condiciones en las que debe considerarse que el imputado ha renunciado voluntaria e inequívocamente a estar presente en el juicio, por lo que ya no puede invocar el derecho a un nuevo juicio”, resultando por ello totalmente compatibles con el artículo 6 del CEDH, y en consecuencia, con los artículos 47 y 48 de la CDFUE<sup>19</sup>.

Finalmente, en cuanto a la tercera cuestión, el Sr. Bot rechazaba la interpretación que el TC propone del artículo 53 de la CDFUE, según la cual esta norma impone un estándar mínimo y permitiría que los Estados miembros aplicaran el estándar de protección más elevado que derivara de su Constitución, de manera que en el caso que nos ocupa se podría someter la entrega a condiciones cuyo objeto fuera evitar una interpretación limitativa o lesiva de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nacional. En efecto, consideraba inaceptable dicha interpretación por ser contraria a los principios de primacía, unidad, eficacia y seguridad jurídica del Derecho de la Unión, pudiendo obstaculizar la ejecución de las órdenes de detención europeas e incitar “a los delincuentes a refugiarse en los Estados miembros cuyas normas constitucionales ofrecieran mejor protección que los otros”<sup>20</sup>.

Además, la interpretación sugerida por el TC se opone, a juicio del Sr. Bot, a las técnicas tradicionales de valoración del grado de protección de los derechos fundamentales que debe garantizarse en la UE, puesto que la determinación de los derechos fundamentales que se han de proteger y el nivel de protección que se les debe atribuir “está estrechamente ligada a valoraciones propias del ordenamiento jurídico de que se trata, en especial en función del contexto social, cultural e histórico de éste, y no es por tanto automáticamente transferible a otros contextos” y la hermenéutica propuesta no tiene en cuenta los imperativos ligados a la acción de la Unión y la especificidad del Derecho de la Unión. Así pues, indicaba el Abogado General, que “aunque el objetivo es tender a un nivel elevado de protección de los derechos fundamentales, la especificidad del Derecho de la Unión implica que el

<sup>19</sup> Puede consultarse, a este respecto, las Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, *op.cit.*, § 75-84.

<sup>20</sup> *Vid.* las Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, *op.cit.*, § 97-104.

nivel de protección derivado de una interpretación de una Constitución nacional no es automáticamente transferible al ámbito de la Unión ni oponible en el contexto de la aplicación del Derecho de la Unión”<sup>21</sup>.

No obstante, lejos de quedarse aquí, Yves Bot analizó también la cuestión que subyacía a la planteada por el TC, relativa al margen de actuación de que disponen los Estados miembros para establecer el nivel de protección de los derechos fundamentales que quieren garantizar en el contexto de la aplicación del Derecho de la Unión. Así, especificaba que hay que diferenciar al respecto dos situaciones. De un lado, se hallan aquéllas en las que existe una definición en el ámbito de la Unión del grado de protección de un derecho fundamental que debe garantizarse en el contexto de la ejecución de una acción de la Unión, en cuyo caso la fijación de ese nivel de protección está estrechamente ligada a los objetivos de la acción de la Unión de que se trata, de modo que “la invocación «a posteriori» por un Estado miembro del mantenimiento de su nivel de protección más alto tendría como consecuencia romper el equilibrio logrado por el legislador de la Unión y por tanto perjudicar la aplicación del Derecho de la Unión”. Este es el caso del artículo 4 bis de la Decisión marco. De otro lado, se encuentran aquellas situaciones en las que ese nivel de protección no ha sido objeto de una definición común, en las que los Estados miembros disponen de un margen de actuación más amplio para introducir, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el nivel de protección de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico nacional, “y ello siempre que ese nivel de protección sea conciliable con la debida aplicación del Derecho de la Unión y no lesione otros derechos fundamentales protegidos en virtud del Derecho de la Unión”<sup>22</sup>.

Añadía además el Abogado General que los términos “en su respectivo ámbito de aplicación” incluidos en el artículo 53 de la CDFUE pretenden reflejar que la Carta no está destinada a reemplazar las Constituciones nacionales en lo que atañe al nivel de protección de éstas dentro del ámbito de aplicación del Derecho nacional. No sólo eso, sino que dichos términos suponen también que el artículo 53 de la Carta no puede perjudicar la primacía del Derecho de la UE cuando la determinación del nivel de protección de los derechos fundamentales se realiza en el seno de la aplicación del Derecho de la Unión.

Recordaba incluso el Sr. Bot que la Unión, de conformidad con el artículo 4.2 del TUE, está obligada a respetar la identidad nacional de los Estados miembros, tal y como se recoge igualmente en el preámbulo de la CDFUE. Sin embargo, en el

<sup>21</sup> *Ibidem*, § 105-114.

<sup>22</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, *op.cit.*, § 124-127.

presente caso, aunque se trata de un derecho fundamental protegido por la Constitución española “cuya importancia no cabe subestimar”, ello no significa que afecte a la identidad nacional del Reino de España, como este mismo indicó en la vista<sup>23</sup>.

En conclusión, el Abogado General consideraba que el artículo 53 de la Carta debe interpretarse “en el sentido de que no permite que la autoridad judicial de ejecución subordine, en aplicación de su Derecho constitucional nacional, la ejecución de una orden de detención europea a la condición de que la persona afectada por ésta tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión”<sup>24</sup>.

#### 2.4. La Sentencia del TJUE

A pesar de que ciertas partes interesadas que presentaron observaciones al TJUE alegaron la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial en base a la inaplicación temporal de la Decisión marco, el TJUE declaró su admisibilidad utilizando idénticos argumentos a los planteados por el Abogado General por los que a ellos nos remitimos (véase más arriba 4).

Entrando ya en el fondo, el TJUE contestó a la primera cuestión planteada por el TC, considerando que el artículo 4 bis efectivamente no permite que se condicione la ejecución de la orden de detención y entrega a que la condena pueda ser revisada. Para ello, se centró en el objetivo perseguido por la Decisión marco de “facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros”, en virtud de la cual los Estados miembros están obligados a ejecutar una orden de detención europea, salvo los casos expresamente recogidos en los artículos 3, 4 y 4 bis de la misma.

Ahora bien, como indicaba el Abogado General, se precisó en la Sentencia que el artículo 4 bis, que prevé un motivo facultativo de inexecución de una orden de detención europea si el imputado no compareció en el juicio del que deriva la condena, está acompañado de cuatro excepciones. En efecto, concluyó el TJUE que en el caso del Sr. Melloni serían de aplicación dos de las excepciones contenidas en el artículo 4 bis, en concreto, sus letras a) y b) que estipulan que “cuando la persona condenada en rebeldía tuvo conocimiento con suficiente antelación de la celebración prevista del juicio y fue informada de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia, o bien, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado para que le defendiera, la autoridad judicial de ejecución está

<sup>23</sup> *Ibidem*, § 138-142.

<sup>24</sup> *Ibidem*, § 136.

obligada a proceder a la entrega de dicha persona”, y que, de este modo, se priva a la autoridad judicial de la facultad de denegar la ejecución de la orden de detención europea<sup>25</sup>.

En cuanto a la segunda pregunta, la respuesta del TJUE fue favorable a la compatibilidad entre el artículo 4 bis de la Decisión Marco y los artículos 47 y 48 de la CDFUE, recogiendo como propia, aunque precisando que acorde con la otorgada por el TEDH, la interpretación que el Sr. Bot asocia únicamente a este último, y añadiendo que, concretamente, “no se produce una vulneración del derecho a un proceso equitativo, aun si el interesado no ha comparecido en el juicio, cuando haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto”<sup>26</sup>.

En cuanto a la tercera cuestión, se debe recordar que el TC exponía en su escrito la interpretación en virtud de la cual el artículo 53 de la Carta autoriza de forma general que un Estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta, y oponerlo en su caso a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión. Sin embargo, el TJUE negó de plano esta interpretación, argumentando que menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión y que, según jurisprudencia asentada, “la invocación por un Estado de las disposiciones del Derecho nacional, incluidas las de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado”<sup>27</sup>.

De esta manera, el TJUE interpretó el artículo 53 de la Carta en el sentido de que “cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”<sup>28</sup>.

Sin embargo, en este sentido, el artículo 4 bis de la Decisión marco no atribuye a los Estados miembros la facultad de denegar la ejecución de una orden de detención europea cuando el interesado se halla en alguno de los cuatro supuestos enume-

<sup>25</sup> Para mayor detalle, véase el asunto C-399/11, *Stefano Melloni vs. Ministerio Fiscal*, *op. cit.*, § 35-46.

<sup>26</sup> Para analizar toda la exposición del TJUE en esta materia, debe verse el asunto C-399/11, *Stefano Melloni vs. Ministerio Fiscal*, *op. cit.*, § 47-54.

<sup>27</sup> *Ibidem*, § 59.

<sup>28</sup> *Ibidem*, § 60.

rados en esa disposición, debiendo tenerse en cuenta asimismo que dicha Decisión marco lleva a cabo una armonización de condiciones de ejecución de una orden de detención europea, reflejando el consenso alcanzado por los Estados miembros en relación a los derechos procesales de las personas condenadas en rebeldía.

Por ende, permitir que un Estado miembro invocara el artículo 53 de la Carta para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista en la Decisión marco, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, conduciría, a juicio del TJUE, “al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo que ésta pretende reforzar, y por consiguiente, a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco”<sup>29</sup>.

Con base en lo anterior, concluyó el TJUE estableciendo, de acuerdo con la interpretación propuesta por Yves Bot, que el artículo 53 de la Carta no faculta a un Estado miembro a subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada, con el fin de evitar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva protegido en su Constitución.

## 2.5. La Sentencia del Tribunal Constitucional

Una vez recibida la sentencia del TJUE dando respuesta a las tres cuestiones prejudiciales planteadas, el TC procedió a resolver el recurso de amparo.

En este sentido, determinó que la validez de los actos de las instituciones europeas debe enjuiciarse en base al Derecho de la Unión Europea, entre los que se encuentran, los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DFUE), recogidos en la CDFUE. Por el contrario, dichos DFUE son sólo un parámetro indirecto de la constitucionalidad cuando se trata del control de la actividad nacional de aplicación de aquel Derecho.

Planteó de este modo el TC la ya conocida tesis de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales de la CE cuando los poderes públicos nacionales reconocen, homologan o dan validez a una resolución adoptada por una autoridad extranjera que lesiona un derecho fundamental<sup>30</sup>. Precisó dicho Tribunal que “el

<sup>29</sup> Asunto C-399/11, Stefano Melloni vs. Ministerio Fiscal, op. cit., § 63.

<sup>30</sup> Sobre esta cuestión, *vide, inter alia*, CEDENO HERNÁN, M., «Vulneración indirecta de derechos fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2009, de 28 de septiembre», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 20, 2010.

contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan «ad extra» es más reducido», de manera que el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE no incluye todas y cada una de las garantías que se han anudado a dicho precepto, sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales. Así, para determinar ese contenido absoluto o básico del derecho, el TC acudió a los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España, localizando entre los mismos al CEDH y a la CDFUE<sup>31</sup>.

En esta línea, el TC examinó la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, en base a la cual, tal y como ya se recogía en la STJUE que resolvía las cuestiones prejudiciales, el derecho a la tutela judicial efectiva no es absoluto, pudiendo renunciarse por el acusado en determinados casos, como sucede en el supuesto del Sr. Melloni.

Una vez delimitado así el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, que es el que despliega eficacia «ad extra», esto es, el que permite, en opinión del TC, delimitar aquellas facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta del artículo 24 CE, concluyó dicho Tribunal desestimando el recurso de amparo por no lesionarse el citado contenido absoluto por el Auto de la Audiencia Nacional que acordaba la entrega del Sr. Melloni a las autoridades italianas.

### 3. EL ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA MELLONI

#### 3.1. La decisión del Tribunal de Justicia

El TJUE ha sorprendido por dictar una resolución judicial escasamente argumentada y carente de matices útiles para conflictos de futuro y más si se compara con las Conclusiones del Abogado General<sup>32</sup>. Se trata, sin duda, de una cuestión pre-

<sup>31</sup> STC 26/2014, 13 febrero 2014, *op. cit.*, FJ 4º.

<sup>32</sup> Este caso ha sido ampliamente tratado por la doctrina. Entre otros, *vide* los excelentes análisis de A. TORRES PÉREZ, “Melloni in three acts: From dialogue to monologue”, *European Constitutional Law Review*, vol. 10, núm 2, 2014, pp. 308-331; N. DE BOER, “Addressing rights divergences under the Charter: Melloni”, *Common Market Law Review*, vOL. 50, núm 4, pp. 1083-1104 y L.F.M. BESSELINK, “The parameters of constitutional conflict after Melloni”, *European Law Review*, vol. 39, núm. 4, 2014, pp. 531-552. Igualmente, véase M. AUBERT, E. BROUSSY Y H. CASSAGNABÈRE, “Chronique de jurisprudence de la CJUE. Charte des droits fondamentaux - Champ d’application”, *L’actualité juridique, droit administrative*, 2013, pp.1154-1165; M. BRKAN, “L’arrêt Melloni: nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne”, *Revue des affaires européennes*, 2013, pp.139-145; G. CAVALLONE, “European arrest warrant and fundamental rights in

judicial de importancia capital, no sólo por ser la primera planteada por la instancia constitucional española, sino por hacer referencia al problema del pluralismo constitucional, debido a los diferentes estándares de protección existentes a causa de las diversas fuentes que protegen los Derechos fundamentales y, en cambio, el TJUE no ha querido dibujar todos los contornos de la relación entre las distintas fuentes en su respuesta. Igualmente, se entiende que el TJUE ha desaprovechado la oportunidad de acompañar su sentencia con más legitimación refiriéndose con mayor intensidad a las Constituciones nacionales y sus valores<sup>33</sup>.

Como se ha expuesto, la respuesta del STJUE a la primera pregunta acoge la idea del objetivo de establecer un sistema simplificado y eficaz de entrega de condenados o sospechosos de haber infringido la ley penal por la Decisión marco que el Abogado General planteaba en su escrito. No obstante, es criticada por ser muy es-

decisions rendered in absentia: the extent of Union law in the case C-399/11 Melloni v. Ministerio Fiscal”, *European Criminal Law Review*, 2014, pp. 19-40; M. DE VISSER, “Dealing with Divergences in Fundamental Rights Standards”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, pp.576-588; E. DUBOUT, “Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l’Union Européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l’arrêt Melloni”, *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 49/2, 2013, pp. 293-317; A. LEVADE, “Mandat d’arrêt européen: quand confiance et reconnaissance mutuelles font obstacle au “sauf si”!, Constitutions”, *Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2013, pp.184-187; P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ, “Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922/2008 promovido por Don Stefano Melloni”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 48/1, 2014, pp. 603-622; O. POLLICINO, “From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative Step of the Italian Constitutional Court”, *European Constitutional Law Review*, vol. 10, 2014, pp. 143-153; S. RIPOL CARULLA, y J.I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, “La euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)”, *Revista española de Derecho Europeo*, vol. 46, 2013, pp. 151-198; D. RITLENG, “De l’articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l’Union”, *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 2, pp.267-292; S. SALINAS ALCEGA, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013 - Stefano Melloni y Ministerio fiscal (As. C-399/11) - Ejecución de orden de detención europea emitida contra una persona condenada en rebeldía”, *Unión Europea Aranzadi*, 2014, núm. 2, pp.49-52; V. SKOURIS, “Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 2013, pp.229-243. A. TINSLEY, “Note on the Reference in Case C-399/11 Melloni”, *New Journal of European Criminal Law*, vol.3, 2012, pp.19-30; B. VAN BOCKEL, y P. WATTEL, “New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkerberg Fransson”, *European Law Review*, vol. 38, núm. 6, 2013, pp.866-883; E. VAN RIJCKEVORSEL, “La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l’Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt “Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal””, *Revue du droit de l’Union européenne*, 2013, núm. 1, pp.182-187.

<sup>33</sup> DE BOER, N., «Addressing rights divergences under the Charter: Melloni», *op. cit.*, p. 1102.

cueta en la argumentación y no alcanzar a explicar el resultado que puede deducirse: es el objetivo de dicha Decisión marco el que impone la necesidad de la definición común de cuándo se vulnera el derecho de defensa del rebelde que lleva a cabo el artículo 4 bis de la Decisión marco.

En cualquier caso, se ha calificado de muy escasa su respuesta y argumentación en relación con el citado artículo 4 bis y su conformidad con los artículos 47 y 48 de la Carta, pues el TJUE se limita a declarar que es la misma interpretación que la otorgada por el TEDH a los derechos garantizados en el CEDH y que la armonización de las condiciones de ejecución de las órdenes de detención realizada por la Decisión Marco tiende a reforzar los derechos procesales de las personas imputadas en un proceso penal.

Se ha puesto de manifiesto además que con la interpretación realizada, al garantizar primacía a la Decisión marco frente a los derechos fundamentales nacionales, se está otorgando una gran relevancia, quizá excesiva, a un acto legislativo secundario, que no debe olvidarse que emanó del Consejo únicamente, sin participación alguna del Parlamento. En este sentido, cuando se trata de actos ejecutivos, se espera “una mayor protección judicial y un escrutinio judicial más estrecho que cuando se trata de productos legislativos que cuentan con la legitimidad directa del Parlamento”. Por el contrario, en Melloni se reconoce al Derecho de la Unión aprobado por el ejecutivo de la UE (el Consejo, sin la intervención del Parlamento), y que en principio no gozaba de efecto directo, una primacía que hasta entonces solo se había reconocido al Derecho de la Unión que gozaba de eficacia directa<sup>34</sup>.

Se ha criticado igualmente la tercera respuesta en la que, recordemos, el TJUE considera que el artículo 53 de la Carta no permite que un Estado miembro someta la entrega de un condenado a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, con el fundamento de evitar una vulneración de su Constitución. Se ha considerado que el problema de este pronunciamiento no es el fondo del mismo –pese a que implica una reducción del nivel de protección de las garantías del proceso establecido para el TC español– sino el corto camino que el TJUE recorre para llegar hasta él. Así, hay quien incluso aceptando el fondo de la cuestión dilucidada por el Tribunal de Justicia censura, sin embargo, la forma en la que la Alta Instancia ha actuado<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> L.F.M. BESSELINK, “The parameters of constitutional conflict after Melloni”, *op. cit.* p. 542.

<sup>35</sup> C. IZQUIERDO SANS, “Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la Unión. Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni, C- 399/11”, *La Ley Unión Europea*, nº 4, 2013, disponible en <[www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)>.

Asimismo, la ausencia de mención a la identidad constitucional de España en la Sentencia, a diferencia de las Conclusiones del Abogado General, también ha sido objeto de crítica. El argumento utilizado por el Sr. Bot de que el mismo Reino de España reconoció que el derecho a la tutela judicial efectiva no formaba parte de la identidad constitucional española “es más bien ingenuo, teniendo en cuenta que era el Gobierno español, y no el Estado miembro quien hablaba”<sup>36</sup>. No obstante, del silencio del TJUE en esta materia de identidad constitucional puede deducirse como ésta puede ser todavía una opción de futuro conflicto constitucional en el contexto del artículo 53 de la CDFUE.

Por el contrario, se ha alegado por cierto sector doctrinal que la brevedad de la repuesta está justificada porque ya existía una aproximación a la postura del TJUE en su jurisprudencia anterior, al menos en relación con la última cuestión<sup>37</sup>. De este modo, el TJUE ya había declarado que cuando no es necesaria una concepción compartida en el conjunto de los Estados miembros del nivel de protección de un derecho fundamental, se admite que el Estado miembro tiene margen de maniobra para disponer una medida restrictiva a las libertades comunitarias si tiene como finalidad la protección del derecho fundamental y la medida es proporcional al fin que se persigue, lo que implicará su conformidad con el Derecho de la Unión. Como ejemplo, pueden citarse los asuntos *Winner Wetten*, *Omega* o *Schmidberger*<sup>38</sup>.

Igualmente, se entiende que la Sentencia del TJUE del caso Melloni se ve complementada por la del caso *Akerberg Fransson*, del mismo día<sup>39</sup>. En la misma se dilucida si debe desestimarse la acción penal ejercitada contra el Sr. Fransson, debido a que ya ha sido sancionado a pagar recargos fiscales en un procedimiento administrativo por las mismas declaraciones falsas de IVA, lo que podría infringir la prohi-

<sup>36</sup> Véase en este sentido L.F.M. BESSELINK, “The parameters of constitutional conflict after Melloni”, *op. cit.*, p. 549.

<sup>37</sup> N. DE BOER, “Addressing rights divergences under the Charter: Melloni”, *op. cit.*, p. 1084; o C. IZQUIERDO SANS, “Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la Unión. Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni, C- 399/11”, *op. cit.*

<sup>38</sup> Vid. los asuntos C-409/06, *Winner Wetten GmbH vs. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, Sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2010, Rec. 2010, p. I- 08015; C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH vs. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2004, Rec. 2004, p. I- 09609; y C-112/00; *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge vs. Republik Österreich*, Sentencia del TJUE de 12 de junio de 2003, Rec. 2003, p. I- 05659.

<sup>39</sup> Véase el asunto C-617/10, *Åklagaren vs. Hans Åkerberg Fransson*, Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013.

bición de doble sanción establecida en el artículo 4 del Protocolo nº 7 del CEDH y en el artículo 50 de la Carta.

Con anterioridad a analizar el fondo de la cuestión, el TJUE examinó su competencia para resolver la cuestión prejudicial, y comenzó recordando que el ámbito de aplicación de la CDFUE se define en su artículo 51.1, según el cual las disposiciones de la misma se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Alega el TJUE, en relación con el caso concreto, que los recargos fiscales impuestos al Sr. Fransson y la acción penal ejercitada contra él debido a la inexactitud de la información proporcionada en materia de IVA “constituyen una aplicación de los artículos 2, 250, apartado 1, y 273 de la Directiva 2006/112 (anteriormente artículos 2 y 22 de la Sexta Directiva) y del artículo 325 TFUE, y por lo tanto del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta”.

En este sentido, la importancia de esta sentencia se concentra en que el TJUE reconoce que “cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”<sup>40</sup>.

En consecuencia, se trata de un claro ejemplo de una armonización escasamente intensa en la que serán los Estados miembros los que determinen el estándar de protección del principio «non bis in ídem» en los ordenamientos nacionales en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre el IVA y el artículo 325 TFUE<sup>41</sup>. Sin embargo, siguen existiendo ambigüedades como la que se refiere a si los actos de los Estados miembros que están accidentalmente conectados con el Derecho de la Unión también están insertos en el ámbito de aplicación de la Carta, interpretación extensiva que ya ha sido declarada inaceptable por el Tribunal Constitucional alemán<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Asunto C-617/10, *Åklagaren vs. Hans Åkerberg Fransson*, § 29.

<sup>41</sup> Véase sobre esta Sentencia B. VAN BOCKEL y P. WATTEL, “New wine into old wineskins: the scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Akerberg Fransson”, *European Law Review*, vol. 38, 2013, pp. 866-879.

<sup>42</sup> J.H. REESTMAN y L. BESSELINK, “After Åkerberg Fransson and Melloni”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, núm. 2, 2013, pp. 169-175, en especial p. 171.

En cualquier caso, debe decirse que la mayoría de la doctrina, a pesar de las críticas a la escasez de argumentación de la Sentencia del caso Melloni, comparte la interpretación llevada a cabo por el TJUE por ser sensata y ajustarse perfectamente a las necesidades del proceso de construcción europea<sup>43</sup>.

### 3.2. La decisión del TC español

En relación con la sentencia del TC, se debe comenzar comentando que se dieron tres votos particulares. Todos ellos discrepan con la fundamentación jurídica, pero no con la conclusión de desestimar el recurso de amparo.

Las magistradas Dña. Adela Asúa y Dña. Encarnación Roca, de un lado, postulan, resumidamente, que si se ha aceptado que no se han traspasado los límites implícitos del artículo 93 CE (y así lo hace la STC), el TC debería, en el marco de las competencias atribuidas a la Unión y en virtud del principio de primacía de su Derecho, aplicar simple y llanamente la CDFUE, tal y como es interpretada por el TJUE.

De esta manera, se determina que la vía utilizada por el TC podría servir para los supuestos no relacionados con el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Sin embargo, en supuestos como el presente, “el fundamento jurídico de la aplicación a las personas afectadas por una orden europea de detención y entrega del nivel de protección que deriva del Derecho de la Unión no puede ser una norma interna como el artículo 24.2 CE, por mucho que sea interpretada vía artículo 10.2 CE de conformidad con lo que haya declarado a este respecto el Tribunal de Justicia, sino los derechos fundamentales reconocidos en la Unión, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia”<sup>44</sup>.

Por su parte, el tercer voto particular formulado por D. Andrés Ollero va en otra dirección, pues entiende adecuado que se exija la protección únicamente del contenido básico del derecho constitucional cuando se trata de la Euro-orden, como es el caso, pero discrepa con la extensión de dicho efecto cuando se trata de extraditar a un ciudadano a un Estado ajeno a la UE, considerando que en este último caso se debe mantener la sobreprotección de la CE.

<sup>43</sup> Puede verse en esta línea C. IZQUIERDO SANS, “Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la Unión. Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni, C- 399/11”, *op.cit.*; y A. TORRES PÉREZ, “Melloni in three acts: From dialogue to monologue”, *op. cit.*, p. 318.

<sup>44</sup> Voto particular concurrente que formula la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6922-2008, abogado al Pleno, § 3.

En cuanto a la doctrina, gran parte ha criticado igualmente la tesis mantenida por el TC, pues entienden que el planteamiento de las cuestiones prejudiciales al TJUE se revela inútil, pareciendo “subyacer el propósito del TC de mantener una línea hermenéutica ya consolidada y, a la postre, alzaprimar su concepción particular del derecho de defensa”. Esta actitud supone “una abstracción tanto de lo que ha de significar en la práctica el principio de reconocimiento mutuo, como la forma en que se han de articular las relaciones entre los Estados miembros de origen y de ejecución”, así como que el objetivo de la Decisión marco es obtener la eficaz y libre circulación de las resoluciones entre los Estados miembros<sup>45</sup>. En efecto, se considera que era el momento de terminar este procedimiento a la austríaca, incorporando la CDFUE como canon constitucional y no meramente hermenéutico.

No obstante, también hay quien defiende una mayor autonomía del Tribunal Constitucional y su derecho a disentir del TJUE lo que, en esta lógica, sería necesario para entablar un auténtico diálogo. Así, una cosa sería el diálogo y otra un “monólogo con obligado asentimiento”<sup>46</sup>, entendiéndose en este sentido que el estilo argumentativo del TJUE resulta poco propicio para entablar un diálogo. En todo caso, y recapitulando, el hecho de que el TC planteara esta cuestión prejudicial ha sido recibido muy positivamente por la doctrina.

#### 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES PROVISIONALES

En virtud de todo lo anterior, y atendiendo al tenor de las sentencias sobre el caso Melloni y a los comentarios y críticas de la doctrina especializada, puede decirse que de un lado, a pesar de su parca argumentación, de esta jurisprudencia podrían extraerse, si la complementamos con la del caso Akerberg Fransson, algunas conclusiones a propósito de la cuestión de qué sistema de derechos fundamentales, si el constitucional nacional, el de la UE y/o ambos, serviría como parámetro de la actividad de aplicación interna del Derecho de la Unión:

1. Si no se trata de un supuesto incluido en el ámbito de aplicación de Derecho de la Unión, los Estados Miembros pueden aplicar sus estándares nacionales de protección de derechos fundamentales. Lo que sucede es que el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, se interpreta de una manera muy extensiva por el TJUE.

<sup>45</sup> En esta línea, puede verse J.M. ARIAS RODRÍGUEZ «Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea», *Diario La Ley*, nº 7226, 2011, disponible en <[www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)>.

<sup>46</sup> Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara en relación con la Sentencia del Pleno de 13 de febrero de 2014 dictada en el recurso de amparo avocado núm. 6922-2008, § 2.

2. Cuando las autoridades nacionales actúen en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, si se trata de una situación en que la actuación estatal está totalmente detallada por la regulación del Derecho de la UE, únicamente pueden utilizar como parámetro de control en materia de derechos los propios de la UE.

3. Sin embargo, aunque se esté en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, si se trata de una situación en que no existe una regulación detallada o una armonización completa por parte del Derecho de la Unión (siguiendo la doctrina de la ausencia de control en el margen nacional de interpretación del TEDH), los Estados miembros pueden aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales. Ahora bien, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el TJUE, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

## 5. EPÍLOGO: EL FUTURO DEL DIÁLOGO JUDICIAL

Los últimos desarrollos jurisprudenciales del TJ a propósito del diálogo con los tribunales constitucionales nacionales y las recientes decisiones en materia de ciudadanía y la Euro-orden vienen a confirmar una idea que lleva algún tiempo circulando por los pasillos de Luxemburgo y es la progresiva constitucionalización formal del TJUE, es decir, que el Alto Tribunal ha tomado conciencia de su naturaleza constitucional y actúa en cuanto tal<sup>47</sup>. La doctrina se ha mostrado especialmente activa últimamente a propósito de la tradicional teoría que gobierna las relaciones Derecho de la UE–Derecho constitucional nacional. Estas nuevas teorías han hecho acto de presencia a la luz del nuevo estatus de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que pasa a tener rango convencional, el mismo que el TUE-L y el TFUE. La esencia de la clásica doctrina «Solange» es que toma como punto de referencia al Tribunal constitucional (o equivalente) nacional. Las nuevas propuestas, sin embargo, toman como referencia al propio TJUE, quien obligaría a los tribunales nacionales a ajustarse al ordenamiento comunitario, según su propia interpretación. En este sentido, el planteamiento más original de los últimos tiempos es el de Von Bogdandy y su equipo, la llamada «Reverse Solange» (o Solange invertida). Igualmente, Iris Canor ha contraatacado con su propia visión, que sería la llamada «Horizontal Solange».

La teoría de la «Reverse Solange» podría resumirse de la siguiente manera. Más allá del ámbito de aplicación el artículo 51.1 de la Carta (la Carta únicamente vincularía a las instituciones de la UE y a los Estados cuando apliquen Derecho de la UE),

<sup>47</sup> Véase particularmente, el trabajo L.I. GORDILLO PÉREZ y G. MARTINICO, “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia. Un cuento desde el País de las Hadas”, *op. cit.*

los Estados miembros siguen siendo autónomos en lo que a la protección de los derechos fundamentales se refiere en tanto en cuanto («Solange») se pueda presumir que protegen la esencia de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 2 TUE-L<sup>48</sup>. No obstante, si se diera la circunstancia extrema de que una violación de los derechos fuera entendida como sistémica, esta presunción se destruiría. En tal caso, los particulares pueden alegar su estatus de ciudadanos de la Unión ante los tribunales nacionales para buscar un resarcimiento. Los tribunales nacionales podrían, entonces, utilizar la vía de la cuestión prejudicial ante el TJUE puenteadando al Tribunal Constitucional (o equivalente) de turno<sup>49</sup>.

Por su parte, I. Canor, basándose en un reciente y controvertido caso ante el TJ, el asunto N.S. sobre los reglamentos Dublin, postula lo que ha llamado la adopción de la teoría del «Horizontal Solange». En este caso, el TJ rechazó el principio clásico que impone confianza mutua basado en una presunción de respeto mutuo. El caso se refería al Sistema Común Europeo de Asilo. El Tribunal de Justicia declaró que un Estado Miembro no puede transferir a un solicitante de asilo a otro Estado miembro en virtud de la política europea expresada en el Reglamento Dublin II (R. 343/2003) si existen deficiencias sistémicas en el procedimiento de asilo y condiciones de recepción en el Estado miembro receptor tales que puedan suponer un riesgo real para el demandante de asilo de estar sometido a tratos inhumanos o degradantes.

El razonamiento del TJ está basado en un sistema de control (o ‘test’) que se puede dividir en dos partes. En la primera, que no deja de ser una manifestación del principio de reciprocidad, el Tribunal establece la clásica construcción según la cual la cooperación entre los Estados miembros debe mantenerse en tanto en cuanto todos los Estados miembros se adhieran sistémicamente a la esencia de los derechos fundamentales europeos. Si se demuestra que ha tenido lugar una violación sistémica de la esencia de estos derechos en un Estado miembro, los otros podrían suspender su cooperación con aquél (en caso contrario, se mantendría la cooperación en los términos de la legislación europea). En la segunda

<sup>48</sup> El artículo 2 del TUE-L reza así: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombre”.

<sup>49</sup> A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, “Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States”, *Common Market Law Review*, Vol. 49/2, 2012, pp. 489-519.

fase, el TJ vendría a establecer que los tribunales nacionales tienen la obligación de comprobar si el otro Estado miembro respeta el estándar europeo de protección de derechos fundamentales. Esta construcción, que tiene sus ventajas, vendría a representar una suerte de descentralización del control de legalidad con el Derecho de la UE que el TJ debería mantener de manera casi excluyente. No obstante, la construcción resulta atractiva.

Estas dos teorías vienen a confirmar lo vivo del debate alrededor sobre el Derecho de la Unión y del sistema de relaciones con los ordenamientos nacionales, particularmente, con las normas de naturaleza constitucional. A la tendencia de la acentuación del carácter constitucional del TJ, habría que añadir el celo que muestra esta instancia con la autonomía de su ordenamiento tanto en relación con el Derecho nacional (tal y como muestran los casos anteriores) como en relación con el Derecho internacional, tal y como atestigua la saga «Kadi»<sup>50</sup>. Parece que los nuevos desarrollos en Luxemburgo harán que la doctrina mantenga vivo el interés por este dilema, sobre todo, a la vista de la creciente movilidad de los ciudadanos en el seno de la UE, lo que acrecienta las posibilidades de conflicto potencial y la multiplicación de opiniones discordantes. La tendencia hacia la equiparación de los estándares de protección servirá, sin duda de bálsamo, pero la multiplicación de los actores en estos procesos discursivos incrementará la litigiosidad y las posibilidades de sentencias discordantes. Quizá haya que mirar a Estrasburgo para encontrar al conductor final de esta “tertulia”.

<sup>50</sup> Véase B. KUNOY, A. DAWES, “Plate tectonics in Luxembourg: The ménage à trois between EC law, international law and the European Convention on Human Rights following the UN sanctions cases”, *Common Market Law Review*, Vol. 46/1, 2009, pp. 73-104; C. TOMUSCHAT, “Case T-306/01, Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005; Case T-315/01, Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission, judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005”, *Common Market Law Review*, Vol. 43/2, 2006, pp. 537-551; L. I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.*, especialmente, pp. 353-398; L.I. GORDILLO, *Interlocking Constitutions*, *op. cit.*, especialmente, pp. 228-257; L.I. GORDILLO PÉREZ, L. I., “Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del consejo de Seguridad de la ONU”, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 10, núm. 1, 2012, pp. 201-244; L.I. GORDILLO PÉREZ, “Estado de Derecho, Sanciones ‘inteligentes’ y Derecho Internacional”, VV. AA., *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, Ed. Universitas, Madrid, 2012, pp. 3303-3315; L.I. GORDILLO PÉREZ, Y G. MARTINICO, “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia. Un cuento desde el País de las Hadas”, *op. cit.*; M. AVBELJ, F. FONTANELLI, G. MARTINICO, (Eds.), *Kadi on Trial - A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Routledge, Oxford, 2014; L.I. GORDILLO PÉREZ y G. MARTINICO *Historias del País de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Madrid (en prensa, 2015).

**Resumen**

*Este trabajo analiza la situación actual de las relaciones Derecho de la UE / Derecho constitucional nacional, a la luz de la reciente jurisprudencia Melloni. Para ello, después de una breve introducción, los autores se centran, en primer lugar, en el «iter procesal» del caso, en segundo lugar, se analizará el alcance de esta novedosa jurisprudencia para, en tercer término, apuntar unas breves conclusiones preliminares y algunas consideraciones finales a propósito del futuro de esta compleja relación.*

**Palabras Clave:** *Derecho constitucional europeo, Melloni, Fransson, Diálogo judicial, relaciones interordinamentales*

**Abstract**

*This paper analyses the current situation EU Law vs. National Constitutional Law, taking into account the recent jurisprudence related to the Melloni decision. In order to do that, after a brief introduction, the authors take account on the procedural issues of the case, secondly they analyze this new case law, and thirdly, the paper drafts some preliminary conclusions, before setting up some final considerations in relation with the future of such a complex relationship.*

**Keywords:** *EU Constitutional Law, Melloni, Fransson, Judicial Dialogue, interordinal relations.*

Recibido: 15 de diciembre de 2014

Aceptado: 23 de diciembre de 2014

# Legislación

---



# CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN\*

## SUMARIO

1. Reglamento n. 1141/2014, del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2014 sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas.
2. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a las normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los estados miembros y de la Unión Europea.
3. Reglamento de ejecución UE n. 908/2014, del Parlamento y del Consejo en relación con los órganos pagadores y otros organismos, la gestión financiera, la liquidación de cuentas, las normas relativas a los controles, las garantías y la transparencia.
4. Acuerdo entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea relativo al registro de transparencia sobre organización y personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de políticas de la Unión Europea.
5. Decisión del Consejo de 24 de junio de 2014 relativa a las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad.
6. Directiva 2014/85/UE de la Comisión por la que se modifica la directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el permiso de conducción.
7. Reglamento de procedimiento del tribunal de la función pública europea.

## 1. REGLAMENTO N. 1141/2014, DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 22 DE OCTUBRE DE 2014 SOBRE EL ESTATUTO Y LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EUROPEOS Y LAS FUNDACIONES POLÍTICAS EUROPEAS

Con la intención de llevar a cabo una labor de concienciación de la necesidad de transparencia en la financiación de los partidos políticos, que haga frente a la desprestigiada opinión pública sobre la corrupción, este Reglamento establece una regulación para que los partidos políticos europeos cumplan unos requisitos muy rígidos en el control de sus finanzas.

El artículo primero define el concepto de partido político europeo como asociación de ciudadanos que persigue objetivos políticos y reconocida en el ordenamiento jurídico de al menos un estado miembro. De otro lado, una coalición de partidos

\* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

políticos sería una cooperación estructurada entre partidos políticos o ciudadanos. A su vez, se considera partido político europeo a la coalición de partidos políticos que persigue objetivos políticos y está registrado ante la Autoridad para los partidos políticos europeos y fundaciones políticas europeas.

Una fundación política europea es una entidad afiliada formalmente a un partido político europeo, que está registrada ante la autoridad de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en este reglamento, y que a través de sus actividades, dentro de los objetivos y valores fundamentales perseguidos por la Unión, apoya y complementa los objetivos del partido político europeo mediante la ejecución de tareas referentes a observación, análisis y debate de aspectos relacionados con la Unión Europea, desarrollo de políticas europeas, cooperación con terceros países en el desarrollo de la democracia, y cooperación institucional encaminada al desarrollo de actividades académicas o de otro orden.

Se define la donación a estos efectos, como la oferta, en efectivo o especie por debajo del valor de mercado, así como cualquier otra transacción que constituya una ventaja económica para el partido o fundación europea de que se trate. Se exceptúan de esta consideración, las aportaciones de los miembros del partido o las actividades voluntarias de los particulares.

En el art. 3 se regulan las condiciones de registro de las coaliciones de partidos europeos. Han de reunir los siguientes requisitos:

- Tener la sede en un estado miembro de la Unión Europea.
- Representar al menos a una cuarta parte de los estados miembros, en el parlamento europeo, o nacional, o regional, o haber obtenido un mínimo del 3 por ciento de los votos emitidos en cada estado miembro en las últimas elecciones al Parlamento Europeo.
- Respetar los valores en que se basa la Unión europea, enunciados en el art. 2 del Tratado, que son el respeto a la dignidad humana, a la libertad, a la democracia, a la igualdad, al estado de derecho y a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.
- Haber participado en las elecciones al Parlamento Europeo o manifestado su intención de hacerlo.
- No tener ánimo de lucro.

Por otra parte, una Fundación podrá solicitar su registro como tal cuando esté afiliada a un partido político europeo, debidamente registrado, tenga su sede en un Estado miembro, respete los valores de la Unión, en los mismos términos que la coalición, sus objetivos sean complementarios a los del partido político al que se

vinculan, sus órganos de dirección los constituyan personas procedentes al menos de una cuarta parte de los Estados miembros, y no tenga ánimo de lucro.

Tanto el partido político como la fundación deberán mantener independencia en su administración y contabilidad respectivas.

El art. 4 regula los requisitos de los estatutos de los partidos políticos europeos. Estos han de contener al menos el nombre y el logotipo, diferenciados claramente de otros partidos políticos, la dirección de su sede, el programa político y sus objetivos, una declaración de ausencia de ánimo de lucro, relación con la fundación que figura adherida a él, y procedimiento financiero y contable.

En cuanto a la regulación interna del partido, deberán establecer la modalidad de admisión de sus militantes, los derechos y deberes en relación con la institución, las competencias, responsabilidades y composición de sus órganos de gobierno, con expresión de las modalidades de elección, tiempo de duración en los cargos y modos de nombramiento y destitución. Igualmente se deben regular los aspectos formales de los procesos internos de la toma de decisiones, procedimientos de votación, quórum, modificación de estatutos, y política de transparencia en lo que se refiere a los libros de cuentas, donaciones y protección de los datos personales.

De forma similar se establecen estos requisitos para las Fundaciones en el art. 5.

El art. 6 regula la institución de la Autoridad de control de los partidos políticos europeos y fundaciones. La Autoridad es el órgano administrativo que cada Estado ha de mantener para el registro y control de estas instituciones, y podrá imponer las sanciones que procedan según este reglamento. La Autoridad tendrá personalidad jurídica propia y se regirá por lo establecido en el reglamento. Al frente de cada autoridad habrá un director que adoptará las decisiones en nombre de ésta. Su nombramiento lo será por un periodo de 5 años, no renovable. El reglamento atribuye una gran importancia a esta figura y regula en lo posible su total independencia respecto de los intereses de los partidos políticos. Así, deberá ser elegido de común acuerdo por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, sobre las propuestas formuladas por un comité de selección compuesto por los tres secretarios de las respectivas instituciones, tras una convocatoria abierta. Esta persona no deberá ser diputado europeo, ni militante de un partido político, ni empleado del mismo. Se intenta conseguir una total independencia respecto de los partidos políticos que garantice una total objetividad. De ahí que el reglamento prevea su total independencia en el ejercicio de su gestión.

La ubicación física de la Autoridad estará en la misma sede del Parlamento, y su presupuesto se adscribirá a un título específico de una sección del presupuesto del Parlamento, dentro de los presupuestos generales de la Unión Europea.

Cada año, el director deberá presentar un informe sobre la gestión de la Autoridad.

El art. 7 regula el registro de los partidos políticos europeos y las fundaciones. La Autoridad tendrá una función de mero registro de estas instituciones, sin que pueda interferir en aspectos concretos de los estatutos, ni materia de estos, y la información que en ellos figure será pública a excepción de los datos de carácter personal.

En el caso de que la documentación se presente incompleta, se requerirá su subsanación, y solo de manera motivada, se podrá denegar por parte de la Autoridad la inscripción de un partido o fundación.

Esta denegación, o en su caso baja de un partido o fundación por incumplimiento grave de los requisitos exigidos para la inscripción, ha de notificarse al Parlamento, y publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea. En todo caso, la decisión final ha de basarse en la emisión de un dictamen emitido por un Comité de Personalidades Independientes, que está regulado en el art. 11 y compuesto por seis miembros, nombrados por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en número de dos cada institución, y con los mismos requisitos y cuadro de incompatibilidades que el director de la autoridad.

En cuanto al régimen jurídico de los partidos políticos europeos y fundaciones, el art. 12 establece que tendrán personalidad jurídica europea, con reconocimiento legal y capacidad jurídica en todos los Estados miembros de la Unión. Su normativa de aplicación la constituye además del reglamento, el derecho nacional de cada estado en que tengan sus sedes estos partidos.

La personalidad jurídica nace con la publicidad de la inscripción, teniendo como fecha la de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, y se extingue igualmente en la fecha de la publicación de su baja en el mismo Diario.

El art. 17 y siguientes regulan las condiciones de financiación de estas instituciones, pretendiendo la máxima transparencia.

El primer supuesto de financiación surge de la posibilidad de solicitarla con cargo al presupuesto general de la Unión Europea, para lo que se deberá contar al menos con un diputado en el Parlamento Europeo. En tal caso, deberán cumplimentarse una serie de requisitos en relación con las convocatorias establecidas por el Parlamento.

En el art. 18 se regulan las donaciones y aportaciones. La cantidad máxima que se puede aportar por persona y año es de 18.000 euros. Estas donaciones han de ser comunicadas a la Autoridad, en plazos que varían en función de las cantidades aportadas.

Se prohíben expresamente las siguientes donaciones: anónimas, dimanantes de poderes públicos, estados miembros o de terceros países, empresas públicas, de grupos políticos del Parlamento, de entidades privadas o particulares de terceros países sin derecho a voto en el Parlamento. Estas donaciones prohibidas han de ser devueltas por los partidos o fundaciones y caso de no ser posible, ingresadas en la Autoridad para que les atribuya el destino que proceda. En cuanto a los miembros, podrán realizar aportaciones en cuantías que no superen el 40 por ciento de su presupuesto anual.

El art. 23 regula el control de las cuentas y obligaciones en materia financiera de los partidos políticos. En los seis meses siguientes a cada ejercicio financiero, los partidos han de entregar a la Autoridad, con copia al Parlamento Europeo y al punto de contacto nacional competente de cada estado miembro, el estado financiero del partido, donde figuren ingresos y gastos, activos y pasivos al comienzo del ejercicio, un informe de una auditoría externa sobre los estados financieros anuales que incluya la regularidad de ingresos y gastos, y la lista de donantes y contribuyentes con las respectivas aportaciones realizadas.

Toda esta documentación se supervisará por el Tribunal de Cuentas de la Unión, a quien se estará obligado a facilitar toda la información que solicite.

El art. 27 regula las sanciones a los partidos y fundaciones que no acrediten correctamente su financiación. La Autoridad tiene potestad sancionadora, dando de baja en el registro a estos, o impidiendo futuras subvenciones del Parlamento.

En todo caso, las resoluciones que se adopten en este sentido, tendrán la posibilidad de ser revisadas jurisdiccionalmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según establece el art. 35.

## **2. DIRECTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014 RELATIVA A LAS NORMAS POR LAS QUE SE RIGEN LAS ACCIONES POR DAÑOS EN VIRTUD DEL DERECHO NACIONAL, POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DE LA UNIÓN EUROPEA**

La Directiva determina en su artículo primero la necesidad de regular en el derecho europeo determinadas normas para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio derivado de una infracción del derecho de la competencia por parte de una empresa pueda ejercitar el derecho a reclamar el resarcimiento de daños.

A estos efectos, se definen una serie de conceptos relacionados con el ejercicio del derecho, como el de infractor, acción por daños, parte perjudicada, y otros.

En el art. 3 se concreta el derecho a ese resarcimiento como la obligación por parte de los Estados de velar porque cualquier persona física o jurídica que haya sufrido daños, pueda reclamar y obtener el resarcimiento pertinente. Este resarcimiento ha de abarcar el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses que procedan.

En el art. 5 y siguientes se regulan las pruebas que la parte solicitante del derecho puede presentar y la garantía de su práctica. En tal sentido, la Directiva constituye un mandato a los Estados para que garanticen que los órganos jurisdiccionales de estos, estén en condiciones de exigir procesalmente la práctica de las pruebas que puedan ejercitar en su derecho de defensa, tanto el demandante como el demandado, y tanto en las pruebas que obren en su poder, como en las que estando en poder de terceros, puedan constituir medios de defensa legítimos.

En el art. 9 se trata de la homologación de las resoluciones judiciales producidas en un estado parte, en relación con otros estados. A tal efecto, el párrafo segundo de este artículo ordena que los estados miembros garanticen que toda resolución firme en esta materia, dictada por un estado miembro, pueda ser presentada ante otro estado, al menos como un principio de prueba ante sus órganos jurisdiccionales, y ser objeto de valoración junto al resto de las pruebas.

Se prevé un sistema de solución extrajudicial del conflicto, consistente en el arbitraje, sobre el que debe estarse a la regulación de cada uno de los estados, pero que en todo caso debe regular la suspensión del procedimiento hasta tanto se sustancia éste, durante un periodo máximo de dos años.

### **3. REGLAMENTO DE EJECUCIÓN UE N. 908/2014, DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO EN RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS PAGADORES Y OTROS ORGANISMOS, LA GESTIÓN FINANCIERA, LA LIQUIDACIÓN DE CUENTAS, LAS NORMAS RELATIVAS A LOS CONTROLES, LAS GARANTÍAS Y LA TRANSPARENCIA**

Las exigencias de una política transparente preocupan a la Unión Europea por la relación que la opacidad sostiene con la corrupción política y con la situación en la economía de algunos estados, que ha presentado en los últimos años. De este modo, el reglamento que analizamos pretende regular mecanismos de transparencia que garanticen el correcto funcionamiento de organismos relacionados con entidades pagadoras.

El reglamento exige en su artículo primero que los estados designen una autoridad ministerial para llevar a cabo el control de estas actividades. Los artículos siguientes regulan los procedimientos de auditoría y los métodos específicos que deben seguirse en los pagos de esta naturaleza, así como los sistemas concretos de contabilidad que puedan ser garantes del control de los abonos efectuados.

Los art. 27 y siguientes regulan la recuperación de fondos en casos de pagos indebidos, en los que se prevé la posibilidad de recuperación por compensación, sistema que permite deducir de futuras cantidades las que han sido indebidamente abonadas por los estados miembros.

En cuanto a las liquidaciones se prevén sistemas de conciliación para evitar la contenciosidad derivada de algunos expedientes en los que se pueden corregir errores materiales. Se crea un órgano de conciliación de 5 miembros, elegido entre personalidades independientes, de diferentes estados miembros, a cuyo cargo corre ese procedimiento de conciliación, que en el plazo de un mes debe decidir sobre el aspecto concreto que se le someta, y en caso de no ser posible, dejará abierta la vía contenciosa.

#### **4. ACUERDO ENTRE EL PARLAMENTO EUROPEO Y LA COMISIÓN EUROPEA RELATIVO AL REGISTRO DE TRANSPARENCIA SOBRE ORGANIZACIÓN Y PERSONAS QUE TRABAJAN POR CUENTA PROPIA QUE PARTICIPAN EN LA ELABORACIÓN Y APLICACIÓN DE POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA**

En coherencia con lo dicho anteriormente, el Parlamento y la Comisión firman un acuerdo de revisión del registro creado en 2011, al objeto de incorporar las mejores necesarias para el mejor funcionamiento de la transparencia de las actividades realizadas en el seno de la Unión.

A tal fin, se amplía su ámbito de aplicación, se excluye a las iglesias y comunidades religiosas de los sujetos afectados por el reglamento, a los partidos políticos, a las actividades gubernamentales, y a aquellos organismos oficiales de los estados que no tengan carácter privado.

#### **5. DECISIÓN DEL CONSEJO DE 24 DE JUNIO DE 2014 RELATIVA A LAS MODALIDADES DE APLICACIÓN POR LA UNIÓN DE LA CLÁUSULA DE SOLIDARIDAD**

El art. 222 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se refiere a la aplicación por parte de la Unión de la cláusula de solidaridad. Tal norma exige

a los Estados conducirse por este principio en relación con los demás Estados, si bien no se establecen en el Tratado las específicas cuestiones referidas a cómo ha de desarrollarse este principio. Lo que la Decisión del Consejo pretende es relacionar este concepto con la situación de crisis económica que hay en la Unión, procurando evitar la duplicación de esfuerzos, y la unión de cuantos elementos sean posibles para conseguir incrementar la efectividad de los Estados en sus actividades.

Así el artículo primero establece que la Decisión intenta regular las normas y procedimientos posibles dentro del contenido del art. 222 referido, y garantizar la coherencia y complementariedad de estos, coordinando respuestas que avancen en la solución de la crisis.

En aquellos casos en los que es especialmente importante la colaboración, como en los casos de terrorismo o catástrofes, a excepción de las políticas de defensa definidas por cada estado, el Consejo ejercerá funciones de coordinación al objeto de no distraer medios materiales y esfuerzos humanos y conseguir una mayor efectividad en las actuaciones de los estados.

Cada estado en estas situaciones definidas, podrá solicitar ayuda a la Unión, en cuyo caso, el Consejo asumirá la dirección política y estratégica, identificando los instrumentos precisos para la resolución del problema.

La intervención de la Unión cesará cuando el Estado que la haya solicitado, considere que no es ya necesaria.

## **6. DIRECTIVA 2014/85/UE DE LA COMISIÓN POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2006/126/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE EL PERMISO DE CONDUCCIÓN**

Se trata de una mera modificación técnica que integra las mejoras de seguridad, en relación con las patologías sufridas por los conductores.

Así se modifican aspectos relativos a la distancia de seguridad entre vehículos, de frenado, y de estabilidad de los vehículos en carretera en función de las condiciones meteorológicas. Igualmente en referencia a la luz, tipo de vías y estado de seguridad de los túneles.

En relación con las enfermedades de los conductores y su influencia en el permiso de conducir, se prevé la no renovación de éste a personas que sufran de afeción neurológica grave, que pueda afectar a la coordinación sensomotora o al equilibrio. En relación con la apnea de sueño, se requerirá diagnóstico con el grado de afectación, y deberán pasar revisiones periódicas.

## 7. REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO DEL TRIBUNAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EUROPEA

En desarrollo del art. 257 del Tratado, el Reglamento de procedimiento del Tribunal de la Función Pública, creado ya en 2007, y sujeto a revisión en este momento, regula la organización y funcionamiento de este tribunal en lo que se refiere a condiciones, composición y miembros.

No difiere apenas del status, situación, condiciones de funcionamiento y competencias de los tribunales de los estados miembros. Actúa en salas y pleno, dependiendo de la naturaleza de los asuntos sometidos a consideración, y en lo que se refiere al proceso, se rige igualmente por normas de enjuiciamiento similares a las de cualquier otro tribunal de los estados.

Regula la figura del secretario judicial, y de los demás agentes y funcionarios judiciales en idénticos términos de las normas estatales de procedimiento, y el orden de reparto, señalamientos, sustitución de órganos jurisdiccionales, y otros aspectos del proceso judicial.

En cuanto a los plazos, notificaciones o modos de tramitación de los asuntos, se sigue igualmente la regulación que viene establecida en las legislaciones procesales de los estados miembros. Lo mismo ocurre con las condiciones generales de la demanda, pruebas, desarrollo de la vista, terminación del procedimiento y sentencia.

En el capítulo relativo a las costas, se prevé que haya condena también para la parte contraria, pero se establece un principio de equidad en el art. 102 que gradúa las cuantías en función de este principio, lo que abunda con buen criterio en principios de justicia material que ya no están tan presentes en la legislación de los estados.

Se prevé un sistema de justicia gratuita, también coherente con el que establecen los estados miembros, para aquellas personas que acrediten carecer de los recursos necesarios para su defensa.

### *Resumen*

*Este trabajo da cuenta de las principales novedades normativas de la Unión, centrándose en aquellas que han afectado a la financiación de los partidos políticos, el resarcimiento de daños en materia de la competencia, transparencia en los pagos y actividad de autónomos, cláusula de solidaridad, permiso de conducir y el reglamento del Tribunal de la Función Pública.*

*Palabras Clave: Crónica legislativa*

### *Abstract*

*This paper takes account of the more relevant normative novelties of the European Unión. The main issues approached are the finances of political parties, tort law in competence*

*issues, transparency, development of the solidarity clause, driving licence and the new regulation of the Civil Service Tribunal.*

*Key Words: Legislative revision*

Recibido: 7 de enero de 2015

Aceptado: 8 de enero de 2015

Foro

---



# UNA REFLEXIÓN DESDE GRANADA SOBRE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

VASCO PEREIRA DA SILVA\*

## SUMARIO

1. Introducción.
2. El Tratado de Lisboa como Constitución Europea.
3. Brevísimas referencias a algunos contenidos de la Constitución Europea.

## 1. INTRODUCCIÓN

Constituye para mí un placer y un honor poder participar en esta iniciativa de la Cátedra Jean Monnet, en Derecho Constitucional Europeo, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, invitado por mi compañero y querido amigo el Prof. Dr. Francisco Balaguer Callejón<sup>1</sup>.

Empiezo recordando mi primera visita a Granada, con mis padres y mi hermano. Debía tener, por entonces, diez años y venía del Algarve, más concretamente de Loulé, la “tierra de la princesa árabe Cássima”, donde vivíamos. Recuerdo que antes me habían maravillado las lecturas de los Cuentos de la Alhambra, de Washington Irving, por lo que venía en busca de historias de sultanes y de princesas árabes encantadas. Ahora vengo a hablar de “El Tratado de Lisboa: ¿una Constitución para Europa?” Y, de nuevo, tengo la misma sensación de venir en busca de historias de princesas árabes encantadas, de estar buscando a la “princesa Europa” y la “princesa Constitución”, así como de amables y generosos, junto a otros malvados y penden-cieros, sultanes europeos.

En nuestros días, estamos asistiendo a un nuevo fenómeno de naturaleza jurídico-pública consistente en la pérdida de exclusividad del Estado del dominio constitucional. En realidad, nos enfrentamos a nuevas dimensiones de la idea de Constitu-

\* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Lisboa.

Traducido del portugués por Augusto Aguilar Calahorro

<sup>1</sup> Este escrito es una versión actualizada de mi intervención en el seminario del 17 de noviembre de 2012 en el Máster Oficial de Derecho Constitucional Europeo, de la Facultad de Derecho de Granada.

ción que ya no tienen que ver con la lógica clásica del Estado-nación, teniendo más sentido hablar hoy de constitucionalismo global, o de constitucionalismo europeo.

Todo empezó en el ámbito de los derechos humanos y los derechos fundamentales. Puesto que los derechos fundamentales de los individuos no plantean sólo problemas de orden histórico o temporal, sino también de orden espacial. En realidad, hace mucho tiempo que se tomó conciencia de la necesidad de proteger los derechos de los individuos más allá de las fronteras de los Estados y de las constituciones nacionales, consagrándose una protección de los derechos humanos a escala internacional, y otra protección de los derechos fundamentales a escala estatal.

La novedad es el surgimiento de cuestiones constitucionales “más allá del Estado” (CASSESE)<sup>2</sup>, la superación de las distinciones formales entre derechos humanos y derechos fundamentales, en definitiva, el intento de construir, junto al estatal, un constitucionalismo global, o un constitucionalismo europeo. De ahí que las cuestiones de moda del moderno Derecho Constitucional sean las de saber si tiene sentido, o no, hablar de una Constitución sin Estado, o de si es posible, o no, situar la cuestión de los derechos fundamentales a escala europea, o a escala internacional, en términos similares a la que se plantea a nivel de las Constituciones nacionales<sup>3</sup>.

Tras la enunciación de estas cuestiones, ha de distinguirse, en beneficio de la discusión, entre los niveles internacional y europeo. Desde la perspectiva clásica del Derecho Internacional Público (como del Derecho Constitucional), no tendría sentido hablar de un constitucionalismo internacional o global, pues las relaciones internacionales tenían como sujetos exclusivos a los Estados, concretamente sus relaciones externas, a la vez que las cuestiones constitucionales se situaban en el nivel estatal, dando origen a las relaciones internas. Pero los presupuestos tradicionales de la materia fueron alterados por las modernas transformaciones del Derecho Internacional Público, especialmente en materia de derechos humanos, traduciéndose en la consagración de los individuos como sujetos autónomos de las relaciones internacionales, a los que el ordenamiento jurídico internacional confiere directamente derechos subjetivos, así como en la atribución de derechos de acceso de esos mismo individuos a instancias internacionales (al máximo a los tribunales internacionales) para la defensa de sus derechos contra las actuaciones de los Estados de pertenencia<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, 2006.

<sup>3</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a que Tenho Direito – Direitos Fundamentais e Cultura*, Almedina, 2007, p. 42.

<sup>4</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a que Tenho Direito – Direitos Fundamentais e Cultura*, cit., p. 42 y 43. Como dice VIEIRA DE ANDRADE, «à medida que as fronteiras se foram abrindo, a esfera de relevância internacional foi-se alargando e consagrou-se a ideia de que o gozo efectivo, pelos

Además, se ha verificado otro tipo de transformación a nivel de los sujetos internacionales, que tiene igualmente consecuencias constitucionales. Se trata de la multiplicación de los entes institucionales que actúan en la esfera internacional, y que abarca desde organizaciones internacionales especiales a organismos no gubernamentales, pasando por entidades reguladoras internacionales y organizaciones de representantes de la sociedad civil de los distintos Estados miembros. A partir de la segunda mitad del siglo XX, «los gobiernos nacionales pasarán a estar cada vez más acompañados por otros actores, como corporaciones multinacionales, organizaciones gubernamentales internacionales y organismos no gubernamentales, que desafían la capacidad de liderazgo de los Estados. En este sistema neo-medieval<sup>5</sup>, desempeñan un importante papel los (aproximadamente) 2000 regímenes regulatorios globales existentes<sup>6,7</sup>».

Estos dos fenómenos nuevos en el dominio internacional obligan a tomar en consideración el constitucionalismo global. Por un lado, la aplicabilidad directa e inmediata de los derechos humanos en las relaciones privadas y la posibilidad de que los sujetos privados puedan dirigirse a instancias internacionales para la garantía de esos derechos contra su propio Estado de origen, conduce a la difuminación de las diferencias entre derechos humanos y derechos fundamentales. Ahora todos los derechos humanos se transforman en derechos fundamentales a escala constitucional global. Por otro lado, la desaparición del monopolio estatal en la esfera internacional, acompañado de la proliferación de nuevos sujetos, obliga a la necesaria consideración de nuevos fenómenos constitucionales, que permitan organizar la actuación pública-internacional de todos esos actores globales, en términos de división del poder.

cidadãos de todos os Estados, de certos direitos fundamentais é uma questão de direito internacional». Se verificó así un fenómeno de «aceleração histórica do processo de internacionalização dos direitos fundamentais», «não havendo hoje dúvidas que o indivíduo é, enquanto titular de direitos humanos, sujeito de direito internacional comum» (VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, 3.ª edição, Almedina, 2008, p. 31 y 32). Ha sido decisivo «para esse consenso (...) [.] justamente o reconhecimento pelos Estados do acesso directo a instâncias internacionais por parte de nacionais seus que se considerem afectados no gozo de direitos fundamentais em convenções internacionais de que aqueles são signatários» (VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 33).

<sup>5</sup> P. KHANNA, *How To Run the World: Charting a Course to the Next Renaissance*, New York, Random House, 2011.

<sup>6</sup> Sobre los regímenes regulatorios internacionales, ver S.D. KRASNER (ed.), *International Regimes*, Ithaca NY and Cambridge MA, Cornell University Press, 1983; M. NOORTMAN, *Enforcing International Law. From Self-Help to Self-contained Regimes*, Aldershot, 2005.

<sup>7</sup> S. CASSESE, *The Global Polity – Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2012, p.16

En definitiva, de estas transformaciones del Derecho Internacional Público, si ya tenía sentido, hoy, situar la cuestión en términos de constitucionalismo universal o global, creo, sin embargo, que por lo menos en el actual estadio de evolución del ordenamiento jurídico internacional, la respuesta al problema no permite aun hablar de Constitución Internacional. Pues, a pesar de los progresos reseñables (e indiscutibles) en la protección de los derechos humanos a escala universal y de las tendencias doctrinales de moda, es necesario reconocer que:

- 1) No se verifica (al menos por el momento) un consenso en torno a los principios y reglas fundamentales de organización y división del poder, así como de la protección de los derechos humanos a escala internacional, que permita hablar de la vigencia de una verdadera Constitución material global;
- 2) No son aun suficientes, ni totalmente eficaces, los mecanismos judiciales y procesales necesarios para la protección universal de los derechos humanos;
- 3) Continúa verificándose un déficit de ejecución de las normas internacionales.

Pero, si es prematura la adopción integral de las tesis del constitucionalismo global, creo que sí es adecuada, desde ya, la consideración de algunos de sus postulados, a saber, la idea que es preciso asegurar la protección de los derechos de los individuos más allá de las fronteras estatales, superando las clásicas distinciones entre derechos humanos y derechos fundamentales<sup>8</sup>. Del mismo modo entiendo adecuado considerar mecanismos de organización y procedimentales de naturaleza constitucional global, de modo que se pueda regular la actuación de los múltiples actores globales, estableciendo nuevos mecanismos de división del poder, tanto de unos en relación con los otros como de todos y de cada uno de ellos en relación a los sujetos estatales.

Pero si este es el estado de las cosas a escala global, a escala europea sí tiene sentido hablar de Constitución europea. Ello porque “en la comunidad internacional para la Unión europea la cuestión constitucional asume una dimensión diferente, en virtud del surgimiento y la consolidación de un espacio jurídico europeo autónomo. Ello debido a que la integración europea introdujo un cambio cualitativo en los fenómenos tradicionales de cooperación internacional, con la creación de un ordenamiento jurídico propio, conjugando fuentes comunitarias –cuyas disposiciones, al

<sup>8</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a que Tenho Direito – Direitos Fundamentais e Cultura*, cit., p. 43 y 44.

ser recibidas por los ordenamientos jurídicos internos, gozan de efecto directo y de primacía sobre las de los países miembros (...)– con fuentes nacionales”<sup>9</sup>, de manera que vino a obligar a la necesidad de conciliación de las formas de actuación jurídica de los órganos públicos comunitarios con los estatales, o a compatibilizar la jurisprudencia europea con la nacional. Ahora, la existencia de un ordenamiento jurídico propio que, por un lado, se sobrepone e impone a los ordenamientos de los Estados-miembros, y por otro lado, se entrelaza y depende de éstos, permite equiparar el problema de la jerarquía tanto entre las distintas fuentes europeas, como entre estas y las nacionales, así como considerar que algunas de esas fuentes europeas adquieren una naturaleza fundamental, en razón de las materias de que se ocupan (los eternos temas constitucionales del poder y la libertad, de ordenación y división de poderes y de garantía de los derechos fundamentales).

De esta forma, el propio poder constituyente que, en los primeros días del liberalismo estaba indisolublemente ligado al Estado, pasa a asumir “también una dimensión internacional, como sucede en el ámbito de la Unión Europea, donde la existencia de reglas y principios fundamentales sobre el reparto de poderes (tanto entre las propias instituciones comunitarias, entre ellas, como entre éstas y las instituciones de los Estados-miembros), así como sobre la garantía de los derechos fundamentales (véase la Carta Europea de Derechos Fundamentales), configura una verdadera Constitución Europea (al menos en sentido material), sin que se pueda (o deba) hablar de un Estado Europeo”<sup>10</sup>. De ahí la necesidad de la ampliación del concepto de Constitución en nuestros días, para permitir abarcar y conciliar las distintas alturas –estatal y europea<sup>11</sup>– de regulación esencial de la división de poderes (a saber,

<sup>9</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise - Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo*, 2ª edição, Almedina, 2009 p. 99.

<sup>10</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise - Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo*, cit., p. 100, nota 295. En un sentido próximo, vid F. LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Almedina, 1997; F. DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, 2004; A.-M. MARTINS, *Introdução ao Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, 2004; P. FERREIRA DA CUNHA, *Novo Constitucionalismo Europeu*, Almedina, 2005; M. POIARES MADURO, *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia*, Principia, 2006; P. FISCHER / H. B. KOECK / M. M. KAROLLUS, *Europarecht – Recht der EU/EG, des Europarates und der wichtigsten anderen europäischen Organisationen*, 4.ª edición, Linde Verlag, 2002, pp. 314 y siguientes; THOMAS OPPERMANN, *Europarecht*, 3.ª edición, Beck, 2005; RUDOLF STREINZ, *Europarecht*, 7.ª edición, C. F. Müller, 2005; KOEN LENAERTS / PIET VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, 2.ª edición, Sweet and Maxwell, 2005).

<sup>11</sup> Las “alturas” o “niveles” del “poder constituyente (material) europeo”, en general, son los dos referidos (el europeo y el nacional), pero puede también considerarse los niveles de la federación y de

conforme al principio de subsidiariedad) y de protección de derechos fundamentales a escala europea”<sup>12</sup>.

## 2. EL TRATADO DE LISBOA COMO CONSTITUCIÓN EUROPEA

Desde esta perspectiva, el Tratado de Lisboa puede y debe ser entendido como una verdadera Constitución de Europa, incluso si no ha terminado de asumir esa denominación y ha hecho todo lo posible por no ser confundido con el anteriormente rechazado Tratado Constitucional. El problema, como bien explica BALAGUER CALLEJÓN<sup>13</sup>, es de orden psicoanalítico. Porque “el Tratado de Lisboa formó a través de la doble operación de rebautizar el Tratado Constitucional y de deconstruir o desestructurar el contenido del Tratado Constitucional”<sup>14</sup>.

El Tratado de Lisboa es, así, el resultado de una “conjugación de temores”<sup>15</sup>, en la secuencia de los referendos nacionales que tumbaron la adopción de una Constitución europea. Pudiéndose afirmar que “la gran fuerza motriz del Tratado fue el miedo: el miedo de los Estados integracionistas a perder el progreso que suponía el Tratado constitucional y el miedo de los euroescépticos a la creación de un Estado, o un super-Estado europeo”<sup>16</sup>.

Como pueden imaginar, la utilización del diván del psicoanálisis en relación al Tratado de Lisboa me agrada, tanto más cuando su autor, en el referido artículo, recuerda que yo también utilicé el mismo diván para psicoanalizar el contencioso administrativo<sup>17</sup>. Es el momento de agradecer el homenaje, prosiguiendo en el análisis psicoanalítico, verificando que el Tratado de Lisboa constituyó un verdadero recuerdo encubridor, en sentido freudiano, pues se corresponde con una versión romántica de experiencias traumáticas vividas, que el paciente acredita y cuenta a terceros, pero

los estados federados, cuando los Estados-miembros sean compuestos (v.g. Alemania), o eventualmente, también el nivel internacional, incluso si, al menos, la cuestión aun puede ser formulada de forma limitada, es decir, a propósito de la protección de los derechos fundamentales, como se refirió antes.

<sup>12</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a que Tenho Direito – Direitos Fundamentais e Cultura*, cit., p. 45, 46 y 47.

<sup>13</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, “El Tratado de Lisboa en el Diván. Una Reflexión sobre Estatalidad, Constitucionalidad e Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 83, Mayo-Agosto (2008), p. 57 y ss.

<sup>14</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, op.cit., p. 58.

<sup>15</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, op. cit. p. 58.

<sup>16</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, op. cit., p. 58.

<sup>17</sup> Se trata de mi libro V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise - Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo*, cit.

que no se corresponde enteramente con la realidad. Ahora también se verifica en el Tratado de Lisboa esa divergencia entre la realidad y su descripción, ese desfase entre el inconsciente y el super-ego, que hacen de él inconscientemente una verdadera Constitución, pero que no es capaz, sin embargo, de ser asumida como tal.

Debe tenerse en cuenta la contraposición entre Constitución en sentido material y en sentido formal. El Tratado de Lisboa es una Constitución material europea, que establece los principios y las reglas fundamentales de la Unión Europea, aunque no sea formalmente una Constitución. Este resulta del ejercicio de un poder constituyente material difuso, que comprende la intervención (directa o indirecta) de los órganos de la Unión Europea<sup>18</sup> con sometimiento a ratificación parlamentaria, o un referendo, por parte de los Estados miembros. El Tratado deriva así de la conjugación de poderes constituyentes materiales europeos con poderes constituyentes materiales nacionales, incluyendo en estos últimos no sólo a los parlamentos nacionales sino también a los propios tribunales constitucionales (v.g la “sentencia Lisboa” del Tribunal Constitucional Alemán<sup>19</sup>, al que seguirán sentencias de otros muchos tribunales constitucionales nacionales<sup>20</sup>, que reclama una parcela de ese poder constituyente material difuso) y el pueblo, cuando haya referéndum.

Nos encontramos por tanto con una lógica mixta, de ejercicio complejo del poder constituyente material tanto a escala europea como nacional, con la intervención de una multiplicidad de poderes y de órganos (desde los legislativos hasta los propios jurisdiccionales). Y la complejidad del fenómeno constituyente es aún mayor, como resultado del hecho de que no se haya querido asumir un procedimiento formal europeo unificado, de haber pretendido fingir que no se estaba ante una Constitución sino ante un tratado internacional, lo que generó la intervención dispersa de poderes europeos y nacionales, así como el enaltecimiento del papel de la doctrina y la juris-

<sup>18</sup> Aunque el Tratado de Lisboa, formalmente, deriva de un mandato de los Gobiernos de los Estados Miembros a la Conferencia Intergubernamental, existió una efectiva participación (directa o indirecta) de todos los órganos de la Unión Europea en los diferentes momentos de elaboración, primero, de la Constitución europea y, después, de los actuales Tratados.

<sup>19</sup> Sobre la “sentencia Lisboa” (“das Lissabon Urteil”), ver D. GRIMM, “Das Grundgesetz als Riegel von einer Verstaatlichung der Europäischen Union—Zum Lissabon—Urteil des Bundesverfassungsgerichts“, *Der Staat*, vol. 48, nº 4, 2009, p. 475 y ss.; R. WAHL, “Die schwebelage im Verhältnis von Europäischen Union und Mitgliedstaaten—Zum Lissabon—Urteil des Bundesverfassungsgerichts“, *Der Staat*, vol. 48, nº 4, 2009.

<sup>20</sup> Sobre la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos ver la tesis de doctorado, en régimen de co-tutela (Granada/Lisboa, BALAGUER CALLEJÓN / PEREIRA DA SILVA), elaborada por FAUSTO VECCHIO, *Primacía del Derecho Europeo y Salvaguarda de las Identidades Constitucionales*, (en prensa).

prudencia en la aplicación/producción constitucional – digamos que ambas dotadas de una función reconstituyente de los poderes constituyentes.

Pero si se observa aquí una escisión entre el cuerpo y la imagen del cuerpo, debido a que la Constitución material europea no deriva de un poder constituyente formal, el Tratado de Lisboa, además de esa dimensión material, también introdujo una cierta formalización de la idea de Constitución. Pues posee al menos un mínimo de formalización de una Constitución europea que se hizo mediante Tratado, recibido e integrado por las distintas Constituciones nacionales (formales y materiales), y ello permite considerar la existencia de una “Constitución europea parcial” entre distintas “Constituciones nacionales parciales”<sup>21</sup>.

La comprensión de la Constitución europea como una “Constitución parcial”, en simultánea vigencia con las “Constituciones nacionales parciales”, permite lanzar las bases y el desarrollo del Derecho Constitucional Europeo, como sistema constitucional y disciplina jurídica<sup>22</sup>. Europa surge así como una idea de juristas, capaces de crear, al lado de una constitución material, una formalización de la idea de Constitución europea como construcción dogmático-jurídica. La “construcción de juristas” que supone la Constitución europea y su creciente aceptación entre los constitucionalistas, diríase, ironizando, que permite la consideración de los juristas –más aun en el actual momento de crisis de Europa– como los últimos de los europeos.

La Constitución europea es, así, el resultado de una tensión dialéctica entre Constitución material y formal europea. Pero es también el resultado de una tensión dialéctica entre el Derecho Constitucional Europeo y los Derechos Constitucionales Nacionales, que se entrecruzan e interconectan. Véase lo que ocurrió con lo que HÄBERLE denominó como “Derecho constitucional común europeo” («Gemeineuropäisches Verfassungsrecht»)<sup>23</sup>, que es parte del Derecho Constitucional Europeo y está constituido a partir de los Derechos Constitucionales de los Estados miembros. Este proceso de creación de principios constitucionales europeos comunes a los Estado miembros, así como las diferentes instituciones europeas (igual que algunas no comunitarias, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), se corresponde precisamente con la antes referida formalización constitucional a partir de la Constitución material, así como a partir de las Constituciones de los Estados

<sup>21</sup> P. HÄBERLE, “El Constitucionalismo Universal desde las Constituciones Parciales Nacionales e Internacionales. Siete Tesis”, *Direito Público (Revista del Instituto de Direito Público de Brasília)*, nº. 54, Nov.-Dic. 2013, p. 9 y ss.

<sup>22</sup> Ver F. BALAGUER CALLEJÓN, “La Méthodologie du Droit Constitutionnel Européen”, (texto presentado en Montpellier, Diciembre de 2013, en prensa).

<sup>23</sup> P. HÄBERLE, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *EuGRZ*, 1991.

miembros (ver el art. 6º, núm. 3, del Tratado de la Unión Europea y el artículo 52º, núms. 3 y 4, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

La lógica de una “comunidad constitucional «sui generis», en formación, con una pluralidad de constituciones parciales nacionales”, atribuye al Derecho Comparado un papel decisivo<sup>24</sup>, como quintaesencia del Derecho Constitucional. Pero de nuevo, en ese procedimiento reconstituyente, compete al aplicador del derecho mezclar y conciliar, con ayuda de los mecanismos del comparatismo jurídico, principios y reglas constitucionales europeas y nacionales. Teniendo aquí lugar una verdadera “tensión dialéctica, que se manifestó y continuará manifestándose en el futuro, entre los ordenamientos constitucionales estatales y el ordenamiento constitucional de la Unión europea”<sup>25</sup>. Siendo cierto que este mezclador constitucional europeo no podrá nunca socavar la identidad (también constitucional) de los Estados miembros (art. 4º, núm. 2, del Tratado de la Unión Europea).

A este propósito, es costumbre hablar de la nueva lógica de un constitucionalismo “multinivel” o “plural”<sup>26</sup> que implica la conjugación y la compatibilización de las sucesivas capas de protección jurídica, en distintos niveles constitucionales, distintos unos de otros (v.g. conforme a normas de resolución de conflictos de naturaleza constitucional, como es, por ejemplo, el principio de subsidiariedad). La utilización de esta metodología multinivel parece adecuada para entender los fenómenos constitucionales actuales, incluso si es necesario rechazar el peligro de asociarla a la idea de “falsas jerarquías”<sup>27</sup>.

### 3. BREVÍSIMA REFERENCIA A ALGUNOS CONTENIDOS DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Las imperfecciones del método de configuración de la Constitución Europea, es decir, la falta de una visión ordenada y coherente para abordar las cues-

<sup>24</sup> P. HÄBERLE, “Cartas Pedagógicas a un Joven Constitucionalista”, *European Research Center of Comparative Law*, Dussendorf, 2013, p. 41. En este y otros textos el autor considera el Derecho comparado como el “quinto método” de la interpretación jurídica.

<sup>25</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, *La Méthodologie du Droit Constitutionnel Européen*, cit., p. 18.

<sup>26</sup> M. POIARES MADURO, *op. cit.*

<sup>27</sup> Conforme escribe P. HÄBERLE, “desde mi punto de vista, el derecho constitucional europeo se aproxima a una “constitución parcial” que deriva de un vivo intercambio entre las constituciones parciales nacionales. Prefiero evitar o el concepto, tantas veces utilizado, de constitucionalismo de múltiples niveles (“Mehrebenen Konstitutionalismus”), por que puede asociarse fácilmente a falsas jerarquías” (P. HÄBERLE, “Exposé Terminal”, Conferencia de Montpellier, Diciembre de 2013, en prensa, p. 3).

tiones que de ella derivan, dieron origen a numerosos déficits constitucionales. A título de ejemplo, se pueden referir algunos de ellos (que considero particularmente importantes):

- Tomando un punto de vista político, persiste, desde luego, una lógica bicéfala a nivel de la presidencia de la Unión Europea pues, si por un lado, se institucionaliza un Presidente de la Unión Europea, por otro lado, se mantiene la presidencia rotativa de los países por periodos de 6 meses del Consejo ordinario. Lo que significa que, del punto de vista schmittiano desde la lógica del soberano, el poder se encuentra repartido entre un (o más de uno) órgano(s) propio(s) y los órganos nacionales, en el ámbito de una estructura dualista típica de la Unión Europea. Pero la propia cuestión de saber quién manda en el ámbito de la Unión, está lejos de ser resuelta, pues el Tratado de Lisboa (tal como antes también el Constitucional) no revisó “globalmente la estructura institucional de la Unión Europea”, no siendo por eso posible saber “cuál es (...) el régimen político de la Unión Europea”<sup>28</sup>. Ello debido a que lo que hizo fue reiterar “las mismas instituciones, junto a algunas estructuras nuevas –presidencia estable, Alto Representante para asuntos externos, al mismo tiempo vice-presidente de la Comisión–, pero sin llegar a imaginar un nuevo modelo institucional en términos de estructuras políticas. Permanece en cierta medida como prisionero del pasado”<sup>29</sup>. Así, la tan discutida cuestión, durante la elaboración de los Tratados, de saber a quién debe telefonar en caso de crisis internacional el Presidente de los EE.UU. sigue sin respuesta, siendo necesario aun hacer varias llamadas.
- Desde el punto de vista de los actos y del ejercicio de las funciones europeas, a diferencia de lo que ocurre a nivel estatal, en el marco de la Unión, los actos públicos no se distinguen en razón de la función desempeñada. En realidad, “el Tratado de Lisboa sustituyó la diferenciación entre ley y reglamento por la distinción entre actos normativos y no normativos. Ahora bien, los reglamentos, las directivas y las decisiones pueden ser tanto actos legislativos como actos no legislativos. Por ese motivo, en la medida en el Tratado de Lisboa no atribuye estos actos diferentes (legislativos y no legislativos) a fuentes distintas, diferenciando así entre categorías normativas (como hacía el Tratado Constitucional al distinguir entre ley y reglamento), introdujo una innecesaria complicación en el sistema y limita el progreso que suponía el Tratado Constitucional desde

<sup>28</sup> V. CONSTANTINESCU, “Le Traité de Lisbonne”, *Revista de Estudos Europeus*, año II, nº 4, Julio-Diciembre de 2008, p. 23.

<sup>29</sup> V. CONSTANTINESCU, op. cit., p. 23.

el punto de vista de su racionalización”<sup>30</sup>. Se verifica, por tanto, una indeseable confusión entre actos europeos, cabiendo en el mismo saco actos de la función política, de la legislativa y de la función administrativa, por no hablar ya de la cuestión previa de distinción entre actos de poder constituyente y del poder constituido.

- Desde el punto de vista monetario y financiero. La creación de una moneda única no fue acompañada de la creación de los adecuados mecanismos monetarios y financieros, pues el propio Banco Central europeo sólo tiene poderes, prácticamente, de control de la inflación. El resultado fue tener una moneda única, que no es suficientemente única, dado que posee un valor distinto en cada uno de los Estados miembros. Ello resulta del hecho de que, dada la ausencia de mecanismos europeos unificados, el tipo de interés que cada país debe pagar es distinto, lo que significa que el precio de la moneda difiere (precio que, según los economistas, se determina por el relativo tipo de interés). Se entiende así que la reforma de los Tratados haya estado encaminada a introducir mecanismos para fortalecer una Europa bancaria y financiera.

No es posible terminar este brevísimo análisis a algunos contenidos de la Constitución europea, sin hacer referencia a múltiples aspectos positivos. Entre las muchas cosas positivas que pueden apuntarse, nos referiremos “desde el punto de vista democrático, a la iniciativa de los ciudadanos, la asociación de los parlamentos nacionales, la proclamación de la igualdad, la proclamación de la democracia representativa, el reconocimiento de la Carta de Derechos Fundamentales, incluso con la particularidad de Reino Unido o Polonia, la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos” (Constantinescu).

Pero permítanme que subraye, en particular, la importancia de la consagración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como elemento esencial de la Constitución Europea. En mi opinión, la tarea más noble que cabe en este momento a los constitucionalistas europeos es la de analizar cada uno de los derechos fundamentales de la Carta, procediendo en primer lugar a su comparación y combinación con los consagrados en la Convención Europea de Derechos del Hombre y, después, con los derechos fundamentales del respectivo país, y construir una, cada vez más completa y efectiva Europa de los Derechos Fundamentales. ¡¡¡Vamos a ello!!!

Termino de la misma manera en que comencé: vine a Granada en busca de princesas árabes encantadas y encontré, por lo menos, a la “princesa Europa” y la

<sup>30</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, p. 85.

“princesa Constitución”. Y como las princesas árabes que hoy pasean por las calles de Granada, combinan distintos tipos de belleza, de religión, de lenguas, de nacionalidades, en suma, de cultura, también Europea, y la Constitución Europea están hechas de la combinación cultural de los pueblos y de las constituciones de todos los países de Europa.

### **Resumen**

*El autor considera en este artículo que existe ya una Constitución Europea en sentido material, y la analiza subrayando la importancia de su estudio desde una visión pluralista, sin someterla a falsas jerarquías, desde la riqueza que el “constitucionalismo multinivel” o el concepto de constitución parcial aporta al Derecho constitucional europeo.*

**Palabras Claves:** *Derechos fundamentales, multinivel constitucional, constitucionalismo parcial, Constitución Europea.*

### **Abstract**

*In this paper the author considers that there is already an European constitution in the material sense, and analyzes it stressing the importance of its study from a pluralistic point of view, without false hierarchies, adopting a “multilevel constitutionalism” methodology or the concept of “partial constitutions” which contributes to the making of an European constitutional law.*

**Keywords:** *Fundamental rights, constitutional multilevel, partial constitutionalism, European Constitution.*

Recibido: 5 de junio de 2014

Aceptado: 7 de julio de 2014

# Noticias de libros

---



**NOTICIA DEL LIBRO: PETER HÄBERLE, DER  
KOOPERATIVE VERFASSUNGSSTAAT – AUS  
KULTUR UND ALS KULTUR. VORSTUDIEN ZU  
EINER UNIVERSALEN VERFASSUNGSLEHRE,  
DUNCKER&HUMBLLOT, BERLIN, 2013, 816 PÁGINAS**

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ\*

**SUMARIO**

1. ¿Por qué una doctrina constitucional universal?
2. El sentido de la cultura como categoría constitucional.
3. El método de la doctrina constitucional universal.
4. Un libro de futuro.

**1. ¿POR QUÉ UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL UNIVERSAL?**

“El Estado constitucional cooperativo, desde la cultura y como cultura –Estudios preparatorios de una teoría constitucional universal”, ha sido el título elegido por el profesor Peter Häberle para este volumen, en el que realiza una amplia revisión de los principales argumentos que ha ido formando a lo largo de una vida dedicada a la enseñanza e investigación. Quiero fijarme en el subtítulo y preguntar cuándo y por qué nace en Häberle la convicción de que es posible, primero, una teoría constitucional y, segundo, una teoría constitucional de corte universal. Recordemos que la trayectoria académica del autor arranca en los sesenta, cuando la Alemania occidental todavía estaba intentando en términos constitucionales romper con su pasado y articular una respuesta desde los derechos fundamentales y el principio democrático. En esta situación, no ha de sorprender que Konrad Hesse, maestro de Häberle, en su prestigioso manual, al preguntarse sobre el concepto de Constitución, distinguiere la labor de la teoría constitucional («Verfassungstheorie»), ocupada del concepto abstracto, de la tarea propia de la doctrina constitucional («Verfassungslehre»), destinada a plantear el sentido “actual y concreto de una determinada Constitución” y que

\* Profesor titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada.

es el camino que entonces Konrad Hesse consideró adecuado (p. 3, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Sin embargo, Häberle, cuyas investigaciones comienzan analizando problemas específicos de interpretación en el marco de la Ley Fundamental (el concepto de contenido esencial en su tesis doctoral; el de interés en la memoria de habilitación) pronto percibirá que la tendencia internacional hacia la convergencia, sea a través del derecho internacional clásico o de procesos de integración, está transformando el Estado constitucional, que toma la forma de un Estado cooperativo cuya existencia se justifica en parte por su imbricación con realidades supraestatales destinadas a organizar jurídicamente los nuevos poderes públicos que están surgiendo en respuesta a problemas que el Estado no resolvería por sí mismo. Pero, además, esa vocación de apertura posee una relevancia innegable en la Alemania occidental (también en la oriental, desde otra perspectiva, claro está), pues es el único modo viable para anclarse en el contexto internacional y garantizar su propia titubeante estatalidad.

La apertura del Estado al derecho internacional y al derecho de integración es una llamada obvia en favor de una doctrina constitucional universal: la interacción de sistemas jurídicos solo es posible si se apoya en categorías comunes. Ahora bien, a mediados de los setenta, las diversas transiciones europeas, después las latinoamericanas, más tarde la sudafricana y, sobre todo, la caída del telón de acero, mostrarán al profesor Häberle una función ulterior de la doctrina constitucional universal: ser punto de partida insoslayable en los procesos constituyentes (ahora la referencia a la primavera árabe, p. 760). Llegado a este punto, Häberle ya está en condiciones de subirse a los hombros de su maestro, Konrad Hesse, y afirmar que, sin duda, la doctrina constitucional se ha de ocupar de Constituciones específicas, pero a su vez ha de dar cuenta de ese campo de categorías que, antes y después del texto, determina implícita o explícitamente las decisiones de relevancia constitucional. ¿Cómo comprender ese fenómeno? A través del concepto de cultura constitucional.

## 2. EL SENTIDO DE LA CULTURA COMO CATEGORÍA CONSTITUCIONAL

Häberle nunca ha abandonado en su obra el análisis del dilema clásico del constitucionalismo, a saber, la tensión entre norma y realidad. Sin embargo, desde sus estudios sobre el contenido esencial consideró que las categorías típicas como poder constituyente, mutación o reforma constitucional (revisadas en este volumen, pp. 245 y ss.) no daban una imagen completa de los instrumentos llamados a recomponer la debilidad que el tiempo podía generar en la norma-

tividad constitucional. Comenzó entonces la exploración de otras formas de ajuste, siempre con la mirada atenta al papel del ciudadano. Desde entonces, y de nuevo, en este libro el punto de partida es la llamada triada republicana que da cuenta de tres esferas de relevancia constitucional (p. 43 y ss), la privada, la pública y la estatal. Sobre todas ellas, a su vez, se proyecta el pensamiento de lo posible, paradigma del pluralismo y que se mueve en contraste frente a la necesidad o la verdad. Esa búsqueda de alternativas, que nace de la acción del particular en la esfera pública debe trasladarse al Estado a través de los instrumentos de acomodación entre normatividad y realidad. Y es aquí donde emerge en toda su potencia uno de sus conceptos más radicales, el de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” (revisado en p. 263), que llegó para iluminar el papel del ciudadano en la interpretación de la Constitución, subrayando la capacidad de éste para revitalizar con lecturas alternativas el sentido de la norma suprema, haciendo a su vez del Tribunal Constitucional un órgano jurisdiccional encargado de mediar en el conflicto social.

Pero, entonces, ¿qué significado cobra en la doctrina constitucional la categoría de cultura? ¿Qué busca Häberle en un giro que parece sustituir el concepto de sociedad abierta, con su inmediato eco democrático, por el de cultura, de claro regusto historicista? Me parece que este volumen ofrece ya algunas respuestas definitivas que siguen la senda de su «Verfassungslehre als Kulturwissenschaft» (1998) y nos muestran que el concepto de cultura le sirve para ensanchar el valor constitucional del pluralismo. En efecto, la categoría clásica de la “sociedad abierta” apoyada en la triada republicana antes expuesta, todavía padecía el peso de la clásica división entre Estado y Sociedad, de suerte que el espacio de los intérpretes quedaba formalmente fuera del Estado y penetraba por la mediación del derecho, fuese la ley, la jurisprudencia o la reforma constitucional. En cambio, este nuevo volumen pone en el frontispicio una idea que ya anidaba en el anterior volumen: la cultura es el cuarto elemento del Estado. Pero no una cultura estática, sino una cultura plural, lo que a fin de cuentas significa, en mi opinión, que realmente el concepto de cultura lo usa el profesor Häberle para trasladar la idea del pluralismo a la misma esencia del Estado, superando las limitaciones intrínsecas al concepto de sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. En definitiva, sigue siendo absolutamente relevante profundizar sobre los instrumentos que permiten la mediación entre realidad y norma, pero ahora se da un paso más y se sitúa la cultura (el pluralismo) en la Constitución y en el Estado: ya no sirven solo para mediar en la diversidad, sino que han de ser expresión misma de esa diversidad.

### 3. EL MÉTODO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL UNIVERSAL

Tres son, en mi opinión, los métodos de trabajo que el profesor Häberle propone para desplegar los pilares de una doctrina constitucional universal que permita el estudio de una Constitución concreta, a la vez que el uso y desarrollo de categorías compartidas bajo fenómeno del Estado constitucional cooperativo (por otro lado, el capítulo quinto está dedicado a dar muestra del uso de esta metodología, pues recoge diversos temas en los que el profesor Häberle aplica su método de trabajo).

El primero sería el “desarrollo histórico” (capítulo segundo) que conjuga la historia constitucional y el análisis a través del tiempo. En la historia, Häberle hace hincapié en el papel de los pensadores clásicos (concepto amplio que incluiría también a poetas y compositores, p. 78 y ss.), llamados a enriquecer la cultura constitucional en la medida que ofrecen al ciudadano un camino para comprender las cláusulas constitucionales. El estudio de las normas jurídicas en el tiempo correspondería al derecho comparado (p. 89 y ss.), que, como ya es de sobra sabido, traspasará el ámbito de la metodología para ocupar el lugar de un cuarto método interpretativo (p. 318 y ss.). Pero el valor del tiempo no radica solo en el pasado y en el presente. Resultan especialmente interesantes las páginas que el profesor Häberle dedica a subrayar los instrumentos jurídicos (las cláusulas constitucionales pro futuro, la mutación constitucional, el voto particular, los proyectos legislativos, etc., p. 91 y ss.) en los que se han de buscar las tendencias de futuro, las válvulas a través de las cuales el derecho constitucional da juego al pensamiento de lo posible, ofreciendo los escenarios del porvenir.

El segundo camino pasa necesariamente por el análisis de los textos jurídicos. Pero este ha de ser un trabajo “culturalmente condicionado” (capítulo 3), lo que significa superar una lectura de las disposiciones jurídicas encaminada exclusivamente a determinar su sentido aplicativo. Los textos jurídicos dicen muchas más cosas, pues son por encima de todo normas para el ciudadano, cargadas por ello de una necesaria fuerza evocadora (recordemos sus estudios sobre los himnos o las banderas). Nos advierte el profesor Häberle de que en estas circunstancias conviene que estemos preparados para aceptar y dar sentido a la diversidad de disposiciones jurídicas, sea en su carácter lingüístico, densidad dogmática o función constitucional.

La tercera vía de trabajo se concentra en el análisis de los instrumentos jurídicos que permiten la proyección del pluralismo en la Constitución y el Estado (capítulo cuarto). Estilizando sus argumentos, el profesor Häberle recorre aquí problemas a los que ha dedicado prácticamente toda su vida: poder constituyente, reforma constitucional e interpretación constitucional. Resulta especialmente interesante la

segunda parte de este capítulo en el que estudia la traslación de sus conclusiones tanto al derecho europeo como al derecho internacional (p. 293 y ss.).

#### 4. UN LIBRO DE FUTURO

El volumen del que se da noticia sirve, sin duda, para volver sobre las categorías que el profesor Häberle ha elaborado y sostenido a lo largo de su carrera académica, haciendo de su trabajo un ejemplo del peso cristalizador del tiempo sobre la materia intelectual. Quien quiera volver sobre su pensamiento, encontrará aquí una excelente foto fija, por más que el pensamiento del autor esté siempre en movimiento, abierto a ser enriquecido con nuevos matices a partir de una mirada atenta de la realidad.

Pero este es también un libro de futuro, pues en el capítulo sexto plantea las necesidades de reforma del Estado constitucional, condensándolas en forma de epigrama. Así, el Estado constitucional, en su dimensión nacional, debería dar respuesta al desempleo juvenil, reformar el sistema de pensiones, frenar el nuevo capitalismo, reducir la dependencia de la deuda, aminorar los daños al medioambiente, disminuir la burocracia, luchar contra la criminalidad y en especial la corrupción, asegurar la pluralidad de medios, afrontar los retos de la tecnología, dar cuenta de las dificultades que plantea el fundamentalismo islámico, solucionar la crisis de los partidos tradicionales, reforzar la idea de los “deberes humanos” y dar solución a los movimientos migratorios. Y desde una perspectiva internacional se ha de pensar sobre los recursos que permitan al Estado constitucional operar en un contexto globalizado, proteger los bienes culturales, articular correctamente la subsidiariedad, ordenar el uso de los bienes comunes como el agua o el aire, reducir la pobreza y la consolidación de unos derechos humanos universales.

Es tiempo de futuro y este libro será seguro, un acompañante imprescindible.



**NOTICIA DE LIBRO: BRUCE ACKERMAN, “WE THE PEOPLE. VOLUME 3. THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION”. THE BELKNAP PRESS OF HARVARD UNIVERSITY PRESS. CAMBRIDGE, MASSACHUSETTS. 2014.**

TOMÁS REQUENA LÓPEZ\*

La realidad no tolera de buen grado la taxonomía. Probablemente porque se escapa por las rendijas de la razón. Pero si lo que se persigue es la búsqueda del carácter de un texto, el proceso puede ser el camino para aprehender mejor su sentido, como también para obtener enseñanzas que nos resulten útiles, intentando que la deriva hermenéutica, por leve que sea, no desfigure el texto.

El libro de Ackerman es un libro de historia constitucional (en sentido estricto, de historia político-constitucional), de recreación de un momento clave en la transformación del constitucionalismo norteamericano, que forma parte de la historia de un país cuya visión desde fuera (como sucede con cualquier otro) suele estar llena de clichés (prefigurados por los desaciertos) que éste, al igual que otros libros, se encarga de romper. Quién diría que Kennedy no tenía ningún interés en esta agenda (la revolución de los derechos civiles), y que Johnson y Nixon la impulsaron y consolidaron.

El libro de Ackerman es, además, un libro de actualidad y de construcción constitucionales, dirigido a los juristas norteamericanos que, según el autor, empeinadamente se empeñan en considerar que el canon constitucional de los Estados Unidos está integrado por la Constitución y las enmiendas constitucionales. Ven Brown y las demás Sentencias solo como una discusión entre jueces y siguen anclados en las enmiendas constitucionales (con alguna excepción, como la enmienda XXIV –prohibición de impuestos sobre el voto a nivel federal–, que es olvidada a favor de Harper v. Virginia State Board of Elections).

Eso supone, afirma el autor, que no se valore ni se tenga en cuenta precisamente el momento constitucional más importante por la actuación del Tribunal Supremo

\* Doctor en derecho. Letrado del Consejo Consultivo de Andalucía.

y de las instituciones políticos, el de los Derechos Civiles. Pero, además, he aquí que en ese proceso nos revela lo que deberíamos saber, pero que nuestra dogmática constitucional parece olvidar más de lo habitual, y es que la realización constitucional no se satisface con los mandatos al más alto nivel, con las voces de nuestras instituciones y poderes, sino con medidas que supongan su realización efectiva.

El canon constitucional, dice el autor, no está integrado solo por la Constitución formal y sus enmiendas, sino además por los «landmark statutes: Civil Rights Act, Voting Rights Act, Fair Housing Act». De lo contrario no se entendería la Constitución real norteamericana, a la que no se podría llegar a través de las enmiendas, pues éstas expresan la voluntad de los Estados, pero no de los ciudadanos americanos. La dinámica de la relación entre Estados y Federación quedaría superada desde el momento en que son ya los ciudadanos estadounidenses los protagonistas y no los Estados.

Que esos «landmark statutes» merezcan ese calificativo es fruto de su contenido, pero también del proceso que llevó a ellos y del que consuma su realización. «The Supreme Court», sí, pero también presidentes como Lyndon Johnson (demócrata) y, sorprendentemente Nixon (republicano) (y obviamente sus Administraciones) y el Congreso. Todos ellos, tomando la iniciativa, recogiendo el testigo, impulsando la nueva concepción y, finalmente, «We the People», sancionando esa política en elecciones decisivas, conforman el poderoso y revolucionario nuevo sistema de cambio constitucional.

Ya están en escena, el proceso político los ha convertido en fundamentales, el instrumento de «The Civil Rights Revolution». Pero la representación requiere algo más que esa puesta en escena, algo más que decisiones judiciales resolviendo concretos litigios, algo más, pues, que la tutela judicial efectiva. Y es que «The Civil Rights Revolution» podría haber fracasado, si no se llegan a arbitrar los instrumentos necesarios para su efectividad, actores decisivos en esta representación, si bien diversos en cada ámbito (basta comparar esta «Civil Rights Revolution» con la Reconstrucción, cuyo fracaso, según el autor, no se debió a la decisión Plessy, sino simplemente al hecho apoyarse en meras formulaciones legalistas sin un aparato burocrático encargado de llevar a buen puerto tales mandatos –solo el ejército podía suplir aquél, pero era un precio que no se estaba dispuesto a pagar–).

En el ámbito electoral las medidas fueron las más intensas: suspensión de la soberanía estatal, afirmación de la autoridad administrativa federal y la afirmación de los derechos colectivos. En efecto, la «Voting Rights Act» preveía un control previo sobre las medidas de los Estados vigilados durante un plazo de cinco años, de forma que estos tenían que someter a Washington las mismas para su aquiescencia, lo cual

fue prolongado durante cinco años más en 1970, bajo la presidencia de Nixon. Y en el control judicial el examen se extendía a determinar si las medidas enjuiciadas diluían el poder del voto negro.

En el ámbito laboral (título VII de la «Civil Rights Act»), el actor instrumental fue el individualismo tecnocrático. Ciertamente, la «Equal Employment Opportunity Commission» (EEOC), solo tenía inicialmente función de conciliación, de modo que si en el plazo de sesenta días no lograba poner a las partes de acuerdo, el afectado podía acudir a los tribunales, pero sin su apoyo. Por ello, cuenta el autor, fue un fracaso: logró la conciliación en muy pocos casos, muy pocos afectados recurrieron a los tribunales y de entre estos muy pocos tuvieron éxito. De ahí que se reformara, de tal modo que la Comisión se convirtió en parte del proceso, usando sus capacidades tecnocráticas para convencer a los tribunales a fin de que interpretaran ese título VII para hacer justicia a las realidades institucionales del lugar de trabajo.

En el ámbito de la vivienda (la «Fair Housing Act» de 1968; Título VIII de la «Civil Rights Act»), la configuración del instrumento de realización fue exclusivamente conciliadora, de modo que si en treinta días no se lograba poner de acuerdo a las partes, el perjudicado podía acudir a los tribunales.

En la esfera de las «public accommodations provisions», la implementación fue la clásica respuesta judicial, porque era más fácil en este ámbito que el afectado identificara el problema, acudiese a los tribunales, y que estos diesen respuesta adecuada.

Ackerman pone de relieve en ese proceso el diferente liderazgo, político o judicial, según la esfera. Fue judicial en materia de educación pública (aunque sus decisiones no hubieran servido de mucho sin su leal cumplimiento por la Administración) y respecto al matrimonio interracial; político, afirma, en el caso de empleo, adquisición y alquiler de vivienda.

Así pues, la declaración y reconocimiento de derechos, o su creación, y su tutela judicial, son «conditio sine qua non» para su virtualidad, pero no basta con eso. Las Constituciones modernas textualmente lo han entendido (véanse nuestro art. 9.2 CE y el capítulo III del título I CE), pero parece que se han quedado en un recurso retórico del que no ha de culparse al art. 53.3 CE.

En fin, en ese proceso de poner a cada uno en su sitio, algo que testimonia que el autor está lejos de infravalorar el papel del Tribunal Supremo es la constante presencia de *Brown v. Board of Education*. Una decisión, dice el autor, basada en el sentido común, en el «situation-sense» de Llewellyn, más que en profundas disquisiciones legales que no hubieran calado en el pueblo, pues estaba dirigiéndose al pueblo más que a los profesionales del Derecho. Una decisión que indicó una pauta, actuar esfera por esfera, y que proclamó un principio, el de antihumillación,

que alimenta todo la revolución de los derechos civiles, incluso en aquellos casos en que formalmente parece no tener refrendo, y que ha sido retomado recientemente de forma explícita en la decisión Windsor (Kennedy). ¿Es esto una excepción en la «Roberts Court»?

## 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 treinta páginas DIN A-4, con formato Times New Roman 12, espacio 1.5 y separación automática entre párrafos. Se prescindirá del uso de cursivas en el texto principal.
2. Contendrá un título y un sumario con los epígrafes más relevantes. También deberá incorporar un resumen de medio folio como máximo y una relación de palabras clave, en castellano y en inglés.
3. Las notas a pie de página estarán redactadas en formato Times New Roman 10, espacio simple y separación automática entre notas.
  - a) Para citar monografías se procederá 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 hará así: P. HÄBERLE, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, ReDCE, núm. 1, 2004, p. 7 y ss.
  - c) Para obras ya citadas se procederá de la siguiente manera: R. SMEND, op. cit., p. 22 y ss.
  - d) Para obras citadas previamente cuando se hayan citado varias del mismo autor, se mencionará específicamente el título de la obra referida: R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional*, cit. , p. 22 y ss.

### CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE LOS MANUSCRITOS

1. Se rechazarán los manuscritos que no versen sobre un tema de Derecho constitucional europeo.
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 los siguientes:
  - a) Oportunidad del tema elegido.
  - b) Planteamiento de la investigación.
  - c) Claridad en la estructura argumentativa.
  - d) Originalidad.
  - e) Coherencia de las conclusiones.
  - f) Conocimiento de la principal bibliografía.

### **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 a dos revisores anónimos.
2. Los revisores anónimos leerán el trabajo y emitirán en el plazo de dos meses un informe con alguna de estas posibilidades: El manuscrito puede publicarse/El manuscrito no puede publicarse si no se realizan las correcciones indicadas/ No se aconseja la publicación del manuscrito.
3. La decisión última para determinar los trabajos que se publican corresponde al equipo de dirección de la Revista, teniendo en cuenta los informes y dentro de la disponibilidad de la ReDCE. Si alguno de estos informes exige correcciones en el original evaluado, se valorará si tales correcciones han sido realizadas y, si se estima conveniente, se podrán pedir informes adicionales. En ningún caso se publicarán manuscritos con dos informes que aconsejen su no publicación.



















