

THOMSON REUTERS PROVIEW

¡ENHORABUENA!

USTED ACABA DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **YA INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGUELA AHORA Y APROVÉCHESE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES



Acceso interactivo a los mejores libros jurídicos
desde iPad, Android, Mac, Windows y
desde el navegador de internet



THOMSON REUTERS

FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN PROVIEW



SELECCIÓN Y DESTAQUE TEXTOS

Haga anotaciones y escoja los colores para organizar sus notas y subrayados



USE EL TESAURU PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN

Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN

Vuelva a las páginas por las que ya ha navegado



ORDENAR

Ordene su biblioteca por: Título (orden alfabetico), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS

Escoja la apariencia de sus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espacio entre líneas o la relación de colores



MARCADORES DE PÁGINA

Cree un marcador de página en el libro tocando en el ícono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA

Busque en todos sus libros y obtenga resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra

IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN

Transfiera todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



THOMSON REUTERS



INSTRUCCIONES PARA ACCEDER A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA DE ESTA REVISTA

- La compra de esta revista en **papel le da derecho a acceder a su versión electrónica** gracias a la aplicación de eBooks ProView de última generación desarrollada por Thomson Reuters.
- Al comprar la revista, tanto en modalidad suscripción como un número individual, **le habrán solicitado su Correo Electrónico**. Si no es así, por favor, póngase en contacto con su Agente Comercial o con su Librería de referencia para gestionar el alta en la versión electrónica de la revista.
- A continuación, **Thomson Reuters le enviará un Correo Electrónico con el Asunto “ProView - Confirmación de acceso”** donde se le detallarán los **pasos a seguir** para registrarse en ProView (si es la primera vez que usa la aplicación). En este proceso de registro, usted deberá de crear su propio Nombre de Usuario y Contraseña. Finalmente, en dicho Correo Electrónico, se le detallará desde dónde podrá acceder y/o descargarse la aplicación para consultar su revista en formato electrónico.
- En cualquier caso, en la siguiente página encontrará las **instrucciones** para acceder y/o descargarse ProView.
- Recuerde que la aplicación ProView podrá usarla tanto desde su **ordenador como desde una tableta**.
- Para más información sobre ProView, por favor, acceda a la siguiente página web:

<http://www.tienda.aranzadi.es/proview/>

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPad:** Acceda a AppStore y busque la aplicación **“ProView”** y descárguela en su dispositivo.
- **Android:** acceda a Google Play y busque la aplicación **“ProView”** y descárguela en su dispositivo.
- **Navegador:** acceda a www.proview.thomsonreuters.com
- **Aplicación para ordenador:** acceda a <http://thomsonreuters.com/site/proview/download-proview> y en la parte inferior dispondrá de los enlaces necesarios para descargarse la aplicación de escritorio para ordenadores Windows y Mac.

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

23

Año 12, número 23, enero-junio de 2015

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

THOMSON REUTERS
ARANZADI

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámera Villar, José A. Montilla Martos, Ricardo Martín Morales, Miguel Azpitarte Sánchez, Enrique Guillén López y Juan Francisco Sánchez Barrilao

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 Cámera Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

Ángel Rodríguez
Antonio de Cabo de la Vega
Baldomero Oliver León
María Dolores Martínez Cuevas
Agusto Aguilar Calahorro

José María Porras Ramírez
José Manuel Martínez Sierra
Concepción Pérez Villalobos
Adoración Galera Victoria
Susana Ruiz Tarrías

Agustín Ruiz Robledo
José A. Martín Gámez
Ramón Orza Linares
Francisco Javier Durán Ruiz
Juan Ignacio Signes de Mesa

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 Serramalera
Roberto Blanco Valdés
Manuel Contreras Casado
José Francisco Chofre Sirvent
Francisco del Río Muñoz
Manuel Gerpa Landín
Christian Hillgruber
Diego J. Liñán Noguera
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 Rodriguez
Jacqueline Dutheil de la Rochère
José Joaquim Gomes Canotilho
Javier Jiménez Campo
Juan Fernando López Aguilar
Antonio López Piña
Miguel Martínez Cuadrado
Lothar Michael
Miguel Pascual Liaño
José Carlos Remotti Carbonell
Roberto Romboli
Sixto Sánchez Lorenzo
Jaume Vernet i Llobet

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



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

Editorial Aranzadi, SA
31190 Cizur Menor (Navarra)

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 12, número 23, enero-junio de 2015

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

SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	11
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
ESTUDIOS	
Crisis económica y evolución de la Administración pública en Europa.....	17
FAUSTO VECCHIO	
Gasto público, PIB y crisis económica. Un análisis comparado.....	33
GRETA MASSA GALLERANO	
La situación económica (y social) de los países en crisis	55
MARIANA RODRIGUES CANOTILHO	
Los principios constitucionales de las Administraciones públicas.....	69
ANDREA ROMANO	
ARTÍCULOS	
La Ley de Derechos Humanos bajo amenaza. El desafío a la Ley de derechos humanos en el Reino Unido	93
HOWARD DAVIS	
Territorialidad, Soberanía y Constitución: las bases institucionales del modelo de Estado territorial soberano	121
LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JÚNIOR	
Las ayudas estatales al sector financiero y su supervisión en el contexto de la Unión Bancaria Europea	139
ALTEA ASENSI	

PERFILES/NOTICIAS

- Las Universidades de Mario Galizia..... 167
 FULCO LANCHESTER

TEXTOS CLÁSICOS

- Dos formas de gobierno 177
 ADHÉMAR ÉSMEIN

JURISPRUDENCIA

- El Estado social y democrático de Derecho ante la austeridad y los recortes sociales:
 la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués y su interés para el caso
 español..... 203
 JULI PONCE SOLÉ

LEGISLACIÓN

- Crónica de la legislación europea..... 233
 MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

FORO

- Paideia: una reflexión sobre la misión educativa de la Universidad..... 249
 SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

NOTICIAS DE LIBROS

- Peter Häberle, Verfassungsgerichtsbarkeit –Verfassungsprozessrecht. Ausgewählte
 Beiträge aus vier Jahrzehnten, Duncker & Humblot, 2014 265
 MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

- Xabier Arzoz Santisteban, La concretización y actualización de los derechos funda-
 mentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 269
 MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

Presentación

El número 23 de la Revista de Derecho Constitucional Europeo se publica en pleno estallido de la “crisis griega” después de la celebración del referéndum y del principio de acuerdo posterior para un nuevo rescate. El ruido que se ha generado en torno a Grecia hace difícil vislumbrar la realidad de los hechos y los datos económicos a través de las manifestaciones interesadas de líderes políticos que parecen atender exclusivamente a sus intereses electorales nacionales en lugar de promover el proyecto europeo.

Con la crisis económica se está produciendo un efecto extraordinariamente perverso en la zona Euro desde el punto de vista democrático. Todos los partidos políticos mayoritarios de los Estados miembros parecen aceptar incondicionalmente un único discurso: el de la austeridad, entendida bajo las condiciones de la narrativa que ha impuesto una interpretación económica de las constituciones nacionales. De ese modo, estamos llegando, en realidad, a una reestructuración de las democracias estatales en las que el miedo al disenso político se ha extendido de tal modo que ya no se acepta alternativa alguna a la “ortodoxia”.

Con el actual modelo de integración europea se ha cerrado el círculo. Hace tiempo ya que las cuestiones europeas se situaban fuera del debate democrático en el espacio público estatal al transformar el conflicto político interno en conflicto nacional frente a Europa. Ahora, al menos en la zona Euro, el conflicto nacional se diluye también, porque no se resuelve democráticamente a nivel europeo sino que vuelve al espacio nacional bajo la forma de la imposición de una única opción política que impide cualquier debate interno. El déficit democrático europeo, como si fuera una enfermedad contagiosa, ha terminado por extenderse al espacio público estatal.

Si algo ha evidenciado la cuestión griega es que en Europa no se está produciendo, en realidad, un debate económico sino político. Se trata de garantizar que la

ortodoxia política impuesta no se vea afectada por la única voz discrepante. Resulta sorprendente que las críticas relevantes contra esa ortodoxia sólo vengan ya prácticamente del otro lado del Atlántico, donde desde el Presidente de los Estados Unidos hasta economistas de prestigio como los Premios Nobel Paul Krugman o Joseph Stiglitz han cuestionado la política de la Unión Europea sobre Grecia. En el caso de los economistas, con extrema dureza, destacando la inviabilidad y la absoluta falta de sentido económico de las medidas adoptadas frente a Grecia.

Resulta evidente que todos estos problemas tendrían una solución más razonable y, desde luego, más integradora, si Europa avanzara hacia un modelo plenamente democrático con un espacio federal de decisión en el que ningún país pudiera, por sí mismo, arrogarse la dirección de la política europea. Una Europa federal haría posible también la recuperación de la democracia interna de los Estados miembros evitando las tensiones extremas que se están produciendo en los últimos tiempos y que suponen una seria amenaza para la viabilidad del proyecto europeo.

En todo caso, no todo son datos negativos. Entre las muchas cosas positivas que han pasado también en Europa desde la publicación del número 22 de la Revista debemos señalar la tranquilizadora la Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2015, en el asunto C-62/14, Gauweiler y otros, en la que se respalda la política puesta en marcha por Mario Draghi en el Banco Central Europeo: “Los artículos 119 TFUE, 123 TFUE, apartado 1, y 127 TFUE, apartados 1 y 2, así como los artículos 17 a 24 del Protocolo (nº 4) sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, deben interpretarse en el sentido de que autorizan al Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) a adoptar un programa de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios como el que se anunció en el comunicado de prensa al que se hace referencia en el acta de la reunión nº 340 del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo (BCE) de 5 y 6 de septiembre de 2012”.

En la parte monográfica de este número 23 de la Revista seguimos tratando temáticas relacionadas con la crisis económica y su impacto en el ámbito público y constitucional. En esta línea se sitúan los trabajos de Fausto Vecchio, “Crisis económica y evolución de la Administración pública en Europa”, de Greta Massa Gallarano, “Gasto Público, PIB y crisis económica. Un análisis comparado” y de Mariana Rodrigues Canotilho, “La crisis económica (y social) de los países en ‘crisis’”. Todos ellos están relacionados con la investigación que ha integrado la parte monográfica de los tres últimos números de la ReDCE, sobre “La dimensión de la Administración Pública en el contexto de la globalización”, como también el de Andrea Romano, sobre “Los principios constitucionales de las Administraciones Públicas”.

La sección de artículos comienza con un texto sobre una temática de gran interés y actualidad, objeto de análisis por parte de Howard Davies, “El desafío a la ley de derechos humanos en el Reino Unido”. Con una orientación más teórica, le sigue el de Luiz Magno Pinto Bastos Junior “Territorialidad, Soberanía y Constitución: las bases institucionales del modelo de Estado territorial soberano”. Por último, centrado en una temática de especial interés en el contexto actual de la crisis, el trabajo de Altea Asensi acerca de “Las ayudas estatales al sector financiero y su supervisión en el contexto de la Unión Bancaria Europea”.

La sección de Perfiles está dedicada al ilustre constitucionalista italiano Mario Galizia, a través del texto que ha preparado su principal discípulo, Fulco Lanchester. Como señala el Profesor Lanchester, la aportación de Galizia al Derecho constitucional se inscribe dentro de la “necesidad metodológica del Derecho Público italiano de mantener un equilibrio entre la autonomía de la propia disciplina y un enfoque atento a la perspectiva histórica y a las demás ciencias sociales.” Por su parte, el apartado de Textos Clásicos, incluye la traducción realizada por Enrique Guillén López del trabajo de Adhémar Esmein sobre el gobierno representativo, “Deux formes de gouvernement”, publicado en 1894 en la Revue du Droit Public et de la Science Politique.

En la Sección de Jurisprudencia publicamos el análisis que realiza Juli Ponce Solé sobre las decisiones del Tribunal Constitucional de Portugal en relación con las medidas adoptadas frente a la crisis: “El Estado social y democrático de Derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués y su interés para el caso español”. En la de Legislación, preparada por María Luisa Balaguer Callejón, se recogen las más recientes referencias normativas de la Unión Europea sobre diversas materias.

El Foro recoge la brillante Lección impartida por el Profesor Sixto Sánchez Lorenzo con motivo de la celebración de San Raimundo de Peñafort en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, el 23 de enero de 2015, bajo el título “Paideia: una reflexión sobre la misión educativa de la Universidad”. En sus propias palabras, que tanto compartimos: “La «paideia» exige de la labor universitaria, más allá de la transmisión de conocimientos técnicos o profesionales, el cultivo de la cultura en un sentido amplio y conforme a un ideal ético basado en la esencia de la civilización y de la condición humana. Se fundamenta, pues, de manera primordial en el fomento de un pensamiento libre, que es lo mismo que un pensamiento crítico”.

El apartado dedicado a Noticias de Libros incluye la del libro de Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht. Ausgewählte Beiträge aus vier Jahrzehnten*, Duncker & Humblot, 2014, realizada por Miguel Azpitarte Sán-

chez y la del libro de Xabier Arzoz Santisteban (uno de los discípulos españoles de Peter Häberle) sobre La concretización y actualización de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, comentado igualmente por Miguel Azpitarte.

Este número 23 de la Revista de Derecho Constitucional Europeo se publica cuando la Revista cumple sus once años de vida. Una gran parte de esos años han coincidido con la crisis económica, que está teniendo un impacto tan importante en la vida cultural y en la actividad científica y académica de muchos países europeos. Por ese motivo, hemos resaltado siempre el apoyo que nos ha ofrecido para la publicación de la Revista el Instituto Andaluz de Administración Pública bajo circunstancias tan difíciles. Desde hace tiempo éramos conscientes, sin embargo, de que ese respaldo tenía un término, que ya ha llegado. Por ese motivo, queremos agradecer a Thomson Reuters que haya acogido este proyecto, porque nos va a permitir publicar la revista con unas excelentes condiciones de distribución y difusión a nivel nacional e internacional.

La publicación de la revista por una editorial de tanto prestigio como Thomson Reuters supone un estímulo importante para seguir mejorando en cada número y también conlleva algunos cambios en la versión digital que ofrecemos. En la medida en que la Editorial Thomson/Aranzadi/Civitas ofrece tanto una versión impresa como una versión en ebook, no tiene ya sentido que incorporemos a la versión online el pdf de la edición impresa. Así pues, se podrá acceder a la revista a través de internet en versión html, mientras que la versión impresa y en ebook serán editadas y distribuidas por Thomson Reuters.

Además de agradecer a Thomson Reuters su generosidad como editora de la ReDCE, quisiéramos igualmente expresar nuestro agradecimiento a las otras instituciones e instancias que ayudan a su edición, en particular a la Fundación Peter Häberle. También, en el ámbito nacional al Proyecto de Investigación DER2013-42960-P: “La dimensión constitucional del proceso de integración europea en el contexto de la globalización” y en el 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 Y EVOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EUROPA*

FAUSTO VECCHIO**

SUMARIO

1. Premisa. La perspectiva de la crisis económica en Europa.
2. La «austera» respuesta europea a la gran crisis económica y financiera.
3. La evolución de las administraciones públicas en tiempos de crisis: vaciamiento de la dimensión social del Estado constitucional europeo, centralización del poder decisorio y confusión entre lo público y lo privado.
4. Conclusiones. La crisis como oportunidad y la perplejidad ante la gestión europea de la emergencia.

1. PREMISA. LA PERSPECTIVA DE LA CRISIS ECONÓMICA EN EUROPA

Con el término crisis («κρίσις») los griegos antiguos solían indicar el acto de separación del grano de trigo de la paja y la cizaña¹. Trasladado sobre el plano social, sin embargo, el término no presentaba la connotación negativa que (al menos en Europa) se le ha solidado atribuir en nuestros días, sino que sencillamente, y más ascéticamente, se limitaba a expresar un momento en el que el devenir de las cosas (Heráclito), imponía la necesidad de realizar una elección entre diversas opciones posibles. Las fases de crisis se entendían, por tanto, como el preludio de transformaciones sociales en el tiempo y si por un lado podían suscitar miedo a cuantos tenían razones para temer la afirmación de un nuevo orden, por otro lado, se vivían como una irrenunciable oportunidad de cambio e impulso de la sociedad.

A la luz de estas consideraciones etimológicas sobre la génesis del término, la fase histórica que hoy atraviesa el mundo puede ser legítimamente interpretada como una “fase crucial” de la que emergen estructuras internas más justas y equilibrios internacionales más sólidos y no hay razón para dudar que sea esta la razón que

* Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro.

** Profesor Titular. Universidad “Kore”, Enna, Italia.

¹ También recuerda este significado originario del término crisis, I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, en <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/10/CiolfiDEFpdf> [Consulta: 10 de junio de 2015].

efectivamente prevalece en muchas partes de nuestro planeta (por ejemplo en el área de los llamados países BRICS²). Un momento, quizás acompañado de elecciones difíciles y de sacrificios, que preludie a un renacimiento.

Pero en Europa la orientación predominante es de desánimo y observa con pesimismo el momento de dificultad que acompaña las transformaciones como el triste presagio de un ineludible ocaso. Las razones de este desaliento, que en algunos casos se presentan como una depresión colectiva, son seguramente tan profundas que impiden su representación de forma exhaustiva. Diversamente a lo que ocurre en otros contextos de reciente emersión, a primera vista se puede decir sobre todo que hay en Europa una conciencia más definida sobre el dramatismo de los riesgos que acompañan a los procesos históricos de redefinición de los equilibrios: las tremendas (y relativamente frescas) imágenes de las dictaduras de los años treinta y las tragedias del segundo conflicto mundial obstaculizan una representación inocente y recuerdan a los europeos los costes del fracaso al determinar la respuesta a las nuevas cuestiones planteadas por la crisis³. En segundo lugar, la difusión del bienestar y las condiciones de comodidad que en el curso de las décadas pasadas han caracterizado a los sistemas sociales europeos hacen fácilmente comprensibles las razones de los que ven en la crisis más una amenaza que una posibilidad de renovación benéfica: la opinión pública del continente, evidentemente satisfecha por el nivel medio de vida europeo, tiene (prescindiendo del tono revolucionario que en algunos casos asumen sus reivindicaciones) interés en la conservación del status quo y, sin impedir los cambios impuestos por las nuevas fuerzas que reivindican la posibilidad de incidir sobre la escena internacional, se enfrenta a las novedades no deseadas y determinadas por el estado de crisis.

No obstante estos argumentos tienen un peso para nada secundario en la actitud de desaliento con el que Europa observa su situación; parece difícil negar que ésta actitud se deba a la insatisfacción provocada por las soluciones propuestas tanto a nivel nacional como supranacional. Ciertamente, las políticas económicas realizadas, bajo el impulso de la Unión europea y de las organizaciones económicas internacionales, por las instituciones estatales son consideradas por muchos como la primera causa de un progresivo deterioro de la situación del viejo continente y

² Esta es la impresión que desprende la contribución del H. ARAÚJO DE GUSMÃO, “Uma análise do desenho constitucional e da evolução do setor público brasileiro”, en prensa.

³ Para un paralelismo entre la actual situación de crisis y los errores cometidos en Alemania en el intento de afrontar las grandes cuestiones constitucionales planteadas en la gran crisis de 1929 véase C. AMIRANTE – S. GAMBINO, *Weimar e la crisi europea*, Cosenza, Periferia, 2008.

como la amenaza más grande para el futuro de Europa⁴: en opinión de la mayoría, la rigurosa política de control del gasto público produce efectos recesivos e impone a la administración pública una serie de vínculos que, a su vez, se traducen en una menor capacidad para afrontar las obligaciones constitucionales que éstas tienen frente a los ciudadanos.

Por tanto, con la intención de ofrecer una contribución al debate en el que se trata de comprender si Europa está siguiendo un camino acertado para salir de la crisis, el presente trabajo en un primer momento recorrerá el marco de los procedimientos más importantes adoptados en los últimos años y tratará de poner en evidencia el nexo entre algunas disposiciones de origen («*latu sensu*») europeo con algunas problemáticas intervenciones en la organización de la administración pública. En un segundo momento, se analizarán los efectos más evidentes y se tratará en conclusión de comprender si el viejo continente está efectivamente dirigiéndose hacia un renacimiento o si más bien se limita a repetir viejos errores.

2. LA AUSTERA RESPUESTA EUROPEA A LA GRAN CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA

En el momento en que se ha enfrentado al contagio de los problemas económicos y financieros estadounidenses, la llamada eurozona (y con ella toda la Unión Europea) se ha encontrado en una situación de extrema dificultad a causa de las notables contradicciones que caracterizan el sistema institucional sobre el que se rige y a causa de la imposibilidad de recurrir al tradicional arsenal de instrumentos anti crisis⁵. De hecho, la reducción de la soberanía monetaria de los Estados que han adoptado el euro no ha sido compensada con la creación de una auténtica soberanía monetaria europea: en obsequio a una acrítica adhesión a los postulados clásicos de la teoría económica liberal, por una parte los precisos vínculos previstos por el pacto

⁴ En este sentido véase C. AMIRANTE, “Dalla forma statuto alla forma mercato? Prove di dialogo tra giuristi, economisti e storici”, en C. AMIRANTE – S. GAMBINO, *op. cit.*, 237 – 251. Entre aquellos que se han ocupado de la cuestión criticando las elecciones políticas europeas véase también N. DE LEO, *L'austerite europeenne: un choix discutable*, en <http://www.unikore.it/index.php/nancy-de-leo#.VYgd-eDvbJw> [Consulta: 10 de junio de 2015].

⁵ Como justamente señala S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, en <http://www.rivistaaic.it/relazione-al-xxviii-convegno-annuale-dell-aic-crisi-economica-e-distribuzione-territoriale-del-potere.html> [Consulta: 10 de junio de 2015].

de estabilidad y crecimiento⁶ y por otra las rigurosas prohibiciones de intervención impuestas a la Unión europea⁷ han bloqueado el recurso a las políticas macroeconómicas de expansión monetaria y han obstaculizado la actuación de aquellas políticas presupuestarias flexibles que sobre la senda de las enseñanzas keynesianas se han utilizado históricamente para subsanar las situaciones de emergencia. Si bien esta inédita construcción se debería haber basado sobre la lógica de la voluntad de conciliar la existencia de un único medio de pago (que pueda prevenir distorsiones monetarias) para el mercado europeo y la existencia de esferas nacionales autónomas (que podrían ponerse en discusión por la creación de un similar instrumento), un marco general en el que ni siquiera durante una fase de crisis aguda existe un sujeto institucional legitimado para intervenir, combinado con el hecho de que tras el Tratado de Lisboa la política económica europea ha sido limitada sólo a la (manifestamente ineficaz⁸) posibilidad de una coordinación intergubernamental entre políticas económicas nacionales, ha dejado de hecho a la eurozona (y como consecuencia prácticamente a todo el continente) sin herramientas para enfrentarse a la situación de tempestad de los mercados financieros. En particular, las contradicciones de este sistema emergen con todo su dramatismo en el momento en que la crisis de los sujetos financieros ha hecho necesaria onerosas intervenciones estatales de sostentimiento y protección y ha descargado sobre los presupuestos públicos contradicciones generadas en el origen por sujetos de naturaleza privada.

En este sentido no es de extrañar que muchos de los intentos de reacción se hayan orientado a colmar las lagunas existentes y a crear nuevos instrumentos que pudiesen consentir una respuesta adecuada. Así, inaugurando un camino problemático que normalmente ha conducido a los estados miembros a privilegiar soluciones estructuradas (a veces involucrando a las instituciones europeas, pero de cualquier manera) fuera del marco de la Unión europea, se han establecido nuevos sujetos orientados a ayudar a los estados miembros en dificultades. Por encima de todo, una Decisión del Consejo Ecofin ha establecido un Fondo europeo de estabilidad

⁶ Como se sabe, el pacto de estabilidad y crecimiento impone que la deuda pública de los Estados europeos no supere el sesenta por ciento del producto interior bruto y el déficit presupuestario no supere el tres por ciento del PIB.

⁷ La prohibición de rescate financiero de los Estados miembros está previsto en el art. 125 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁸ En este sentido, S. MANGIAMELI, op cit., afirma que “il massimo che in Europa si è potuto fare è stato il c.d. “metodo aperto di coordinamento” delle politica intergovernativa europea, che ha funzionato male in tempo di crisi e che non funziona affatto in presenza della crisi”.

financiera que, a través de instrumentos de naturaleza privada⁹, debería intervenir para recapitalizar la banca y comprar deuda soberana¹⁰. Siempre sobre esta línea, posteriormente el Consejo europeo del 16 y 17 de diciembre ha realizado una modificación «ad hoc» del Tratado de funcionamiento de la Unión europea¹¹ y ha creado el presupuesto para el establecimiento de un Tratado sobre el Mecanismo europeo de Estabilidad que, a través de una organización internacional especial, pone a disposición de los Estados miembros fondos cuando se encuentren en grave dificultad económica¹².

En cambio, debido a estos sistemas que introducen tímidas formas de solidaridad entre estados miembros de la Unión, los países económicamente más fuertes, que deben absorber el coste del rescate de sistemas económicamente más débiles, han exigido un reforzamiento de los vínculos previstos por el Pacto de estabilidad y crecimiento y la activación de férreos procedimientos de control. Por tanto, retomando el camino de las intervenciones desde el marco externo de la Unión, veinticinco estados miembros han acordado un Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión económica y monetaria¹³ (conocido como «Fiscal Compact»), con el que se prevé un rápido replanteamiento de las deudas públicas¹⁴ y se

⁹ El Fondo tienen la naturaleza de sociedad de derecho luxemburgués entre los Estados del euro y opera sobre el mercado financiero a través de la emisión de obligaciones y otros instrumentos de deuda.

¹⁰ La Decisión Ecofin es del 9 de mayo de 2010.

¹¹ Con el Consejo europeo de 28-29 de octubre de 2010 se ha puesto en entredicho el principio de prohibición de financiación a los Estados y se ha comenzado a tomar en consideración la hipótesis de modificación de los tratados para permitir la creación de un mecanismo de gestión de la crisis. Con el Consejo europeo del 16-17 de diciembre de 2010 se ha decidido modificar el art. 136 del Tratado de funcionamiento de la Unión europea, añadiendo un tercer apartado que hoy (tras la rápida ratificación de los estados miembros) dispone que “los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas».

¹² El Tratado sobre el mecanismo europeo de estabilidad se ha aprobado el 2 de febrero de 2012.

¹³ El Tratado sobre Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión económica y monetaria fue firmado el 2 de marzo de 2012.

¹⁴ El art. 4 del «Fiscal Compact» prevé que “Cuando la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto de una Parte Contratante rebase el valor de referencia del 60 % mencionado en el artículo 1 del Protocolo (n.º 12) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anexo a los Tratados de la Unión Europea, tal Parte Contratante la reducirá a un ritmo medio de una veinteava parte al año como referencia, según lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit

afirma la necesidad de introducir dentro de los sistemas constitucionales nacionales una norma que prevea la obligación del equilibrio presupuestario¹⁵. Por otro lado,

excesivo, modificado por el Reglamento (UE) n.º 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011. La existencia de un déficit excesivo debida al incumplimiento del criterio de la deuda se decidirá de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea". Véase, a este respecto, A. L. VALVO, *Una nuova governance economica al servizio della UE*, en *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Roma, 2013, Vol. IV, p. 527 ss.

¹⁵ Con una disciplina detallada el art. 3 del *Fiscal Compact* prevé que "1. Las Partes contratantes aplicarán, además de sus obligaciones en virtud del Derecho de la Unión Europea y sin perjuicio de ellas, las normas establecidas en el presente apartado: la situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada Parte Contratante será de equilibrio o de superávit; la norma establecida en la letra a) se considerará respetada si el saldo estructural anual de las administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5 % del producto interior bruto a precios de mercado. Las Partes Contratantes garantizarán la rápida convergencia hacia su respectivo objetivo a medio plazo. El calendario para lograr dicha convergencia lo propondrá la Comisión Europea tomando en consideración los riesgos específicos para la sostenibilidad de cada país. Los avances hacia el objetivo a medio plazo y su observancia serán objeto de una evaluación global que tome como referencia el saldo estructural e incluya un análisis del gasto excluidas las medidas discrecionales relativas a los ingresos, en consonancia con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado; las Partes Contratantes podrán desviarse temporalmente de su objetivo a medio plazo respectivo o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo únicamente en las circunstancias excepcionales definidas en el apartado 3, letra b); cuando la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado esté muy por debajo del 60 % y los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas sean bajos, el límite inferior del objetivo a medio plazo especificado en la letra b) podrá alcanzar un déficit estructural máximo del 1 % del producto interior bruto a precios de mercado; en el caso de que se observen desviaciones significativas del objetivo a medio plazo o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo, se activará automáticamente un mecanismo corrector. Este mecanismo incluirá la obligación de la Parte Contratante de que se trate de aplicar medidas para corregir las desviaciones en un plazo de tiempo determinado. 2. Las normas establecidas en el apartado 1 se incorporarán al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales. Las Partes Contratantes establecerán a escala nacional el mecanismo corrector mencionado en el apartado 1, letra e), sobre la base de los principios comunes que proponga la Comisión Europea, relativos en particular a la naturaleza, el alcance y el calendario de la medida correctora que se adopte, igualmente en caso de circunstancias excepcionales, y a la función e independencia de las instituciones responsables a escala nacional de supervisar la observancia de las normas establecidas en el apartado 1. Dicho mecanismo corrector respetará plenamente las prerrogativas de los Parlamentos nacionales. 3. A los efectos del presente artículo, serán de aplicación las definiciones establecidas en el artículo 2 del Protocolo (n.º 2) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anexo a los Tratados de la Unión Europea. A los efectos del presente artículo

siempre en nombre de una línea política de exasperado rigor financiero, ya sea en el «Fiscal Compact», ya sea en otras disposiciones normativas de la Unión europea (véase por ejemplo el llamado «six pack», o el semestre europeo y el «two pack»¹⁶) se diseña un complicadísimo sistema normativo en el que, en garantía de las obligaciones de normalización de las cuentas públicas, se entrelazan mecanismos automáticos de corrección nacional¹⁷, intervenciones subsidiarias de las instituciones europeas¹⁸, controles del Tribunal de Justicia¹⁹ y pesadas sanciones pecuniarias²⁰. Y aunque se descuidan algunas reglas que definen el método abierto de coordinación, sin embargo, ninguna disposición ha sido dedicada a la posibilidad de permitir una dirección de política económica europea²¹.

La definición de estos acuerdos internacionales, junto con la intensificación de la crisis de deuda soberana (sólo parcialmente aplacada por la decisión del Banco Central Europeo de reducir la tasa de interés y de adquirir títulos de deuda en el mercado secundario de los Estados con dificultades), ha empujado a los Estados europeos a solventar rápidamente los procesos de ratificación y de actuación nacional. En particular, considerando que las previsiones internacionales relativas a la reducción del déficit público prevén un término de actuación de tres años, se han concentrado sobre la constitucionalización de la regla de la estabilidad presupuestaria. Con la intención de mandar una señal de seguridad a los mercados, los países en crisis han cumplido rápidamente, aunque al coste de eludir las exigencias del debate nacional y al coste de sacrificar los procedimientos de modificación del texto constitucional²², con la incorporación de un principio que tiene enormes repercusiones sobre el funcionamiento y sobre la organización de las administraciones públicas: si-

se aplicarán además las siguientes definiciones: a) por «saldo estructural anual de las administraciones públicas» se entenderá el saldo anual ajustado en función del ciclo, una vez excluidas las medidas puntuales y las de carácter temporal; b) por «circunstancias excepcionales» se entenderá aquel acontecimiento inusual que esté fuera del control de la Parte Contratante afectada y tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas o aquellos períodos de grave recesión económica a tenor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, siempre que la desviación temporal de la Parte Contratante afectada no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo».

¹⁶ Para un comentario de este procedimiento véase S. MANGIAMELI, op. cit.

¹⁷ Véase el primer apartado letras e) del art. 3 del «Fiscal Compact».

¹⁸ Véase el art. 5 y 7 del «Fiscal Compact».

¹⁹ Véase el primer apartado del art. 8 del «Fiscal Compact».

²⁰ Véase el segundo apartado del art. 8 del «Fiscal Compact».

²¹ Véanse las normas contenidas en el título cuarto del «Fiscal Compact».

²² Con especial referencia al caso de la reforma italiana, véase A. BRANCASI, “L'introduzione del c.d. principio del pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione”, en <http://>

guiendo el ejemplo alemán²³, España e Italia han introducido en sus Constituciones la regla del equilibrio presupuestario²⁴.

3. LA EVOLUCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN TIEMPOS DE CRISIS: VACIAMIENTO DE LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EUROPEO, CENTRALIZACIÓN DEL PODER DECISORIO Y CONFUSIÓN ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

La evolución normativa que acabamos de exponer debería haber hecho evidente cómo, según un esquema ya observado en relación a la europeización de la política monetaria, la neutralización de las políticas presupuestarias han privado progresivamente a los Estados de la Unión de un importante instrumento de intervención para corregir los desequilibrios del mercado, sin que este instrumento se haya atribuido a la par a las instituciones supranacionales y sin que se haya dado vida a una auténtica política económica europea. A causa de este inédito contexto, las administraciones nacionales han sido obligadas a revisar sus estrategias para que sus actuaciones se pudiesen adaptar al nuevo marco público financiero impuesto por las reglas constitucionales y las rigurosas reglas internacionales sobre los presupuestos estatales.

Sin ánimo de ser exhaustivos sobre un fenómeno ciertamente demasiado complejo para ser analizado en estas páginas, a juicio del que escribe parece que se pueden destacar al menos tres tendencias que aúnan la evolución de la administración pública de los países envueltos en la crisis²⁵.

www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/temi_attualita/riforme/0003_branca.pdf [Consulta: 10 de junio de 2015].

²³ Para más referencias sobre el sistema alemán véase M. POLI, “Il settore pubblico in Germania tra continuità e trasformazioni”, en http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2013/09/Poli_Settore-pubblico-germania.pdf [Consulta: 10 de junio de 2015].

²⁴ Para más información sobre las novedades introducidas en Francia véase, K. BLAIRON, *La dimensión del estado y de las administraciones públicas en perspectiva comparada. El caso francés*, en ReDCE, núm. 21, 89-141. Para más referencias sobre las modificaciones constitucionales en España véase, A. AGUILAR CALAHORRO, *La dimensión del Estado y de las administraciones públicas en España*, en ReDCE, núm. 20, 55 - 121. Para las modificaciones del sistema italiano véase, A. M. RUSSO, *La Dimensión del sector público y de las administraciones en Italia en el marco de la crisis económica: una 'película' en rodaje*, en ReDCE, núm. 20, 163 - 223. Para un análisis comparativo entre estas reformas se reenvía a A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, en <http://www.rivistaaic.it/pareggio-di-bilancio-e-stato-costituzionale.html> [Consulta: 10 de junio de 2015] e D. DE GRAZIA, *Crisi del debito pubblico e riforma della Costituzione*, en *IANUS*, 2012, 7, 129 - 175.

²⁵ Cfr. A. MORRONE, op. cit., quien, en referencia a Italia, señala que los tres nudos constitucionales de las normas sobre el equilibrio presupuestario se vinculan a las relaciones con la Unión europea, la tutela de los derechos fundamentales y el futuro del estado regional.

El primer efecto evidente de las transformaciones descritas es el relacionado con la actividad llevada a cabo por la administración pública en garantía de derechos fundamentales. Si bien es cierto que el rigor contable no es por sí mismo incompatible con la forma constitucional de la organización estatal, y si es cierto que la previsión de algunas cláusulas de flexibilidad muestran cómo no se ha tratado de establecer una “obligación estática de estabilidad presupuestaria²⁶”, la experiencia griega debería ser suficiente para mostrar cómo, sin conseguir poner orden en las cuentas públicas, la aplicación de la austeridad europea pone en crisis la cohesión social y puede incidir negativamente sobre la protección de los derechos basilares²⁷. De hecho, si es legítimo sostener que las nuevas reglas de contabilidad desarrollan una imprescindible “función constitucional de garantía de los derechos de los ciudadanos inclusiva e integracional²⁸”, la impresión es que lejos de configurarse como una oportuna actividad de racionalización de los gastos del sector público²⁹, la transformación de la administración pública está concretamente asumiendo las formas de una reducción de las prestaciones conferidas a los ciudadanos que pone en crisis la acepción de la igualdad que hemos conocido hasta hoy y que es difícilmente compatible con las Constituciones de los países miembros de la Unión europea e incluso con las reglas más prudentes codificadas por las cartas supranacionales³⁰. De

²⁶ Así A. MORRONE, op. cit., que afirma que “Il pareggio di bilancio, con le connesse regole sul controllo dei disavanzi e sul controllo dell’indebitamento, possono considerarsi espressione di esigenze coessenziali allo stato costituzionale, proprio perché coerenti con l’idea stessa di “costituzione” come patto politico intorno ad un nucleo di valori fondamentali destinati a durare nel tempo”. También C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, <http://www.rivistaaic.it/relazione-al-xxviii-convegno-annuale-dell-aic-crisi-economica-e-diritti-fondamentali.html> [Consulta: 10 de junio de 2015] subraya la importancia sistémica de las cláusulas de flexibilidad introducidas por la reforma constitucional italiana.

²⁷ A este propósito describiendo los efectos constitucionales producidos por la crisis, A. RUGGERI, “Crisi economica e crisi della Costituzione”, en <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri19.pdf> [Consulta: 10 de junio de 2015] autorizadamente afirma que “C’è un rivolgimento complessivo dei pubblici poteri, che –come si è poc’anzi accennato– riguarda anche gli organi supremi di garanzia; ed è un rivolgimento che va poi a colpire i diritti costituzionali, sottoposti ad uno stress quotidiano al quale non si sa quanto tempo ancora potranno resistere”.

²⁸ Así, A. MORRONE, op. cit., retomando algunos pasajes de la jurisprudencia constitucional alemana.

²⁹ Siempre en referencia al marco italiano, también C. SALAZAR, op. cit., señala la oportunidad de una intervención de racionalización del gasto público.

³⁰ La cuestión de la influencia que ha tenido el ordenamiento jurídico supranacional sobre la producción normativa vinculada al estado de crisis ha sido analíticamente afrontado por C. SALAZAR, op. cit.

hecho, la necesidad de contener los costes del sector público ha empujado la reducción drástica y difícilmente conciliable con la idea de igualdad codificada a nivel constitucional y europeo: en Italia, el fondo para el sostenimiento de la familia pasa de los 346,4 millones de 2008 a 31,9 millones del año pasado, el fondo sanitario nacional sufre recortes superiores a los dos mil millones de euros para el año 2013 e incluso el fondo para la no autosuficiencia ha sido temporalmente eliminada³¹; de la misma manera podemos observar, Portugal³², Rumanía³³ y Hungría³⁴, donde las

³¹ Los datos en cuestión son de C. SALAZAR, op. cit.

³² En relación a Portugal, es posible señalar que entre el 2011 y 2012 ha habido recortes sobre el gasto social por un valor de 3,7 mil millones de euros. Las consecuencias sociales de tal programa de contención del gasto han sido en parte y en ocasiones mitigadas por algunas intervenciones del juez constitucional que ha declarado la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones para desbloquear los préstamos de la Unión europea y de las organizaciones económicas internacionales. En particular, se señala el *Acórdão*, 187 de 5 de abril de 2013 (para un comentario a esta decisión véase T. ABBIATE, *L'Acórdão 187/2013: la punta di un iceberg per la giurisprudenza costituzionale europea sulla crisi?*, en <http://www.diritticomparati.it/2013/05/lac%C3%B3rd%C3%A3o-187/2013-la-punta-di-un-iceberg-per-la-giurisprudenza-costituzionale-europea-sulla-crisi-.html> [Consulta: 10 de junio de 2015] y T. SALVINI, *I controlimiti ai tempi della crisi finanziaria: note a margine della sentenza portoghese relativa alle misure di austerità imposte dall'UE*, en <http://www.diritticomparati.it/2013/09/i-controlimiti-ai-tempi-della-crisi-finanziaria-note-a-margine-della-sentenza-portoghese-relativa-al.html> [Consulta: 10 de junio de 2015] que incluso dejando a salvo algunas de las disposiciones impugnadas, ha estimado los vínculos europeos con la ley presupuestaria y ha considerado inconstitucionales los procedimientos con los que se suspendían las ayudas de vacaciones de funcionarios públicos, los subsidios de vacaciones y la paga extraordinaria de pensionistas, la extensión del recorte a las ayudas de los profesores e investigadores y la reducción de las ayudas por desempleo o enfermedad. La intervención del Tribunal Constitucional no ha sido suficiente para garantizarlos dado que el ejecutivo ha estado obligado a realizar otra reordenación de las cuentas públicas para cubrir su impacto financiero de la decisión constitucional.

³³ En Rumanía, el plan de austeridad impuesto como condición para obtener un préstamo de la Unión europea y el Fondo Monetario Internacional ha conllevado una reforma de la normativa laboral, un aumento del IVA del 19 al 24%, la reducción del gasto sanitario, un recorte de las pensiones y de los salarios públicos del 25%. Estas medidas, en el país han generado un enfrentamiento institucional violentísimo que ha conducido a varias crisis de gobierno y a la activación de un procedimiento de «impeachment» por parte de las fuerzas parlamentarias cercanas al neoelecto primer ministro Victor Ponta. Para más información se reenvía a F. VECCHIO, *The 'romanian mess', Europe and the risks of authoritarian involutions*, en C. BENLOCH DOMÈNECH – P. J. PÉREZ ZAFRILLA – J. SARRIÓN ESTEVE, *Current social and legal challenges for a changing Europe*, Granada, Comares, 2013, 118 - 131.

³⁴ En Hungría, la explosión de la crisis económica ha coincidido con la afirmación de una coalición de gobierno populista y antidemocrática que ha abusado de su amplia mayoría parlamentaria para reescribir el texto constitucional en su propio beneficio, para colonizar las instituciones

rigurosas políticas financieras han impuesto una intervención draconiana sobre los gastos de las administraciones que a su vez producen durísimos efectos negativos sobre la efectividad de los derechos fundamentales garantizados por las respectivas constituciones nacionales y por el ordenamiento jurídico supranacional.

Un segundo efecto de las transformaciones producidas por la crisis en el sector de la administración es el relativo a la redistribución del poder entre los diversos niveles institucionales que conviven en el territorio nacional. Si, en relación al plano de las relaciones entre la Unión y los estados miembros, es posible dudar sobre la prevalencia de las fuerzas centrífugas o de las fuerzas centripetas, en relación al segundo plano del “doble tejido federal³⁵” europeo (el de las relaciones entre Estados miembros y autonomías territoriales), no hay duda alguna sobre la aparición de una tendencia común centralizadora que, en nombre de las inderogables exigencias de racionalidad económica, priva de significado a las previsiones nacionales y supranacionales en materia de autonomía³⁶. También en este caso es posible referir algunos ejemplos emblemáticos sobre la problemática situación que contribuye a comprimir los espacios para la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos³⁷: en Italia, por la crisis, se han avanzado varios proyectos legislativos para la abolición de las provincias (es decir, de instituciones expresamente previstas en el Constitución nacional) y el fondo para la financiación de las Regiones ha pasado de los 654 millones de euros de 2008 a los 10,8 millones de euros³⁸.

Menos evidente, pero no menos problemática, es la tendencia que está conduciendo a la administración a delegar en entes privados la función pública, más

de garantía y control y para comprimir derechos fundamentales basilares. En particular, haciendo arbitrariamente referencia a la necesidad de reordenar las cuentas públicas, las políticas del ejecutivo han llegado a introducir medidas fiscales retroactivas y a excluir la progresividad de la imposición fiscal. En segundo lugar, tras la declaración de inconstitucionalidad de las medidas en cuestión, se ha asistido a una violenta e inusitada reacción que ha llevado a limitar el acceso a la justicia constitucional: el nuevo texto constitucional, más allá de introducir una serie de limitaciones absurdas para el control de constitucionalidad, prevé que mientras la relación entre débito público y PIB sea superior al 60% no se podrán impugnar las decisiones económicas y financieras. Para más información se reenvía a F. VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Pádua, Cedam, 2013.

³⁵ La expresión es de A. D'ATENA, *Il doppio intreccio federale: le Regioni nell'Unione europea*, en *Le Regioni*, 1998, 6, 1401 – 1426.

³⁶ Así A. RUGGERI, op. cit.

³⁷ Es lo que señala A. RUGGERI, op. cit.

³⁸ Este dato es de C. SALAZAR, op. cit.

allá de lo que se consiente en la aplicación del principio de subsidiariedad horizontal³⁹. De hecho, si una redefinición entre lo público y lo privado puede ser útil para afrontar el actual momento de dificultad, esta operación no debe deshacer los confines establecidos por los textos constitucionales: suscita perplejidad la norma italiana que permite a las empresas privadas la construcción y gestión de las cárceles en régimen de «project financing» y sería contraria a la dignidad humana la posibilidad (que parece exceptuarse por el tenor literal del texto normativo) de atribuir a las empresas privadas la responsabilidad organizativa de los condenados⁴⁰. Del mismo modo, aunque la situación parece en parte aliviada por la intervención de los particulares que trabajan en el sector de la educación y de la formación universitaria, no se puede menos que evidenciar que, algunas medidas de contención del gasto parecen en abierta contradicción con las reglas constitucionales que reconocen la autonomía funcional de las universidades, el derecho a la educación y el principio de igualdad: en Italia, a partir de 2008, el fondo de financiación ordinario de las universidades ha perdido cerca de 1,1 de los 7 mil millones de los que se dotaba en 2008 y sólo en 2013 se ha reducido un 4,5% (casi 400 millones de euros) respecto al importe del año precedente⁴¹; en España, en los últimos tres años los recortes del presupuesto estatal destinado a la educación ha sido del 31,6% a lo que se debe añadir el 12,21% de la reducción de la financiación de las Comunidades autónomas⁴².

4. CONCLUSIONES. LA CRISIS COMO OPORTUNIDAD Y LA PERPLEJIDAD ANTE LA GESTIÓN EUROPEA DE LA EMERGENCIA

Aunque parciales, los datos señalados bastarían para trazar un sumario resumen del modo contradictorio por el que Europa está afrontando las dificultades conectadas a la crisis y deberían ser suficientes para soportar un razonamiento crítico sobre la línea de acción seguida hasta ahora por las instituciones de la Unión Europea.

Por un lado, según una línea de aparente discontinuidad normativa con la experiencia anterior a la crisis, se asiste a un cúmulo de nuevas disposiciones que en nombre de la emergencia aparecen inevitablemente orientadas a redefinir la organi-

³⁹ En relación al ordenamiento francés, K. BLAIRON, op. cit., señala la tendencia a delegar en el particular privado funciones tradicionalmente ejercidas por la administración pública.

⁴⁰ Así también C. SALAZAR, op. cit.

⁴¹ Este dato es de C. SALAZAR, op. cit.

⁴² Estos datos han sido señalados por A. AGUILAR CALAHORRO, op. cit.

zación de las administraciones públicas en Europa: incluso si la complejidad de las dinámicas en curso hacen difícil prever con certeza absoluta el éxito final al que tiene el sistema europeo, no puede haber dudas a propósito de los poderosos cambios determinados por el proceso de redistribución de las competencias entre los diversos niveles de la gobernanza multinivel y el proceso de redistribución de las competencias entre el sector público y el privado.

Por el contrario, sin embargo, según una línea de plena continuidad con el pasado filosófico, ninguna de las nuevas medidas parece orientarse a discutir los presupuestos ideológicos y culturales sobre los que se ha construido la integración europea, sino que parecen destinados a agravar las contradicciones y las críticas en la Unión Europea. Así, ya sobre el plano de la metodología política, nos damos cuenta inmediatamente de que la respuesta europea continúa sobre el andén de la experiencia pasada: en lugar de inaugurar un camino de reformas que finalmente sitúe a los ciudadanos europeos en condiciones de expresar su visión sobre el futuro del continente y de imaginar posibles vías de salida del impasse momentáneo, se continúa con una anacrónica y farragosa mezcla entre funcionalismo y concepción intergubernamental que deja a una oscura y poco transparente concertación entre burocracia y gobierno la obligación de dictar las reglas y que, en desprecio de cualquier idea de democracia, presenta las soluciones expuestas como las únicas posibles aunque éstas se encuentren más allá de los límites fijados por el derecho⁴³. Del mismo modo, también sobre el plano de las elecciones políticas sustanciales, gravita la sombra del pasado: en este sentido no se puede hacer menos que observar cómo, lejos de tomar distancia del modelo seguido en los años precedentes, la intervención europea (en particular el discutido «Fiscal Compact») continúa en la dirección de la neutralización de toda forma de corrección de los desequilibrios provocados por el mercado⁴⁴.

No obstante, pese al gran afán con el que se trata de determinar nuevas soluciones técnicas, en definitiva, Europa inexplicablemente considera que no debe cambiar nada de la estructura organizativa que la ha llevado a la situación en la que se encuentra ahora y en lugar de dar el salto hacia una integración política continua persiguiendo el objetivo de la mera integración jurídico-económica. Del mismo modo, aunque pueda parecer paradójico, se considera que en un momento en el

⁴³ En este sentido F. BALAGUER CALLEJÓN, “Crisi economica e crisi costituzionale in Europa”, en B. ANDÒ – F. VECCHIO, *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, 333 – 351.

⁴⁴ Subraya esta tendencia A. CANTARO, “Crisi costituzionale europea e diritto della crisi”, en B. ANDÒ – F. VECCHIO, op.cit., 353 – 370.

que el mercado ha mostrado sus limitaciones es oportuno insistir en las políticas que privan a los órganos políticos de la posibilidad de prevención y control de los errores cometidos en el marco del libre juego de las fuerzas económicas. Prueba evidente de esta concepción conservadora es que en más de una ocasión se ha preferido vulnerar la regla del Tratado de Lisboa (nos podemos referir a los asuntos que han llevado al Tribunal Constitucional federal alemán a presentar la primera cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia⁴⁵), antes que adecuarlas a un contexto que con toda evidencia había cambiado bastante desde la fatigosa entrada en vigor de las reformas propuestas en 2007⁴⁶. Este conservadurismo europeo parece aún menos explicable si nos damos cuenta de que en el resto del mundo se está viviendo una fase de transformación histórica: sólo por centrarnos en los ejemplos más evidentes nos remitimos a las medidas con que Obama ha introducido planes nacionales y salarios mínimos, o en las primeras reformas sociales recientemente concedidas por el ejecutivo chino.

Además de difícil de explicar e históricamente descontextualizado, parece cuanto menos peligroso insistir en una aproximación política que rechaza la visión de la crisis como una oportunidad de cambio y que, con una actuación de remoción de las dificultades, se limita a confirmar como si nada ocurriese las posturas antecedentes. Como se ha recordado al comienzo, de hecho, la postura de no enfrentarse a las necesidades de renovación surgidas con la crisis ha determinado en Europa auténticas catástrofes. Hoy suenan campanas de alarma de este tipo. En un momento en que la crisis empeora las condiciones materiales de vida de tantas personas, la frustración de los ciudadanos que, sin encontrar soporte alguno, se enfrentan cotidianamente con una estructura institucional falta de transparencia y no democrática está inexorablemente alimentando partidos populistas que hacen del anti europeísmo y del nacionalismo una bandera propagandista: desde Francia a Hungría y de Grecia a Finlandia prácticamente sobre todo el territorio europeo se asiste a un renacimiento de manifestaciones políticas antidemocráticas.

Frente al riesgo de que la crisis aúpe fórmulas autoritarias, la esperanza en que las élites nacionales (que aún tienen en su mano los hilos del proceso de integración y que con demasiada frecuencia lo orientan hacia fines propios) se den finalmente cuenta de la necesidad de abrirse al cambio del nuevo contexto y se preocupen de dar forma a un modelo virtuoso de integración en el que los ciudadanos europeos

⁴⁵ Para un primer comentario a esta histórica decisión con la que el Tribunal constitucional alemán cuestiona ante el Tribunal de Justicia las operaciones del Banco Central Europeo se reenvía a D. THYM, *A Spring in the Desert: the German ECJ Reference on the ECB Bond Purchases*, en <http://www.verfassungsblog.de/en/quelle-in-wueste/#.VYhDevntmk0> [Consulta: 10 de junio de 2015]

⁴⁶ A. CANTARO, *op.cit.*, subraya la distancia entre el orden jurídico de la crisis y el Tratado de Lisboa.

puedan hacer sentir sus exigencias y consigan condicionar efectivamente la actividad de las instituciones políticas supranacionales. De lo contrario una oportunidad preciosa para realizar la Europa de los padres fundadores se habrá perdido y, traicionando definitivamente el espíritu de una Unión que, entre otras cosas, “tiene como finalidad [...] promover el bienestar⁴⁷”, se terminará por abandonar a los ciudadanos a un destino oscuro.

Resumen

El autor analiza la crisis económica como una oportunidad para realizar reformas en el sistema de integración europea. Entre los principales problemas analizados se encuentran: la garantía de derechos fundamentales, la centralización política en el interior de los Estados y la confusión entre lo privado y lo público en el ámbito de la Administración.

Palabras clave: Crisis económica, Constitución nacional, proceso de integración europeo, democracia, derechos fundamentales

Abstract

The author analyzes the economic crisis as an opportunity to reform the European integration system. The main problems analyzed are highlighted: the guarantee of fundamental rights, internal states political centralization, and the confusion between private and public in the field of administration.

Key Words: Economic crisis, Constitutional Law, european integration process, democracy, fundamental rights.

Recibido: 10 de febrero de 2015

Aceptado: 15 de marzo de 2015

⁴⁷ Así expresamente el art. 3 del Tratado de la Unión europea.

GASTO PÚBLICO, PIB Y CRISIS ECONÓMICA. UN ANÁLISIS COMPARADO*

GRETA MASSA GALLERANO**

SUMARIO

1. Introducción: ¿de qué hablamos?
2. El gasto público en % PIB. Análisis de los datos.
3. Algunas consideraciones finales: el gasto público en % PIB y la garantía de los derechos.

1. INTRODUCCIÓN: ¿DE QUÉ HABLAMOS?

La incidencia del sector administrativo público en la economía de un país puede medirse en términos de ingresos y gastos totales de las administraciones respecto del Producto Interior Bruto (PIB)¹. En este sentido, consideramos administraciones públicas a “todas las unidades institucionales cuya producción está dirigida a consumos colectivos e individuales y que están financiadas sobre todo por pagos obligatorios realizados por unidades de otros sectores, y/o todas las unidades institucionales cuya función principal es la redistribución de la renta y de la riqueza del país”².

Lo que acabamos de decir evidencia la relevancia del tema que vamos a analizar: el papel y la evaluación de la actividad del sector público en relación con el PIB,

* Esta investigación ha sido financiada por Regional Operational Programme of Calabria - (FSE/2007-2013); European Union Seventh Framework Programme (FP7/2007-2013) under agreement N. 295203. La mayor parte del texto fue redactada durante una estancia en el Departamento de “Social Work” del Loyola College de Chennai, India. Mi agradecimiento a los colegas del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Calabria, que compartieron conmigo esa estancia: Donatella Loprieno, Giulio Citroni y Alessandro Sicora. Sus valiosos consejos me ayudaron, en el análisis de un tema no propiamente jurídico, a entender que sólo es posible abordar determinados temas en el complejo mundo en que vivimos de una manera multidisciplinar.

** Investigadora Postdoctoral. Universidad de Calabria (Italia). El texto ha sido traducido del italiano por Sabrina Ragone.

¹ EUROSTAT, “Statistiche di finanza pubblica”, octubre 2012. En: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Government_finance_statistics/it#Entrate_e_spese_delle_amministrazioni_pubbliche.

² *Ibidem.*

sobre todo en época de recesión económica³. El estudio del gasto público en términos porcentuales (%) del PIB, en efecto, nos permite especificar el papel adquirido por las políticas sociales en un momento histórico determinado, y hablar así de las condiciones de vida de los ciudadanos y la garantía de sus derechos.

Como nos enseña la doctrina económica clásica, para alcanzar los objetivos de interés general, la autoridad pública tiene que aumentar los impuestos, gastar dinero y regular la actividad económica. Los instrumentos esenciales de influencia sobre la actividad económica son: impuestos; gasto; normas o controles⁴. En este trabajo analizaremos el gasto público en % PIB en la Unión Europea (UE) y en los países objeto del proyecto de investigación⁵: Italia; España; Francia; Reino Unido; Alemania; Portugal; Estados Unidos y Brasil. Además, decidimos analizar los datos del país más afectado por la crisis: Grecia. La última parte del estudio será dedicada a los resultados de la comparación, es decir, a la conformidad o no del gasto público respecto al PIB con las normas constitucionales respectivas.

³ Se recuerda que el PIB es el valor de todos los bienes y servicios finales producidos en un país en un año usado para medir el desarrollo del país mismo y la calidad de vida de sus habitantes. Sin embargo, en los últimos años ha habido varias propuestas de destacados académicos que sugieren adoptar indicadores distintos del PIB para calcular el nivel de vida de una sociedad. Entre estas propuestas, recordamos por ejemplo la de Amartya Sen, denominada 'Capability approach'. Al respecto, véase R. CASTOLDI, "L'approccio delle capacità di Amartya Sen come percorso per lo sviluppo umano", en *Concetti e strumenti per una responsabilità sociale dell'impresa: istruzioni per l'uso*, en <http://cc.bingj.com/cache.aspx?q=Castoldi+R.+L%27approccio+delle+capacità+di+Amartya+Sen+come+percorso+per+lo+sviluppo+umano&d=4636547364169078&mkt=es-ES&setlang=it-IT&w=A-lNeynpuMY8dVRAXy32rn7v5Mh4urb8>, o también Alvaro G., "Il Pil: oltre il Pil. E oltre il Pil che c'è?", en *Moneta e Credito*, vol. 64 n. 255 (2011), pp. 229-258.

⁴ Véase P. A. SAMUELSON, W. D. NORDHAUS, *Economia*, 12^a ed., Zanichelli, Bologna, 1992, p. 675. En relación a los controles, y sobre la garantía de derechos, Samuelson y Nordhaus se preguntan si es buena o mala la proliferación de los controles públicos. Y contestan que considerado en sí, independientemente de los criterios empleados para ejercer el control en la práctica, es un problema esencialmente político, conectado a la tutela de los derechos fundamentales de libertad individual. *Ibidem*, p. 678.

⁵ Este texto se inserta en un proyecto de investigación internacional sobre la dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas en perspectiva comparada, dirigido por el Prof. Francisco Balaguer Callejón, catedrático de la Universidad de Granada. Los resultados fueron presentados en el Congreso Internacional "La dimensión de la Administración pública en el contexto de la globalización" (Centro de Excelencia en Integración Europea con la cooperación del IAAP), Granada, febrero de 2014.

2. EL GASTO PÚBLICO EN % PIB. ANÁLISIS DE LOS DATOS

En la primera fase de la investigación intentamos homogeneizar los datos encontrados. Decidimos, por lo tanto, analizar para cada país los mismos capítulos de gasto en relación al PIB, para hacer homogénea la comparación. Los objetivos del gasto público fueron seleccionados conforme a su relación con una cultura constitucional basada en el principio del Estado social y la garantía de los derechos sociales de los ciudadanos (seguridad social, salud, educación, etc.).

Para ello, dividimos el trabajo en dos partes:

- la primera sobre la comparación entre países de la UE (datos Eurostat);
- la segunda sobre la comparación entre países de la UE y países *extra* UE (datos Banco Mundial).

2.1. La clasificación COFOG y los objetivos del gasto público en relación al PIB en los países de la UE.

Para analizar los datos relativos al gasto público en relación al PIB en los países de la UE adoptamos la clasificación COFOG, es decir, la clasificación del gasto de la Administración Pública por funciones (*Classification of the Functions of Government*), adoptada por las principales instituciones internacionales⁶. Mediante la clasificación COFOG, es posible ordenar los objetivos generales de gasto en estos sectores:

- Servicios públicos generales (*General public services*);
- Defensa (*Defence*);
- Orden público y seguridad (*Public order and safety*);
- Asuntos económicos (*Economic affairs*);
- Tutela del medioambiente (*Environmental protection*);

⁶ La COFOG (*Classification Of the Functions Of Government*) es la clasificación más empleada por las instituciones internacionales (OCSE, Eurostat, FMI) y se basa en tres niveles jerárquicos de agregados contables: divisiones, grupos y clases. Las divisiones representan los objetivos del gasto público (servicios públicos generales, defensa, orden público y seguridad, asuntos económicos, tutela del medioambiente, vivienda y servicios comunitarios, salud, ocio, cultura y culto, Educación y Protección social). Los grupos tienen que ver con áreas específicas de acción de la Administración Pública. Las clases identifican los objetivos específicos en los que se articulan las áreas (...). A nivel europeo la COFOG es adoptada con reglamento comunitario en el Sistema europeo de cuentas (SEC), con lo cual los países de la UE tienen el deber de proporcionar, junto a las cuentas económicas nacionales, las estadísticas sobre el gasto de las Administraciones Públicas clasificadas por funciones conforme al sistema COFOG. Véase el Vocabolario economico Treccani. “COFOG - definizione”, [http://www.treccani.it/enciclopedia/cofog_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/cofog_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/).

- Vivienda y servicios comunitarios (*Housing and community amenities*);
- Salud (*Health*);
- Ocio, cultura y culto (*Recreation, culture and religion*);
- Educación (*Education*);
- Protección social (*Social protection*)⁷.

En la UE la clasificación COFOG fue adoptada con un reglamento comunitario en el sistema europeo de cuentas⁸. Los países europeos tienen así la obligación de proporcionar las estadísticas del gasto de las Administraciones Públicas según estos criterios de clasificación. Posteriormente Eurostat, el servicio estadístico de la UE, recolectará los datos y los hará públicos en una publicación anual.

Los datos que vamos a manejar a continuación fueron publicados por Eurostat en abril de 2013 y se refieren a la clasificación COFOG relativa al año 2011⁹.

2.1.a) El gasto público total en % PIB en la UE y en algunos Estados miembros

Antes de analizar los datos Eurostat sobre el gasto público en % PIB relativos al 2011, parece útil ofrecer un marco general sobre el PIB per cápita en los países estudiados en esta investigación. El PIB per cápita es el valor global de bienes y servicios producidos en un territorio en un periodo determinado para usos finales, dividido por el número de habitantes¹⁰. Mientras el PIB es la medida más comúnmente usada para comparar las economías nacionales, el PIB per cápita suele emplearse para comparar sus sistemas de bienestar; siempre que éste venga determinado en función del consumo de bienes y servicios individuales¹¹. Además, mientras el PIB per cápita indica genéricamente el nivel de bienestar de los países, otro indicador, el AIC («Actual Individual Consumption»), identifica los consumos individuales efectivos per cápita y, por tanto, la que se podría definir

⁷ Véase M. VASSILJEVA VASSILJEVA, “General government expenditure by COFOG”, *Eesti Statistika Kvartalikiri*, 2/12, *Quarterly Bulletin of Statistics Estonia*.

⁸ Reglamento CE n. 2223/96.

⁹ Los datos que vamos a usar sobre los países UE en esta parte del análisis se encuentran en el siguiente estudio: EUROSTAT, “Government expenditure by function – COFOG”, Abril 2013, en <http://www.eurostat.com/>.

¹⁰ Sistema de los indicadores sociales regionales, “PIL - Procapite, Definizione operativa”, en www.sisreg.it.

¹¹ International Comparison Program, GDP and Actual Individual Consumption, en www.worldbank.org.

como la “situación económica” de las familias¹². Ambos indicadores, como se verá en la próxima tabla, se expresan en PPS («Purchasing power standards» – estándares de poder adquisitivo), pues en la comparación internacional se usa el PIB por paridad de poder adquisitivo (PPS) para reducir las distorsiones provocadas por la diferencia de precios. Este valor se calcula como la media ponderada de los precios de un conjunto de bienes y servicios homogéneos, comparables y representativos de cada país de la UE¹³.

PIB & AIC per cápita en PPS – 2011		
País	PIB per cápita	AIC per cápita
UE-27	100	100
Alemania	120	119
Reino Unido	108	118
Francia	107	112
Italia	101	102
España	99	94
Portugal	77	82
Grecia	92	94

Fuente: Eurostat, Junio de 2012. Tabla n. 1

Los datos de la tabla muestran que el PIB per cápita y los consumos individuales efectivos (AIC) en 2011 son más bajos en los países del área mediterránea europea, en concreto en Portugal y Grecia.

Dicho esto, el gasto público total de la UE con 27 miembros (UE-27) en 2011, incluyendo gobiernos centrales y locales, representó el 49,1% de su PIB (alrededor de 6.200 millones de euros). En relación al PIB, los niveles de gasto público más altos se dieron en Dinamarca, Francia, Finlandia y Bélgica. Todos estos países gas-

¹² EUROSTAT NEWSRELEASE, “First estimates for 2011. GDP per capita in Member States ranged from 45% to 274% of the EU 27 average in 2011”, n.97/2012, June 2012. En el informe Eurostat se lee que en 2011 el AIC per cápita expresado en PPS bascula entre el 44% de Bulgaria y el 150% de Luxemburgo.

¹³ Sistema de los indicadores sociales regionales, “PIL - Procapite...”, cit.

taron más del 50% de su PIB en lo público. Entonces, entre los países estudiados, Francia en 2011 fue el país con el nivel de gasto público más alto respecto del PIB¹⁴.

Como lo evidenciaremos en el análisis, más de la mitad del gasto público de la UE se invirtió en 2011 en protección social y salud, que representaron respectivamente el 19,6% (2.480.614 millones de euros) y el 7,3% (926.728 millones de euros) del PIB de la UE. En el informe Eurostat se pone de manifiesto que las demás *funciones* públicas que recibieron un mayor gasto en 2011 fueron: Servicios Generales (6,6% del PIB); Educación (5,3% del PIB); Asuntos económicos (4% del PIB).

Conforme a los datos de Eurostat, la estructura global del gasto público parece relativamente homogénea en los países de la UE y en particular en los países más “antiguos”, mientras hay más diferencias entre los “nuevos”, es decir, los que se adhirieron a la UE entre 2004 y 2007¹⁵. En 2011, la salud y la protección social constituyeron casi el 55% del gasto público total de la UE. En relación a los países examinados, el gasto para cubrir los riesgos sociales principales fue en Alemania el 58,8%, mientras que en Portugal el gasto para salud y protección social no llegó ni al 50% del gasto público total.

2.1.b) *El gasto público por objetivos en los países de la UE: protección social y salud*

En la UE la protección social fue en 2011 el capítulo de gasto más relevante. Sin embargo, en el mismo año, contemporáneamente a la adopción de políticas de austeridad como respuesta a la crisis económica, su gasto social bajó un 1,5% en comparación con 2010¹⁶.

Después del gasto en protección social vienen salud, servicios públicos generales, educación y finalmente asuntos económicos. Las demás funciones COFOG¹⁷ sumaron en 2011 conjuntamente sólo el 6% del PIB de la UE.

¹⁴ Se recuerda que los datos recopilados en esta parte del estudio se encuentran en EUROSTAT, “Government expenditure by function – COFOG”, Abril de 2013, en <http://www.eurostat.com/>.

¹⁵ El gasto público total constituye de forma aproximada y unidimensional de la actividad pública, pues refleja sólo la dimensión monetaria. La ventaja del uso del gasto público como proxy de la actividad pública consiste en que es un sistema sencillo y sintético, a pesar del limitado alcance, según A. FOSSATI (ed.), *Economia Pubblica*, Franco Angeli Editore, Milán, 2002, p. 32.

¹⁶ D. VAUGHAN-WHITEHEAD, “Perché il modello sociale europeo rimane sempre valido”, 28 de marzo de 2014, en www.ilo.org. El autor indica que en algunos países, desde 2010, el gasto público se ha recortado menos que en años anteriores a la crisis.

¹⁷ Defensa, orden público y seguridad, protección del medioambiente, vivienda y servicios comunitarios, ocio, cultura y culto.

En comparación con 2002, primer año sobre el cual se publicaron los datos de todos los países de la UE, el gasto público para la protección social y la salud ha ido adquiriendo un peso cada vez más grande respecto al PIB. Dicho gasto aumentó unos 4 puntos porcentuales en Estonia, Grecia, España, Italia, Países Bajos, Portugal, Finlandia y Reino Unido y casi 9 puntos porcentuales en Irlanda. Entre los países investigados, el gasto más alto en relación al PIB para protección social en 2011 se registra en Francia (23,9% del PIB). Entre 2002 y 2011, éstas han sido las variaciones en el gasto para protección social y salud en % PIB: Portugal: + 5,3%; España: + 5%; Grecia: + 4,5%; Reino Unido: + 4,3%; Italia: + 4%; Francia: + 3,9%; Alemania: -1,5%.

Una de las explicaciones del aumento del gasto público en protección social, entre 2002 y 2011, reside seguramente en la respuesta inicial a la crisis económica¹⁸. Y ello porque este gasto comprende los gastos relativos a: enfermedades y discapacidad; vejez; familia y niños; desempleo; vivienda; exclusión social.

Objetivos de gasto como el desempleo, la vivienda y la exclusión social que en períodos de recesión económica tienden a hacerse más importantes. A pesar de ello, en todos los países de la UE –menos en Irlanda y Dinamarca– el capítulo de gasto más relevante en 2011 fue la vejez (*old age*), que se refiere especialmente a las pensiones y que representaron el 40% del gasto público dentro de la categoría “protección social”. Este dato trae a colación el problema del envejecimiento de la población europea y la bajada progresiva de la natalidad debido a la falta, en muchos Estados miembros, de políticas sociales relativas a la familia, como las que favorecen la conciliación entre actividad profesional y cuidados familiares. En Italia, por ejemplo, el gasto público para ayudar a las familias por nacimiento e infancia de los hijos es 20,3 mil millones de euros, es decir, el 1,3% del PIB, un gasto inferior del 39,3% si se compara con la media de los países de la UE¹⁹.

Tras el gasto en % PIB de las pensiones encontramos, dentro de la categoría “protección social”, el gasto por enfermedades y discapacidad que en 2011 representó más del 20% del gasto en los países escandinavos, Irlanda, Hungría, Lituania

¹⁸ Durante la primera fase de la crisis, en efecto, como recuerda D. VAUGHAN-WHITEHEAD, “Perché il modello sociale...”, cit., elementos tales como la protección social sirvieron para mitigar el impacto negativo de la crisis en términos de crecimiento, desempleo y pobreza. En varios países, los actores sociales, gracias al diálogo social, consiguieron establecer sistemas de tiempo de trabajo compartido para reducir el número de despidos, a menudo con el apoyo de los gobiernos. Como en Alemania, en Bélgica, Luxemburgo, Austria y otros Estados miembros.

¹⁹ Comunicado de prensa “Confartigianato, Imprenditoria femminile, rapporto Confartigianato”, octubre 2013, en <http://www.confartigianatofc.it/readnews.aspx?id=6140>.

y Países Bajos. Otros importantes capítulos de gasto fueron los beneficios para las familias (21% del gasto total en Dinamarca y Luxemburgo) y, sobre todo, el gasto relativo a los subsidios de desempleo, pues aumentaron mucho a raíz de la crisis económica. En países como España o Irlanda, ocupó el 20% del gasto total dentro del conjunto “protección social”.

En los países estudiados, el gasto público para la “protección social” en % PIB para el año 2011 fue éste:

Gasto público para protección social en % PIB – 2011				
País	Año	% PIB	Millones de euros	Euros por habitante
Francia	2011	23,9%	476.200	7.306
Italia	2011	20,5%	323.328	5.322
Grecia	2011	20,4%	42.468	3.761
Alemania	2011	19,6%	508.270	6.215
Reino Unido	2011	17,9%	312.505	4.981
Portugal	2011	18,1%	30.998	2.910
España	2011	16,9%	179.415	3.890

Fuente: Eurostat 2013. Tab. n. 2

Los períodos de crisis, como es sabido, ponen en entredicho los sistemas de protección social. En primer lugar, por la subida del desempleo que conlleva un aumento del número de personas que solicitan el subsidio correspondiente. En segundo lugar, por la bajada de los salarios que, en los últimos años, se ha dado en los países europeos más afectados. Es suficiente recordar el *Real Decreto Ley 8/2010* español, que fijó una reducción media del 5% anual de los salarios de los empleados públicos o las medidas para congelar o reducir las remuneraciones de profesores y empleados públicos en Grecia e Italia. En el pasado, muchos gobiernos respondieron a estas tensiones sociales aumentando el gasto para la protección social, pues ésta tiende a aumentar en relación al PIB cuando el nivel de la producción de un país es más bajo que el natural²⁰. Pero en algunos casos los gobiernos bajaron el gasto en este sector

²⁰ J.D.J. MELITZ, “Social spending and automatic stabilizers”, en OECD, Economic Policy, 2008, pp. 717-756. Los autores observan que el gasto social en los países OCDE (incluidos los 13

durante o después de una recesión. Por ejemplo, al principio de los años ochenta en el Reino Unido los subsidios de desempleo fueron recortados en términos reales y sometidos a impuestos²¹.

Por lo que se refiere al análisis del gasto público en % PIB para sanidad, la más relevante en la UE detrás de la protección social, ésta ocupó en 2011 cerca del 7,3% del PIB de la UE (14,9% del gasto público total).

Como lo evidencian en el informe Eurostat, los países que en 2011 han gastado menos del 5% de su PIB en salud fueron: Chipre, Rumania, Letonia, Bulgaria, Polonia y Luxemburgo.

En los países objeto del estudio, el gasto en % PIB en 2011 fue éste:

Gasto público para la salud en % PIB – 2011

País	Año	% PIB	Millones de euros	Euros por habitante
Francia	2011	8,3%	164.882	2.530
Reino Unido	2011	8,0%	140.057	2.233
Italia	2011	7,4%	116.195	1.913
Alemania	2011	7,0%	182.510	2.232
Portugal	2011	6,8%	11.680	1.097
España	2011	6,3%	67.500	1.463
Grecia	2011	6,0%	12.472	1.105

Fuente: Eurostat 2013. Tab. n. 3

De nuevo, los países del área mediterránea nos ofrecen un panorama desolador. Los datos demuestran que el gasto público inferior en % PIB se registró en los países más afectados por la crisis: Grecia, España y Portugal. En Italia, a pesar de la inversión del 7,4% del PIB para el sector sanitario, respecto al 7,0% de Alemania, se observa que el gasto en euros por habitante fue 1.913 euros contra los 2.232 euros

de la UE) aumentó entre 1983 y 2002. Los resultados de la investigación confirman que el gasto para la seguridad social, en % PIB, tiende a subir cuando la producción es más baja que lo normal. Véase EUROPEAN UNION - AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, "Protecting fundamental rights during the economic crisis", *Working Paper*, diciembre, 2010, p. 11.

²¹ EUROPEAN UNION - AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, "Protecting fundamental rights ...", cit.

alemanes. Además, hay que recordar que en Italia los niveles de gasto per cápita son muy variables, debido a condiciones socio-económicas diversas y diferentes modelos de gestión del sistema sanitario²².

En relación al gasto público para la salud, finalmente, no podemos dejar de recordar lo que está pasando en Grecia como consecuencia directa de las medidas de austeridad adoptadas por la crisis²³. Y ello demuestra que, detrás de los números del gasto público, se esconde la garantía de los derechos constitucionales, entre ellos, la salud (art. 21.3 de la Constitución griega)²⁴. Conforme a una reciente publicación del Departamento griego de la organización humanitaria *Medicins du Monde*, tres millones de personas en Grecia no tienen hoy acceso al sistema sanitario²⁵. Más, en un artículo de febrero de 2014 publicado por la revista *The Lancet*, se dice que el objetivo principal de las reformas de los últimos años fue una reducción rápida del gasto público cuyo techo se fijó en el 6% del PIB. Como resultado, el gasto público para la salud es hoy menor respecto a todos los demás países de la UE. El presupuesto de los hospitales públicos ha bajado un 26% entre 2009 y 2011, y el presupuesto para medicamentos ha pasado de los 4.000 millones de 2010 a los 2.000 millones de 2014, haciendo imposible obtener determinados fármacos. En Grecia, un país de la UE, la drástica reducción del presupuesto de los Municipios ha llevado recortes en actividades tales como desinfectar, haciendo que vuelvan a aparecer enfermedades como la malaria. Los fuertes recortes de los programas de prevención y tratamientos para las drogas han implicado un aumento de los casos de VIH, que fueron 15 en 2009 y llegaron a 484 en 2012, mientras que los datos sobre tuberculosis en 2013 parecen mostrar que se ha duplicado respecto al 2012²⁶.

²² “Spesa sanitaria pubblica. Assorbe il 7,1% del Pil. Al centro Italia la quota più elevata”, 23 de enero de 2013, en: http://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?approfondimento_id=3118. Fuente: Istat, “Noi Italia. 100 statistiche per capire il Paese in cui viviamo”, 2013.

²³ Nos referimos, naturalmente, a las medidas adoptadas desde mayo de 2010 para salvar al país de la quiebra, a través de acuerdos entre el gobierno griego y la comunidad internacional. En concreto: a cambio de ayudas financieras, el gobierno griego se comprometía a aprobar medidas de austeridad y reformas estructurales de la Administración bajo la supervisión de la Comisión europea, del BCE y del FMI (la Troika).

²⁴ “The State shall care for the health of citizens and shall adopt special measures for the protection of youth, old age, disability and for the relief of the needy”.

²⁵ Keep Talking Greece, “MdM - Greece: 3 million people without access to health care”, abril de 2014, en: <http://www.keeptalkinggreece.com/2014/04/07/mdm-greece-3-million-people-without-access-to-health-care/>.

²⁶ A. KENTIKELENIS, M. KARANIKOLOS, A. REEVES, M. MCKEE, D. STUCKLER, “Greece’s health crisis: from austerity to denialism”, *The Lancet*, vol. 383, February 22, 2014.

2.1.c) *El gasto público en % PIB para educación y servicios públicos generales*

En 2011, el gasto público para la educación en la UE fue el 5,3% del PIB (347.000 millones de euros)²⁷. Este gasto fue dirigido especialmente a la escuela secundaria (2% del PIB) y a la primaria y pre-primaria (1,7% del PIB)²⁸. El gasto público para educación en relación con el PIB en 2011 fue éste:

Gasto público para educación en % PIB – 2011		
País	Año	% PIB
Reino Unido	2011	6,51%
Portugal	2011	6,35%
Francia	2011	6,05%
España	2010	4,74%
Alemania	2011	4,26%
Italia	2011	4,24%
Grecia	2011	4,08%

Fuente: Eurostat 2013. Tab. n. 4

Según el informe Eurostat, el gasto público en educación disminuyó generalmente en toda la UE entre 2009 y 2011²⁹. Varias medidas para consolidar el gasto público, como la reducción de los salarios en varios Estados miembros o la bajada de las inversiones públicas, han contribuido a disminuir del 0,2% este gasto en relación al PIB para los años 2009-2011. Una reducción del gasto absoluto para la educación (calculada en la moneda local) entre 2010 y 2011 se dio en: Dinamarca, Irlanda, Grecia, España, Italia, Chipre, Hungría, Portugal, Eslovaquia y Reino Unido³⁰. La renta de los trabajadores sigue siendo el gasto más relevante para la educación,

²⁷ L. FREYSSON y L. WAHRIG, “Eurostat - Economy and finance, Statistics in focus”, 12/2013. Se recuerda que, según la clasificación COFOG, el gasto público para la educación incluye: “Pre-primary and primary education; Secondary education; Post-secondary non-tertiary education; Tertiary education; Education not definable by level; Subsidiary services to education; R&D education; Education n.e.c.”.

²⁸ La investigación, en la clasificación COFOG, no está en la categoría educación, sino entre los servicios públicos generales.

²⁹ L. FREYSSON Y L. WAHRIG, “Eurostat - Economy and finance ...”, cit., p. 2.

³⁰ *Ibidem*.

representando el 55% del gasto público en la UE-27³¹. En definitiva, la educación es el sector más afectado por las normas aprobadas a raíz de la crisis para contener el gasto público.

Es especialmente interesante el dato sobre el gasto relativo a los servicios públicos generales, que incluyen: órganos legislativos y ejecutivos; cuestiones fiscales y financieras; relaciones exteriores; ayudas económicas exteriores; servicios generales; investigación; operaciones de deuda pública; transferencias generales entre niveles de gobierno.

Entre 2010 y 2011, como lo aclara el informe Eurostat, el gasto público total en los países de la UE, en relación al PIB, por lo general ha bajado, menos los servicios públicos generales que ha subido por las operaciones de deuda y el pago de los intereses pasivos. En 2011, el gasto para estos servicios fue casi un cuarto del gasto total en Grecia. Por otro lado, una disminución consistente del gasto público se dio en los asuntos económicos por la disminución de las transferencias en cuenta de capital a los bancos y la disminución de la formación bruta de capital, principalmente en inversiones³².

Finalmente, hay que destacar que, en 2011, sólo el 0,9% del PIB de la UE fue dedicado a la protección del medioambiente, es decir, a la gestión de los desechos, la reducción de la contaminación, la tutela de la biodiversidad y del paisaje, los recursos hídricos, etc. Este gasto es el menos significativo, a pesar de la creciente preocupación de la opinión pública por el medioambiente y la conexión de éste con los costes relacionados con la salud.

2.2. La comparación entre los países de la UE y los demás: Brasil y los Estados Unidos

Para comparar los países de la UE y los otros dos casos de estudio, Brasil y Estados Unidos, hemos usado una clasificación distinta de la COFOG. Y ello porque los EE.UU., como puede verse en la página web de la OCDE, no han publicado todavía sus datos del 2008. Por otro lado, Brasil no está en el listado de los países clasificados por la OCDE mediante el sistema. Así, para proponer una comparación lo más homogénea posible, hemos analizado los datos sobre el gasto total en % PIB proporcionados por el Banco Mundial tanto para los Estados de la UE como para los otros³³. El gasto

³¹ L. FREYSSON Y L. WAHRIG, “Eurostat - Economy and finance ...”, cit., p. 3.

³² Entre los asuntos económicos tenemos los gastos por asuntos económicos y mercantiles generales; agricultura, bosques, pesca y caza; carburante y energía; minería; manufacturas y construcción; transportes; comunicación; otras industrias y asuntos económicos.

³³ Todos los datos se encuentran en su página web: <http://data.worldbank.org/>.

público total en % PIB, es decir, los pagos en efectivo para las actividades operativas del gobierno en suministro de bienes y servicios, calculado por el Banco Mundial, incluye: remuneración de empleados; interés y subsidios; intereses y subvenciones; cotizaciones; beneficios sociales; otros gastos como renta y dividendos.

El Banco Mundial ofrece estos datos sobre el gasto público total en % PIB para 2009-2011:

Gasto público total % PIB, 2009-2011				
Países	2009	2010	2011	Tendencia
Grecia	52,1%	50,3%	52,5%	Aumento
Francia	48,2%	49,9%	47,8%	Disminución
Reino Unido	45,6%	45,2%	43,7%	Disminución
Portugal	44%	45,1%	44,1%	Disminución
Italia	43,9%	42,2%	41,5%	Disminución
Alemania	31,8%	32,1%	29,5%	Disminución
España	30,9%	31,1%	29,3%	Disminución
Brasil	26,3%	26,7%	26,3%	Disminución
EE.UU.	25,6%	25,9%	25,2%	Disminución

Fuente: Banco Mundial, página web. Tab. n. 5

Entre 2010 y 2011 todos los países menos Grecia, debido a los intereses pasivos sobre la deuda pública, han bajado su gasto público total en % PIB. Se recuerda que esta clasificación incluye en el gasto global también los intereses o las subvenciones, las operaciones de deuda pública y el pago de intereses pasivos, especialmente relacionados con los efectos de la crisis económica.

Como en la primera parte del estudio, hemos tomado los datos sobre el gasto público en % PIB relativos a salud y educación, además de los gastos para investigación científica y desarrollo tecnológico.

- Salud:

El gasto público en % PIB para la salud, entre 2010 y 2011, bajó en general en todos los países menos en Francia:

Gasto público en salud en % PIB, 2009-2011				
Países	2009	2010	2011	Tendencia
Reino Unido	83,4%	83,2%	82,7%	Disminución
Italia	77,9%	77,6%	77,2%	Disminución
Alemania	76,9%	76,8%	75,9%	Disminución
Francia	74,7%	74,2%	76,7%	Aumento
España	74,7%	74,2%	73,6%	Disminución
Portugal	66,5%	65,8%	64,1%	Disminución
Grecia	63,7%	61,5%	61,2%	Disminución
EE. UU.	47,3%	48,2%	45,9%	Disminución
Brasil	43,6%	47%	45,7%	Disminución

Fuente: Banco Mundial, página web. Tab. n. 6

Como para los datos sobre el gasto público global en % PIB (Tab. n.5), en este caso también notamos que el gasto en salud en % PIB, elemento central del modelo social europeo, es más alto en los países de la UE que en los demás.

Por lo que se refiere al gasto sanitario en los Estados Unidos, como se sabe, éste está en el centro de un importante conflicto político entre republicanos y demócratas, desde hace algunos años. Este enfrentamiento ha llevado al gobierno americano, en octubre de 2013, a la suspensión de toda actividad pública no esencial, debido a la imposibilidad de financiarlas. La causa del llamado «shutdown» estadounidense fue la no aprobación de los presupuestos porque los dos partidos no se pusieron de acuerdo tras la entrada en vigor de la reforma sanitaria, aprobada por el Congreso en 2010 (denominada “Obama Care”), y el aumento del techo de la deuda pública³⁴. El riesgo

³⁴ Ochocientos mil empleados públicos americanos suspendieron sus actividades, mientras un millón continuaron pero renunciaron a sus sueldos. Todos los servicios no esenciales estuvieron cerrados y solo los miembros del ejército siguieron siendo pagados. Véase “Il Governo degli Stati Uniti “chiude””, 1 de octubre de 2013, www.ilpost.it/2013/10/01/stati-uniti-shutdown/; “Ultimo dallo Shutdown americano”, 15 de octubre de 2013, www.ilpost.it/2013/10/15/shutdown-tetto-del-debito-stati-uniti/; “Usa, accordo sul bilancio. Camera e Senato trovano l'intesa dopo il rischio bancarotta”, 11 de octubre de 2013, www.ilmessaggero.it/includes/_stampa_articolo.php?id=401743.

que se corrió en los Estados Unidos, durante esos dieciséis días, fue la quiebra con un coste para el Estado de unos 24 millones de euros³⁵.

- Educación:

Gasto público en educación en % PIB, 2009-2010				
Países	2009	2010	2011	Tendencia
Reino Unido	5,6%	6,3%	ND	Aumento
Francia	5,9%	5,9%	ND	Estable
Brasil	5,6%	5,8%	ND	Aumento
EE.UU.	5,4%	5,6%	ND	Aumento
Portugal	5,8%	5,6%	ND	Disminución
Alemania	5,1%	5,1%	ND	Estable
España	5,0%	5,0%	ND	Estable
Italia	4,7%	4,5%	ND	Disminución
Grecia	ND	ND	ND	No disponible

Fuente: Banco Mundial – página web. Tab. n.7

Los datos sobre el gasto público en % PIB en educación llegan hasta 2010. Sin embargo, como dijimos, en los países de la UE se registra desde 2009 una bajada general del gasto en % PIB para la educación, sobre todo en Italia, España, Portugal y Grecia, mientras que este gasto en los países no UE aumentó entre 2009 y 2010.

³⁵ Tras dieciséis días de «shutdown», el Congreso optó por subir el techo de deuda, que podrá superar los 16.700 mil millones hasta febrero de 2014. Pero Standard & Poor's modificó las expectativas de crecimiento anuales para los EE.UU. bajándola del 3 al 2%. *Ibidem* .

- Investigación y desarrollo tecnológico:

Gasto público en investigación y desarrollo tecnológico en % PIB, 2009-2010				
Países	2009	2010	2011	Tendencia
Alemania	2,82%	2,80%	2,84%	Aumento
EE.UU.	2,91%	2,83%	2,77%	Disminución
Francia	2,27%	2,24%	2,25%	Disminución
Reino Unido	1,84%	1,80%	1,77%	Disminución
Portugal	1,64%	1,59%	1,50%	Disminución
España	1,39%	1,39%	1,33%	Disminución
Italia	1,26%	1,26%	1,25%	Disminución
Brasil	1,17%	1,16%	ND	Disminución
Grecia	ND	ND	ND	No disponible

Fuente: Banco Mundial – página web. Tab. n. 8

Los datos demuestran una general bajada del gasto público en % PIB en investigación científica y desarrollo tecnológico. El país de la UE que invierte menos en estos campos es Italia, mientras que Alemania ha subido su gasto en % PIB en investigación y desarrollo incluso en la peor fase de la crisis económica³⁶.

Finalmente, sobre el gasto en Brasil, no se puede dejar de recordar el difícil momento económico de este país y de los otros BRICS. Éstos comprenden hoy alrededor del 42% de la población mundial, y el 20% del PIB mundial, además del 16% del comercio internacional. Brasil, al comienzo del siglo, representaba la cuarta economía emergente a nivel mundial. Pero en los últimos años se registró una ralentización general en las economías de estos países, principalmente por la devaluación, las bajadas de bolsa, la inflación, el alto nivel de corrupción y la crisis económica de la Eurozona que ha reducido notablemente las exportaciones hacia el viejo continente³⁷. Si en 2011 el PIB brasileño subía un 2,7%, en 2012 solo subió el 0,9% y en el primer semestre del 2013 el 0,6%³⁸.

³⁶ Para profundizar en las inversiones públicas del gobierno alemán en respuesta a la crisis, véase M.D. POLI, “La Administración Pública en Alemania: principios, etapas evolutivas y sostenimiento del sistema frente a la crisis”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 20/2013.

³⁷ L. SPERA, “Brasile, il gigante rallenta il passo. E continua a reprimere”, 22 de octubre de 2013, en www.reset.it/reset-doc/brasile-il-gigante-rallenta-il-passo-e-continua-a-reprimere.

³⁸ *Ibidem*.

2.3. La deuda pública en % PIB y la tasa de crecimiento del PIB

Una última serie relevante de datos concierne al nivel de deuda pública de los países objeto de la investigación en % PIB, además de la tasa de crecimiento del PIB en esos países en el 2011. Ello porque la relación entre deuda pública y PIB indica la solidez financiera y económica de un Estado, es decir, si un Estado con su PIB podrá sanar su deuda pública. La posibilidad de sanar la deuda depende del nivel del PIB y por esto en la última tabla se señala la tasa de crecimiento de los distintos países. Como es fácil entender, un Estado podría tener una deuda pública alta pero al mismo tiempo una buena tasa de crecimiento del PIB y mejores posibilidades de sanar su deuda y no correr el riesgo de insolvencia (ej. EE.UU.); al contrario, podría tener una deuda alta y una tasa de crecimiento del PIB negativa, con dificultad para sanar su deuda (ej. Grecia). Por ello es necesario analizar ambos datos.

Deuda pública en % PIB – 2011	
Brasil	58,80%
EE.UU.	70%
Alemania	81%
España	84,10%
Reino Unido	88,70%
Francia	90,30%
Portugal	123,60%
Italia	126,90%
Grecia	156,90%

Fuente: Index-Mundi, enero 2012. Tab. n. 9

Los datos indican que entre todos los países analizados Brasil es el que tiene la deuda pública menor respecto al PIB, mientras que entre los miembros de la UE destacan los datos negativos de Grecia e Italia y el menos negativo de Alemania, de todas formas por encima de los parámetros europeos³⁹.

³⁹ Se recuerda que en los países de la UE la relación PIB/deuda pública no debería superar el 60%.

Tasa de crecimiento del PIB – 2011	
Alemania	3,1%
Brasil	2,7%
EE.UU.	1,7%
Francia	1,7%
España	0,7%
Reino Unido	0,7%
Italia	0,4%
Portugal	-1,5%
Grecia	-6,9%

Fuente: Index-Mundi, 1 de enero de 2012. Datos del año 2011, crecimiento del PIB anual al neto de la inflación y expresado en % - Tab. n. 10

Respecto de la tasa de crecimiento del PIB en 2011, destacan el dato negativo de Italia, Portugal y sobre todo Grecia. Dato negativo que se combina con una alta deuda pública en % PIB en los tres casos (Tab. n. 9). Alemania registró una buena tasa de crecimiento en 2011, en comparación con una deuda pública en % PIB relativamente baja (81%) respecto a los demás miembros de la UE. Brasil y Estados Unidos compensan su deuda pública en % PIB, para el año 2011, con una tasa de crecimiento, respectivamente, del 1,7 y del 2,7%. La situación de Brasil, como dijimos, cambió en 2012, cuando la tasa de crecimiento del PIB bajó notablemente.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES: EL GASTO PÚBLICO EN % PIB Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS

Queremos ahora intentar reflexionar brevemente, en términos jurídico-constitucionales, y, por tanto, en términos de garantía de derechos, sobre los datos indicados. El objetivo de la investigación consiste en evaluar el peso de la actividad pública en la vida económica de los países analizados en los distintos ámbitos, junto con la conformidad de esa actividad pública respecto a las normas constitucionales respectivas. En primer lugar, con referencia a la última parte del estudio sobre la relación entre deuda pública y PIB, compartimos el pensamiento de una parte de la doctrina, según la cual “todas las previsiones indican que la deuda pública respecto

al PIB está subiendo de forma sensible y quizás insostenible en los países del G-20, quienes representan el 80% de la economía mundial. De ello, dos consecuencias: por una parte, el incremento de la deuda pública determina, de manera correspondiente, un aumento de los intereses que la Administración Pública tiene que pagar para financiar su deuda; por lo cual, a lo largo del tiempo, se reducen cada vez más los márgenes de maniobra para el gobierno de la economía a través de la finanza pública. Por otra parte, tiende a ser cada vez más intenso e invasivo el poder del sistema bancario y, entonces, de los banqueros, siempre convencidos de que pueden contar, por motivos de orden social, con la política benévolas y favorable para ellos del «too big to fail». Son éstas las mandíbulas de las tenazas que tienden a ahogar la economía occidental, que, por esos dos desequilibrios, es empujada con cada vez más fuerza hacia la espiral del declive⁴⁰.

En general, y para todos los países analizados, hemos indicado una bajada del gasto público en % PIB sobre todo en educación. La excepción a esta regla general es el gasto para los servicios públicos generales que incluyen las operaciones de deuda pública y las cuestiones fiscales y financieras que, como dijimos, se conectan a la crisis económica que ha afectado Europa desde finales de 2009. Impresionante, en este caso, parece el dato sobre Grecia, donde el gasto público en % PIB para los servicios públicos generales representó en 2011 un cuarto del gasto total y donde el gasto público global en % PIB sigue aumentando debido a los intereses pasivos sobre la deuda⁴¹, mientras baja notablemente el gasto público en % PIB en «welfare» (Salud en primer lugar)⁴².

Además, en los países de la UE hemos evidenciado una subida del gasto público en % PIB para la protección social como consecuencia de la crisis económica, es decir del aumento de desempleo y exclusión social. Emblemático al respecto es el dato sobre España, donde el 20% del gasto para la protección social se destina a los subsidios de desempleo. En el gasto para protección social se encuentra también el pago de pensiones: este gasto, como lo indicamos, representa el 40% del gasto en protección social y pone de manifiesto la cuestión del envejecimiento progresivo de la población europea.

⁴⁰ Alvaro 2010, “L’attività della Pubblica Amministrazione ed Il Pil: l’assurdo mondo delle finzioni contabili”, nota ISRIL on line, n. 16 /2010, p. 8.

⁴¹ Véase la Tab. n.5.

⁴² Reducción que al principio de 2014 estaba alrededor del 40% del PIB. Véase S. MITRALIAS, “La sanidad en Grecia. Crisis humanitaria”, febrero de 2014, <http://www.vientosur.info/spip.php?article8962>.

En la comparación entre los países de la UE encontramos diferencias en el gasto público en % PIB entre los que han sido más afectados por la crisis económica –Grecia, Portugal, Italia y España– y los menos afectados, Alemania en primera instancia, aunque en presencia, en todos esos países de un texto constitucional claramente inspirado en los principios del Estado social. Al respecto destacan sobre todo los datos sobre el gasto público en % PIB para investigación científica y desarrollo tecnológico con Italia en el último puesto entre los países estudiados⁴³. Y si por un lado los datos de Italia, España, Portugal y Grecia nos dicen que el gasto público en protección social ha aumentado como respuesta a la crisis económica y al aumento del desempleo y de la exclusión social –lo que no sorprende estando dentro del modelo social europeo–, por otro lado nos indican que la vertiente social de estos Estados, medido en términos de PIB per cápita, es tendencialmente más bajo que en los otros países de la UE analizados: Francia, Alemania y Reino Unido⁴⁴.

Los datos, pues, nos indican que las políticas de revisión del gasto público (llamada «spending review»), adoptadas en los últimos años en la Europa mediterránea, bajo el impulso de la Comisión europea, del FMI, del BCE y del mismo gobierno alemán, a menudo no son coherentes con las Constituciones de estos países que, como es sabido, hacen referencia a los principios del Estado social (derecho a la salud, educación, dignidad social, etc.). Es éste el caso del gasto público en % PIB para salud en Grecia, España y Portugal⁴⁵, o también del gasto en educación en Italia y Grecia⁴⁶ o en investigación y desarrollo tecnológico en Portugal, España y de nuevo Italia⁴⁷.

Sin embargo, a la hora de comparar los países UE con los otros emerge la que llamaríamos una tendencia a la conservación del modelo social europeo, como lo demuestran los datos sobre el gasto público en % PIB para la salud, por ejemplo⁴⁸. Los datos indican, en definitiva, que aunque la crisis económica ha llevado en los últimos años a una bajada general del gasto público en % PIB, esta sigue siendo todavía más alta en los países del viejo continente donde los impuestos directos e indirectos tradicionalmente se emplean para garantizar los servicios públicos a través del Estado. En Europa, de hecho, el concepto de igualdad sustancial está históricamente arraigado en la sociedad civil y política y tanto la redistribución de

⁴³ Tabla n. 8.

⁴⁴ Tabla n. 1.

⁴⁵ Tabla n. 3.

⁴⁶ Tabla n. 3.

⁴⁷ Tabla n. 8.

⁴⁸ Tabla n. 6.

los recursos como el crecimiento de la estabilidad económica han sido la base de las democracias europeas al menos hasta el comienzo de los Noventa del siglo pasado, cuando se impuso a nivel mundial la denominada “teología del mercado”⁴⁹. Pero esta última cuestión, relativa al modelo económico adoptado en los últimos veinte años en los países de la UE, va más allá de nuestro análisis sobre el gasto público en % PIB y merece la pena seguramente profundizar en este tema, para lo cual remitimos a la parte del proyecto de investigación sobre el análisis de la situación económica de estos países en el contexto de la crisis económica actual⁵⁰.

Resumen

La incidencia de las Administraciones Públicas en la economía de un país puede ser medida a través de los ingresos y de los gastos totales de las Administraciones en relación con el Producto Interior Bruto (PIB). En este trabajo se analizan los gastos públicos como porcentaje (%) del PIB en tiempos de recesión económica. El análisis sobre el gasto público nos permite definir el papel de las políticas sociales en un momento histórico dado y, por eso, nos permite conocer las condiciones de vida de los ciudadanos y el nivel de garantía de sus derechos. Se estudia el gasto público en % del PIB de los últimos años en algunos países de la Unión Europea, los Estados Unidos y en Brasil. La investigación está dividida en dos partes principales. En la primera, dedicada a la comparación entre los países de la Unión Europea (UE), se analiza el gasto público total en % del PIB en la UE-27 y, después, se hace una comparación del gasto público en algunos Países de la UE en protección social, sanidad, educación y servicios públicos generales. En la segunda parte del trabajo se hace una comparación entre estos países de la UE, los Estados Unidos y Brasil. La última parte del trabajo está dedicada al análisis de la deuda pública y de la tasa de crecimiento del PIB en todos los países objeto de la investigación. En conclusión, tratamos de analizar los resultados de la comparación y comprender si el gasto público en relación con el PIB, en estos países, es capaz de garantizar los derechos consagrados en los distintos sistemas constitucionales.

Palabras Clave: Gasto Público; producto interior bruto (PIB); crisis económica; derechos constitucionales; Unión Europea; Estados Unidos; Brasil; protección social; sanidad; educación; deuda pública.

Abstract

The impact of Public Administration in a national economy can be measured through the earnings and spending of a Public Administration in relation with GDP. In this paper

⁴⁹ Sobre el concepto de “teología del mercado”, véase “Colloquio con Eric Hobsbawm di Wlodek Goldkorn”, L’Espresso, 10 de mayo de 2012, <http://temi.repubblica.it/micromega-online/hobsbawm-%E2%80%9Cil-capitalismo-di-stato-sostituirà-quello-del-libero-mercato%E2%80%9D/>.

⁵⁰ Análisis realizado por M. Rodrigues Canotilho.

we try to analyze the public expenditure within an economic crisis and in terms of GDP percent. This analysis will allow us to define the role of social politics in a given time and to determine the life conditions and rights of citizenship. Specifically we go through the public expenditure of some countries of the European Union, the United States and Brazil. The research paper has two parts. The first one compares some European Union taking account of the expenditures in social protection, health care, education and public services. In the second part, we compare these countries with the United States and Brazil. The last part of the paper goes on the analysis of public debt and growing index of PIB in all the countries under study, trying to understand its meaning for fundamental rights.

Key Words: *Public expenditure, GDP, economic crisis, constitutional rights, European Union, United States, Brazil, social protection, health care, education, public debt.*

Recibido: 10 de febrero de 2015

Aceptado: 10 de marzo de 2015

LA SITUACIÓN ECONÓMICA (Y SOCIAL) DE LOS PAÍSES EN CRISIS

MARIANA RODRIGUES CANOTILHO*

SUMARIO

1. Introducción.
2. El problema de la desigualdad.
3. La reforma de las Administraciones.

1. INTRODUCCIÓN

Como es de conocimiento general, la crisis económica mundial ha tenido consecuencias especialmente graves en Europa, en particular en distintos países del Sur Europeo, que forman parte del grupo conocido como PIIGS (Portugal, Italia, Irlanda, Grecia y España). De hecho, la crisis económica y financiera se ha transformado rápidamente en una crisis social y política, y sus efectos, sumados a los efectos de las medidas de austeridad adoptadas para combatirla, han sido devastadores para los pueblos de estos países.

Hoy en día, el discurso oficial¹ afirma que lo peor de la crisis económica ya ha pasado, pero esa constatación no nos dice, realmente, si los efectos de la alegada recuperación repercuten en las condiciones de vida de los ciudadanos. La verdad es que no siempre hay una correspondencia unívoca entre situación económica y situación social. Muchos autores llaman la atención sobre los límites del PIB como indicador económico y de

* Profesora de Derecho constitucional. Universidad de Coimbra. Portugal.

¹ Véase, por ejemplo, el *Informe Anual 2013 del Banco de España*, disponible en <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/13/Fich/inf2013.pdf>, donde se sustenta que “La economía española está inmersa en una fase de recuperación que se inició en torno al verano del pasado año y ha puesto punto final a una larga y profunda recesión. La actividad fue mostrando un progresivo dinamismo a lo largo de 2013, materializándose en cifras positivas de crecimiento a partir del tercer trimestre. Los datos más recientes indican un reforzamiento de esta trayectoria en lo que ha transcurrido de 2014. El cambio se ha manifestado también en el mercado de trabajo, donde la larga etapa de destrucción de puestos de trabajo dio paso a una fase de modesta creación neta de empleo en el tramo final de 2013, que ha proseguido en 2014, de modo que ya se ha traspasado el umbral crítico de creación de empleo” (p. 9).

desarrollo social, y admiten que es necesaria más información adicional que tenga en consideración otros indicadores importantes de progreso social. Como enseñan Stiglitz, Sen y Fitoussi en un trabajo bien conocido², “es particularmente preocupante cuando las estrechas medidas de performance del mercado se confunden con medidas más amplias de bienestar social. Lo que medimos afecta lo que hacemos; si nuestras medidas no son las correctas, las decisiones podrán ser distorsionadas. Las políticas públicas deben tener como objetivo aumentar el bienestar, no el PIB”. Así, para evaluar de manera realista la situación de los países analizados en este trabajo, habría que tomar en cuenta no sólo datos económicos generales, sino también datos específicos sobre el paro, o sobre la igualdad, así como datos sobre educación, sanidad, seguridad social o investigación científica. Estos datos se relacionan íntimamente con la dimensión de la Administración Pública de cada país, ya que ha sido el sector público el llamado tradicionalmente a desarrollar las principales políticas de promoción y garantía de derechos fundamentales en cada uno de los sectores mencionados. Efectivamente, no está de más recordar que cuando hablamos de indicadores de bienestar social, hablamos necesariamente de derechos, consagrados y protegidos por buena parte de las constituciones de los Estados europeos (bien como por la Constitución brasileña), y que las reformas de esas Administraciones son igualmente reformas de un sistema de acceso a las prestaciones públicas que los hacen efectivos y/o los garantizan.

Así, la Unión Europea afirma, en sus previsiones económicas oficiales más recientes³, que el crecimiento económico de la Unión se está fortaleciendo, ya que los indicadores demuestran un aumento del PIB cada vez más consistente, que permitirá crear las condiciones para una recuperación económica sustentada en el medio plazo. El informe mencionado, que contiene un análisis individual de cada uno de los Estados miembros, cuenta como se refuerzan las señales de recuperación en Grecia, afirma que la creación de empleo vuelve en España, al mismo tiempo que la recuperación económica se estabiliza, y hace un pronóstico de crecimiento también para Portugal, después de un profundo ajuste estructural.

Mientras que el discurso político y económico es bastante optimista, la percepción de la ciudadanía no es la misma, como puede constatarse observando el más

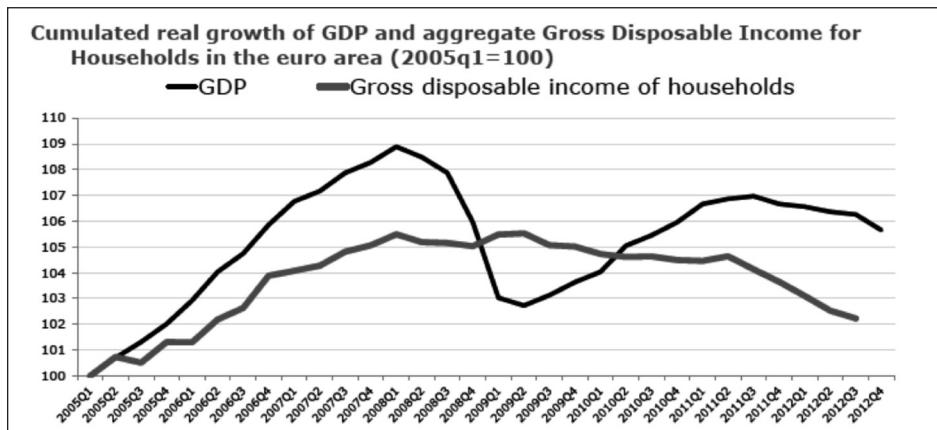
² Cfr. J. STIGLITZ, A. SEN y J. P. FITOUSSI, “*The Measurement of Economic Performance and Social Progress Revisited*”, septiembre 2009, disponible en <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/overview-eng.pdf>.

³ Véase el último *European Economic Forecast*, de la primavera 2014, Dirección General de los Asuntos Económicos y Financieros de la Comisión Europea, disponible en http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2014/pdf/ee3_en.pdf.

reciente Eurobarómetro⁴. La confianza en las instituciones políticas y en la Unión Europea continúa en un nivel muy bajo: solamente 31% de los ciudadanos confían en la Unión. Al mismo tiempo, los europeos siguen muy preocupados con la situación económica y con el paro, pero si analizamos específicamente cada país, verificamos que los temas más referidos cambian de forma expresiva.

Así, para italianos (53%), españoles (52%), portugueses (47%) y griegos (44%) la principal inquietud es la economía, seguida de cerca por la cuestión del paro. Para los alemanes (42%), pero también para austriacos (35%) y checos (30%), el tema más preocupante es la situación de las finanzas públicas de los Estados miembros de la Unión, mientras para los suecos el problema más acuciantes es el medioambiente y el cambio climático. De igual modo, un 96% de los ciudadanos de Portugal, España y Grecia, un 94% de los de Italia y un 89% de los de Francia cree que el estado de la economía en su país es malo, al contrario de los ciudadanos de Alemania, Dinamarca, Luxemburgo y Suecia, donde un 83%, 82% y un 81%, respectivamente, evalúa el escenario económico como bueno.

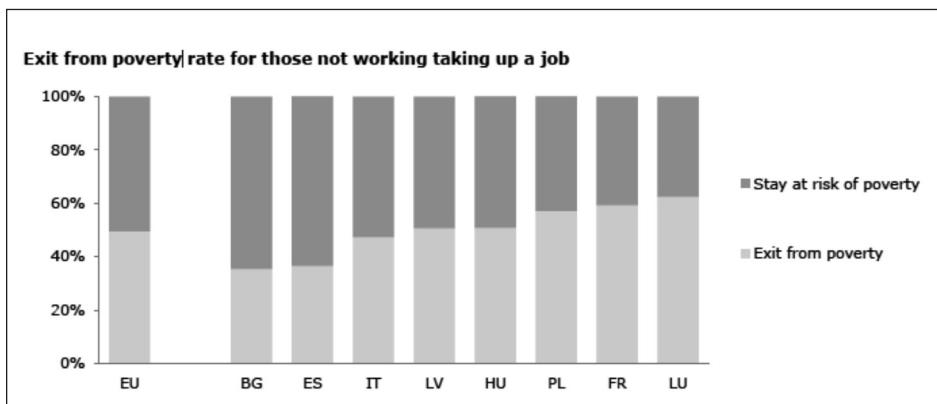
La disonancia evidente entre las medidas de performance económica y la percepción de la mayoría de la población en distintos países es preocupante. De hecho, el PIB no mide ni los ingresos ni el bienestar efectivo:



Cuadro: evolución del PIB (negro) y de los ingresos disponibles de los hogares (azul) en el área del Euro, Eurostat, Comisión Europea, «Informe Employment and Social Developments in Europe», 2013.

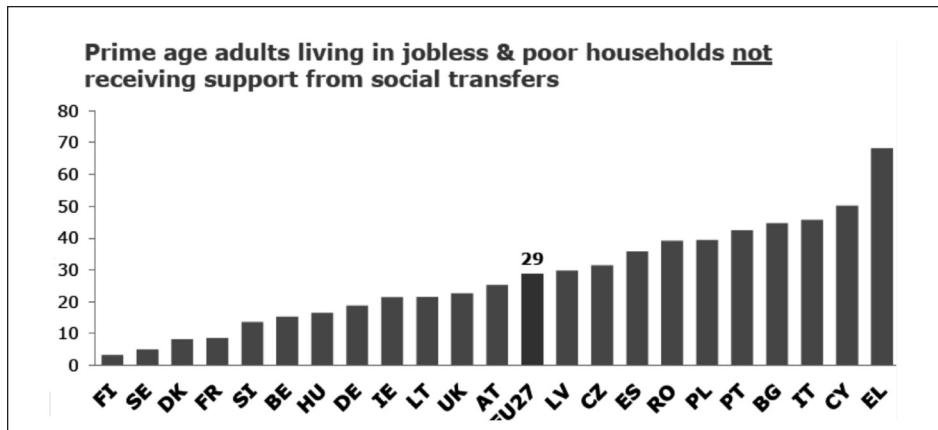
⁴ Standard Eurobarometer 81, Spring 2014, *Public Opinion In The European Union*, European Commission, Directorate-General for Communication, disponible en http://ec.europa.eu/public_opinion/index_en.htm.

Además, hay dos tendencias constatadas en los informes del Eurostat, que hacen que esta disonancia sea aún más acentuada. En primer lugar, el hecho de que los ingresos provenientes del trabajo pueden no ser suficientes para garantizar que un ciudadano o un hogar queden fuera del riesgo de pobreza. Efectivamente, la pobreza entre los ciudadanos en edad de trabajar (18-64) ha aumentado en dos tercios de los Estados miembros de la Unión Europea, en los últimos cuatro años. Más de 50 millones de personas entre 18 y 64 años (casi un cuarto de la población de esa edad) se encuentran hoy en riesgo de pobreza, no siendo capaces de hacer frente a los gastos necesarios para una vida digna. La pobreza de estos ciudadanos es consecuencia, por una parte, de no tener acceso al mercado de trabajo, pero también, en otros casos, del aumento de la precariedad laboral, del trabajo a tiempo parcial y de la baja de los salarios, de tal forma que estos dejan de ser suficientes para mantener a los trabajadores y sus familias. Serán indispensables políticas públicas que corrijan estas tendencias y, probablemente, normativas laborales que aseguren que los ingresos del trabajo sean los mínimos para mantener a los ciudadanos fuera de la pobreza, especialmente los que se encuentran en paro de larga duración o con otros factores de exclusión social. Se ha de hacer notar igualmente que, según la Comisión Europea, la evidencia muestra que la existencia de sistemas de apoyo adecuados y ampliamente disponibles para los ciudadanos sin trabajo no impide un retorno al empleo si las medidas son bien diseñadas.



Cuadro: porcentaje de salida de la pobreza de los ciudadanos en paro que consiguen un empleo en algunos países europeos y porcentaje de la Unión Europea en total; permanecen en riesgo de pobreza (gris) la mitad (en algunos casos, como el de España, más aún) de los que encuentran trabajo; Eurostat, Comisión Europea, Informe «Employment and Social Developments in Europe», 2013.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que los gastos por prestaciones sociales (prestaciones por paro, por enfermedad, de apoyo a la infancia, de habitación, pensiones de los jubilados), que aumentaron en la primera fase de la crisis económica (hasta 2009), vienen bajando desde entonces. Esto se debe a varios factores complejos, entre los cuales se cuenta la pérdida del derecho a las subvenciones públicas (es el caso de los parados de larga duración), pero también a la reforma de las Administraciones Públicas, con un objetivo de consolidación presupuestaria, lo que llevó a la reducción o recorte de prestaciones en muchos países. Este hecho, en conexión con recortes en salarios y pensiones en distintos Estados miembros, ha provocado un aumento relevante del número de personas en situación de necesidad que no reciben ningún apoyo proveniente de transferencias sociales.



Cuadro: porcentaje de adultos que viven en hogares pobres o en situación de paro que no reciben ningún apoyo procedente de transferencias sociales en la Unión Europea; Eurostat, Comisión Europea, Informe «Employment and Social Developments in Europe», 2013.

Todo esto puede crear un foso difícil de salvar entre instituciones públicas y ciudadanos, incluso minando la creencia en los procesos democráticos de decisión, lo que configura un grave problema social y político; pero también un problema de derecho constitucional. Sin un análisis de un conjunto muy amplio de datos es imposible diseñar políticas públicas que respondan a las necesidades más urgentes de la ciudadanía. Hay que tener presente, en todo momento, que las Administraciones Públicas son el principal instrumento de redistribución de renta y de realización de derechos fundamentales del Estado.

2. EL PROBLEMA DE LA DESIGUALDAD

Esto nos trae a la cuestión central de este trabajo, que es la reforma de las Administraciones Públicas en distintos países durante los últimos años. Es importante reflexionar críticamente sobre la narrativa oficial que ha justificado buena parte de las reformas del sector público, antes, pero esencialmente durante la crisis. De hecho, la motivación más común se centra en una descripción de la crisis como una crisis estructural, motivada por un gasto social excesivo o por la dimensión de la Administración Pública. El objetivo central de las reformas más frecuentemente mencionado es el ahorro, verificándose una tendencia general para la privatización y concentración/dismisión de los servicios prestados, bien como un enfoque empresarial que permita dar espacio a los privados y la adopción de criterios de gestión pública orientados al mercado. Sin embargo, la deuda pública de muchos de los países estudiados, que permanecía en valores relativamente estables antes de la crisis, ha aumentado significativamente a partir del inicio de esta, a pesar de las reformas de la Administración. Véase el caso de Portugal (con una deuda del 75,5% del PIB en el año 2007 a un 127,9% en 2012), de España (de un 42,4% de deuda en 2007 a 92,4% en 2012) y hasta de Estados Unidos (de un 75,8% en 2007 a 122,5% en 2012).

General government debt													
As a percentage of GDP													
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Australia	38.2	34.7	38.6	38.9	29.0	22.7	26.8	26.8	27.8	35.5	39.5	43.9	55.5
Austria	70.8	71.7	72.8	71.1	70.6	70.6	66.0	62.4	67.2	73.1	78.0	79.8	85.3
Belgium	113.6	111.9	108.2	103.3	98.2	95.9	91.6	87.9	82.7	99.8	99.6	102.1	104.2
Canada	104.7	105.1	103.7	98.7	94.2	93.0	91.4	86.3	90.8	104.6	106.2	109.9	112.3
Chile	—	—	—	—	17.4	14.1	12.2	12.4	13.4	15.6	18.3	18.6	—
Czech Republic	25.1	29.3	31.5	33.2	33.0	32.7	32.5	30.9	34.3	40.8	44.7	47.8	55.7
Denmark	—	—	—	—	56.6	53.6	45.4	41.0	34.3	41.4	49.3	53.1	59.9
Estonia	6.8	6.7	7.6	8.4	8.6	8.2	8.0	7.3	8.5	12.6	12.4	9.6	13.3
Finland	52.5	50.1	49.7	51.1	51.3	48.5	44.7	40.4	39.7	51.5	57.0	58.6	64.4
France	67.9	67.2	70.7	75.2	77.1	78.9	73.9	73.0	79.2	91.4	95.5	99.2	109.3
Germany	60.9	60.2	62.6	66.0	69.1	71.7	69.8	65.7	69.8	77.4	86.0	85.6	88.5
Greece	116.3	118.4	116.9	110.7	113.1	114.9	120.4	117.8	121.3	137.9	130.2	108.8	164.2
Hungary	62.0	59.9	60.9	61.9	65.2	68.5	72.1	73.0	76.5	86.0	87.4	86.5	89.7
Iceland	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Ireland	40.2	37.1	35.4	34.1	32.7	32.7	28.7	28.4	49.2	70.1	87.3	102.3	125.8
Israel	—	97.4	101.6	107.0	104.9	102.3	90.4	88.1	87.6	89.9	86.7	84.2	—
Italy	123.9	123.1	121.8	119.3	119.7	122.5	121.3	116.4	118.8	132.1	130.8	123.8	141.7
Japan	141.5	151.4	161.8	172.3	178.8	180.2	180.0	180.0	184.2	207.3	210.6	226.8	—
Korea	—	—	19.2	19.7	23.8	25.5	28.6	28.7	29.9	33.3	34.2	38.8	37.8
Luxembourg	—	—	—	—	—	—	11.5	11.3	19.3	19.2	26.1	26.3	30.2
Mexico	31.1	31.2	33.2	32.7	31.0	31.2	28.9	28.2	30.1	37.7	—	—	—
Netherlands	63.9	59.4	60.3	61.4	61.9	60.7	54.5	51.5	64.8	67.6	71.9	76.2	82.7
New Zealand	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Norway	32.6	31.9	39.4	48.8	50.7	47.6	58.7	56.6	55.2	49.0	49.3	33.9	34.4
Poland	45.4	43.8	55.0	55.6	53.3	54.1	54.2	50.4	55.5	57.6	61.4	61.6	63.0
Portugal	62.4	64.2	68.0	70.2	73.5	77.7	77.5	75.5	80.8	94.0	98.1	97.2	127.9
Slovak Republic	58.6	57.2	49.9	48.3	45.9	37.4	35.0	33.5	32.2	40.4	45.9	48.3	56.9
Slovenia	—	33.6	34.7	34.1	34.9	34.0	33.8	29.5	28.8	43.3	47.5	51.0	61.1
Spain	66.6	62.0	60.4	55.4	53.5	50.8	46.3	42.4	47.8	62.8	67.8	78.2	92.4
Sweden	64.0	62.0	61.8	60.4	59.9	60.6	54.0	49.2	47.8	51.5	48.8	49.2	48.7
Switzerland	56.0	55.3	61.5	60.5	61.0	59.1	52.8	52.8	48.3	47.4	46.1	46.2	—
Turkey	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
United Kingdom	45.8	41.0	41.7	42.0	44.2	46.4	46.0	46.9	57.3	72.1	81.6	97.0	101.0
United States	61.5	63.9	70.5	71.4	79.1	78.1	75.6	75.8	91.9	105.0	115.3	120.6	122.5
EU 28	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
OECD	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
China	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
India	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Indonesia	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Russian Federation	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
South Africa	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—

StatLink <http://dx.doi.org/10.1787/888933028729>

Adjusted general government debt-to-GDP (excluding unfunded pension liabilities)													
As a percentage of GDP													
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Australia	19.7	18.1	16.8	13.9	13.2	11.9	11.1	11.1	12.8	17.7	21.6	26.4	30.7
Canada	65.9	67.7	66.8	62.4	78.5	77.0	76.8	72.0	76.7	89.6	91.6	95.8	98.4
Sweden	63.7	61.7	61.5	60.1	58.7	59.4	52.7	47.7	46.1	49.6	46.8	47.0	46.3
United States	53.0	53.0	55.4	58.5	65.5	64.9	63.6	64.0	72.8	86.0	94.8	99.0	102.4

StatLink  <http://dx.doi.org/10.1787/888933028748>

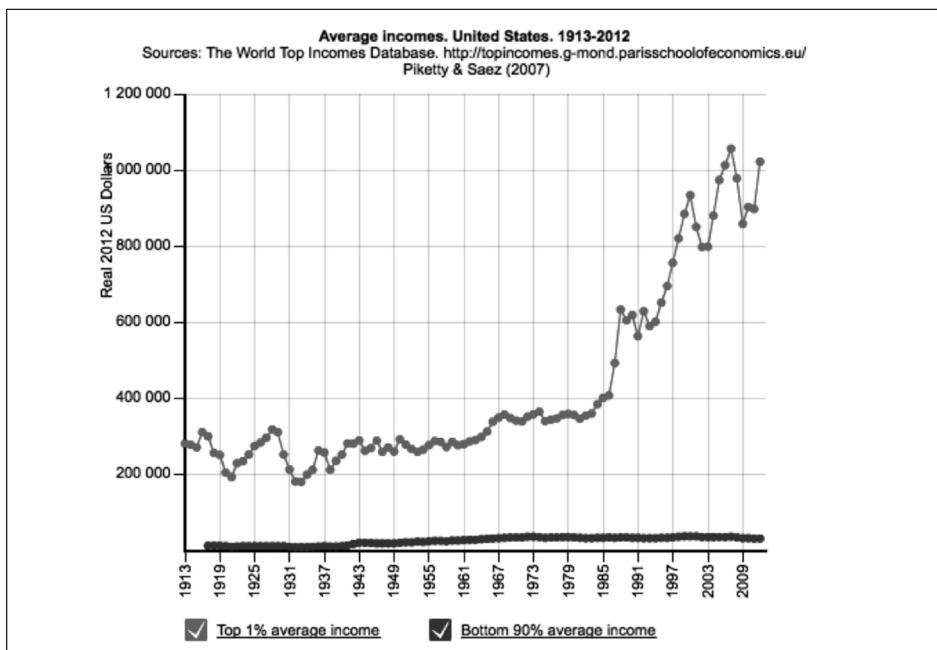
Cuadro: deuda del Gobierno general en porcentaje del PIB, «OCDE Factsheet 2014».

Además, parece existir una contradicción o, por lo menos, un desajuste, entre el ahorro, elegido como propósito de los cambios más o menos profundos que las Administraciones Públicas han conocido en los últimos años y los objetivos y principios establecidos por el derecho constitucional nacional y/o europeo. Basta con leer el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, que establece que la Unión tiene como finalidad promover el bienestar de sus pueblos, y que obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social. En el mismo sentido, pueden recordarse los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución Española (“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”, correspondiendo “a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”); el artículo 9º, d), de la Constitución Portuguesa (“es tarea fundamental del Estado promover el bienestar y la calidad de vida del pueblo y la igualdad real entre los portugueses, así como la eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales, a través de la transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales”) y el artículo 3º de la Constitución de Brasil (“constituyen objetivos fundamentales de la República (...) garantizar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales”).

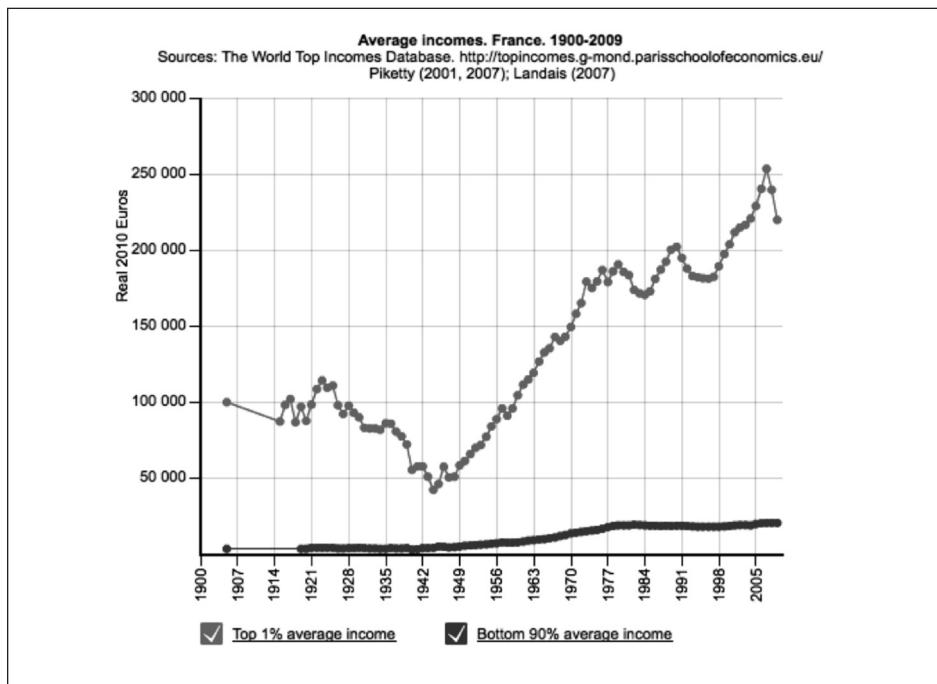
Teniendo en cuenta las exigencias constitucionales, la primera constatación que podemos hacer es que el ahorro y la gestión orientada al mercado de las Administraciones Públicas no pueden ser elegidos, de forma constitucionalmente legítima, como únicos objetivos de las reformas. Si es cierto que la sostenibilidad económica es un supuesto de la existencia misma de servicios públicos, también hay que reconocer que, muchas veces, la prosecución del interés público y de los mandatos constitucionales no se compadece con una organización basada solamente en procesos de tipo empresarial. Desde luego, es evidente que hay áreas en las que el equilibrio económico de los servicios es muy difícil, como es el caso de los transportes públicos, educación y sanidad. Este tipo de prestaciones, que configuran la realización de un mandato constitucional de protección y garantía de derechos, no son económicamente viables si no hay significativas aportaciones de dinero público. Faltando

estas, no podrán ser accesibles a la ciudadanía sin que el precio funcione como limitación decisiva en el acceso al sistema. Por otra parte, la crisis ha disminuido la capacidad de distinción entre propósitos económicos inmediatos (el ahorro, el control de las reacciones de los mercados) y necesidades u objetivos de largo plazo, enmarcados, antes de todo, por el proyecto político, social y económico definido en los textos de rango constitucional. Sin embargo, los dos no pueden, ni deben ser confundidos.

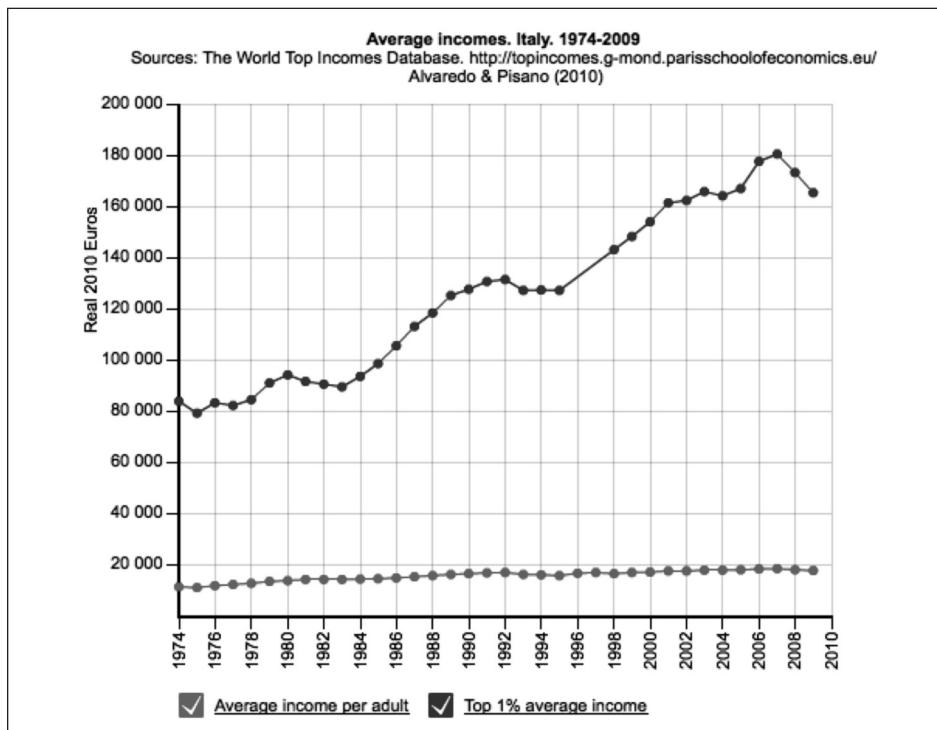
Considerando lo que se ha dicho antes, y mirando los datos disponibles, vemos que la situación no es buena en lo que se refiere al que parece ser uno de los objetivos comunes a la gran mayoría de las democracias constitucionales occidentales: la construcción de una sociedad justa, en la que el desarrollo económico permita asegurar la libertad y la igualdad de los ciudadanos, disminuyendo la pobreza, promoviendo el bienestar y garantizando los derechos fundamentales. De hecho, los países analizados son cada vez más desiguales, en lo que atañe a la distribución de rentas, verificándose una diferencia clara entre la evolución de los ingresos del top 1% y de los del resto de la población. Los ejemplos siguientes son bastante claros:



Cuadro: evolución de los ingresos promedios del 1% (gris) más rico y de los ingresos promedios de los 90% más pobres (negro) en Estados Unidos entre 1913 y 2012, «The World Top Income Database», 2014.



Cuadro: evolución de los ingresos promedios del 1% (gris) más rico y de los ingresos promedios de los 90% más pobres (negro) en Francia entre 1905 y 2009, «The World Top Income Database», 2014.



Cuadro: evolución de los ingresos promedios del 1% (negro) más rico y de los ingresos promedios por adulto (gris) en Italia entre 1974 y 2009, «The World Top Income Database», 2014.

La cuestión de la desigualdad económica es tanto más preocupante, desde un punto de vista jurídico y constitucional, sobre todo cuando algunos economistas llaman la atención por la existencia de una correlación entre desigualdad y el conjunto de problemas sociales que se relacionan directamente con derechos fundamentales⁵.

De hecho, la desigualdad aparece relacionada con el aumento de enfermedades, físicas y psicológicas, obesidad, abuso de drogas, dificultades en el sistema educativo, tasas de encarcelamiento, embarazo adolescente y bienestar infantil. Los resultados de investigaciones en todos estos campos demuestran que los indicadores son significativamente peores en la mayoría de los países desarrollados muy desiguales, aunque

⁵ Véase la obra de R. WILKINSON y K. PICKETT, *The Spirit Level*, Penguin Books, noviembre 2010.

en relación a varios de ellos no pueda ser demostrada una relación de causalidad. De igual modo, la movilidad social, la confianza y la cohesión dentro de una comunidad disminuyen con el aumento de la desigualdad.

Esto mismo es reconocido por la propia Comisión Europea que, en su informe sobre el empleo y la situación social de 2013⁶, afirma que hay razones para creer que un aumento de la desigualdad puede tener efectos perjudiciales, tanto sociales como económicos, por la desconfianza que fomenta en una sociedad y por el desperdicio de capital humano y potencial económico al que conduce. De este modo, se admite que la igualdad no es solamente un objetivo político, social y jurídico, sino que también debe ser considerada un objetivo de naturaleza económica, que puede fomentar el crecimiento, potenciando una mejor utilización de los recursos humanos y creando más y mejores oportunidades para los ciudadanos menos favorecidos.

Las desigualdades en lo que atañe a los ingresos tienen distintas causas, pero la Comisión reconoce que entre ellas se cuenta la polarización del mercado de trabajo, la desregulación del sector financiero, los huecos en las normativas fiscales y el adelgazamiento general del Estado de bienestar. Estos factores han contribuido a la enorme crisis económica y social que aún vivimos y dificultan la recuperación. Es muy sugestivo, en este sentido, el discurso de Dominique Strauss-Kahn, exdirector del FMI⁷, que admite que el modelo de crecimiento económico que ha conducido a la crisis era desequilibrado e insostenible, y que solo debido a un nivel extraordinario de préstamos parecía que los ciudadanos comunes participaban en la prosperidad creciente. La verdad es que esta crisis, como la Gran Depresión antes que ella, fue precedida de un aumento de los ingresos de la minoría más rica, de un crecimiento del sector financiero y de un aumento significativo del endeudamiento.

3. LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES

Las constataciones precedentes nos conducen a la necesidad de analizar la reforma de las Administraciones Públicas y las políticas públicas de ámbito regional, nacional y supranacional adoptadas para combatir la crisis económica y sus efectos dañinos a la luz de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional europeo (que son comunes también a otros países, como Brasil, asimismo tratado en este trabajo). De hecho, los estudios y análisis económicos más recientes, al igual que los datos estadísticos,

⁶ *Employment and Social Developments in Europe 2013*, Comisión Europea, diciembre 2013.

⁷ D. STRAUSS-KAHN, *Human Development and Wealth Distribution*, Managing Director, International Monetary Fund, Agadir, noviembre 2010, (<http://www.imf.org/external/np/speeches/2010/110110.htm>).

parecen indicar que la ruta para revertir muchas de las consecuencias más funestas, en términos sociales, de lo que ha sucedido en los últimos años pasa por una recuperación del proyecto político, económico y social, pero también proyecto constitucional, que habitualmente llamamos Estado social o Estado de bienestar.

Uno de los principios jurídicos y constitucionales fundamentales del Estado de bienestar es el de la universalidad. Esta idea se basa en una comprensión de los derechos fundamentales como derechos de la persona, cuyo goce no debe estar dependiente de ningún tipo de limitación o condición. Esto permite diferenciar el ejercicio de los derechos –en particular de los derechos a prestaciones– de la cuestión de su sostenibilidad económica y financiera, que es de naturaleza distinta, y tiene que ver con el problema básico de la financiación del Estado y del reparto de los recursos públicos entre las diferentes funciones estatales.

La universalidad pone igualmente en evidencia la urgencia de crear, mantener y gestionar servicios públicos accesibles a todos, lo que va en sentido contrario al individualismo propio de las sociedades contemporáneas y de la globalización; todo esto se relaciona directamente con la necesidad de repensar el papel de las Administraciones Públicas, posibilitando el fortalecimiento de su actuación en el espacio público e impiadiendo que se reduzcan a Administraciones de prestaciones mínimas, apenas para los más necesitados, con todos los problemas de control democrático y de reducción de la calidad de los servicios que una solución de este tipo puede conllevar. Como demuestra el impresionante número de ciudadanos en situación de necesidad y sin cualquier tipo de apoyo social, actualmente, en Europa, la cuestión del acceso a la Administración y a los servicios por ella asegurados será uno de los problemas fundamentales de los próximos años. Además, hay que recordar también que la universalidad de los servicios públicos, asociada a un sistema fiscal adecuado y progresivo, permite disminuir la desigualdad, suavizando la dimensión de distintos problemas relacionados con ella y contribuyendo a establecer lazos de confianza y cohesión social.

Otra de las cuestiones presentes cuando reflexionamos sobre la reforma de las Administraciones y la situación económica es la protección de la confianza legítima de los ciudadanos. Se ha asistido, en los últimos años, a recortes de diversas prestaciones públicas (pensiones de jubilación, salarios de funcionarios, prestaciones por paro o enfermedad, etc.), lo que levanta dudas sobre la concordancia práctica entre la indispensable sostenibilidad económica de los servicios públicos y las expectativas legítimas (y legales) de los ciudadanos titulares de derechos fundamentales afectados por esos recortes (derecho a la protección social, a la sanidad, derecho a condiciones de trabajo justa y a la negociación colectiva de las condiciones laborales, solo por mencionar los previstos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Finalmente, pensar sobre las reformas de la Administración Pública diseñadas durante el período de crisis económica y durante el período que la ha precedido obliga a tener presente las cuestiones relacionadas con la transparencia, buena administración y administración democrática. En teoría, es función de la administración responder, directa (a través de prestaciones públicas) o indirectamente (a través de políticas públicas entendidas en un sentido más vasto, normativas, incentivos, etc.) a las principales necesidades de los ciudadanos. Sin embargo, cerca de un cuarto de la población de la Unión Europea, destacando espacialmente a los niños (que están particularmente expuestos), vive en riesgo de pobreza, aunque esta región tiene un PIB de €12 945 402 millones de Euros (datos del Eurostat, 2012) y es la economía del mundo más grande, si la miramos como una única entidad. Los sistemas sociales revelan dificultades para responder eficazmente a esta situación, y las reformas efectuadas hasta el momento no han impedido su empeoramiento.

Por todo esto, parece evidente que es imprescindible adoptar una perspectiva que integre el análisis económico con un análisis de las cuestiones sociales y los objetivos constitucionales en relación a las Administraciones Públicas y su papel en el mundo de hoy. Solo una visión más compleja y completa permitirá que pasen a ser evaluadas con base no solamente en su performance socioeconómica, pero también con fundamento en su papel en la redistribución de la renta y en el progreso social y el bienestar efectivo de las poblaciones.

Resumen

En este trabajo se analizan las consecuencias que la crisis económica ha tenido en términos cuantitativos sobre la mayoría de los Estados miembros de la Unión. A continuación, se destaca especialmente la incidencia sobre la igualdad y la pobreza. Finalmente, se hace una reflexión sobre estos datos y desde la teoría constitucional.

Palabras Claves: Unión Europea, igualdad, pobreza, teoría constitucional.

Abstract

This paper analyzes the consequences of the economic crisis on quantitative terms on most of the European Union members. After that, the paper underlines the impact on equality and poverty. Finally, it reflects on constitutional theory grounds on the value of these premises.

Key words: European Union, equality, poverty, constitutional theory.

Recibido: 4 de mayo de 2014

Aceptado: 5 de junio de 2014

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS*

ANDREA ROMANO**

SUMARIO

1. Introducción: la relevancia de las perspectivas metodológicas en la relación entre Administración y Constitución.
 2. Notas sobre los fundamentos constitucionales del Derecho administrativo en la época liberal.
 3. La inclusión de los principios constitucionales en las constituciones europeas tras la II Guerra Mundial.
 4. La relación entre Administraciones y Constituciones en el proceso de integración europea.
- ## **1. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE LAS PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS EN LA RELACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y CONSTITUCIÓN**

Este trabajo trata de afrontar la cuestión de los principios constitucionales que rigen en la administración pública tanto en la experiencia europea como en otros continentes. A la hora de realizar un estudio comparativo pormenorizado de los asuntos administrativos nacionales surgen inmediatamente algunas complicaciones, pues se debe tener en cuenta el peso de las variables históricas y geográficas en la organización y en la concreción de las funciones administrativas de cada Estado. No obstante, la propia dialéctica Administración/Constitución ofrece una primera perspectiva de análisis interesante para describir, siguiendo un método comparado, el desarrollo de algunas tendencias, líneas de continuidad y de ruptura que caracterizan las experiencias nacionales analizadas. Desde esta dialéctica, la primera cuestión de interés para el estudio de los principios constitucionales de la Administración, se encuentra en un problema de carácter metodológico, aunque rico en implicaciones sustanciales: la propia concreción y definición del Derecho administrativo como disciplina científica.

* Traducido del italiano por Antonio Pérez Miras.

** Investigador. Universidad de “La Sapienza”. Roma. Italia.

En efecto, la cuestión de los principios constitucionales de la Administración pública requiere entrar en una de las problemáticas más discutidas en Derecho público desde el siglo XIX y durante todo el siglo XX, como es la distinción entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo¹: distinción que adquiere especial relevancia para este trabajo pues, como sosténía Giannini en un conocido trabajo sobre la dogmática alemana², en la concepción unitaria de las dos disciplinas reside la exigencia de que la actividad de los poderes públicos no estuviera desvinculada de los principios fundadores del ordenamiento, y de ahí que la cuestión de la disciplina del Derecho administrativo se refleje en el tema de los límites a la actividad administrativa.

En el contexto italiano, esta cuestión ha precedido de forma particular las discusiones de la entonces incipiente doctrina administrativa. Por ejemplo, en autores como Santi Romano y Vittorio Emanuele Orlando³, prevalece la necesidad de un tratamiento autónomo de las dos disciplinas. En este sentido es célebre la imagen expresada por Santi Romano según la cual “el Derecho constitucional no es una rama del Derecho público, sino que es su tronco, del que salen después las distintas ramas. Tronco bien sólido y macizo que por su rectitud resalta rotundo entre el encaje de las hojas y las ramas de manera que no es posible confundirlo con ninguna de éstas, ni siquiera con la más grande, esto es, con el Derecho administrativo”⁴.

En el ámbito alemán se debe a Otto Mayer⁵ el intento más sólido de elaborar una doctrina del Derecho administrativo como ciencia autónoma, en oposición a

¹ Ello daba lugar, de hecho, según S. ROMANO a “controversias gravísimas”, así en *Principii di diritto amministrativo*, Società editrice libraria, Milán, 1912, p. 6.

² Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo I*, Giuffrè, Milán, 1970, p. 44: “El tema de la distinción del derecho administrativo con otras ramas del derecho [...] nació de la postura que adoptaron algunos juristas alemanes en la que se asumía que existía un derecho público (interno) en el sentido de que tanto derecho constitucional como derecho administrativo eran realidades no autónomas (opinión que tenía una precisa razón de ser en el objetivo de evitar la elusión administrativa de los preceptos constitucionales)”; cfr. del mismo autor también la larga nota 76 en la p. 234 de *Profili storici Della scienza del diritto amministrativo*, consultado en Id., *Opere complete*, vol. II, Giuffrè, Milán, 2002.

³ Cfr. de este autor *Principii di diritto amministrativo*, Barbera, Florencia, 1903 y la “Introduzione generale”, en *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol I, Milán, Società Editrice Italiana, 1900, pp. 61 ss.

⁴ Así S. ROMANO, “Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche”, en Id., *Scritti minori*, vol. II, Giuffrè, Milán, 1950, p. 253, así como *Principii di diritto amministrativo italiano*, op. cit., especialmente, pp. 5 ss.

⁵ Sobre el trabajo de Otto Mayer véase en lengua italiana M. FIORAVANTI, “Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, pp. 600 y ss, especialmente, pp. 610 ss.

la doctrina prevalente de la época que apostaba por una concepción unitaria del «*Verwaltungsrecht*» y del «*Verfassungsrecht*» dentro del Derecho común del Estado («*Staatsrecht*»)⁶. Es habitual recordar en doctrina alemana las fórmulas antitéticas con las cuales se ha tratado con mayor claridad la cuestión de la relación entre Derecho administrativo y constitucional: de un lado, el mismo Mayer con la conocida expresión «*Verfassungsrecht vergeht, verwaltungsrecht besteht*»⁷ trataba de remarcar la continuidad de los aparatos burocráticos respecto a la mutabilidad de los ámbitos político-institucionales; por otro lado, treinta y cinco años después, Fritz Werner estableció su citadísima máxima según la cual el Derecho administrativo es Derecho constitucional concretizado⁸. Es decir, por un lado se ha venido observando a lo largo del tiempo un tratamiento antagónico del Derecho administrativo respecto del Derecho constitucional, y por otro, como resultado de la evolución de la perspectiva constitucional, se ha ido poco a poco considerando al segundo como premisa imprescindible del primero.

Igualmente en la doctrina francesa posterior a la II Guerra Mundial se puede recordar la discusión entre Vedel y Eisenmann: uno con el intento de situar las bases del Derecho administrativo en la Constitución –a pesar, como veremos, del absoluto silencio de la Carta del 58 en materia de administración; el otro, empeñado en dudar de la incidencia del texto constitucional en el Derecho administrativo francés⁹.

⁶ Cfr. la recensión de LABAND al volumen de Mayer sobre el derecho administrativo francés en *Archiv für öffentliches Recht*, 1887, 149 ss., ahora consultable también en la página web www.digizeitschrift.de, 155 ss., especialmente la afirmación (citada también por Fioravanti en el trabajo reseñado en la nota 5): “*Verwaltungsrecht ist nicht eine spezifische Art von Recht, sondern es ist die Summenderjenigen Rechtssätze, welche die öffentliche Verwaltung betreffen*”, 155. De LABAND véase el capítulo VIII, “*La pubblica amministrazione*” en *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, para la consideración de la Administración “como desarrollo y fuente de derecho público”.

⁷ La expresión –que el autor alemán toma de Portalis con referencia a la relación entre Derecho público y privado– se contiene en el prólogo de la edición de 1924 a la obra *Deutsches Verwaltungsrecht*, Dunker&Humblot, Berlín. Por lo demás, en la introducción se encuentra desde el inicio la afirmación de la oposición entre Constitución y Administración, y por tanto, del Derecho constitucional y del Derecho administrativo: cfr. O. MAYER, *op. cit.*

⁸ Críticamente sobre este trabajo del administrativista alemán cfr. C. MOELLERS, “*Methoden*”, en W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt Assmann, A. Vosskuhle (coords.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, Beck, Munich, pp. 133 ss.

⁹ Cfr. L. FAVOREAU, “*Droit administratif et normes constitutionnelles*”, en *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, París, 2004, pp. 649 ss. Se puede ver una síntesis reciente en E. BREEN, “*Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann: une controverse sur les fondements du droit administratif*”, *Revue française du droit administratif*, 2012, pp. 232 ss.

El debate entre ambas perspectivas sobre la condición del Derecho administrativo ha permitido señalar también sus implicaciones sobre los institutos fundamentales de este último. El trabajo de Mayer fue en este sentido particularmente significativo: se concentró en recordar al respecto cómo la cuestión resulta de una consideración preliminar sobre la relación entre la ley y el acto administrativo, en la medida en que, por un lado, la ampliación de la autonomía de la Administración respecto de la ley parecía coherente con la individualización de un estatuto independiente del Derecho administrativo frente al Derecho constitucional, y por otro lado, el reconocimiento del valor de los principios constitucionales en el ámbito de la actuación administrativa requería un vínculo más estrecho entre la ley y el acto administrativo¹⁰.

Esta sintética exposición sobre el debate de las relaciones entre las dos ramas del Derecho público, nos permite señalar, de entrada, algunos puntos histórico-teóricos de especial interés que adquieren una fuerza particular en la cuestión sobre los vínculos entre la Administración y la Constitución. En primer lugar, entre las numerosas cuestiones que surgen en torno a este tema, se debe observar la experiencia del Estado liberal y su contribución en la elaboración de los principios que vinculan, dirigen y controlan la actividad de la potestad administrativa. Por otro lado, se ha prestado particular atención a la transformación de determinadas disposiciones constitucionales y a importantes pronunciamientos jurisprudenciales que, en la paulatina evolución hacia un Estado democrático pluralista, han vinculado a la Administración con los derechos fundamentales. Por último, se ha apuntado el fenómeno de la llamada europeización del Derecho administrativo.

Encuadrar el tema a través de una perspectiva evolutiva requiere de una aproximación histórico-comparada, pues aunque ésta metodología sea una exigencia de toda investigación sobre los problemas actuales del Estado constitucional¹¹, resulta especialmente útil para profundizar en la dimensión constitucional de la Adminis-

¹⁰ Al respecto, cfr. B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, pp. 166 ss., citado por A. SANDRI que manifiesta cómo “el acto administrativo en cuanto forma jurídica de cada relación entre Estado administrativo y el súbdito se sobrepone al criterio delimitativo de la legalidad del acto imperativo y contribuye así a dilatar los límites del derecho administrativo acercándolos a los del sistema francés” en “Riconoscimenti sulle epoche e i nuovi sviluppi del diritto amministrativo in Germania”, www.issirfa.cnr.it.

¹¹ Sobre este punto es obligada la referencia en la literatura italiana de los estudios de G. GORLA, *Diritto comparato* en *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, 1964; A. A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2010, *passim*; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Turín, 2010; así por último véase también A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

tración¹². De hecho, la reconstrucción de los orígenes y las trayectorias de la Administración, aunque se observe de manera extraordinariamente sintética, permite trazar una nexo de unión entre el fenómeno de la llamada europeización del Derecho administrativo y las raíces del moderno Derecho público, pasando por “el momento de la redacción”¹³ de un estatuto constitucional de la Administración Pública¹⁴. La inclusión en las Constituciones del siglo XX de principios que se refieren al sector público no puede renunciar a la herencia de la experiencia del Estado liberal, y ha de tener en cuenta al mismo tiempo su reelaboración y sucesiva proyección en el desarrollo de un Derecho público europeo. Por todo ello, la perspectiva histórica deja emerger la existencia de una estrecha unión entre Administración y Constitución, y sitúa el núcleo de la cuestión en los principios constitucionales que han regido la acción de los poderes públicos desde el siglo XIX.

2. NOTAS SOBRE LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA ÉPOCA LIBERAL

Como se ha observado, las diferentes experiencias nacionales de desarrollo del Derecho administrativo, y el hecho de que la misma ciencia del Derecho administrativo haya reivindicado a menudo que la especificidad de cada nación se refleja en la imposibilidad de comunicar formas de organización de un Estado a otro¹⁵, no impiden una reflexión sobre una base común en la fundación del Derecho administrativo en torno a la experiencia del constitucionalismo en el Estado liberal¹⁶.

¹² Para un estudio comparado, cfr. C. SCHOENBERGER, “Verwaltungsrechts vergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte” en A. Von Bogdandy, P. Cruz Villalón (coords.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, C.F. Mueller, Heidelberg, III vol, 2010, 493 ss.; cfr. además M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato: la trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1992; G. NAPOLITANO (coord.) *Diritto amministrativo comparato*, Milán, Giuffrè, 2007.

¹³ Según la feliz fórmula adoptada por C. PINELLI en el momento de la preparación del Tratado constitucional de la Unión Europea en *Il momento della scrittura*, Il Mulino, Bolonia, 2003.

¹⁴ Es ésta la línea de investigación sobre la cual insiste en particular A. von BOGDANDY del que se puede consultar recientemente la versión española del clásico *Handbuch* en Bogdandy, Puigpelat (coords.), *Ius Publicum Europaeum. El espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

¹⁵ Emblemática al respecto es la conocida posición de Albert van DICEY que consideraba que el Derecho administrativo era extraño a la experiencia británica.

¹⁶ Así P. SCHIERA, “La comune storia europea del diritto amministrativo e della scienza”, en S. Cassese, P. Schiera, A. v. Bogdandy, *Lo stato e il suo diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2012, según el cual “el rasgo común del cultivo del derecho administrativo europeo fue el constitucionalismo”, p. 51.

En efecto, se puede ante todo hacer referencia al principio de la división de poderes, y a la afirmación de la supremacía parlamentaria que lleva a la separación entre política y administración, mediante la subordinación de la administración a la ley del parlamento (principio de legalidad). En el plano de las relaciones entre individuo y poder se puede asimismo recordar que las transformaciones de las relaciones entre órganos constitucionales, derivadas de una nueva visión de la legitimación de los mismos, se reflejan en la configuración del binomio autoridad/libertad: la posibilidad para el ciudadano de presentar demandas subjetivas ante la actuación de la autoridad, aunque fuera a través de primitivas formas de tutela ante una autoridad jurisdiccional, tuvo efectos evidentes en las reparaciones a los individuos por la actuación de la administración estatal¹⁷.

Bien es cierto que, frente a la existencia de este sustrato común que inspira el constitucionalismo liberal, con frecuencia se han resaltado importantes diferencias en la estructura de la Administración que han hecho del modelo francés y del inglés dos “tipos ideales”¹⁸: como la aplicación a las autoridades públicas de un Derecho especial en el caso francés (con la institución de un juzgado «ad hoc», el Consejo de Estado), o la existencia de un Derecho ordinario en el caso inglés, que en consecuencia vale tanto para los sujetos públicos como para los privados; así como la administración centralizada en el caso francés, y la prevalencia del gobierno local («self government») en la experiencia inglesa; o la formación de una clase de juristas que ocupan los cargos de responsabilidad en la administración burocrática francesa, y la formación prevalentemente humanística en el caso inglés.

Sin embargo, esta misma división ha puesto recientemente en cuestión la rigidez de esta división¹⁹, pues no se puede infravalorar la contribución de la tradición inglesa (sobre la que volveremos en breve), de la que afloraron algunos principios frente a los que no resultaron impermeables las otras experiencias europeas: junto al mencionado principio de división de poderes del que deriva el principio de legalidad de la acción administrativa y la preeminencia del parlamento sobre el ejecutivo («Sovereignty of Parliament»), se puede hacer también referencia al principio de responsabilidad ministerial, que influirá, al menos en un primer momento, en la

¹⁷ Sobre este punto véase P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Turín, 2006, 79 ss.; A. BALDASSARRE, “Diritti pubblici soggettivi”, en *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, 1989.

¹⁸ Así S. CASSESE, “Le basi costituzionali”, en Id. (coord.), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milán, 2003.

¹⁹ Cfr. S. CASSESE en el trabajo citado en la nota anterior; cfr. también P. SCHIERA, *op. cit.*, pp. 51 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2004, *passim*.

experiencia italiana (cfr. art. 95 Const.: los ministerios responden de los actos de sus departamentos). También, sobre la base de una convención constitucional, tras la afirmación de la monarquía parlamentaria, se consolidará el principio por el cual ante el parlamento responden sólo los ministros y no los funcionarios, de lo que derivó que en el caso de «wrongs» por parte de estos últimos, son los ministros y no los funcionarios los que deben presentar la dimisión: la consideración de este principio, sin embargo, en el mismo caso inglés, se ha enfrentado recientemente con una praxis que ha hecho aún más compleja una total aplicación del mismo²⁰.

Al mismo tiempo, y siguiendo con la influencia de la experiencia británica, se ha evidenciado la relación entre la extensión del sufragio universal y la expansión de las funciones llevadas a cabo por el Estado: la idea por la cual el aumento de la base electoral implica también la ampliación de la intervención del Estado en las nuevas exigencias de la colectividad será de hecho una constante en la extensión del sufragio en los países de la Europa continental entre los siglos XIX y XX, así como una característica de la dimensión democrático-participativa de la que se enriquecerá el Estado constitucional del siglo XX.

Más en general, en la época del constitucionalismo liberal se realizó un importante esfuerzo por conseguir la neutralidad política del aparato burocrático, incluso como garantía en la esfera privada de la injerencia de los poderes públicos. Ello se realizó a través de los principios de legalidad y de la reserva de ley, que presenta, como notablemente ha observado P. Ridola, un origen común: el primero mira a la acción del soberano, del gobierno y de los poderes públicos conforme a la ley emanada por el parlamento (como garantía de la clase burguesa); la segunda se refiere a que sólo la ley emanada del parlamento pueda limitar los derechos de los ciudadanos. En el contexto británico, el principio de «rule of law» desarrollará por sí mismo la función de limitación del poder como garantía de los derechos de los ciudadanos, aunque su origen será diferente: fruto de una operación de autolimitación estatal en la experiencia continental y resultado de un proceso más complejo que implica al parlamento y la actividad de los tribunales, y que por tanto produce un Estado de Derecho, que proviene también del tejido social en la experiencia inglesa²¹.

También en el marco del constitucionalismo estadounidense puede y debe hacerse un apunte sobre la época liberal: a pesar de que la Constitución americana no presenta indicaciones precisas en materia de Administración –cuyo silencio al

²⁰ Al respecto, por todos, V. BOGDANOR, “The Civil service”, en Id., *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 237 ss. Cfr. P. SCHIERA, *op. cit.*

²¹ Así P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, *cit.*, p. 121.

respecto fue en verdad el resultado de un compromiso entre federalistas y anti-federalistas²²— no puede decirse que sea extraña a la cultura americana del siglo XIX, pues principios como la rígida división de poderes o la Constitución como «higher law» proporcionan una manifestación, aunque básica, de la actuación administrativa y de la exigencia de una separación entre Administración y política. En esta perspectiva se encuadra el reciente intento de un conocido administrativista americano, Jerry Mashaw, de considerar que aquello que define como “a hole in the text of U.S. Constitution” —o sea, el silencio de la Constitución acerca del modelo de Administración (“Administration is missing”)— se habría solucionado ya en los primeros años de vida republicana por un conjunto de “legislation, administrative practices and judicial precedents”²³, que configuraría una especie de “unwritten administrative constitution”: superando de este modo la consolidada excepción según la cual el nacimiento del Estado administrativo en los Estados Unidos se situaría en el cambio de siglo entre el XIX y el XX, y en particular a partir de la «Interstate Commerce Act» de 1887. La tesis de Mashaw es que la regulación de la Administración estaba ya presente en los primeros cien años de historia republicana americana: “From the earliest days of the Republic, Congress delegated broad authority to administrators, armed them with extrajudicial coercive powers, created systems of administrative adjudication, and specifically authorized administrative rulemaking”²⁴.

3. LA INCLUSIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS TRAS LA II GUERRA MUNDIAL

Con el asentamiento del Estado democrático pluralista a lo largo del siglo XX, no se olvidará el laboratorio liberal en la determinación del conjunto de principios destinados a limitar y dirigir la acción de la Administración. Al contrario, sobre su base y mediante una reelaboración de sus herramientas, se sostendrán significativos dispositivos de unión de la Administración con el resto de los poderes constitucionales.

²² Al respecto, cfr. G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli USA*, Giuffrè, Milán, 2004, especialmente pp. 29 ss. Incluso para una profundización del concepto de Administración pública que surgía ya en *El Federalista*.

²³ Cfr. J. MASHAW, *Creating the administrative constitution: the lost one hundred years of American administrative law*, Yale University Press, Londres, 2012, 286. Al respecto véase también W. NOVAK, “A revisionist History of Regulatory Capture”, en D. Carpenter, D. Moss, *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it*, Cambridge University Press, 2013, consultable también en la página web www.tobinproject.org.

²⁴ *Ibidem*, p. 5.

les: un ejemplo emblemático se encuentra en la relectura del principio de legalidad pasando de una dimensión formal a una sustancial. Al mismo tiempo, la inclusión de la reserva de ley en el nuevo marco de las Constituciones rígidas ya no se referirá más a aquella función de límite al legislador sino que será sobre todo un vínculo al legislador en su proceder para la conformación, promoción y tutela de los derechos constitucionales²⁵. Aún más, el principio de imparcialidad de la actividad de la Administración pública, corolario del principio de legalidad expresado en el art. 97 de la Constitución italiana y en el art. 103 de la española, cambiará profundamente sus caracteres. Como observa Cerri, si en el marco de la experiencia liberal el principio de imparcialidad provenía de la división de poderes y de la necesidad de asegurar la salvaguardia de los intereses generales sobre los particulares, en el nuevo diseño constitucional, el principio en cuestión se adhiere estrechamente, por una parte, a la cuestión de la ampliación de las funciones estatales en el Estado democrático plurista y a la consiguiente expansión de la discrecionalidad administrativa, y por otra, al enlace con el principio democrático, que en ambos casos reflejan el problema de la “unidad-distinción”²⁶ entre Gobierno y Administración. De aquí se deriva, por un lado, la necesidad de que la Administración como “parte imparcial”²⁷ sea llamada a realizar una ponderación de todos los intereses en juego en aquellas actividades que requieren una elección discrecional²⁸; y del otro lado, más limitadamente, se ha insistido en la incardinación entre el principio democrático y el principio de imparcialidad, que se traduciría a su vez en una exigencia de correspondencia de las autoridades administrativas con la acción política de la mayoría, con la finalidad de no fragmentar en la fase de la ejecución administrativa el vínculo entre soberanía popular y representación política, así como el respeto a las minorías y al principio de no discriminación²⁹. Aunque la relación entre democracia e imparcialidad de la Ad-

²⁵ Cfr. los importantes pasajes de P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 117-118.

²⁶ Así C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Pádua, 1975.

²⁷ Así C. MORTATI, *op. cit.*, p. 593, utilizando una expresión de Carnelutti con referencia a la figura del ministerio público.

²⁸ Más precisamente afirma aún MORTATI, *op. cit.*, que la Administración pública debe efectuar “una suficiente valoración de todos los elementos de juicio necesarios para alcanzar una decisión justa, que atempere cuanto sea posible las exigencias públicas con las de los privados, evitando cada sacrificio a su cargo que no deba ser soportado”, p. 373.

²⁹ Esta es la posición expresada por A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, Pádua, 1973, pp. 4 ss., “el principio de imparcialidad no constituye un término contrario respecto a la dirección política de la administración pública [...] y en base al principio de imparcialidad no se admite ninguna dirección político-administrativa que no se ajuste a las decisiones de la mayoría (estén o no consagradas en una ley)”; cfr. también Id., *Istituzioni di diritto pubblico*,

ministración surgiría en general a través de las exigencia de las formas de control de los administrados sobre la eventual arbitrariedad de las autoridades administrativas (por ejemplo, a través del procedimiento contradictorio en la adopción de los actos administrativos, la obligación de motivación, etc.)

3.1. Los principios constitucionales de la Administración pública en los documentos constitucionales: perspectiva estática

Desde un punto de vista literal, es usual afirmar que no son frecuentes las llamadas puntuales de las Constituciones a los principios que deben inspirar la organización y el funcionamiento de la Administración. En general, los principios constitucionales sobre la Administración persiguen el objetivo de “neutralización política” de ésta (L. Carlassare) mediante la separación de la política del ámbito administrativo, esencial a fin de realizar los principios de democracia y pluralismo (principio de alternancia mayoría/minoría) así como de asegurar la continuidad de la función administrativa; también persiguen establecer las relaciones entre Gobierno y Administración en el sentido de manifestar el poder de dirección del primero sobre la segunda (art. 96 Const. española; art. 20 Const. francesa; art. 95 Const. italiana); limitar la discrecionalidad de la Administración, sea a través del principio de legalidad y las reservas de ley, sea mediante la llamada más general a respetar el ordenamiento jurídico, del Derecho o de la Constitución, o más aún, a través de una llamada a la imparcialidad o a la objetividad (art. 103.1 Const. española; art. 97 Const. italiana); por último, persiguen la revalorización de la dimensión participativa del ciudadano en el poder público, particularmente presente, como se dirá, en la Constitución española (art. 9.2 y art. 105 Const. española; art. 2 Const. italiana). Constituyen pues aspectos comunes a la disciplina de la descentralización administrativa (art. 5 Const. italiana; Sección VIII Const. alemana; Título VIII Const. española).

Desde una perspectiva más general, como se verá, la relación entre Administración pública y Constitución debe enmarcarse dentro de un proyecto más ambicioso de emancipación individual y colectiva del cual estarán llamadas a hacerse cargo, a través de diferentes modos, las diversas experiencias constitucionales, incluidas aquellas del área anglosajona así como algunas de Sudamérica.

Giuffrè, Milán, 2002, pp. 239 ss. Al respecto, cfr. sobre todo C. ESPOSITO, “Riforma dell’amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini”, en Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Pádua, 1954, pp. 250 ss.; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, Pádua, 1974, pp. 27 ss. En la literatura alemana reciente, cfr. C. MOELLERS, *op. cit.*, p. 136.

La Constitución italiana es un ejemplo de la inicial timidez de las Constituciones tras la II Guerra Mundial a la hora de conferir importancia constitucional a la Administración. Las normas centrales de referencia son los arts. 97 y 98, según un modelo que reflejaba, de acuerdo con la mayor parte de los autores, una línea de continuidad con la experiencia liberal, y en la que las relaciones entre Administración y poder político en el plano constitucional se reducían a una enumeración de obligaciones del legislador. Era esta una configuración de la disciplina constitucional de la Administración que parecía, por tanto, dejar al margen la exigencia de tutela de las posiciones subjetivas individuales y de las garantías procedimentales³⁰, llevando a una parte de la doctrina a entrever la supervivencia de una impronta autoritaria en la configuración de las relaciones entre Administración y Constitución. Se observará posteriormente que esta imagen debe considerarse superada, gracias a la contribución de la doctrina, de la jurisprudencia constitucional y del legislador (en concreto tras la aprobación de la ley n. 241/1990), que han permitido reconducir los principios relativos a la Administración pública en el marco de la forma de Estado democrático-pluralista.

Más complejo es el discurso sobre los principios fundamentales relativos al poder público en el caso de la Ley Fundamental de Bonn, en la que debe reconocerse el importante papel del Tribunal constitucional a la hora de configurar un completo sistema regido por numerosos principios constitucionales referidos a la Administración (en particular a través de la elaboración de una teoría de la sumisión de la Administración a los derechos fundamentales, la llamada «Vergrundrechtlingung»). Las principales disposiciones constitucionales de referencia son el art. 1.3 que vincula al poder legislativo, al ejecutivo y al poder judicial al respecto de los derechos fundamentales; el art. 19.4 que prevé la posibilidad para quien sufra una lesión en sus derechos fundamentales de dirigirse a la autoridad judicial, por tanto incluyendo los actos de la Administración. Otros principios que limitan a la autoridad administrativa derivan del principio del Estado de Derecho del art. 20.3 en su doble forma de la «Vorrang des Gesetzes» y de la «Vorbehalt des Gesetzes»: la primera consiente el desarrollo de la actuación administrativa sin menoscabo de las leyes existentes, mientras que la segunda permite la actividad de la Administración sólo en presencia de una explícita base normativa³¹. Además, observa el principio de proporcionalidad

³⁰ Sobre este tema para una profundización de la jurisprudencia constitucional relativa al proceso justo, entre los trabajos más recientes, cfr. P. MEZZANOTTE, “Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale dei diritti”, en R. Nania (coord.), *L’evoluzione costituzionale dei diritti e delle libertà costituzionali*, Giappichelli, Turín, 2012, pp. 399 ss.

³¹ Al respecto, cfr. F. OSSENBUHL, “Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes”, en Isensee, Kirchhof (coord.), *Handbuch des Staatsrecht*, vol. V, C.F. Mueller, Heidelberg, 2007, pp. 183 ss.; y en la

(infra) en el ámbito de la actuación administrativa, entendido como prohibición de exceso (Uebermassverbot). Su fundamento constitucional ha sido extraído por el Tribunal constitucional del principio del Estado de Derecho de los arts. 20, 19.2³². Por último, destacan los apartados 4 y 5 del art. 33 que introducen una reserva de función administrativa.

En la Constitución francesa, los artículos dedicados al ámbito de la administración parecen a primera vista limitarse solamente al art. 20.3, que prevé la dirección de la Administración por el ejecutivo. Aquí, quizás aún más que en el caso alemán, el papel de los jueces, y en particular del Consejo de Estado, ha sido fundamental. En el intento de ofrecer una explicación de tal elección se ha hecho referencia a que el constituyente francés se decantó por reforzar al ejecutivo frente al Parlamento. Así, la falta de constitucionalización del Derecho administrativo en la Carta de 1958 se salvó gracias a los importantes objetivos del constitucionalismo francés de la V República: piénsese en la introducción de la «saisine parlementaire», en la prevalencia de la ley sobre el reglamento a pesar de que la previsión del art. 37 dejara abiertos escenarios diversos³³, así como en la formulación por parte del Consejo Constitucional del «bloc de constitutionnalité» y, sucesivamente, del «bloc de legalité» (Favoreau). Se han elevado así al rango de principios constitucionales, como recuerda Blaïron³⁴, el principio de continuidad (utilizado por el Consejo para limitar el derecho de huelga –C. const. 79-105 DC, 25 de julio de 1979–) y el de igualdad frente al servicio público (en materia de acceso a cargo público, por ejemplo). Se deben también recordar los más recientes principios sancionados en la Carta del Medio Ambiente que goza de rango constitucional (por ejemplo, el principio de precaución o el principio “quien contamina paga”³⁵).

literatura italiana lo aborda G. CORSO, “Il principio di legalità”, en M. A. Sandulli (coord.), *Codice dell’azione amministrativa*, Giuffrè, Milán, 2011, p. 5. Conviene precisar que si en el caso de la «Vor-rang» la referencia constitucional al art. 20, párrafo III no supone particulares problemas, ha estado sin embargo discutida la inferencia de la reserva de ley de la disposición en cuestión: el Tribunal constitucional alemán ha reconocido, sin embargo, que la misma se presupone del art. 20 párrafo III (Bverfge, 77, 170, p. 145 ss.)

³² Sobre el tema del principio de proporcionalidad se pueden ver los estudios de G.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1998, y por último Id., “Il principio di proporzionalità”, en M. Renna, F. Saitta (coords.), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 2012, pp. 389 ss.

³³ Véase al respecto el debate entre Eisenmann y Vedel y el trabajo citado en la nota 9.

³⁴ K. BLAIRON, “La dimensión del Estado y de las Administraciones Pùblicas en perspectiva comparada: el caso francés”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 21, 2014.

³⁵ Citado por K. BLAIRON, *op. cit.*

Del caso francés respecto a las relaciones entre Administración y Constitución en la V República se debe señalar un aspecto de indubitada originalidad: el proceso de condicionalidad recíproca entre el Derecho administrativo y el Derecho constitucional, demostrado por el hecho de que, si en un primer momento la jurisprudencia del Consejo Constitucional se ha basado en gran parte en la larga experiencia del Consejo de Estado, posteriormente también este último ha acabado por aplicar principios determinados por el Consejo Constitucional³⁶. Sólo un examen en profundidad de la jurisprudencia de tales órganos permite acercarse a la comprensión de los vínculos que se imponen a las Administraciones públicas; no pudiéndose realizar tal examen jurisprudencial en este trabajo, nos limitamos a realizar un reenvío a otros estudios³⁷.

Respecto a las experiencias consideradas hasta el momento, la Constitución española supone un cambio de tendencia, caracterizándose por una más marcada disciplina constitucional de los principios relativos a la Administración que giran en torno a la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, a la revalorización del pluralismo (especialmente en el principio de desconcentración pero también en el de subsidiariedad) y a la salvaguardia de las instancias autonómicas.

Se pueden señalar sintéticamente los numerosos principios contenidos en el art. 103.1 (principios de jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación); el art. 103.2 que prevé normas sobre el acceso a los cargos públicos conforme a criterios de mérito y capacidad; el art. 105 que contiene una detallada disciplina dirigida a reforzar la dimensión participativa de la Administración, previendo que la ley discipline la presencia del ciudadano en el procedimiento de elaboración de las disposiciones que le afecten; el derecho de acceso y la participación del interesado en el procedimiento. Y el art. 106, que regula los instrumentos de tutela judicial.

El art. 103 merece una observación particular, sea por la originalidad de una norma que se coloca en el centro de una amplia constelación de principios referidos a la Administración, sea por las relaciones que implica con otras experiencias constitucionales. De este artículo pueden de hecho remarcarse las influencias de la

³⁶ Este aspecto del recíproco condicionamiento ha sido tratado recientemente por D'ORLANDO, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione*, pp. 57 ss. Véanse otros ejemplos en P. DEVOLVÉ, “La constitutionnalisation du droit administratif”, en B. Mathieu (coord.), *1958-2008: cinquantième anniversaire de la Constitution française. Association française de droit constitutionnel*, Dalloz, París, 2008, pp. 387 ss., que en las pp. 406-407 recuerda el caso de la jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* relativa a la independencia de los profesores universitarios, sucesivamente recogida también por el Consejo de Estado.

³⁷ Cfr. en particular los trabajos citados de P. DEVOLVÈ, *op. cit.*; K. BLAIRON, *op. cit.*; y en el contexto italiano reciente E. D'ORLANDO, *op. cit.*

Constitución italiana y de la alemana: de la primera sería reconocible el principio de buena administración del art. 97³⁸ en el principio de eficiencia; de la segunda es especialmente tangible la disposición que prevé la subordinación de la Administración pública al Derecho, lo que la asemeja a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn³⁹, con la que se “ha pretendido superar el formalismo jurídico [...] y abrir la posibilidad del uso jurídico de los principios generales del derecho como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa”. Tales principios, sin embargo, no abrirían el camino a interpretaciones iusnaturalistas⁴⁰.

En conjunto, la Constitución española parece haber realizado una inédita composición entre fuerzas vectoriales que empujan en dirección aparentemente opuesta, y ello conjugando instancias de refuerzo de la cohesión (por ejemplo, los principios de jerarquía, coordinación, cooperación y solidaridad) con la importancia del carácter plural, que se traduce, como observa Aguilar⁴¹, en la necesidad de tener que hablar no ya de la Administración sino de las Administraciones públicas (principio autonómico, principio de desconcentración). Desde esta perspectiva, presenta una particular originalidad en el marco comparado el principio de desconcentración, que no se encuentra en otras Constituciones, y que consiste en la transferencia o delegación de funciones dentro de una misma estructura administrativa, de la estructura central/periférica a la superior/inferior.

3.2. Supuestos evolutivos de los principios constitucionales de la Administración pública, con especial referencia a los derechos fundamentales

La labor de búsqueda en los textos constitucionales de los principios que se refieren al sector público es una operación más compleja de lo que puede parecer si no nos limitamos a la observación del mero dato textual. Con una mirada más atenta, es oportuno empezar por otros principios constitucionales referidos a la actividad

³⁸ Así M. A. SÁNCHEZ MORÓN, “Note sulla funzione amministrativa”, en A. Predieri, E. García de Enterría (coords.), *La costituzione spagnola del 1978*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 593 ss. e Id., *Derecho Administrativo: parte general*, Madrid, Tecnos, 2009.

³⁹ Cfr. F. ROVERSI MONACO, “Brevi considerazioni su governo ed amministrazione nella nuova Costituzione spagnola”, en A. Predieri, E. García de Enterría (coords.), *La costituzione spagnola del 1978*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 583 ss.

⁴⁰ De nuevo, M. A. SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pp. 623-625 quien ve en el art. 97 una confirmación de esta lectura en la medida en que tal disposición vincula la potestad ejecutiva a la Constitución y a las leyes.

⁴¹ Cfr. A. AGUILAR CALAHORRO, “La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas en España”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 20, 2013.

de la Administración, y en particular, al vínculo que se realiza entre la Administración y la evolución de la forma de Estado. Al menos en el caso italiano, las escasas referencias constitucionales a la Administración no son casuales: valga la defensa de Ruini en la Asamblea Constituyente al declarar que “los artículos de la Constitución relativos a la Administración no deberían ser más de dos”.

Pero puede recordarse que, ya en la doctrina inmediatamente posterior a la aprobación de la Constitución, la exigencia de leer la relación entre Administración y Constitución se afrontó con una sensibilidad totalmente diferente, por ejemplo por Carlo Esposito, que afirmaba: “quien quiera saber cómo se regula la administración en nuestra Constitución no debe leer sólo dos artículos sino la Constitución entera”⁴²; o poco después por Umberto Allegretti según el cual la Administración es coextensiva a la Constitución y la Constitución es coextensiva a la Administración (en toda la Constitución hay también una dimensión administrativa)⁴³. Por lo demás, esta lectura de la relación entre Administración y Constitución parece leerse a través de la famosa afirmación de Fritz Werner, relativa al Derecho administrativo alemán, según la cual, entendido en sentido amplio, el Derecho administrativo es Derecho constitucional concretizado.

Partiendo de la experiencia italiana, debemos comenzar con el debate sobre la cobertura constitucional, formal y sustancial, sobre el principio de legalidad (Crisafulli) o de imparcialidad (Allegretti), sostenido por la doctrina (Roehrssen) y en su momento rechazado por la jurisprudencia constitucional (cfr. sent. Corte 59/1965, según la cual se podía elevar a principio general del ordenamiento) si bien ahora parcialmente reconocido (cfr. sent. Corte Const. 103/2007 en materia de «spoil system»), que representa un caso emblemático de la inclusión de los principios referidos a la Administración pública en la renovada estructura axiológica de la Constitución, proyectando en el ámbito de la actuación de la disposición administrativa los valores de participación, democracia e igualdad en el marco de una “radical reflexión de la relación entre público y privado, en el sentido propio de la apertura, de la comunicación y de la cooperación”⁴⁴.

Además, el largo catálogo de las libertades en la Constitución italiana, así como la afirmación del principio personalista y de la igualdad sustancial, que debe leerse en relación con los derechos sociales, comportan un conjunto de vínculos significativos para la Administración. Baste invocar, por ejemplo, la jurisprudencia de la

⁴² Cfr. C. ESPOSITO, *op. cit.*, 245 ss.

⁴³ Así U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Cedam, Pádua, 1996.

⁴⁴ Así, A. SCHILLACI, “Giustizia e partecipazione nello Stato costituzionale. Diritti fondamentali e procedimento nel pensiero di Peter Häberle”, en A. Cantaro (coord.), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Turín, Giappichelli, 2011, pp. 79 ss., nota 35.

Corte constitucional sobre el derecho a la salud: junto al principio del derecho a la salud como un derecho financieramente condicionado⁴⁵ se ha añadido el de la tutela del núcleo irreducible o esencial, que permite una redimensión de las demandas del individuo frente a las administraciones sanitarias, incluso en un periodo de dificultades económicas⁴⁶.

Al mismo tiempo, en la Ley Fundamental alemana, los principios del Estado social (arts. 20, 28 GG), de la dignidad del hombre (art. 1) y de libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1) pueden tener reflejos significativos sobre la relación individuo/Administración.

La experiencia alemana, de hecho, parece verdaderamente paradigmática en el esfuerzo por inserir la Administración en la realidad constitucional a través de una operación de constitucionalización del Derecho administrativo que se manifiesta en los diversos ámbitos que la Constitución abraza, y que en particular se advierte cuando la arquitectura de los derechos fundamentales se pone en peligro. De hecho, a partir de las sentencias Elfes de 1957, y Lüth del año siguiente (recordadas recientemente por Poli⁴⁷) el Tribunal alemán afirmará, en la primera, que cada límite impuesto por el Estado requiere de una justificación por la cual el ciudadano dispone de un medio de defensa contra acciones privadas de cobertura legislativa. En la segunda, cualificará a los derechos fundamentales como “objektive Wertentscheidungen” superando la teoría de los derechos fundamentales como derechos de defensa⁴⁸. Además, más recientemente, nos podemos referir a la jurisprudencia del Tribunal

⁴⁵ Cfr. *ex pluribus* las sentencias de la Corte Cost. n. 455/1990, 27/1998, 509/2000.

⁴⁶ Se refiere a una sentencia de la *Corte costituzionale* n. 252 del 2001 relativa a la cuestión de legitimidad constitucional por la falta de previsión en el Texto Único sobre la inmigración de una disposición que permitiese revocar o retardar la expulsión de un extranjero con necesidad de cuidados médicos: la Corte, aun negando la declaración de inconstitucionalidad, afirmaba en aquella ocasión la necesidad de una ponderación caso por caso, remitiendo a la apreciación médica la valoración sobre la posibilidad de no expulsar al extranjero. Sobre la sentencia véase, A. ALGOSTINO, “Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso”, *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 909.

⁴⁷ M. D. POLI, “La Administración Pública en Alemania: principios, etapas evolutivas y sostentimiento del sistema frente a la crisis”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 20, 2013.

⁴⁸ Así, A. BOGDANDY, P. M. HUBER, “Estado, administración y derecho administrativo en Alemania”, en Bogdandy, Puigpelat, *cit.*, p. 101. Sobre la sentencia *Lüth*, cfr. T. HENNE, A. RIEDLINGER (coords.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht: die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlín, 2005, y allí especialmente R. WAHL, “Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung”; cfr. también M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland*, IV vol, 1945-1990, Beck, Munich, pp. 223 ss.

constitucional alemán desarrollada a partir de la famosa sentencia Hartz IV⁴⁹, con la cual el Tribunal declaró contrario a los arts. 1 y 20 la cuantía de un subsidio por desempleo en cuanto que insuficiente para satisfacer el derecho a un “Existenzminimum”. Al obligar directamente al legislador a limitar su discrecionalidad en la articulación de las políticas sociales, esa jurisprudencia configura un aumento de los deberes prestacionales del Estado que requiere la participación, a fin de satisfacer los principios expuestos por el Tribunal constitucional alemán, de otros poderes estatales y, por tanto, más en general, de la organización de la Administración, pues esta jurisprudencia reconoce que forman parte del derecho a una «Existenzminimum» no sólo las necesidades fiscales sino más en general las posibilidades de tomar parte en la vida social del Estado.

En la observancia del cambio de las relaciones entre Administración y Constitución que se realiza con la progresiva solidificación de los principios del Estado de la democracia pluralista, merece atención la amplia regulación de la Administración pública en la Constitución brasileña de 1988 en la que, junto a los principios consolidados en otras Constituciones (legalidad, eficiencia, impersonalidad, publicidad), se destaca la participación del ciudadano (usuario) a través de derechos de acceso, de información y de impugnación de los actos de la autoridad pública (art. 37), y se establece un denso elenco de líneas de acción para el legislador⁵⁰, entre las que se encuentran determinadas cuotas de acceso a cargos públicos reservadas a los afectados por una discapacidad (art. 37.8) y límites a las remuneraciones de quienes desempeñan una función pública. Desde una perspectiva más general, la relación entre individuo y Administración en el marco de la Constitución brasileña se basa en la amplia consideración dada a la remoción de las desigualdades mediante la constitucionalización de los derechos y de las prestaciones sociales, así como del potencial que deriva de

⁴⁹ Sobre el cual, cfr. P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 131; cfr. también la sentencia en la cual el Tribunal alemán ha reconocido que la cantidad de un subsidio previsto por el legislador a favor de los solicitantes de asilo, que incluso no recogía el incremento del coste de la vida, violaba el art. 1 y el art. 20 GG en cuanto que no garantizaba el derecho a una existencia digna: BVerfG, 1 BvL 10/10 del 18.7.2012. Particularmente eficaz aparece la afirmación del Tribunal alemán según la cual: “Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierter Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zurelativieren”.

⁵⁰ Sobre este tema para un análisis en mayor profundidad, remitimos al trabajo de H. C. ARAUJO DE GUSMAO, “Un análisis del diseño constitucional y de la evolución del sector público brasileño”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 21, 2014. Sobre los principios constitucionales de la administración pública en la experiencia brasileña, cfr. C.L. ANTUNES ROCHA, *Principios constitucionais da Administração Pública*, Livraria del Rey Editora, Belo Horizonte, 1994.

una lectura combinada entre éstas y la dignidad humana, en el ánimo de concretar la exigibilidad de los derechos⁵¹.

Cuanto se ha dicho respecto del vínculo entre evolución, en sentido democrático pluralista, y disciplina de los poderes administrativos no parece del todo extraño tampoco al caso inglés, del que ya se ha evidenciado la problemática de su particularismo.

No cabe duda de que las diferencias con las experiencias desarrolladas en España, Italia, Alemania comparten principalmente la misma noción de Derecho administrativo, que en la experiencia anglosajona se ha desarrollado prevalentemente como ciencia de estudio de los instrumentos de defensa contra la Administración, a diferencia de los países de la Europa continental donde se comprende también el estudio de las posibilidades de organización y de dirección de los poderes públicos. Por lo demás, los principios del Derecho administrativo en gran parte de los manuales de Derecho administrativo inglés son principios que se refieren al «judicial review» y que de manera más general entroncan con los principios de la Constitución inglesa: separación de poderes y «rule of law».

Sin embargo, por una parte, a pesar de tales diferencias y profundizando en los principios que regulan el «Civil Service» inglés, se comprende su mayor cercanía al modelo europeo de administración más que a la experiencia de la Administración competitiva que recae sobre agencias, fundada sobre el «spoil system» que caracteriza a Estados Unidos, con quien también el Derecho administrativo inglés comparte diversos aspectos.

Por otra parte, parece asistirse incluso en el Derecho británico a una operación de constitucionalización del Derecho administrativo, cuyo punto álgido puede situarse en la recuperación por los tribunales de la llamada «natural justice theory» (a partir de Ridge c. Baldwin de 1963), verdadera fuente de principios y derechos de participación en el procedimiento administrativo, que dispone que cada decisión administrativa que socave los derechos individuales tiene naturaleza jurisdiccional y que por tanto queda sujeta al control judicial⁵².

En concreto, una parte de la doctrina (el llamado «common law constitutionalism» entre cuyos exponentes figura Paul Craig) ha puesto el acento en el recurso por parte de los tribunales ingleses a los principios de democracia y de tutela de los derechos fundamentales para controlar la acción de los poderes públicos, en parti-

⁵¹ Al respecto es imprescindible el volumen de I. SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.

⁵² Al respecto, para una síntesis reciente P. CRAIG, “Administrative Law in the Anglo-American Tradition”, en B. J. Peters, J. Pierre (coords.), *The Sage Handbook of Public Administration*, Sage, Los Angeles, 2012.

cular en el ámbito de los institutos de privación de libertad personal. De aquí deriva un cambio teórico en la concepción del «rule of law» que concede una herramienta procesal de defensa al individuo que le permite un control de tipo sustancial sobre la autoridad administrativa (“substantive conception of the rule of law”), que se articula en torno a una “presumption in favor of rights”⁵³.

4. LA RELACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES Y CONSTITUCIONES EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

En la relación entre Administración y Constitución deben subrayarse las proyecciones del proceso de integración europea. En la progresiva construcción de un conjunto de principios administrativos europeos que informan la organización y el funcionamiento de las administraciones supranacionales y nacionales, ha destacado como contribución fundamental, además de la red de relaciones jurisprudenciales (como por ejemplo en el caso de la relación entre Consejo de Estado y Tribunal de Justicia), la doctrina administrativista europea, que se ha esforzado en un estudio comparativo inédito y valioso⁵⁴ (cfr. entre muchos Bogdandy, Chiti, Cassese, Schwarze, D’Alberti, Fromont). Se podría decir que si el papel del jurista en la construcción del Derecho administrativo durante la época del Estado liberal y democrático ha sido determinante, como por ejemplo ha sucedido en Alemania, así el papel del jurista, administrativista y comparatista, parece situarse en el primer plano de la profundización en la integración europea a través de las relaciones administrativas.

Respecto de los principios administrativos europeos, Cristina Elías Méndez⁵⁵ señala justamente la presencia de una dimensión axiológica en los principios europeos referentes a la Administración, representada por el art. 2 TUE y por la referencia al respeto de los valores centrales del constitucionalismo europeo. Además, la

⁵³ Así, J. JOWELL, “Administrative Law”, en V. Bogdanor, *cit.*, que sostiene: “We see here that at the century's end the courts shift the boundaries of administrative law into the constitutional realm by explicitly endorsing rights apply both to the procedures of public bodies and to the substance of their decision [...] they emanate not from any implied parliamentary intent, not from any general principles hidden in the interstices of the common law but from the framework of modern democracy within which Parliament legislate”, p. 393. Al respecto y también reciente P. CRAIG, *op. cit.*

⁵⁴ Cfr. junto a los trabajos citados en la nota 13 también M. FROMONT, *Droit administratif des états européennes*, Presses Universitaire de France, Paris, 2006; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 2006.

⁵⁵ Cfr. C. ELÍAS MÉNDEZ, “La Administración de la Comisión Europea como ejemplo de la reforma de la Administración pública europea: análisis en clave constitucional en el contexto de la crisis económica”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 20, 2013.

transposición de los principios administrativos en el plano europeo se ha debido en cada caso medir con la especialidad de la arquitectura supranacional. Así, por lo que respecta a la relación entre fuentes, el principio de legalidad se extrae de la exigencia generalizada de una base jurídica para cada tipo de acto administrativo⁵⁶.

Es pues significativo el movimiento circular que ha caracterizado la atracción de algunos principios desde el nivel nacional al europeo y la sucesiva aplicación en otras experiencias nacionales. De esta situación, el principio de proporcionalidad es quizás el caso más emblemático. Surge en la época del Estado prusiano (*sent. Kreuzberg*) y se constitucionaliza con la Ley Fundamental de Bonn (arts. 19 y 20 GG); por primera vez se reconoce por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJUE, *sent. Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70) para después confluir en los Tratados (hoy art. 5 TUE). Incluso en este caso no se puede todavía hablar de coincidencia entre la proporcionalidad europea y la alemana, en particular en cuanto que el control sobre el respeto de la proporcionalidad europea está restringido a la necesidad de la medida adoptada, con un campo de acción más estrecho respecto a la proporcionalidad vigente en el ordenamiento alemán, que incluye tanto la idoneidad como la proporcionalidad en sentido restringido (raramente aplicado, sin embargo). Posteriormente, durante los años noventa el recurso a la proporcionalidad por parte de los jueces comunitarios así como su positivización en los actos de derecho derivado (por ejemplo, en materia de repatriación del extranjero, TJUE *sent. El Dridi*) influirá en su penetración en el ordenamiento italiano, primero en sede jurisprudencial y después legislativa (ejemplo, el art. 1 de la ley 241/1990) hasta su constitucionalización en lo que respecta a la distribución de las funciones administrativas entre los diversos niveles de gobierno (art. 118 Const.).

Merece la pena realizar un apunte sobre el principio de buena administración. Del mismo se puede evidenciar el amplio corolario de derechos que de él se han derivado (acceso a los actos, transparencia, obligación de motivar), gracias también al papel del Tribunal de Justicia. Al mismo tiempo se observan como propios de la vis expansiva del principio de buena administración nuevas implicaciones sobre la cuestión de la legitimación de la Unión, entreviendo en la intensificación de la relación entre ciudadano y Administración europea, a través de la “ganzúa” del principio de buena administración, un instrumento para revestir gradualmente el principio democrático del que la Unión Europea siempre ha sufrido una incompleta teorización.

En esta reconstrucción del conjunto de los principios del Derecho administrativo europeo no puede olvidarse, sin embargo, la involución de los últimos tiempos. Así, por

⁵⁶ E. D'ORLANDO, *op. cit.*, p. 256.

un lado, se apunta al menos la tensión más que evidente en este periodo entre la dimensión de mercado de la Unión y las instancias de emancipación social que deberían satisfacerse en el Ordenamiento europeo. Las más recientes respuestas acerca del gobierno de la economía, como señala Augusto Aguilar⁵⁷, y las repercusiones sobre las Constituciones económicas de algunos países, abren preguntas que afectan al mismo tiempo a la legitimación del Ordenamiento europeo y a aquellas tradiciones comunes que conforman la estructura de valores sobre los que se funda la Unión.

Por último, por lo que respecta a la relación entre individuo y poder público, en la dimensión europea se resaltan los interrogantes que derivan de la expansión de las intervenciones sobre los derechos fundamentales, que se originan por la creciente necesidad de proteger la seguridad pública: respecto a tales intromisiones en la esfera individual, el Tribunal de Justicia ha mostrado hasta ahora, por así decirlo, una sensibilidad “intermitente”⁵⁸; en el ámbito expansivo de las garantías individuales, sin embargo, podemos señalar la reciente sentencia Digital Rigths (C-293/12)⁵⁹que, al declarar la invalidez de la directiva 2006/24/CE en materia de conservación de datos personales, redimensiona la legitimidad de los instrumentos de control de los datos personales aplicando los arts. 7 y 8 CDFUE. Se trata de un pronunciamiento que por lo demás plantea una línea en general de gran interés respecto de la cadena Administración/Constitución, proceso de la integración europea/derechos de las personas, en la medida en que, como ha evidenciado el Abogado General, la dilatación de los instrumentos de vigilancia puede causar una “sensación generalizada de control” idónea para influir en el desarrollo de la personalidad e incidir sensiblemente en la relación entre Administraciones e individuos⁶⁰. Así, desde la óptica de la relación

⁵⁷ Cfr. A. AGUILAR CALAHORRO, *op. cit.*

⁵⁸ Tradicionalmente se cita entra las sentencias más significativas del Tribunal de Justicia la sentencia Melloni, sobre la que es interesante ver las críticas formuladas por A. DI MARTINO, “Mandato d’arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia”, en www.diritticomparati.it.

⁵⁹ Comentada por F. VECCHIO, “L’ingloriosa fine della direttiva Data retention, la ritrovata vocazione costituzionale della Corte di giustizia e il destino dell’art. 132 del Codice della privacy”, en www.diritticomparati.it.

⁶⁰ El Abogado General, se refiere en particular a ideas desarrolladas en la doctrina estadounidense (teoría del «chilling effect») y se pregunta sobre la idoneidad de la directiva para “influir en modo decisivo en el ejercicio por parte de los ciudadanos europeos de su libertad de expresión y de información”, resaltando “la existencia de una injerencia en el derecho garantizado por el art. 11 de la Carta”; al mismo tiempo, el Abogado General afirma que “el Tribunal no dispone de elementos suficientes para pronunciarse sobre tal propósito, pues dicho efecto representaría sólo una consecuencia secundaria de una injerencia en el derecho respecto de la vida privada de que es objeto”, par. 52.

entre administrados y administradores, con la anulación de la directiva, el Tribunal incluye en el marco multinivel una importante pieza de reequilibrio de la relación entre libertad y seguridad.

Resumen

El ensayo examina a través de una perspectiva histórico-comparada los principios constitucionales que afectan el sector público. Moviéndose desde un análisis del debate metodológico de finales del Siglo XX sobre la distinción entre Derecho constitucional y administrativo, el artículo intenta trazar un resumen sobre el desarrollo de los principios que informan el funcionamiento y la organización de la Administración a partir del Estado liberal y hasta la Unión europea. Se dedica una atención particular a la inclusión de los mencionados principios en las Constituciones rígidas: en esta perspectiva, el análisis textual –es decir, basado en reseñar las disposiciones constitucionales que se refieren a la Administración– ha sido acompañado por un análisis contextual, profundizando las transformaciones de los principios en el marco del Estado democrático y poniendo de relieve la interpretación que de ellos hacen los tribunales constitucionales. Entre las otras experiencias constitucionales que han sido consideradas destacar los ordenamientos de Italia, Francia, Alemania y España.

Palabras Claves: Administración públicas, principios constitucionales, administración y Constitución, Derecho administrativo europeo, Derecho comparado.

Abstract

The essay deals with the constitutional interpretation relating to the public administrations in a historical and comparative perspective. It begins with a brief analysis of the methodological debates occurred at the end of 19th century on the distinction between constitutional and administrative law, and then seeks to sketch the development of principles that rule the functioning and the organization of the administration from the liberal state to the European union. A special focus was given to the inclusion of principles relating to public administrations into rigid constitutions: here, a textual perspective, focused on the analysis of the provisions addressing the public administration in national constitutions, was accompanied by a contextual one, highlighting the transformations of principles in the framework of the democratic state and stressing the relevance of constitutional interpretation in courts. Several constitutional experiences were considered, including Italy, France, Germany and Spain.

Key Words: Public administrations, constitutional principles, constitution and administration, European administrative law, comparative law.

Recibido: 10 de febrero de 2015

Aceptado: 10 de marzo de 2015

Artículos

LA LEY DE DERECHOS HUMANOS BAJO AMENAZA. EL DESAFÍO A LA LEY DE DERECHOS HUMANOS EN EL REINO UNIDO*

DR. HOWARD DAVIS**

SUMARIO

1. Introducción: la ley de derechos humanos bajo amenaza.
2. La protección de los derechos humanos en el Reino Unido –el sistema–.
3. Las críticas conservadoras.
4. Dos “hipótesis” constitucionales.
5. La integración de los derechos humanos.
6. Una digresión: la crítica de la izquierda a los derechos humanos.
7. Las cuestiones específicas: la deportación de “Abu Qatada”.
8. Temas específicos: el parlamento y los votos de los reclusos.
9. El poder judicial del Reino Unido y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
10. Soluciones propuestas.
11. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: LA LEY DE DERECHOS HUMANOS BAJO AMENAZA

El tratamiento jurídico de los derechos humanos en el Reino Unido se ha convertido en un asunto controvertido políticamente. Poderosos elementos del Partido Conservador desean eliminar o al menos reformar radicalmente el deber, que se encuentra en la legislación nacional, de acatar la “Convención de derechos”. Estos derechos humanos, derivados de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) generan en el Reino Unido un “efecto adicional” en los términos de la «Human Rights Act» de 1998 («HRA»).

* Traducido del inglés por Miguel José Arjona Sánchez.

** Profesor Adjunto de Derecho Público. Universidad de Bournemouth (Reino Unido).

2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL REINO UNIDO –EL SISTEMA–

El CEDH es una norma de Derecho Internacional. En este sentido, el Reino Unido adopta una teoría dualista reformada según la cual las obligaciones basadas en los tratados no son de aplicación automática. Si estas obligaciones pretenden crear derechos exigibles en los tribunales nacionales, deben ser promulgadas como tales por el parlamento. No obstante, las obligaciones internacionales contraídas por el Reino Unido (incluido el CEDH) tienen una influencia persuasiva en la forma en que los tribunales nacionales interpretan las leyes del parlamento, desarrollan el «Common Law»¹ y revisan la legalidad de los actos administrativos.

De ello se deduce que los derechos sustantivos y las libertades enumeradas en la Sección 1 del CEDH (artículos 2-18) no han sido, y todavía no son, de aplicación directa en los tribunales nacionales del Reino Unido. Las obligaciones internacionales del Reino Unido en virtud de la Convención eran, y todavía son, las de dar efecto ejecutivo-guiar potenciales cambios en las prácticas administrativas, por la introducción de la legislación necesaria y por el pago de algunas sumas en “justa satisfacción” y costes legales ordenados por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH). Pero nadie tiene un derecho legal, interno y exigible directamente derivado del CEDH.

La Ley de Derechos Humanos de 1998 («HRA»), en vigor desde octubre de 2000, no hace del CEDH parte de la legislación del Reino, ni da al TEDH jurisdicción en el Reino Unido. La «HRA» es una ley nacional aplicable sólo dentro de la “jurisdicción” del Reino Unido.

La Ley² proporciona de dos maneras ciertos efectos a los derechos de la Convención. En primer lugar, las leyes³ deben ser interpretadas “tan generosamente como sea posible” de forma compatible con la “Convención de derechos”⁴ (Sección 3). Esto es solo una facultad de interpretación; los tribunales no tienen la potestad de anular una ley que no pueda leerse de forma compatible –la Ley reconoce la

¹ Nota del Traductor –en adelante N.T.–. El término «Common Law» debe entenderse aquí como sinónimo de «Case Law» o «Precedent», es decir como el Derecho proveniente de decisiones jurisprudenciales, en oposición a los «statutes» o leyes elaboradas a través del proceso legislativo parlamentario.

² NT: El texto se refiere a la «HRA», en adelante también la “Ley”.

³ NT: El texto se refiere a leyes en el sentido estricto, es decir «statutes», en adelante “ley” o “leyes”.

⁴ Éstos son los derechos sustantivos y auxiliares en la Sección 1 de la Convención; el derecho a un recurso (artículo 13) es el gran ausente.

supremacía del parlamento—. Sin embargo, sí que es una facultad que los tribunales pueden utilizar substancialmente. Bajo los cánones normales de la interpretación legal, algunas ambigüedades en las leyes pueden resolverse de manera compatible con el Convenio, sin hacer referencia a la «HRA». Las facultades de la sección 3, por lo tanto, se utilizan cuando las palabras de la ley son claras e inequívocas —y en ausencia de la «HRA», autorizarían acciones incompatibles con los derechos de la Convención⁵—. Sin embargo, el poder que habilita la Sección 3 no puede utilizarse si la voluntad del parlamento está tan clara que una lectura compatible con la Convención implicara que un tribunal “legisle”, haciendo algo diferente a lo que el parlamento claramente ha previsto. En estas circunstancias, ni siquiera la «Supreme Court» del Reino Unido tiene poder para invalidar una ley. La Sección 4 de la «HRA» autoriza a los tribunales de alto nivel a hacer una “declaración de incompatibilidad” —una declaración judicial de que una disposición legal es incompatible con los derechos del Convenio—. Tal declaración no altera la situación jurídica de la persona bajo el Derecho nacional, todavía se les niegan sus derechos humanos europeos.

Las Secciones 3 y 4 crean lo que se llama a menudo una relación de diálogo entre el poder judicial, el ejecutivo y el parlamento⁶. Mediante la sección 4 los tribunales pueden dar una explicación razonada de por qué hay incompatibilidad entre una ley y la Convención de derechos. La cuestión retorna entonces a las instituciones elegibles (parlamento y ejecutivo). Éstas pueden cambiar la ley para subsanar el defecto o pueden, siguiendo el punto de vista del interés público, dejar la ley sin modificación.

El problema es que este diálogo realmente sólo funciona a nivel nacional. Una persona, cuya posición está sometida a una declaración de incompatibilidad, habrá agotado sus recursos internos, y estará bien situada para realizar una solicitud al Tribunal de Estrasburgo. Si tiene éxito, estará obligado, entonces, a cambiar la legislación o la práctica administrativa. Hasta ahora, el ejecutivo y el parlamento han respondido a las declaraciones de la Sección 4 provocando tales cambios. Por esta razón, se ha sugerido que, a pesar de la ausencia de un poder de invalidación directa, la «HRA» provoca algo muy cercano a un sistema de plena revisión judicial

⁵ ST «Ghaidan v Godin-Mendoza», [2004] UKHL 30, 2004, párrafos 25-33.

⁶ Véase por ejemplo: T. HICKMAN, “Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the HRA”, *Public Law* 306, 2005 y A.L. YOUNG, *Parliamentary Sovereignty and the HRA*, Oxford, Hart Publishing, 2009, capítulos 5 & 6. Pero la teoría del diálogo sigue siendo controvertida: A. L. YOUNG, “Is dialogue working under the HRA?”, *Public Law* 773, 2011.

con causa en los derechos humanos⁷ que socava, en la práctica, la supremacía última del parlamento.

La «HRA», en segundo lugar, hace que sea ilegal para una autoridad pública actuar de manera incompatible con los derechos de la Convención y da una acción procesal a la víctima individual. Esta disposición está relacionada con la Convención: las “autoridades públicas” son aquellos organismos de los que el Estado sería responsable en Estrasburgo⁸, las “víctimas” son aquellos que pudieran reclamar en virtud del artículo 34 del CEDH y, conforme a la Ley, las indemnizaciones están disponibles bajo los mismos principios que se aplican en Estrasburgo.

3. LAS CRÍTICAS CONSERVADORAS

El Programa Electoral Conservador de 2010 se comprometió a sustituir la «HRA» por una “Declaración Británica de Derechos”. Las elecciones de 2010, dejaron al Partido Conservador gobernando en coalición con los Liberal-Demócratas que estaban, y siguen estando, en firme oposición a cualquier debilitamiento de la protección europea de los derechos humanos. Los conservadores más escépticos podrían establecer una Comisión para reflexionar sobre la conveniencia de una “Declaración Británica de Derechos” que reemplazara a la «HRA»⁹; pero esto estaba sujeto a la condición de que las propuestas que se hicieran no debían debilitar las garantías del CEDH. Esta condición impidió a la Comisión aconsejar sustituir la «HRA» por una alternativa menos generosa. En esa situación, los reclamantes aún serían capaces de llevar su caso ante el Tribunal de Estrasburgo. En tanto que el Reino Unido sigue estando obligado por el artículo 1 de la Convención, cualquier fallo adverso del TEDH todavía tendrá que ser puesto en práctica. Algo que sólo puede evitarse mediante la retirada del Reino Unido o una reforma radical del Convenio –cuestión que no está bajo el control directo del gobierno del Reino Unido–.

La experiencia en el gobierno tras de las elecciones de 2010 fortaleció la oposición conservadora a la ley de derechos humanos. Las restricciones derivadas de la Convención a la deportación de delincuentes extranjeros o los requisitos para el examen de los que hay en el registro de delincuentes sexuales fueron temas que causaron tormentas políticas, alimentadas por la prensa. En la conferencia del Partido

⁷ ST «R v Secretary of State for the Home Department ex parte Simms 2 AC» 115, 131-2, 2000.

⁸ ST «Aston Cantlow v Wallbank UKHL 37», párrafo 7, 2003.

⁹ Comisión para una Declaración de Derechos –formada en marzo de 2011 y disuelta después de la presentación de su informe final en diciembre de 2012–.

Conservador de septiembre de 2014, el Primer Ministro confirmó la intención del partido de “desechar” (derogar) la «HRA» y sustituirla por una Declaración Británica de derechos. Las propuestas conservadoras en 2014 incluyen reducir la autoridad del TEDH en el Reino Unido a la de un “órgano consultivo”, y dejar al parlamento del Reino Unido decidir si debe o no dar efecto jurídico a sus sentencias¹⁰.

La preocupación del Partido Conservador con los derechos humanos tiene que ser puesta en el contexto más general del euroscepticismo en el Reino Unido y también en el populista y mediático disgusto por una posición política y jurídica que necesariamente protege a minorías e individuos impopulares. La «HRA» ha sido motivo de controversia desde sus primeros días. En 2006, el Gobierno laborista (que había introducido la Ley) se sintió obligado a revisar su funcionamiento¹¹. Los resultados fueron en general positivos, pero se observaron algunas cuestiones problemáticas. En particular, se aceptó que a veces los funcionarios habían entendido mal la discrecionalidad que se les ofrece para restringir los “derechos limitados” (en particular el derecho a la vida privada del Artículo 8) y esto había provocado innecesariamente generosas aplicaciones de los derechos.

Las principales críticas públicas provienen de miembros del Partido Conservador. Los otros principales partidos del Reino Unido (Laboristas y Liberales Demócratas) permanecen comprometidos con el sistema actual, al igual que los partidos nacionalistas de Escocia, Gales e Irlanda del Norte. También hay muchas evidencias de un significante apoyo político, popular e institucional a la Ley¹². Con todo, la normativa de derechos humanos divide el electorado.

Aunque la defensa pública de la reforma proviene del Partido Conservador, críticas similares han sido expresadas, por ejemplo, por ministros del Partido Laborista cuando estaban en el poder, diputados laboristas en el parlamento y algunos jueces. Los orígenes

¹⁰ *Protecting Human Rights in the UK*, Conservative Party, 2014. [Protegiendo los Derechos Humanos en el RU, Partido Conservador, 2014, (NT. La traducción es nuestra)]. Si esta fuera una propuesta sería requerir la renuncia a la CEDH – esto fue contemplada por Teresa May, Ministra del Interior, en la Conferencia en 2013: “If leaving the European Convention is what it takes to fix out human rights laws, then that is what we will do”. (“Si el abandono de la Convención Europea es lo que se necesita para fijar leyes que regulen los derechos humanos, entonces eso es lo que haremos” (NT: La traducción es nuestra)].

¹¹ Department for Constitutional Affairs, *Review of the Implementation of the HRA 1996*, July 2006.

¹² Véase: *Human Rights Review 2012*, Equality and Human Rights Commission, 2012. Sus conclusiones apoyan los derechos humanos y dan una detallada, y en términos generales positiva consideración del grado en que una cultura de los derechos humanos está introducida en la cultura de los servicios públicos del Reino Unido.

partidistas o judiciales de tales críticas y el hecho de que se han hecho “*ex officio*”, indican que la crítica se deriva de concepciones constitucionales, aunque controvertidas, sobre la identidad institucional y las funciones estatales: visiones controvertidas sobre los límites, para el apropiado ejercicio de las facultades ministeriales discretionales, al alcance del poder legislativo en una democracia parlamentaria, y el papel judicial en un sistema jurídico consciente de los derechos. Materias que voy a discutir a continuación.

4. DOS “HIPÓTESIS” CONSTITUCIONALES

La crítica a los derechos humanos no puede ser evaluada adecuadamente sin tener en cuenta la gran transformación que la Constitución del Reino Unido ha experimentado en las últimas cinco décadas. La importancia de las normas sobre los derechos humanos, con independencia de la influencia del Derecho positivo sobre los derechos humanos del Consejo de Europa, está reconocida plenamente en las nuevas disposiciones constitucionales que han surgido.

La “Constitución política” tradicional ha dado paso a una más legalista “Constitución del «Common Law»”. El proceso de cambio ha sido gradual e informal. Ninguna ley deliberadamente constitucional lo ha provocado. Ha ocurrido porque los cambios en la cultura política se han reflejado en la forma en que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial han entendido e interpretado su propio rol y el de los demás. Estas nuevas interpretaciones de la cultura política se han realimentado a sí mismas. Se trata de un cambio teórico en el sentido de que tanto su ámbito de aplicación (el grado en que éste ha sido cambiado) como su conveniencia (la medida en que éste permite un equilibrio aceptable entre intereses públicos y privados) son cuestiones interpretables y controvertidas. Las dificultades en la recepción de los derechos humanos deben entenderse en ese contexto.

La tradicional hipótesis de la “Constitución política” tiene como elemento central la soberanía ilimitada del parlamento. Constitucionalmente, el parlamento puede hacer leyes con cualquier contenido, incluyendo las leyes que violan los derechos humanos. Sin embargo, esto siempre ha contrastado con los límites prácticos (políticos, económicos, culturales, etc.) a la libertad legislativa del parlamento. Estos límites se encuentran en las Convenciones Constitucionales y las prácticas políticas que legitiman la resistencia a propuestas legislativas opresoras desde el poder ejecutivo¹³. Las Convenciones Constitucionales, el segundo pilar de la teoría tradicional,

¹³ Véase, por ejemplo: G. MARSHALL, *Constitutional Conventions*, Oxford OUP, 1984, esp. Capítulo 1.

son normas por las que se definen los departamentos del Estado y se limitan sus poderes. Sin embargo, estas normas no son exigibles ante los tribunales, y su autoridad, al final, se encuentra simplemente en su aceptación por parte de los políticos y los funcionarios. En tercer lugar, en el modelo constitucional tradicional destaca la importancia de la costumbre o convención relativa a la responsabilidad ministerial ante el parlamento¹⁴. Está fundamentada alrededor del deber fundamental y la potestad del parlamento para tener y expresar su confianza en el ejecutivo que, si se pierde, desencadenará unas elecciones generales¹⁵. La fuerza y la importancia de la rendición de cuentas ministerial, como un freno al poder, siguen siendo, en última instancia, políticas. No es una obligación legal en el sentido de norma jurídica que pueda ser exigida directamente por los tribunales. Los ministros que se niegan a dar cuenta de las acciones de sus departamentos pueden estar bajo una dura presión política y, dependiendo de como el Primer Ministro calcule el equilibrio de las ventajas políticas, serían susceptibles de ser cesados. En cuarto lugar, la hipótesis tradicional expresa su carácter como “Constitución política” por referencia a su relativa subordinación a los tribunales. El imperio de la ley, bajo este punto de vista, está asegurado por un poder judicial “tranquilo”. El «Common Law» está subordinado a la soberanía del parlamento, el Derecho Privado, en particular la propiedad, es la principal preocupación del poder judicial y, dado el papel y la importancia de la responsabilidad ministerial ante el parlamento, no hay necesidad de desarrollar una concepción del Derecho Administrativo fuerte e intervencionista¹⁶.

Esta teoría de la “Constitución política” ha sido objeto, en las últimas décadas, de continuas críticas de los académicos, los políticos y también los jueces. Se acepta ampliamente que, dados los enormes cambios que la Constitución del Reino Unido ha sufrido, la teoría ya no tiene un poder explicativo completo. Una “nueva Constitución Británica”¹⁷ ha surgido. Resulta necesaria una “hipótesis diferente” (diferente de la enumeración tradicional realizada en las últimas páginas) para explicar los enormes cambios que se han producido a lo largo de los últimos decenios. Cualquier

¹⁴ V.g., A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005, Chapter 1.

¹⁵ Que sigue siendo hoy en día el caso a pesar de la «Fixed Term Parliaments Act 2011», véase la sección 2.

¹⁶ V.g., confinando los derechos procesales a los órganos judiciales y no a los administrativos (ST «R v Electricity Commissioners» 1 KB 171, 1924), y limitando el poder de intervenir en el ejercicio sustantivo del poder discrecional, sólo a aquellas situaciones en las que obviamente hubiera habido abuso del poder (ST «Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation» 1 KB 223, 1948).

¹⁷ V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

crítica al sistema de derechos humanos del Reino Unido debe asumir que debe tener en cuenta estos cambios.

En primer lugar y ante todo hay aspectos importantes en los que el parlamento, reflejando las opciones políticas y la realidad económica, social y política, ha limitado voluntariamente su autoridad. La pertenencia a la UE (en términos por los que se debe aceptar la limitación de los “derechos soberanos”¹⁸) y la devolución de muchos poderes y funciones a Escocia, Gales e Irlanda del Norte son ejemplos obvios¹⁹. La «HRA» también puede ser vista como parte de este proceso.

En segundo lugar, el parlamento ha fortalecido en gran medida los mecanismos por los que los ministros pueden ser examinados por la Cámara y llamados a rendir cuentas por sus acciones y las acciones de sus departamentos. En particular, a través de un sistema de comisiones reformado y fortalecido, ya que no sería apropiado despacharlo con un control parlamentario débil y meramente partidista²⁰. A través del sistema de comisiones, en particular, el «Joint Committee on Human Rights²¹», este examen se lleva a cabo en un contexto atento a los derechos humanos. Por supuesto, esa concienciación está limitada por el hecho de que el parlamento, incluso las comisiones, nunca pierden plenamente su carácter partidista, y porque la función principal del parlamento está referida a escrutar la política y legislar en lugar de resolver las disputas individuales.

En tercer lugar, hay una tendencia clara, una “guía de viaje”, hacia una Constitución escrita y más “legalista”. Esta tendencia es tan fuerte que algunos comentaristas se refieren a una “Constitución del «Common Law»” controlada por la legislación en lugar de por la supremacía del parlamento²². Una serie de convenciones

¹⁸ ST. «NV.Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen», CMLR 105, 1963.

¹⁹ Aunque permanezca la cuestión de que la legislación aplicable (por ejemplo, la «European Communities Act 1972» y la «Scotland Act 1998») puede ser expresamente derogada; la legislación relativa a Escocia, Gales e Irlanda del Norte reservan el poder al parlamento del RU para legislar incluso sobre materias delegadas.

²⁰ V.g. LORD HAILSHAM “Elective Dictatorship”, *The Listener* 21 October 1976, p. 496-500.

²¹ Nota del traductor: El «Joint Committee on Human Rights» (Comité Conjunto de Derechos Humanos) es una comisión conjunta de la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores que examina todos los proyectos de ley (propuestas legislativas sujetas a un proceso de promulgación) sobre su compatibilidad con los derechos humanos, y también informa sobre temas generales de derechos humanos.

²² Véase, por ejemplo, Rawlings, R. “Parliamentary Sovereignty under the new constitutional hypothesis” *Public Law*, Autumn - 2006, p 562-580.

constitucionales han sido abolidas y reemplazadas por leyes²³, a otras se les ha dado una forma legal²⁴, y otras han sido reducidas a una forma escrita (aunque no promulgadas como ley)²⁵. Del mismo modo, el poder que estuvo originalmente autorizado por la «Royal Prerogative²⁶», ha recibido paulatinamente configuración legal²⁷.

El indicador más importante de esta tendencia “legalista” es el desarrollo de un sistema maduro de “revisión judicial de los actos administrativos”, por el cual el ejercicio del poder público puede ser sometido a un estrecho control judicial. El “quietismo” de la tradicional “Constitución política” ha sido transformado por una serie de novedades en el «Common Law» que se remontan a la década de 1960. En primer lugar se ha desarrollado un sistema sólido de derechos procesales. Éstos requieren audiencias imparciales ante los tribunales y otros órganos que deciden sobre los derechos individuales, pero también, de forma más general, exigen imparcialidad en el ejercicio del poder ejecutivo²⁸. En segundo lugar hay razones “sustantivas” por las que la legalidad del poder ejecutivo puede ser revisada. El ejecutivo debe actuar dentro de sus potestades, atender únicamente a las cuestiones que les sean pertinentes, e incluso, aunque sólo haya atendido a estas cuestiones que les son pertinentes, no actuar irracionalmente en el sentido de abusar de sus poderes. “Relevancia”, “abuso de poder”, etc. son obviamente ideas ambigüas cuya naturaleza y alcance deben ser decididas por los jueces. Las decisiones ejecutivas están sujetas a una “intensidad de

²³ Por ejemplo, la potestad convencional del Primer Ministro para elegir el momento de las elecciones generales ha sido sustituido por la «Fixed Term Parliaments Act 2011», que, salvo excepciones, prevé elecciones generales cada cinco años.

²⁴ Por ejemplo, la «Constitutional Reform and Governance Act 2010» da efecto legal a las reglas parlamentarias a efectos convencionales, en relación a la “ratificación” de los tratados.

²⁵ Por ejemplo, las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder judicial están incorporados en el “Concordato” (2004); esto complementa la protección legal de la independencia judicial en la «Constitutional Reform Act 2005».

²⁶ Nota del Traductor: En el modelo constitucional británico, las prerrogativas reales se refieren a los poderes y privilegios especiales que la ley permite a la Corona. Hoy día estos poderes son ejercidos por los ministros (en cuyo consejo debe actuar la Corona). En efecto son poderes ejecutivos no estatutarios; pero su alcance está limitado por la ley.

²⁷ Por ejemplo, el control de la Administración pública está ahora basada en la «Constitutional Reform and Governance Act 2010»; a los “servicios secretos” se les dio un reconocimiento legal por la «Security Service Act 1989 and the Intelligence Services Act 1994». Notoriamente el poder para hacer la guerra se reserva al Primer Ministro, que actúa bajo la Prerrogativa Real, aunque ahora puede existir una convención constitucional que requiere el apoyo de la Cámara de los Comunes expresada en una Resolución, antes de que una acción militar en el extranjero pueda ser emprendida.

²⁸ Por ejemplo: ST. «Banco Mellat v HM Treasury» (2) UKSC 39, 2013 –la Corte Suprema requirió una notificación previa antes de que los activos de un banco iraní pudieran ser congelados–.

revisión variable” –desde el más intenso examen de los detalles de la política, a otros casos en los que, a menos que haya evidencia de mala fe o irracionalidad, una acción ejecutiva será aceptada como legítima–. Y la intensidad de la revisión depende de una (generalmente, no declarada e implícita) teorización de la relación apropiada entre el poder judicial y el ejecutivo en las circunstancias particulares de cada supuesto. En cualquier caso, está claro que el poder judicial ha desarrollado y ampliado el ámbito de aplicación del Estado de Derecho y está dispuesto a imponer los valores inherentes a ese concepto de control del ejercicio del poder ejecutivo en formas que van más allá de lo imaginado bajo la práctica constitucional de la primera mitad del siglo XX.

Los cambios mencionados en los párrafos anteriores, tomados en conjunto, describen la nueva hipótesis constitucional que está en el trasfondo de la crítica a la regulación de los derechos humanos. Se refleja bien en la declaración del magistrado Lord Bridge en «*X v Morgan Grampian*» 1 AC 1, 1991:

“El mantenimiento del Imperio de la Ley es en todos los sentidos tan importante, en una sociedad libre, como el sufragio democrático. En nuestra sociedad el Estado de Derecho se basa en dos pilares: La Soberanía Real del parlamento en la producción del Derecho y la soberanía de los Tribunales de la Reina en la interpretación y aplicación del Derecho.”

Sin duda, los jueces interpretan la voluntad del parlamento por referencia a los principios sustantivos y procedimentales inherentes al Estado de Derecho. Por supuesto, el “Estado de Derecho” y sus “principios” son problemáticos y tienen diferentes significados²⁹. Pero está claro que el compromiso con los “derechos humanos” es esencial. Esto se debe en parte a la «HRA» de 1998 que da expresa autorización parlamentaria a los tribunales para desarrollar una jurisprudencia en derechos humanos sobre la base de la Convención Europea. Pero es más que eso. El lenguaje de los derechos fundamentales entró en el «Common Law» en la década de 1980³⁰. Como reflejo de ello, los jueces han desarrollado un concepto de “legalidad”. El efecto de la “legalidad” como principio radica en que sólo las palabras más claras, más explícitas e inequívocas de una ley del parlamento pueden autorizar acciones ejecutivas que sean incompatibles con los derechos fundamentales. El principio de legalidad deja la relación de los tribunales con el ejecutivo y el parlamento en una condición similar

²⁹ Véase, por ejemplo: G. MARSHALL “The Constitution: Theory and Interpretation” En: V. BOGDONOR (ed) *The British Constitution in the Twentieth Century*, The British Academy, Londres, 2003; cf TOM BINGHAM “The Rule of Law” *Sir David Williams Lecture*, Centre for Public Law, University of Cambridge, 2006.

³⁰ ST «*Morris v Beardmore AC*» 446, 1981.

a aquella que está bajo la «HRA» de 1998. Por tanto, cualquier derogación de la Ley no tendría un impacto directo sobre este compromiso del «Common Law» hacia los derechos humanos o fundamentales. Incluso sin la «HRA», las acciones ejecutivas, autorizadas por ley, tendrían que ajustarse a las normas sobre derechos humanos que han sido impuestas judicialmente (a menos que una ley del parlamento sólo pueda ser interpretada, en sentido contrario).

Los derechos humanos (o fundamentales), por lo tanto, habitan ahora en el «Common Law» e influyen en la forma en que, a través de la revisión judicial de los actos administrativos, se limita el poder ejecutivo. Además, está claro que hay algo así como una convención constitucional de que el parlamento legislará de forma consecuente con los derechos humanos. Los principios de los derechos humanos tienden a integrarse en la legislación, ya sea en las propuestas originales del ejecutivo o por la aceptación del ejecutivo de las enmiendas de derechos humanos que vienen del parlamento³¹. Una vez más, si la «HRA» de 1998 simplemente es derogada, esta convención, este hábito legislativo, es probable que se mantenga.

5. LA INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Teniendo en cuenta estos cambios constitucionales fundamentales es evidente que las críticas a la regulación sobre los derechos humanos no están buscando una inaplicabilidad general de las normas de derechos humanos por parte del ejecutivo. Las normas de derechos humanos claramente tienen peso bajo esta “nueva hipótesis”. Las objeciones de los críticos apuntan a la forma y el sistema por el cual se aplican esas normas; esto es, los efectos del sistema europeo de protección de los derechos humanos en un sistema constitucional que ya da efecto a las normas de derechos humanos.

Aquellos para quienes la integración del Derecho europeo sobre derechos humanos no es problemática han de aceptar que hay tensiones constitucionales. La normativa europea sobre los derechos humanos cabe fácilmente en la naturaleza legalista y judicialmente limitada de la Constitución del «Common Law», descrita en los párrafos anteriores. Pero los críticos con los derechos humanos, como los conservadores cuyas opiniones son el tema principal de este artículo, expresan pre-

³¹ La sección 19 de la «HRA» requiere de los ministros que presentan un Proyecto de Ley al parlamento que hagan una declaración de que las propuestas del Proyecto Ley son compatibles con los derechos de la Convención, o si no lo son, porque el proyecto de ley deberá, sin embargo, ser admitido; la Comisión Mixta (de la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes) en Derechos Humanos, informa al parlamento sobre su propia e independiente evaluación de cada proyecto.

ocupaciones ligadas a los elementos de la Constitución política. Para ellos no está claro que el Reino Unido simplemente se haya transformado a sí mismo dentro de la Constitución del «Common Law». La difícil recepción de las normas sobre derechos humanos al menos indica la supervivencia de aspectos de la “Constitución política”.

6. UNA DIGRESIÓN: LA CRÍTICA DE LA IZQUIERDA A LOS DERECHOS HUMANOS

La crítica a las normas de derechos humanos en el Reino Unido es importante política y constitucionalmente porque fue expresada por el Partido Conservador en el gobierno y también, como veremos más adelante, por magistrados. Pero también hay críticas por parte de la izquierda. Los Ministros del Interior del Gobierno Laborista, sobre todo después de “9/11”, fueron tan críticos como sus sucesores conservadores con algunas decisiones. También hay una crítica más cuidadosa, articulada y académica, que sigue apoyando la “Constitución política” y se resiste a la aparición de la “Constitución «Common Law»”³². Esta izquierda crítica observa la «HRA» como la permuta del poder desde un parlamento electo al que el ejecutivo debe rendir cuentas, a un irresponsable (porque es independiente) y no electo poder judicial. Desde esta posición, el desarrollo del Derecho de los derechos humanos es parte de un proceso por el cual una Constitución esencialmente “política”, basada en la supremacía última de un parlamento responsable ante los electores, está siendo desplazada por un conjunto más legalista de disposiciones constitucionales donde la autoridad final, en lo que son cuestiones muy controvertidas, recae sobre el poder judicial. Estos críticos desde la izquierda son escépticos con las reclamaciones judiciales a la administración imparcial de la ley. Señalan que las normas de derechos humanos son a menudo muy controvertidas. Como tales, deben ser materia del discurso político, en lugar de ser retirados de la esfera de lo político. Lo que estos críticos quieren es un parlamento fortalecido, capaz de representar los intereses de todos, incluyendo a los menos favorecidos, y capaz de hacer frente a la vez a los poderes ejecutivos y judiciales. Ellos ven en el parlamento un órgano más eficaz que los tribunales en la protección de los derechos humanos, a la luz no sólo de la libertad individual, sino también a la luz de las normas y el discurso de igualdad social.

³² V.g., A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005. Para la discusión y crítica véase G. Phillipson “The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays”, *Public Law* nº 380, 2012 (publicación revisada).

El análisis realizado por los críticos de izquierda ve a la «HRA» como inútil³³. La Ley es buena tocando el violín en los márgenes, en la protección de los intereses de las celebridades adineradas que buscan proteger su privacidad, pero, sugieren, que ha tenido un efecto poco significativo en las áreas donde realmente debería importar, en particular, en la guerra contra el terror. Aquí, según ellos, el poder judicial ha encontrado de buen grado que resulta demasiado sencillo mirar hacia otro lado frente al poder ejecutivo. Dados los poderes de la «HRA», teniendo en cuenta el texto y la estructura de los derechos de la Convención, no ha sido posible proteger los derechos fundamentales frente al serio desafío del ejecutivo, en cumplimiento de su agenda de seguridad nacional; y esto es así, especialmente, en relación a los individuos y las minorías impopulares, que son precisamente las personas que requieren la protección de los derechos humanos.

7. LAS CUESTIONES ESPECÍFICAS: LA DEPORTACIÓN DE “ABU QATADA”

La deportación de «Abu Qatada» («Omar Othman») fue, más que cualquier otra cosa, el foco de la oposición a los derechos humanos europeos liderado por los conservadores y su ejecutivo³⁴. Se trataba del reproche habitual de que la normativa europea en derechos humanos inhibe al ejecutivo del desempeño de sus funciones básicas, en particular, la protección de la población. Pero ilustra un cuestionamiento más complejo de las razones constitucionales que dan supremacía última al Derecho europeo en derechos humanos: El procedimiento interno de deportación, una vez ajustado a las normas de derechos humanos era objeto de revisión por motivo de dichos derechos humanos.

El Reino Unido deseaba deportar a un hombre que pretendía dar una justificación religiosa a los ataques violentos contra civiles³⁵. Inicialmente, la deportación se retrasó por dos tribunales del Reino Unido y el TEDH con base en los derechos humanos. Una de las razones para el retraso fue la de un riesgo real, caso de ser deportado, de que «Othman» fuera torturado. Después de unos acuerdos diplomáticos que fueron aceptados como suficientes para eliminar este riesgo, la deportación se retrasó aún más por el TEDH sobre la base de un riesgo real de que «Othman» fuera

³³ K. EWING, “The Futility of the HRA”, *Public Law*, 2004, p. 828-852; K. EWING y J-C THAM, “The Continuing Futility of the HRA”, *Public Law* p. 668-693.

³⁴ Theresa May, quien quizás sea la crítica más férrea, era Ministra del Interior en aquel tiempo.

³⁵ Conclusión de la «Special Immigration Appeals Commission» en «Othman v Demandado» SC /15/2005, párrafo 79.

juzgado en Jordania, en base a pruebas obtenidas mediante tortura. Finalmente ese riesgo, el de que las pruebas obtenidas bajo tortura fueran usadas, fue aceptablemente eliminado en base a un tratado entre el Reino Unido y Jordania. Todo este proceso llevó muchos años, fue políticamente controvertido, y causó un distanciamiento entre el Gobierno del Reino Unido y el Tribunal de Estrasburgo.

Con respecto a la convención sobre la responsabilidad ministerial ante el parlamento, la deportación de «Abu Qatada» planteó pocas dificultades políticas y el parlamento ampliamente apoyó las acciones del Ministro del Interior. Las restricciones legales sobre las acciones del Secretario del Interior fueron significativas. El Ministro del Interior utilizó una potestad estatutaria para la deportación de una persona, en razón de que su presencia en el Reino Unido sea contraria al interés público³⁶. Bajo el sistema original, en la década de 1970, no existía recurso alguno ante los tribunales, pero el deportado podía recurrir ante un “panel asesor independiente”. Este panel fue establecido por el Ministro del Interior usando la Prerrogativa Real, que no tenía ninguna base estatutaria³⁷, actuó en secreto y su papel fue meramente el de asesorar al ministro³⁸. A raíz de una sentencia adversa del TEDH, el panel fue sustituido por la «Special Immigration Appeals Commission (SIAC)». Como su predecesor, este tribunal tiene poderes para reunirse en secreto y decidir los casos sobre pruebas que no se dan a conocer al reclamante. Sin embargo, su existencia demuestra una cultura constitucional transformada y la aceptación de los estándares en derechos humanos de la Constitución moderna. A diferencia del panel asesor, la «SIAC» tiene estatus de Alto Tribunal y puede evitar una deportación si es injustificada o pudiera violar los derechos humanos del deportado. En relación a las pruebas secretas, usa medidas que tienen por objeto compensar lo que podría de otro modo ser una violación del derecho humano básico a un procedimiento contradictorio. Debemos recordar que la restricción de un proceso contradictorio puede ser compatible con el artículo 5 (4) o el artículo 6 de la Convención, en la medida en que haya medidas adecuadas de “contrapeso”³⁹. Éstas pueden incluir el uso de “defensores especiales”⁴⁰, que son utilizados por el «SIAC».

³⁶ «Immigration Act 1971, section 3(5)».

³⁷ Nota del Traductor. El autor se refiere aquí a una «statutory basis». Esto significa que la autoridad legal proviene de una ley del parlamento en lugar de un principio del «Common Law».

³⁸ Véase ST «R v Secretary of State for Home Affairs ex parte Hosenball» 1 WLR 766, 1977.

³⁹ ST «A v UK» 49 EHRR 29 [2005], 2009.

⁴⁰ La «Security» aclaró el papel de los abogados que representan los intereses del demandante. Tienen derecho a ver la prueba secreta, pero no deben discutirla con el solicitante. El Tribunal Europeo dio cierto apoyo al uso de abogados especiales en «Chahal v UK» 23 EHRR 413, 1997, párrafo 144.

En el Caso «Abu Qatada» ante el «SIAC», siguiendo un procedimiento cerrado, se consideró que la propuesta de deportación era compatible con la Convención de derechos. Ciertamente, existía el riesgo de que fuera juzgado, en Jordania, sobre la base de pruebas obtenidas mediante tortura. Siguiendo la jurisprudencia de Estrasburgo, la «SIAC» tuvo que decidir si la materialización de este riesgo sería, dadas las circunstancias del caso, una violación “flagrante” del artículo 6 del CEDH. Para la «SIAC», cuya decisión fue confirmada por la Corte Suprema del Reino Unido, se trataba esencialmente de una cuestión factual a ser decidida mediante el cuidadoso examen y valoración de las pruebas particulares del caso «Abu Qatada». Y resolvió que, si bien pueden existir violaciones del artículo 6 en Jordania, éstas no serían, teniendo en cuenta todas las pruebas, “flagrantes”⁴¹. El TEDH, sin embargo, adoptó una línea diferente. El hecho de que hubiera un “riesgo real” de utilización de pruebas obtenidas bajo tortura era, de por sí, suficiente para demostrar que la violación del artículo 6 era “flagrante”. Una vez que esta premisa fue aceptada, el examen más detallado del peso de las pruebas fue irrelevante. El TEDH explicitó una regla: Un riesgo real del uso de pruebas obtenidas bajo tortura es una razón suficiente para evitar una deportación⁴². En contraste, para el «SIAC», el riesgo real había señalado la necesidad de una averiguación más intensiva de las pruebas para determinar si, en realidad y ponderadamente, este riesgo era tan grave como para causar una negación completa de la imparcialidad del juicio a «Abu Qatada».

Un contraste similar entre el enfoque europeo y del Reino Unido ha surgido en otros contextos, como es el uso de pruebas secretas en los procedimientos de lucha contra el terrorismo, y el uso de testimonios por referencia en los procedimientos penales. El Tribunal de Estrasburgo ha tendido a proteger la esencia de un juicio justo considerando que la prueba basada “exclusivamente o decisivamente” en pruebas secretas o por referencia necesariamente constituye una violación; mientras, los tribunales del Reino Unido, basándose en los principios del «Common Law», dan mucho mayor peso a la capacidad de los jueces, ejerciendo su discrecionalidad, proporcionando un juicio que es, en general, justo⁴³.

Por lo tanto, uno de los puntos en los que la integración de los derechos humanos europeos con los derechos que informan la Constitución «Common Law» parece fallar es cuando el TEDH estipula una regla absoluta. Lo hace, cuando insiste en que las interferencias admisibles en la aplicación de los derechos están limitadas

⁴¹ ST «Othman v Secretary of State for the Home Department» UKSC 10, 2010.

⁴² ST «Othman v UK» 55 EHRR 1, 2012.

⁴³ ST «R v Horncastle» UKSC 14, 2009; cf «Al-Khawaja v UK» 54 EHRR 23, 2012.

por la necesidad de garantizar la “esencia” –el derecho básico– de un derecho. El ejercicio de ponderación de los tribunales nacionales refleja el enfoque adoptado por el ejecutivo (aunque puede que llegue a conclusiones diferentes). En última instancia, este enfoque está en contradicción con la perspectiva del TEDH, cuando éste expone los límites de interferencia admisibles.

8. TEMAS ESPECÍFICOS: EL PARLAMENTO Y LOS VOTOS DE LOS RECLUSOS

Además de la frustración del ejecutivo, ilustrada por el caso de «Abu Qatada», hay una segunda crítica, con base constitucional, referida a la aplicación del sistema europeo de derechos humanos en el Reino Unido, y que plantea la cuestión de la adecuada deferencia que debe mostrarse, dentro del contexto de los derechos humanos, con la voluntad de una asamblea electa.

Al igual que en la aplicación del Imperio de la Ley al ejecutivo, discutido en la sección anterior, los críticos no pueden argumentar razonablemente que las normas de derechos humanos sean irrelevantes en lo que concierne al parlamento del Reino Unido debido a su “soberanía” o simplemente a su condición de órgano electo. Como se dijo anteriormente, la teoría tradicional de la “soberanía del parlamento” siempre reconoció los restrictivos efectos de la cultura o de la “opinión”. El parlamento se “auto corrige”⁴⁴, en el sentido de que los efectos opresores de la legislación pueden ser remedados a través de elecciones generales. La convención constitucional que establece que el parlamento no debería legislar tiránicamente⁴⁵ debe ser restaurada hoy, como la exigencia al parlamento de que legisle de un modo que respete las normas de derechos humanos. Para los tribunales, sólo las palabras más claras de una ley pueden derrotar la presunción de que el parlamento tiene la intención de legislar de manera compatible con las obligaciones internacionales del Reino Unido. Después de todo, fue el parlamento quien proclamó la «HRA» de 1998.

El foco de la tensión entre las instituciones de Estrasburgo y el parlamento del Reino Unido concernió a la inhabilitación para el voto de los presos en el Reino Unido. La legislación del Reino Unido elimina el derecho al sufragio de todos los presos condenados. Aunque los tribunales del Reino Unido confirmaron que la prohibición está dentro del margen de apreciación del Reino Unido, el TEDH,

⁴⁴ P.P. CRAIG, *Public Law and Democracy in the UK and the USA*, OUP, Oxford, 1991, Capítulo 1.

⁴⁵ Véase nota 10, supra.

sostuvo que el carácter absoluto de la prohibición violaba el artículo 3 del Primer Protocolo –la prohibición se aplica a todos los presos, automáticamente y sin referencia a factores individuales⁴⁶–. A consecuencia de la sentencia ha habido intentos de hacer cumplir el derecho de los presos a votar mediante una legislación nacional, pero todos han fracasado. Esto se debe a que, como se dijo anteriormente, la «HRA» de 1998 no otorga a los jueces del Reino Unido el poder de dejar al margen aquella legislación, aunque sea claramente incompatible con los derechos del Convenio; ni los jueces tienen autoridad para fijar cualesquiera esquema particular para el voto recluso.

El TEDH ha reiterado su posición y ha dejado claro que el Reino Unido debe satisfacer la obligación de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte⁴⁷. El parlamento del Reino Unido, sin embargo, ha continuado, mediante votaciones libres, y apoyo tanto a izquierda como a derecha, haciendo valer su oposición al voto de los reclusos. Esta postura ha sido respaldada por el ejecutivo. De acuerdo con un plazo fijado por el TEDH, el gobierno del Reino Unido trasladó sus propuestas legislativas en 2012. Una Comisión Mixta del parlamento, consideró estas propuestas durante un año y, en diciembre de 2013, recomendó que los presos, cumplidores de una condena igual o menor a doce meses, debieran tener derecho a votar. En septiembre de 2014, el «Committee of Ministers»⁴⁸, aceptando un compromiso para poner fin a la prohibición total, amplió el plazo hasta septiembre de 2015 (después de las elecciones generales).

La prohibición tiene tres características que pueden explicar por qué, para sus opositores, desafía la autoridad democrática del parlamento. En primer lugar, el tema refleja la naturaleza evolutiva de las normas sobre derechos humanos. El texto del artículo 3 del Protocolo no garantiza expresamente el derecho general al voto, por no hablar de un derecho de los presos. El derecho a votar estaba implícito en el artículo 3. Para los críticos es un requerimiento que ha sido desarrollado por los jueces europeos mediante su propia autoridad - no es una inferencia necesaria a partir del texto de 1950. En segundo lugar, como un derecho implícito o inherente, está

⁴⁶ ST «Hirst v UK» 42 EHRR 41, 2006. Es el estatuto, la «Representation of the People Act 1983», lo que está realmente en cuestión. El artículo 3 no requiere que se le permita votar a todos los presos y al demandante en «Hirst», a un asesino convicto, se le habría negado el voto bajo un esquema compatible; la Corte Europea, sin embargo, se negó a tratar la aplicación como «actio popularis».

⁴⁷ ST «Greens v United Kingdom» 53 EHRR 21, 2011.

⁴⁸ Nota del Traductor: El «Committee of Ministers» es el órgano de decisión del Consejo de Europa. Sus responsabilidades incluyen la supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal de derechos humanos.

sujeto a restricciones razonables. Sobre éstos, el TEDH permite un amplio margen de apreciación. Por lo tanto, reconoce que el alcance del derecho a votar es un tema sobre el cual las personas razonables pueden discrepar. La función de la Corte es exponer los límites de ese desacuerdo. En tercer lugar, desde el punto de vista de los críticos, el Tribunal está imponiendo una regla arbitraria. Pueden estar de acuerdo en que la eliminación del sufragio a aquellos condenados por ilícitos penales no debe ser automática, sino que debe reflejar factores variables tales como la gravedad del delito y sus circunstancias, incluyendo las circunstancias del delincuente. Pero son precisamente estos factores los que ya se tienen en cuenta en la resolución judicial sobre si encarcelar o no. El Tribunal no parece abierto al argumento de que la discrecionalidad judicial sobre si encarcelar o no abarca los mismos factores que podrían ser relevantes para la eliminación del derecho de sufragio⁴⁹.

La cuestión de los votos de los reclusos es significativa porque atraviesa todos los partidos y está sostenida por el criterio de que el derecho de un parlamento electo a hacer leyes está siendo incorrectamente limitado por el TEDH. En la medida en que sea posible generalizar, el sentido de la interferencia indebida está referido a cuestiones relacionadas con derechos implícitos o inherentes sobre los que a los parlamentos nacionales se les da un mayor margen de apreciación, y creen los críticos, que el TEDH ha ejercido su función de revisión sobre estas cuestiones, mediante la imposición de una norma arbitraria. Por supuesto hay un montón de diputados que también apoyan la extensión al derecho al voto al menos a algunos presos o que apoyan el papel del TEDH, pero piensan que es una cuestión de legislación ordinaria.

9. EL PODER JUDICIAL DEL REINO UNIDO Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Hay un tercer y significativo eje de críticas que proviene de algunos altos miembros de la judicatura. Se refiere a la relación de los tribunales con el TEDH después de la promulgación de la «HRA» en 1998.

Ha habido un número de casos en los que jueces del Reino Unido, incluida la Corte Suprema, tras un análisis cuidadoso y detallado de los derechos de la Convención, se han pronunciado en desacuerdo con el TEDH, interpretando de forma diferente el texto de la Convención. Ejemplo de ello son los supuestos sobre las

⁴⁹ Este punto se construyó en «Sumption SCJ» in «R (Chester) v Secretary of State for Justice» UKSC 63, [2013] párrafo 135. Para los críticos del argumento, éste fue reforzado por «Scoppola v Italia» (2013) 56 19 EHRR donde las restricciones italianas, basadas en la gravedad del delito y los factores personales, se permitieron.

bases de datos de perfiles de ADN en manos de la policía, la política de detenciones y cacheos aleatorios en el contexto de la lucha contra el terrorismo, y los casos sobre el voto de los reclusos (mencionado anteriormente). Hay también tensiones relativas al derecho a un juicio justo, y temas tales como el derecho a guardar silencio, y el uso de testimonios por referencia. Si estos asuntos vuelven entonces a los tribunales del Reino Unido, los casos ulteriores deberán ser decididos a la luz del enfoque de Estrasburgo, lo que en ocasiones se hace con judicial renuencia⁵⁰.

En virtud del artículo 2 de la «HRA», los tribunales del Reino Unido deben “tener en cuenta” las decisiones del TEDH al decidir casos bajo la «HRA». Hay diferentes puntos de vista judiciales sobre lo que esto significa. La principal interpretación judicial es la del llamado principio del “espejo”. Bajo éste, la «HRA» autoriza a los jueces del Reino Unido a proporcionar el mismo nivel de garantías en derechos humanos que disponga el TEDH –no menos (porque simplemente animaría a cualquier reclamante a llevar su caso a Estrasburgo), pero tampoco más: el principio del “espejo” se resiste igualmente a una interpretación más generosa de los derechos humanos en el Reino Unido–. Sobre esta base, los tribunales del Reino Unido seguirán las asentadas y autorizadas declaraciones del Derecho de la Convención dadas por el TEDH, y lo harán incluso si significa darle la vuelta a su propio, reciente, cuidadoso y razonado análisis de los mismos derechos de la Convención. El principio del “espejo”, sin embargo, no requiere de los tribunales del Reino Unido que sigan cualquier línea interpretativa particular cuando las resoluciones de Estrasburgo no estén claras o acreditadas, cuando estén basadas simplemente en una evaluación diferente de la proporcionalidad en el caso concreto, o cuando estén basadas en un malentendido de la situación jurídica interna⁵¹.

Un número de jueces británicos, incluido el recién jubilado «Lord Chief Justice»⁵² (de hecho, a la cabeza del poder judicial), han comenzado a sugerir que los tribunales

⁵⁰ ST «Secretary of State for the Home Department v AF» (3) [2010] 2 AC 269; por su interés, véase el párrafo 70.

⁵¹ ST «R (Ullah) v Special Adjudicator» [2004] AC 323, párrafo 20.

⁵² Nota del Traductor. El «Lord Chief of Justice of England and Wales» es el Presidente de los Tribunales de Inglaterra y Gales, y Presidente de la «Sala de lo Penal del Tribunal de Apelación» que conoce de los recursos de la «Crown Court» (que decide sobre los casos penales graves en primera instancia, pero también conoce de los recursos, en relación con los delitos menos graves, de los «Magistrates Courts»). Es el más alto tribunal y se ocupa exclusivamente de los casos penales en Inglaterra y Gales (Irlanda del Norte tiene sus propios tribunales y Escocia su propio sistema legal). Además se ocupa de los recursos sobre los «points of law» (cuestiones jurídicas, no fácticas) de importancia general que radiquen en la Corte Suprema del Reino Unido (tales apelaciones en casos criminales son relativamente inusuales). Esta situación como “cabeza del Poder Judicial” es una consecuencia de la «Constitutional Reform Act 2005». Esta Ley transfirió funciones

británicos podrían tomar por sí mismos una posición más fuerte y firme. En sus escritos académicos y conferencias algunos jueces han criticado el papel del TEDH⁵³ por actuar más allá de su mandato original de proporcionar un baluarte contra el totalitarismo. Más bien, desde este punto de vista, se ha convertido en un tribunal constitucional para Europa, que, sin autoridad constitucional adecuada, interfiere impropiamente en las decisiones de las bien ordenadas democracias que actúan en consonancia con el Estado de Derecho. Otros magistrados, también en escritos académicos y conferencias, han sugerido que la atención ha estado demasiado enfocada en los precedentes de los derechos de la Convención (que son en última instancia definidos por Estrasburgo) y la «HRA»⁵⁴. Esto, se sugiere, ha socavado el desarrollo del «Common Law». Como se mencionó anteriormente, el «Common Law» contiene una fuerte presunción a favor de la libertad negativa, sin embargo, en los últimos años ha desarrollado su propia concepción de los «derechos fundamentales». En opinión de estos jueces, el «Common Law» puede, en algunas circunstancias, servir como una base más sólida para el desarrollo, en el ordenamiento jurídico, de las normas sobre los derechos humanos.

En este sentido, que la «Common Law» tenga una fuerza paralela a la de la Convención, también se ha reflejado en las decisiones judiciales, donde los jueces deben hablar con autoridad jurídica en lugar de con sus opiniones personales. Así, el principio del «espejo», que se menciona más arriba, ha sido limitado, jurídicamente, por el parecer de que los aspectos fundamentales de la ley británica no deban ser anulados por las decisiones de la Cámara de Estrasburgo, algo que también podría aplicarse incluso a un principio claro

legales significativas del «Lord Chancellor» al «Lord Chief Justice». Esta Ley también estableció un Tribunal Supremo del Reino Unido que asumió los poderes judiciales de la Cámara de los Lores, creando así una separación más clara de poderes. Para una rápida comprensión de la compleja estructura legal en el Reino Unido, véase el esquema publicado en la Web de la propia Corte Suprema donde se puede encontrar mucha información adicional. Disponible en Web de consulta 16 de noviembre 2014:

<https://www.supremecourt.uk/docs/supreme-court-and-the-uks-legal-system.pdf>

<https://www.supremecourt.uk/about/uk-judicial-system.html>

<https://www.supremecourt.uk/about/index.html>

⁵³ V. gr., LORD SUMPTION (a serving Supreme Court Justice) «The Limits of Law», *27th Sultan Azlan Shah Lecture*, Kuala Lumpur, 20 November 2013; LORD HOFFMANN «The Universality of Human Rights» *Judicial Studies Board Annual Lecture*, 19 March 2009.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, las conferencias de «Lord Judge» a la «Judicial Studies Board» en 2010 y la «Constitution Unit» de 2013 argumentando en contra de una preferencia automática por la Convención por encima del «Common Law», junto con las Conferencias de «Sir John Laws 'Hamlyn» argumentando que importantes virtudes del «Common Law» se están perdiendo. El actual Presidente de la «UKSC» tiene una visión más matizada: «The role of judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and UK experience», *Conferencia en Melbourne*, Melbourne, Victoria, 8 de agosto de 2014.

del Derecho de la Convención que hubiera sido establecido por la Gran Sala (aunque sólo fuera como una “posibilidad teórica”)⁵⁵. Más recientemente, la «Supreme Court» ha hecho hincapié en que la Convención no establece nada más que una abstracta gama de garantías y valores subyacentes, con los que la legislación nacional debe ser compatible. La forma en que dichas garantías se reúnan y los valores se defiendan es una cuestión de Derecho interno, incluidos los principios fundamentales de la «Common Law». El desarrollo y la relación del Derecho nacional, las leyes y la «Common Law», es, por lo tanto, la atención principal de los tribunales⁵⁶.

También ha habido casos de críticas y desacuerdos enérgicamente redactados entre la Corte Suprema del Reino Unido y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. «R v Horncastle» [2009] UKSC 14, en particular, involucró a la «Supreme Court» en críticas a las sentencias de la Sala. Esta última había sugerido que una condena penal basada “en su totalidad o principalmente” en testimonios por referencias siempre iba a producir una violación del artículo 6, no importa qué otras salvaguardias legales y de «Common Law» existieran⁵⁷. Del mismo modo, la predilección entre algunos jueces por un enfoque basado en el «Common Law», en lugar de por uno exclusivamente basado en los derechos de la Convención, se puede encontrar en «Kennedy v Information Commissioner» [2014] UKSC 20. El demandante argumentó que el derecho a “recibir información”, del artículo 10 CEDH, le otorgaba el derecho a obtener información en poder de un organismo público, que el organismo público de otra manera estaría poco dispuesto o en absoluto dispuesto a revelar. En el pasado, notoriamente, el derecho a recibir información en virtud del artículo 10 se ha aplicado no sólo a aquellos que están dispuestos a proporcionar información, sino a aquellos a los que se les impide por ley o política gubernamental hacerlo. En «Kennedy» había dos opciones disponibles para la «Supreme Court». Una era la de aceptar, desarrollar y aplicar un general, aunque incierto, principio, fundamentado en los casos recientes de Estrasburgo. Este principio sugiere que, en algunas circunstancias, el artículo 10 podría imponer el deber de revelación, incluso si las autoridades públicas no estuvieran dispuestas. Pero la mayoría de los jueces dudaban de si este nuevo principio gozaba de certeza jurídica, y no se inclinaban en favor de su especificación y desarrollo como un principio en la legislación del Reino Unido. En cambio, la mayoría prefería aplicar el principio de “justicia abierta” que

⁵⁵ ST «Manchester CC v Pinnock» [2010] UKSC 45, párrafo 48.

⁵⁶ ST «Osborn v Parole Board» [2013] UKSC 61, párrafo 54-63.

⁵⁷ Una crisis más profunda fue evitada cuando la Gran Sala sostuvo contra una condena basada en exclusiva o con decisivos testimonios de oídas, que dicha regla no era absoluta - «Al-Khawaja v UK» (2012) 54 EHRR 23.

se encuentra en el «Common Law». Esto, argumentaron, podría proporcionar una solución para el reclamante, como mínimo tan buena como, y tal vez más generosa que una solución basada en el artículo 10. Los menos, por el contrario, estaban dispuestos a aceptar, adaptar y aplicar al caso los avances de Estrasburgo.

Como ilustra la diferencia entre jueces que se produjo en «Kennedy», el escepticismo sobre el Derecho Europeo de derechos humanos no es universal. Un montón de jueces guardan silencio sobre el tema, o dan la bienvenida al poder que la «HRA» les da para hacer justicia en los casos particulares y no tienen preocupación alguna por la autoridad del TEDH. Sin embargo, la posición escéptica expresada por los magistrados superiores ha encontrado un lugar en la jurisprudencia, y por lo tanto, es parte de la crítica constitucional más general del Derecho europeo de derechos humanos, a los que este artículo se refiere. Lo que también está claro, a partir de esta dimensión judicial de la crítica, es que la cuestión no trata sobre una reticencia a aceptar las normas de derechos humanos, sino más bien sobre la forma y contenido del enfoque europeo y la facilidad con la que éste se integra en el «Common Law». En «Kennedy», la mayoría pensaba que la «Common Law» ofrecía un enfoque más simple, seguro y potencialmente más generoso, que el disponible a través de la Convención.

10. SOLUCIONES PROPUESTAS

Las críticas que se han discutido anteriormente son parte de la agenda política y es probable que permanezcan como temas vivos más allá de las elecciones generales en 2015. No olvidemos que fueron los Conservadores, desde el 2010 a 2015, el partido dominante en la coalición de gobierno, y quienes están llevando a cabo una agenda para cambiar el enfoque del Reino Unido con respecto a las normas de derechos humanos. El Partido Laborista y el Liberal Demócrata apoyan la reforma, mientras que no suponga un cambio radical.

10.1. Derogación de la HRA y renuncia al CEDH

Las reformas sugeridas son, en primer lugar, las que se refieren a la «HRA». Esta es una ley ordinaria del parlamento del Reino Unido, y por lo tanto (no importa cual fundamental sea) puede ser modificada o derogada por otra ley. La derogación o modificación no tendría necesariamente el apoyo de la Cámara de los Lores (de cuyo apoyo, incluso en una cuestión constitucional importante, puede prescindirse después de un año de espera)⁵⁸.

⁵⁸ «Parliament Acts 1911/1949»; cf «Jackson v Attorney General» [2005] UKHL 56.

Pero no tendría mucho sentido la derogación a menos que el Reino Unido también renunciara a la Convención y se retirara del Consejo de Europa. De lo contrario, seguiría habiendo demandas en Estrasburgo y seguiría siendo, por lo tanto, el deber del Reino Unido dar cumplimiento a las sentencias del TEDH. En cualquier caso, la retirada tendría enormes e impredecibles efectos. Difícilmente hubiera sido posible con otro gobierno de coalición. Por otra parte podría ser imposible de hacer (por lo menos difícil) sin dejar de ser a la vez miembro de la Unión Europea. En virtud del Tratado de Lisboa, pertenecer al Consejo de Europa se está convirtiendo en una condición para ser miembro de la UE. Por otra parte, la Unión en sí misma precisa adherirse a la Convención, en virtud del Tratado de Lisboa y el Protocolo 14 del CEDH. No obstante, la retirada del Consejo de Europa fue en 2014, una de las opciones que los conservadores estaban considerando⁵⁹.

10.2. La sustitución de la «HRA» por una “Declaración de Derechos” británica

Un segundo ámbito de la reforma propuesta es la sustitución de la «HRA» por la llamada “Declaración británica de derechos”, que se ajustaría a una valoración británica de los derechos humanos. Esto, presumiblemente, implicará la derogación de la «HRA» y apartarse del principio del “espejo” (descrito anteriormente). La eficacia de dicha reforma fue puesta en duda. En efecto, la Comisión, creada en 2010 y encargada de examinar las referencias para una Declaración de derechos británica no pudo ponerse de acuerdo sobre los principios básicos. En primer lugar, no hay nada que impida en este momento la promulgación de leyes que den efecto a una valoración de los derechos de la Convención más generosa con los reclamantes de lo que lo sería Estrasburgo. Una interpretación más restrictiva, por otro lado, simplemente llevaría a los reclamantes a plantear sus casos ante Estrasburgo. Una segunda duda es si realmente es posible identificar claramente derechos “británicos”. La teoría considera los derechos fundamentales universales. Este punto de vista se siente incómodo con la idea de que los derechos sean afirmados mediante características nacionales. Bajo el Convenio, como bajo todos los instrumentos internacionales, ya existe un concepto bien desarrollado del “margen de apreciación” por el que las diferencias nacionales pueden ser reconocidas estando sujetas al tope de revisión de un tribunal internacional. También hay un problema adicional en el Reino Unido. Todo el concepto de “lo británico” está en disputa. Hay una continua “devolución”

⁵⁹ Véanse los comentarios del «Secretary of State for Justice» (miembro del Consejo de Ministros, pero hablando como político conservador) el 30 de diciembre de 2013.

de la autoridad constitucional a las “naciones” que conforman el Reino Unido⁶⁰. De hecho, el Reino está cada vez más desunido, ya que las reclamaciones se hacen en nombre de una marcada cultura irlandesa, escocesa, galesa y norirlandesa, en ausencia de una marcada cultura inglesa. Cómo puede ser traído todo esto a una “Declaración británica de derechos”, es algo que no está claro. Además de las referencias al juicio por jurado, la mayor parte del debate discurre acerca de si dar peso a los derechos basados en los objetivos sociales y económicos, tales como los derechos al bienestar, la vivienda, etc. Esto, por supuesto, sólo incrementa las bien conocidas cuestiones acerca de si tales objetivos deberían ser expresados como “derechos”, dado que implican grandes preguntas acerca de la política social y la distribución de los recursos, asuntos –argumentan los críticos– esencialmente políticos, en lugar de propios de la esfera judicial.

10.3. La reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El segundo eje serio de la reforma está relacionado con el TEDH. Por lo que hemos visto, las sentencias de este Tribunal, especialmente cuando imponen una regla basada en el límite al ejercicio de un amplio margen de apreciación, estaría en el corazón de gran parte de las críticas.

Hay acuerdo en la existencia de grandes problemas, con base principalmente en una enorme acumulación de casos ante la Corte. El Consejo de Europa y los Estados signatarios siguen buscando soluciones a través de cambios, principalmente respecto al proceso y los criterios de admisión.

Sin embargo, un tribunal más eficiente no es un objetivo desde la perspectiva de los críticos en el Reino Unido. Para ellos, la Corte está yendo demasiado lejos en la introducción de estándares constitucionales/legales comunes en Europa. Esto contrasta con los que alegan que su propósito original es el de ser un baluarte contra las políticas potencialmente totalitarias. Está claro que a partir de algunos de sus primeros casos, el Tribunal no se ha limitado a las flagrantes y sistemáticas violaciones de los derechos humanos o a indicar las acciones que ponen en peligro los fundamentos de la democracia. Más bien ha aplicado las normas de derechos humanos, en toda una gama de asuntos ordinarios que surgen en sociedades con instituciones democráticas eficaces, y en algunos estados, larga tradición democrática. En uno de estos tempranos casos (ocupándose de las leyes de ilegitimidad de Bélgica) el disidente juez británico (Fitzmaurice) argumentó que había un umbral de gravedad que necesitaba ser traspasado antes de que un tema

⁶⁰ En septiembre 2014 el pueblo en Escocia votó en contra de la independencia total, pero lo hicieron en el contexto de promesas de ampliación de las competencias transferidas.

comprometiera incluso a los derechos humanos; y que las normas nacionales de Bélgica sobre la ilegitimidad no cumplían con ello. La suya fue una opinión disidente. El punto de vista predominante siempre ha estado en contra de limitar la competencia de la Corte sólo a graves violaciones. Sin embargo el problema filosófico sigue siendo: ¿Bajo qué principio (qué filosofía de los derechos humanos) decimos: ésta es una materia de una importancia tan fundamental que debe ser removida de aquello que concierne a las autoridades nacionales, en una democracia que funciona? El derecho positivo del Tribunal no proporciona una respuesta.

Sin embargo, el Protocolo 14 ha introducido un nuevo criterio de admisibilidad del Tribunal: Que el solicitante debe haber sufrido un “perjuicio importante”, de lo contrario, la solicitud será rechazada a menos que el respeto a los derechos humanos requiera un examen del fondo del asunto. No está claro por el momento si este nuevo criterio ha marcado mucho la diferencia.

El Reino Unido, bajo la coalición conservadora, jugó plenamente su papel en el proceso de reforma que ha dado lugar a la apertura a la firma de los Protocolos 15 y 16. El Protocolo 15 modifica el Preámbulo de la Convención. Afirma el concepto de subsidiariedad que obliga a los Estados nacionales a tener la responsabilidad principal de garantizar los derechos humanos y que, al hacerlo, disfrutan de “un margen de apreciación” pero siguen estando sujetos a la “supervisora jurisdicción” de la Corte. No hay ningún cambio en el texto de la Convención de derechos. El Preámbulo tiene una persuasiva autoridad sobre cómo se interpretan los derechos del Convenio. Sin embargo, el nuevo texto es estudiadamente ambiguo: no hay nada que indique el alcance del margen de apreciación en cualesquier situación, ni la intensidad de la supervisión del Tribunal. El efecto puede ser más simbólico que real.

El Protocolo 16 permitirá que los tribunales nacionales soliciten opiniones consultivas al Tribunal. Éstas no pueden ser generales, sino que deben estar en el contexto de un caso (es decir, y al parecer, no en el contexto de una propuesta legislativa). Si el Tribunal acepta la solicitud, el dictamen se emitirá por la Gran Sala. Estas opiniones consultivas no son vinculantes. El Protocolo nº 16 puede aumentar la autoridad de los tribunales nacionales; pero por otro lado, también pudiera ser visto por los críticos como un medio para restringir aún más la independencia de criterio y el desarrollo del Derecho nacional por los tribunales nacionales.

El Reino Unido sugirió otras reformas que no han encontrado aceptación. El borrador del Reino Unido para la Declaración de «Brighton»⁶¹ propuso, entre otras

⁶¹ Parte del proceso de reforma conduce a los Protocolos 15 y 16. El proyecto del Reino Unido es de 23 de febrero de 2012; la última Declaración de «Brighton» fue de 20 abril de 2012.

cosas, que la jurisdicción de la Corte debía limitarse a aquellas cuestiones en las que hay un principio importante del Derecho de los derechos humanos en juego, o que sea un asunto tan serio, que la intervención del Tribunal en el nivel internacional se justifique. El Reino Unido también propuso que, excepto en cuestiones muy graves, la aceptación por parte de los tribunales nacionales de una opinión consultiva significaría que el derecho de acceso al TEDH, involucrado en la materia cuestión de la opinión consultiva, se perdería. No existe tal disposición en el Protocolo 16. La más radical de las propuestas fracasadas del Reino Unido fue la de negar el derecho de reclamación, cuando el asunto coincidiera con el de una cuestión que ya hubiera sido plenamente motivada, en términos de derechos humanos, por el más alto tribunal nacional (es decir, un tribunal supremo o constitucional). Como se mencionó anteriormente, hay una serie de casos en el Reino Unido, que de haber sido efectiva la propuesta, no podrían haber sido oídos en Estrasburgo.

A largo plazo, el objetivo de las propuestas del gobierno conservador es que la Corte se ponga en una posición en la que pueda centrarse en violaciones sistemáticas y generalizadas, problemas sistémicos y estructurales en las leyes de un país, prácticas o instituciones y cuestiones importantes de interpretación. La hipótesis sería que, en un buen funcionamiento de las democracias caracterizadas por el Estado de Derecho aplicado por un poder judicial independiente, el papel del TEDH estaría muy disminuido. Su foco radicaría (cada vez lo es más de todos modos) en Rusia y los Estados de Europa del Este que todavía están luchando para poner en práctica estos principios, en los que el Tribunal estaría realizando la función para la que fue creado. Los defensores del sistema actual argumentan que si el rango de la Corte se reduce de esta manera, los países democráticos dejarán de ser capaces de mostrar a Rusia y los Estados de Europa del Este, un buen ejemplo. Tienen miedo de que, en realidad, la Corte pudiera ser neutralizada.

11. CONCLUSIONES

La «HRA» de 1998 es una forma de compromiso constitucional. Es uno de los pilares centrales de la “nueva Constitución” del Reino Unido, que sitúa los derechos humanos en el centro y que ha supuesto un reequilibrio significativo a favor del Estado de Derecho y un enfoque más “escrito” y “legalista”. Al mismo tiempo, la Ley acomoda aspectos de la “Constitución política” tradicional. A través de su reconocimiento de la soberanía última del parlamento y a través del recurso a la declaración de incompatibilidad, se crean las condiciones para un “diálogo” sobre los derechos humanos entre los tribunales, el parlamento y el ejecutivo, particularmente sobre los complejos casos en los que el equilibrio de derechos e intereses públicos es polémico.

Pero tal diálogo, con la posibilidad de que, al final, sea el juicio político del parlamento y el ejecutivo el que deba prevalecer, es incompatible con la máxima autoridad de la Convención y el TEDH. La «HRA» y las obligaciones del Reino Unido en virtud del Convenio son, en esa medida, incompatibles entre sí. Los defensores de los derechos humanos europeos ven aquí un problema. Ellos apoyan la nueva hipótesis constitucional con su afirmación de la primacía última de “ley” sobre la “política”; la supremacía final del TEDH es una de las principales características de éste. Pero para los críticos, cuyos puntos de vista han sido el tema de este trabajo, el problema radica en que la Corte tiene la última palabra (directa o indirectamente) en el diálogo. No pueden aceptar una restricción constitucional que no sea responsable ante un parlamento democráticamente elegido.

Como se ha destacado, el propósito, no es negar la importancia de los derechos humanos en una Constitución moderna, lo que implicaría la nostalgia de una Constitución que hace mucho tiempo que se ha ido. Como los ejemplos anteriores demuestran, la crítica se centra en cuestiones en las que los motivos de la máxima autoridad del TEDH pueden ponerse en duda y son discutibles. Éstos son temas en los que la autoridad de la Corte se puede encontrar claramente en el Derecho positivo (ella está actuando de manera compatible con el Derecho internacional), pero donde hay, para los críticos, razones que ponen en duda el propósito de un tribunal internacional que tiene la última, resistente al diálogo, autoridad sobre el tema. El apremiante significado humano de un derecho (qué es un “derecho humano”) puede ser puesto en duda cuando está simplemente implícito en un texto más abstracto, y sobre el cual se permite un amplio margen de apreciación (por ejemplo, los votos de los reclusos). Si esto es así, entonces las razones para que el fondo sea una cuestión de derechos humanos, sobre la que un tribunal internacional tiene la última palabra, también puede ponerse en duda, y el derecho positivo que lo requiere, criticarse. Como los ejemplos anteriores también sugieren, otra de las causas de los conflictos ha sido que el TEDH ha impuesto una regla fija para regir una cuestión (por ejemplo, la actitud de la Corte ante la posibilidad de un juicio en base a pruebas bajo tortura). Este enfoque absoluto es incompatible con una preferencia (característica del «Common Law») por la búsqueda de la equidad, a través del ejercicio discrecional en los casos específicos. Ambos sistemas tienen sus ventajas y desventajas.

Para los que apoyan la posición actual, el TEDH está simplemente revisando y fijando los límites últimos del margen de apreciación. Éste es el trabajo de cualquier tribunal con funciones constitucionales. Es lo que se debe esperar dado el carácter legalista de la Constitución Británica moderna. Por otro lado, la crítica de las normas de derechos humanos en el Reino Unido sugiere que el alcance de tal legalismo

en el Reino Unido es objeto de controversia y que aquellos aspectos de la “Constitución política” continuarán siendo valorados.

Resumen

Este trabajo aborda la controversia que se está produciendo en el Reino Unido tras la aprobación de la Human Rights Act, relativa a los efectos internos de la CEDH. En concreto, el autor se centra en la crítica proveniente del partido conservador, la magistratura y los académicos de izquierda, a la vez que las proyecta sobre determinados casos. Finalmente, analiza las soluciones de futuro.

Palabras clave: Reino Unido, Human Rights Act, Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

This paper goes through the controversy display in the United Kingdom after the enactment of the Human Rights Act, which governs the internal effects of the ECHR. The author takes account on the critics coming from the conservative party, the judges and leftist professors, showing the impact of these critics on singular cases. Finally, the paper analyzes the possible solutions.

Key Words: United Kingdom, Human Rights Act, European Convention of Human Rights.

Recibido: 4 de junio de 2014

Aceptado: 15 de julio de 2014

TERRITORIALIDAD, SOBERANÍA Y CONSTITUCIÓN: LAS BASES INSTITUCIONALES DEL MODELO DE ESTADO TERRITORIAL SOBERANO

LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JÚNIOR*

SUMARIO

1. Introducción.
2. La noción de Estado territorial soberano como estructura organizacional básica del Estado moderno.
3. La territorialidad como unidad estructurante del “giro westfaliano” en la forma de organización social.
4. La demarcación de las fronteras jurídicas de la soberanía nacional.
5. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Durante el largo proceso de consolidación del Estado moderno la idea de Constitución pasa a ocupar progresivamente un lugar central tanto para el Derecho como para la Ciencia Política. Ese éxito viene siendo destacado constantemente, independientemente de la perspectiva que se adopte. Desde el punto de vista de las ideas políticas, la Constitución es considerada una escritura necesaria del poder; desde el punto de vista del Derecho, con la idea de supremacía constitucional, se hace posible comprender el Derecho como unidad sistemática dotada de un único punto de imputación; y una perspectiva conjunta, la novedad moderna de la Constitución deriva del hecho de actuar como nexo estructural entre derecho y política.

La importancia atribuida a la idea de Constitución como parte integrante de los modelos de organización de lo político y como factor de legitimación de los discursos sobre el poder no ocurrió sin que el vocablo Constitución sufriese un proceso de profunda transformación semántica: de instrumento de conservación de las fuerzas constitutivas de los estratos sociales (vinculado a la noción de “Constitución

* Profesor Titular, Universidade do Vale do Itajaí. Investigación financiada con recursos del CNPq (Proyecto 486144/2011-9, Edital Universal 14/2011).

mixta” del Medioevo) a instrumento de transformación social de la comunidad política, revestido de una pretensión de normatividad.

En el ámbito de los estudios sobre la historia de las ideas políticas, este conjunto de transformaciones suele ser asociado a una categoría analítica, el constitucionalismo¹, a partir de la cual son seleccionados múltiples elementos y aspectos particulares de la experiencia política que permitieron reconstruir las tramas de las narraciones alrededor de las técnicas de limitación del ejercicio del poder, considerando la demarcación de un espacio de libertad de los ciudadanos que no se puede eliminar.

Aun cuando los discursos sobre la Constitución sean contemporáneos a la sedimentación de las bases institucionales del Estado moderno, el surgimiento de la teoría constitucional con pretensiones de científicidad y como disciplina que pretende tratar la Constitución como problema autónomo data del primer cuarto del siglo XX. Y, como tal, representa una respuesta al escenario de crisis experimentado por el ideal liberal de Estado y de derecho, llevado a efecto por el efervescente período de entreguerras del constitucionalismo de Weimar.

El objetivo de este artículo consiste en identificar un conjunto de elementos constitutivos del denominado modelo de “Estado territorial soberano” que sirvió de base para la consolidación del Estado moderno y, por consiguiente, de la propia teoría constitucional. La delimitación de estos elementos constitutivos permite la identificación de las bases institucionales sobre las cuales se erigió el Estado moderno y los elementos que componen la matriz operativa a partir de la cual se estructura desde entonces la forma de ordenación de lo político en la modernidad.

De esta manera, el modelo aquí identificado de “Estado territorial soberano” será tratado como principio organizativo y descompuesto en cuatro dimensiones distintas (autoridad, principio organizativo, fundamento de legitimidad y criterio para la construcción de identidades) que servirán de hilo conductor para la comprensión de las transformaciones experimentadas en el proceso de consolidación de ese modelo de organización de la comunidad política y de su influencia en el desarrollo del concepto de soberanía.

Al final se defiende la idea de que este esfuerzo de comprensión del papel es-structurante que la asociación entre autoridad y territorio desempeñó en el proce-

¹ La expresión constitucionalismo suele ser utilizada en dos sentidos distintos, a veces como un esfuerzo de reconstrucción histórica acerca del desarrollo de las ideas políticas y de los mecanismos institucionales de limitación del ejercicio del poder; otras veces como una ideología mediante la cual se formulan teorías normativas de carácter valorativo y prescriptivo sobre la mejor forma de organización política. (Vid. N. MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, 1998).

so de institucionalización del Estado, brinda importantes claves de lectura para la comprensión de diferentes movimientos contemporáneos de desterritorialización de la autoridad (y por consiguiente del derecho y de la Constitución).

La existencia de esferas decisorias situadas fuera del Estado nacional que se imponen con fuerza vinculante a las autoridades estatales ha exigido un esfuerzo de redefinición del papel que le había sido atribuido a la Constitución. Si la Constitución siempre estuvo circunscrita a un determinado territorio, la desterritorialización de las instancias decisorias ha exigido una desterritorialización de la propia idea de Constitución.

Por ello no es posible sencillamente transferir la gramática constitucional para estos espacios regulatorios ubicados fuera del Estado a través de, por ejemplo, tentativas de (re)organizar el derecho internacional a partir de la “constitucionalización”, o de la promulgación de un Tratado Constitución para Europa. Es necesario, pues, resignificar la categoría moderna Constitución, y para eso se revela imprescindible establecer el vínculo moderno entre Constitución y territorio como principio de organización de lo político en la modernidad.

2. LA NOCIÓN DE ESTADO TERRITORIAL SOBERANO COMO ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL BÁSICA DEL ESTADO MODERNO

En los términos asumidos por este trabajo, el edificio del Estado moderno se erige sobre un auténtico acoplamiento entre autoridad pública y territorio. Esta relación se constituye en la exacta medida en que la legitimidad del ejercicio de la autoridad pública se institucionaliza en bases territoriales, es decir, el espacio territorial del Estado pasa a ser la referencia para la demarcación de los ámbitos de validez² del ordenamiento jurídico estatal. El modelo operativo de Estado moderno se traduce, por lo tanto, en la noción de Estado territorial soberano³.

De inicio, conviene registrar que el esfuerzo de definición de esta categoría (el Estado territorial soberano) no será hecho desde una perspectiva estrictamente

² De acuerdo con Hans Kelsen, los ámbitos de validez son las proyecciones materiales de las condiciones de significación normativas sobre el ser. Existen cuatro ámbitos de validez en Kelsen: material, formal, personal y temporal-espacial. (H. KELSEN, *Teoria pura do direito*, 6. ed., Martins Fontes, 1998).

³ Vid. S. GOYARD-FABRE, *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, Martins Fontes, 1999, p. 55 y ss.; P. B. CASELLA, *Direito internacional dos espaços*, Atlas, 2009, p. 20 y ss.; ESTEVES, “Para uma genealogia do Estado territorial soberano”, *Revista de Sociología e Política*, Curitiba, n. 27, nov. 2006, p. 15 y ss.

histórica, tampoco a partir de la consolidación de la noción de soberanía o de sus discursos de legitimación (en el ámbito de la filosofía política). En este artículo, se parte de la crítica hecha por algunos autores (neo)institucionalistas en el ámbito de la teoría de las relaciones internacionales acerca del papel desempeñado por la territorialidad en el proceso de consolidación del Estado moderno.

El desarrollo del Estado territorial como modelo resultó de la consolidación de la noción de gobierno central, es decir, de un agrupamiento de los distintos dominios semifeudales de gobierno en un único cuadro institucional de autoridad pública⁴. Esta novedad moderna es tan significativa que Daniel Philpot⁵ se refiere a ella como una de las más significativas revoluciones en la evolución de la idea de soberanía. Y de forma todavía más enfática, John Ruggie defiende que la característica sobresaliente del moderno sistema de gobierno territorial consiste justamente en la consolidación de toda autoridad (antes fragmentada/compartimentada y personalizada) alrededor de un dominio público, dominio este construido en el interior de auténticos enclaves territoriales (bien delineados, fijos y mutuamente excluyentes)⁶. Resta, pues, discutir brevemente cómo se dio ese proceso de transformación y desarrollo de sus bases institucionales.

El proceso de consolidación del modelo de Estado territorial operó, en la definición de James Caporaso, un auténtico “giro westfaliano”⁷. Este viraje fue clave en la redefinición de las estructuras de poder de la Edad Media, teniendo por referencia la unidad territorial del Estado-nación.

A pesar del reconocimiento de múltiples elementos constitutivos, la tradición consolidada en el ámbito de la filosofía y ciencia políticas se refiere a la soberanía como un concepto monolítico, como un atributo de los Estados que debe ser estimado en criterios absolutos: o el Estado posee la soberanía, o no es un Estado⁸.

⁴ J. CAPORASO, “Changes in the Westphalian order: territory, public authority, and sovereignty” en J. CAPORASO (Org.), *Continuity and change in the Westphalian order*, Blackwell Publishers, 2000, p. 22.

⁵ D. PHILPOT, *Revolutions in sovereignty: how ideas shaped modern international relations*, Princeton University Press, 2001.

⁶ J. RUGGIE, “Territoriality and beyond: problematizing modernity in international relations”, *International organization*, Cambridge Journals, v. 47, n. 1, Winter, 1993, p. 151.

⁷ J. CAPORASO, op. cit., p. 1 y ss.

⁸ El debate acerca de la consolidación del concepto moderno de soberanía es muy rico y puede ser retratado a partir de múltiples perspectivas. Excede los límites de este trabajo reconstruir la evolución histórica de este concepto, o reproducir sus bases teóricas que remontan a las formulaciones clásicas de Bodino y Hobbes. La doctrina de la soberanía (en cuanto ideología) contribuyó a la construcción de la autoridad nacional y de la unidad territorial del Estado en el siglo XIX,

Bien es verdad que la definición de la soberanía en términos absolutos encontró innumerables dificultades operacionales para lidiar con realidades como la Ciudad Estado del Vaticano o la situación de la China insular (Taiwán). Frente a estas situaciones límite, la incapacidad de la teoría de lidiar con estos arreglos institucionales atípicos tiende a ser minimizada a través del recurso a la existencia de situaciones «*sui generis*» que solamente confirmarían la regla de que la soberanía en términos formalmente absolutos es una característica distintiva (y constitutiva) del Estado.

Sin embargo, la comprensión de la soberanía en términos absolutos no ha sido capaz de conferir sentido a la existencia concreta de instancias decisorias más allá del Estado Nación. Estos espacios que compiten con la autoridad del Estado (y cuya legitimidad, en gran medida, se construye a partir de los propios Estados) han comprimido su autonomía, lo que exige que el concepto de soberanía sea comprendido en términos relativos.

Han sido frecuentes los esfuerzos de descomposición de la noción de soberanía en múltiples elementos, algunos de los cuales se mantienen bajo el dominio de las instituciones patrón de los Estados nacionales. En este sentido, Stephan Krasner habla de la existencia de “concepciones parciales de soberanía”⁹, Neil MacCormick propone la necesidad de comprender la existencia de grados diferenciados de ejercicio de poderes soberanos¹⁰, y aún a partir de una perspectiva realista, Karen Litfin defiende la ocurrencia de una especie de negociación de la soberanía («*sovereignty bargains*») como parte de la estrategia de los Estados para mantener al menos algunos de sus atributos soberanos¹¹.

En este trabajo se defiende que la idea de soberanía fue desarrollada a la par del proceso de construcción artificial de identidades nacionales y de que la descomposición de sus elementos constitutivos permite comprender este proceso.

y los incontables discursos acerca de su crisis están asociados a la dificultad que su construcción en términos absolutos tiene para describir la existencia de múltiples (y concurrentes) autoridades en una misma unidad territorial. (Vid. L. FERRAJOLI, *A soberania no mundo moderno*, Martins Fontes, 2002).

⁹ S. KRASNER, “Sharing sovereignty: new institutions for collapsed and failing states”, *International security*, v. 29, n. 2, fall 2004, p. 85 y ss.

¹⁰ N. MACCORMICK, *Questioning sovereignty: law, state, and practical reason*, Oxford University Press, 1999.

¹¹ K. LITFIN, “Sovereignty in world ecopolitics”, *Mershon International Studies Review*, The International Studies Association, v. 41, n. 2, nov. 1997, p. 167 y ss.

Los elementos asumidos siguen, en líneas generales, aquello que James Caporaso¹² definió como dimensiones de la soberanía, y pueden ser sintetizados en el cuadro que sigue:

Tabla 1: Dimensiones de la organización política y los problemas relacionados

Dimensiones	Cuestiones relacionadas	Problema
Autoridad (poder de decisión)	Capacidad de decidir y de fijar reglas sobre conflictos	¿Quién decide en última instancia?
Principio organizativo	Forma de organización de lo político (criterio de demarcación de jurisdicción)	¿Cuál es la mejor forma de organización?
Fundamento de legitimidad	El “derecho de gobernar” y el “reconocimiento del derecho” de gobernar	¿Cuál es el fundamento del ejercicio de un gobierno legítimo?
Construcción de identidades	Los factores de integración y de construcción de los vínculos comunales.	¿Cuál es el factor que contribuye a la integración comunitaria?

De acuerdo con el autor, la primera dimensión hace referencia a la idea de autoridad (entendida como poder de decisión). La cuestión de la autoridad se asocia directamente con el problema de la decisión, es decir, con la discusión sobre la capacidad del soberano de emitir reglas sobre los conflictos eventualmente existentes entre posiciones que, tomadas a partir de sus criterios propios de legitimidad, se habrían de revelar igualmente legítimas. En principio, la coexistencia de diferentes estructuras de autoridad en un mismo espacio de actuación, sin que entren en conflicto, no suscita ningún problema a la soberanía sino que, por el contrario, la existencia de estructuras de autoridad no presupone la existencia de soberanía.

La soberanía entra en escena cuando se pone en cuestión el problema de la autoridad suprema; por lo tanto, cuando se establece algún criterio de jerarquización de autoridades, cuando se generan metanormas para la solución de los conflictos. De esta manera, es la existencia de criterios (y autoridades) capaces de resolver la tensión potencial entre instancias decisorias la principal característica distintiva del atributo de soberanía como capacidad de decisión.

¹² J. CAPORASO, op. cit., p. 1 y ss.

La segunda dimensión se refiere al principio organizativo del espacio político, en especial en relación a los principios subyacentes a la forma en la que se organiza el espacio político y la forma en la que actúan y se articulan las autoridades y actores políticos. El principio organizativo fija el criterio básico estructurador del agrupamiento de autoridades, tanto en el sentido de fijación de competencias como en el sentido de delimitación de los ámbitos de validez de la actuación de la autoridad pública. En este sentido, en el Estado territorial soberano la organización política es territorial, es decir que el alcance normativo de la autoridad pública se circunscribe al interior de determinados espacios geográficamente delimitados.

La tercera dimensión se refiere al fundamento de legitimidad. Esta dimensión enfrenta el problema de la legitimidad del ejercicio del poder, o sea la cuestión referente a aquel que detenta el derecho de gobernar y el correlativo reconocimiento de esta prerrogativa. La solución de este problema es una de las cuestiones cruciales en la filosofía política desde la Antigüedad. En el momento de afirmación del modelo de Estado territorial soberano, la cuestión alrededor de la legitimidad pierde su sustancia (apartándose de la búsqueda de criterios universales de legitimidad). Esto es posible gracias al énfasis atribuido por la filosofía política moderna al aspecto procedural del ejercicio del poder y a la búsqueda de la definición de mecanismos institucionales de control del desvío de su ejercicio.

Por último, la cuarta dimensión, en este trabajo¹³ está asociada a la construcción de identidades. Su idea motriz resulta del reconocimiento de que cualquier agrupamiento presupone la fijación de vínculos de identidad entre sus miembros que los distinguen de aquellos que le son extraños (de su otro). En el Estado territorial soberano, el atributo de la ciudadanía va a diferenciar lo nacional de lo extranjero y va a vincularlo al Estado nacional, reconociéndole derechos e imputándole responsabilidades. La relación de pertenencia del individuo al Estado nacional tradicionalmente sirve como punto de partida para la comprensión de la ciudadanía. Además, justamente con base en este eslabón formal entre Estado y ciudadano fue posible forjar la concepción moderna de Nación como comunidad política de destino. Se trata de una construcción artificial que, fijada con base en la demarcación de un elemento contingente (la frontera), pretende una especie de homogenización interna mediante el cultivo del pasado (mitos sobre los orígenes del pueblo) y la promoción de elementos compartidos (lengua, etnia y religión).

La identificación de estas dimensiones de la soberanía no permite, por sí sola, definir cómo se realizó el proceso de su afirmación ni comprender el papel organi-

¹³ Esta dimensión no fue expresamente afrontada por James Caporaso y representa una propuesta suscripta por el autor de este artículo.

zativo desempeñado por el principio de la territorialidad, cuestión que se analiza en la próxima sección.

3. LA TERRITORIALIDAD COMO UNIDAD ESTRUCTURANTE DEL “GIRO WESTFALIANO” EN LA FORMA DE ORGANIZACIÓN SOCIAL

Como fue dicho anteriormente, el proceso de consolidación del Estado territorial soberano se operó a través de aquello que fue denominado giro westfaliano. Este viraje se materializa por la afirmación del principio de territorialidad, en otras palabras, con la fijación del elemento territorial como unidad básica para las estructuras de autoridad. “Cuando el principio territorial emerge, inmediatamente trae a colación la cuestión de la ordenación del espacio, con independencia de las cuestiones de fondo transmitidas”¹⁴. El Estado territorial es, obviamente, un Estado con fronteras físicas y con un sentido muy desarrollado de las relaciones dentro/fuera y nosotros/ellos¹⁵.

Tomando por base las cuatro dimensiones antes destacadas, este proceso puede ser resumido a través del siguiente cuadro:

Tabla 2: Dimensiones del giro westfaliano

Dimensiones	Organización Política del Medioevo	Estado Territorial Soberano
Autoridad (poder de decisión)	Dispersa en ámbitos distintos superpuestos	Consolidada (centralizada jerárquicamente)
Principio organizativo	Forma de organización espacial	Forma de organización espacial (territorial)
Fundamento de legitimidad	Personalización y Sacralización	Racionalización (institucionalización)
Construcción de identidades	Organización local + vínculos de pertenencia a la Cristiandad	Identidad nacional (ciudadanía)

¹⁴ J. CAPORASO, op. cit., p. 10.

¹⁵ David Blaney y Naem Inayatullah retratan la dificultad (imposibilidad) de que las relaciones internacionales, consolidadas con base en el sistema de Estados de matriz westfaliana, tienen para lidiar con el “otro”, considerando el carácter delimitador que la diferenciación nosotros-ellos opera a partir de la metáfora recurrente de las fronteras y de la idea excluyente de ciudadanía. (Vid. BLANEY; INAYATULLAH, “The Westphalian deferral”, en J. CAPORASO (Org.), *Continuity and change in the Westphalian order*, Blackwell Publishers, 2000, p. 29 y ss.).

En relación a la dimensión de la autoridad, el surgimiento de un gobierno único sobre un determinado territorio subvierte la lógica de estructuras de múltiples autoridades que reivindican el ejercicio de su autoridad a partir de diferentes fundamentos (costumbre, relaciones de confianza, naturaleza espiritual).

La estructura de regulación del Medioevo era muy compleja y se caracterizaba por un maraña de órdenes superpuestas, de modo que en un mismo espacio geográfico coexistían “diferentes instancias jurídicas entrelazadas y estratificadas, y abundaban situaciones de múltiples sujetaciones, relaciones asimétricas y auténticos enclaves anómalos.”¹⁶ La pluralidad de autoridades cede lugar a la fijación de una cadena jerárquica de organización, en medio a la cual emerge el soberano como el legítimo garante del orden instituido.

En relación a la segunda dimensión, coexistía una profusión de órdenes que se estructuraban a partir de otros criterios que no eran la fijación en determinada base territorial, ya sea de carácter personal (relaciones de vasallaje), de naturaleza espiritual (dominio religioso sobre innumerables dimensiones de la vida privada de los fieles), o incluso de naturaleza mercantil («lex mercatoria»).

A su vez, a partir de un progresivo proceso de organización administrativa acoplado a la estructura de dominación territorial de los obispados¹⁷ y desarrollado con base en la sedimentación de un cuerpo intermedio real de administración de la justicia, se fueron consolidando islas dispersas de autoridad en una misma cadena jerárquica de organización. Se afirma, de esta manera, el aspecto distintivo, a saber: el reconocimiento de un determinado gobierno sobre un determinado espacio, aplicable a todos los sujetos y a todas las relaciones económicas y sociales confinadas en su interior.

¹⁶ S. BEAULAC, “The Westphalian model in defining international law: challenging the myth”, *Australian Journal of Legal History*, v. 8, n. 2, p. 181 y ss, 2004, p. 189.

¹⁷ La organización eclesiástica en bases territoriales y la actuación de los obispos en innumerables cuestiones como delegados reales proporcionaron, de acuerdo con el análisis de Bruce de Mesquita, las bases institucionales para la afirmación de la territorialidad propia del modelo westfaliano. La interacción entre el dominio regio y la actuación eclesiástica tuvo sus bases en la Querella de las Investiduras en el inicio del siglo XII (finalizada con los concordatos de Worms y de Londres). Si esta contienda entre el poder temporal y eclesiástico termina con la afirmación del primado del Papado en lo referente a la nominación de las prelaciás episcopales, sin embargo, acabó por establecer una especie de “derecho dominial regio” ejercido en relación al territorio de cada obispado. (Vid. B. B. MESQUITA, “Popes, kings, and endogenous institutions: the Concordat of Worms and the origins of sovereignty”, en J. CAPORASO (Org.), *Continuity and change in the Westphalian order*, Blackwell Publishers, 2000, p. 93 y ss).

Por otro lado, en el plano de la legitimidad, la diferencia es sustancial. Ocurre un proceso de progresiva desacralización del dominio político, por más que no resultase en un proceso de deseologización del derecho público, como advierte Carl Schmitt¹⁸. El desarrollo de una racionalidad burocrática en el ámbito de la administración estatal, ahora profesionalizada, representa un giro significativo en el proceso de racionalización de los discursos sobre el poder y de provisión de parámetros para su aceptabilidad por parte de los gobernados¹⁹.

Por último, en relación a la construcción de identidades, hay un cambio abrupto en el proceso de Constitución de colectividades. En el Medioevo, los vínculos comunitarios estaban marcados, de un lado, por una relación de pertenencia a poblados y comunidades locales basada en lazos de solidaridad y de proximidad geográfica; de otro, por la existencia de vínculos universales que, más allá de las particularidades locales, permitía el reconocimiento de una relación de pertenencia a una comunidad cristiana universal (cristiandad), cuya unidad estaba fundamentada y mantenida por la Institución del Papado.

Como se ha destacado antes, el proceso de transición paradigmática resulta justamente del proceso de construcción de identidades nacionales, lo cual, pretendiendo alejar la existencia de cualquier autoridad que se impusiese desde fuera del cuerpo político nacional, pasa a constituirse por la construcción de vínculos formales entre los individuos (ciudadanos) y el Estado, entonces emergente.

Así, la edificación de fronteras (físicas y simbólicas) en el proceso de afirmación del Estado territorial soberano posibilitó la demarcación de la comunidad política de fuera hacia dentro al afirmar la autoridad última del Estado dentro de sus dominios territoriales²⁰. La demarcación del territorio, como se ve, es anterior a la propia idea de nacionalidad y evidencia que el confinamiento en determinado espacio geográfico representó una condición anterior a los demás lazos modernos de vinculación comunitaria (lengua, religión, historia compartida, factores simbólicos de agregación, entre tantos otros).

¹⁸ C. SCHMITT, *Teología política*, trad. E. Antoniuk, Del Rey, 2006.

¹⁹ Este fenómeno fue muy bien descrito por Max Weber como la transición de la forma de dominación tradicional (basada en el carisma) por la forma racional-instrumental burocrática (M. WEBER, *Economía y Sociedad*, trad. J. Roura Parella y otros, Fondo de Cultura Económica, México, 1985).

²⁰ C. RUDOLPH, "Sovereignty and territorial borders in a global age", *The International Studies Review*, Blackwell Publishers, v. 7, n. 1, 2005 p. 4.

Este modelo organizativo se difundió ampliamente, no solo en Europa sino también a escala global²¹. Paolo Cuttitta llama la atención hacia el hecho de que, mientras que la idea de identidad entre nación y Estado (ínsita a los desarrollos del Estado territorial) acabó siendo en cierta medida flexibilizada con la creación de Estados multinacionales, el principio de la territorialidad, por su parte, permaneció intocable, ya que la titularidad sobre determinado territorio aún figura como condición necesaria para el reconocimiento de cualquier Estado²². Esto es, el Estado ejerce su jurisdicción exclusiva sobre determinado territorio, el cual es definido geográficamente por fronteras rígidas y lineales.

Tras la delimitación del alcance de la expresión Estado territorial soberano y del papel desempeñado por las fronteras (físicas y simbólicas), se pasa a la etapa subsiguiente, que consiste en comprender de qué forma el concepto de soberanía proporciona las bases para el atrincheramiento de las relaciones constitutivas de la comunidad política en el seno del espacio territorial nacional.

4. LA DEMARCACIÓN DE LAS FRONTERAS JURÍDICAS DE LA SOBERANÍA NACIONAL

Tras identificar las bases de la organización del Estado territorial y escudriñar los fundamentos del reconocimiento de la soberanía como capacidad de decidir del soberano, incumbe aquí presentar la relación de la transmutación, hacia el interior del discurso jurídico, de la idea de frontera del propio Derecho.

Como se ha visto, el principio de la territorialidad contribuyó decisivamente a la construcción de la identidad comunitaria con bases nacionales (identificación entre ciudadanía y nacionalidad) y a la transmisión de reglas constitutivas del agrupamiento de autoridades (identificación entre Derecho y Estado). Como corolario de ello se pudieron construir innumerables mecanismos de distribución de competencias entre órganos gubernamentales y de controles institucionales (construidos a partir de la idea de frenos y contrapesos).

A diferencia de lo que puede parecer a primera vista, la idea de unidad sistemática del orden jurídico (nacional) no conduce inexorablemente a la Constitución de Estados totales²³, ni siquiera a la negación de la diferencia intracomunitaria, ni

²¹ Vid. H. SPRUYT, *The sovereignty state and its competitors*, Princeton University Press, 1994.

²² P. CUTTITTA, "Points and lines: a topography of borders in global space", *Ephemera: theory and politics in organization*, v. 6, n. 1, 2006, p. 28.

²³ En este sentido, es avasalladora la crítica de Hans Kelsen (H. KELSEN, *O Estado como integração*, Martins Fontes, 2003) así como la de Carl Schmitt (C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*,

tampoco a la equivocada asunción de que el principio de la no contradicción de las normas jurídicas resulta de una implicación lógica de la propia noción de sistema.

Lo que la noción de Estado territorial soberano permite inferir es que, independientemente de la existencia de límites a la actuación del Estado en relación a la sociedad, cuando ocurre el conflicto entre autoridades, el Estado puede avocar la prerrogativa de poder dictar la palabra final²⁴. Con esto, las fronteras artificiales del Estado pasan igualmente a demarcar su espacio de autonomía frente a su otro (la comunidad internacional en su totalidad)²⁵.

Así, en el seno de los discursos de producción (y reproducción) del derecho, se opera una especie de demarcación espacio-temporal que le confiere sentido a la realidad del Estado (al paso que la identifica al derecho). Esta identidad lógica, al remitir al concepto teórico de soberanía del orden jurídico estatal, “(...) permite hablar tanto de validez última del orden jurídico como de soberanía del Estado, en el sentido de un proceso de imputación normativa, al final del cual se establecen las reglas fundamentales del derecho constitucional de un país”²⁶.

La decisión soberana que compone un nuevo orden jurídico, cuando es traducida al lenguaje jurídico-constitucional, se convierte en la ingeniosa formulación de Siéyès de “poder constituyente”, un acto de fuerza pura que por su efectividad positiva en un orden jurídico, solamente como sistema jurídico, puede ser considerada soberana.

Siguiendo el camino recorrido por Ari Solon, y sin coincidir con las conclusiones finales a las que llega²⁷, es posible identificar en el embate trabado entre las posiciones antagónicas de Kelsen y Schmitt una serie de elementos comunes que, eliminando las posiciones extremas que caracterizan la postura de los autores (soberanía como norma y soberanía como decisión), evidencian dos aspectos de vital

trad. Francisco Ayala, Editora Nacional, 1970) contra la idea del derecho como integración, de la propuesta, influyente en el período weimariano, de Rudolf Smend (R. SMEND, *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985).

²⁴ J. CAPORASO, op. cit., pp. 1-28.

²⁵ Vid N. WALKER, “The double outside of the modern international”, *Ephemera: theory and politics in organization*, v. 6, n. 1, 2006, p. 56 y ss.

²⁶ A. SOLON, *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*, SAFE, 1997, p. 199.

²⁷ La principal objeción hecha en relación a la tesis de Ari Solon consiste en la cuestión central por él defendida, según la cual es indispensable que sea reconocida un *principium unitatis* que funcione como punto de imputación de validez de todo el sistema. (A. SOLON, op. cit., p. 200). De acuerdo con las ideas aquí defendidas, la reducción interpretativa a una única autoridad no se satisface con los retos que afronta el derecho y la Constitución, resumidos en los capítulos tercero y cuarto.

importancia para la comprensión de la operatividad de la idea de unidad sistemática del derecho, contemporáneamente traducida en la percepción de una doble naturaleza del derecho, como facticidad y como validez. Esta doble acepción es resultado de la inamovible referencia de las normas jurídicas al mundo del ser.

Pasar a comprender la soberanía a partir del reconocimiento de esta ambivalencia constitutiva en el ámbito interno, tanto en cuanto norma como en cuanto decisión, presupone el reconocimiento de una tensión existencial entre la noción de supremacía insita a la soberanía nacional y la idea reguladora de su subordinación al orden internacional.

Ambos reduccionismos, del derecho a la política (decisión) y de la política al derecho (norma), no parecen adecuados para trabajar con el vínculo que se pretende establecer entre la teoría de la soberanía y la edificación de las fronteras del edificio jurídico. Primero, porque no logran eliminar la tensión irreductible entre norma y decisión, entre supremacía del orden internacional y del orden interno, dada la naturaleza aporética de la relación entre la soberanía estatal y las demandas del sistema de Estados (que hacen posible la reivindicación de la soberanía). Segundo, porque ambas construcciones teóricas poseen como corolario necesario la demarcación de las fronteras entre el derecho interno y el universo jurídico más allá del Estado, reconociendo la existencia en el interior del Estado territorial de un orden jurídico vigente dotado de unidad sistemática, ya que se lo inviste de “un mismo punto final de imputación de todas las reglas, como una fuerza única, concéntrica en el sistema”²⁸.

Confrontado con la dificultad contemporánea de enfrentarse a la cuestión que gira alrededor de la unidad normativa del sistema jurídico en medio a la existencia de múltiples fuentes normativas no estructuradas jerárquicamente, Ari Solon indica que una teoría de la soberanía, ante tales retos, aun así no puede prescindir de un «principium unitatis» del sistema, debiendo reconocer “el hecho de la unidad del derecho de preservar en la diversidad de la experiencia jurídica y en la heterogeneidad de sus fuentes” su “identidad formal”²⁹.

²⁸ A. SOLON, op. cit., p. 200.

²⁹ “Si todo aglomerado de decisiones puede ser atribuido a una autoridad suprema en el vértice de un proceso dinámico que, metafóricamente, es la voluntad del Estado, pero en la realidad, abstrayendo todo elemento personal y psicológico, es la última regla de imputación normativa. [...] Mientras que la aglomeración de normas, que pueden incluso presentar conflictos, pueda ser reconducida a ‘un mismo punto final’, nos encontramos delante de la continuidad formal del derecho; el sistema es soberano, aun frente a cadenas normativas que sufren rupturas continuas. Si hay discontinuidad, la unidad deja de estar asegurada si la norma-origen constituida por una decisión fundamental sobre la

Aparece, por lo tanto, una de las “ideas centrales del rol de la Constitución en su relación con la soberanía”: la consagración de la idea estructurante de unidad sistemática, o incluso de jerarquía normativa, como característica distintiva del derecho nacional y elemento caracterizador de la naturaleza soberana del sistema de normas por él transmitido. Sin embargo, hay un sinnúmero de desafíos contemporáneos que concurren para una desestructuración del modo de organización política propio del Estado territorial, o tal vez, por lo menos, hacia la necesidad de rearticulación interna de la forma en la que se interrelacionan sus elementos constitutivos.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusión, se puede comprender que el modelo de Estado territorial soberano se fundamenta en la idea de que las cuestiones relativas a la justa ordenación de las relaciones sociales son suscitadas y respondidas solamente en el interior de los Estados soberanos, y en menor medida entre Estados soberanos con territorios, poblaciones y gobiernos (comunidades políticas) mutuamente excluyentes.

Las cuestiones relativas a la justa ordenación social involucran los aspectos relacionados con representación adecuada, la correcta distribución de bienes, el reconocimiento y tratamiento justo, y son transmitidas discursivamente a través de reglas jurídicas fijadas de forma convencional, sobre todo por el Estado. Estas normas son concebidas sistemáticamente como órdenes normativos estructurados y producidos en ámbitos de validez diferenciados: en el plano interno, con base en el derecho constitucional estatal (derecho nacional); en el plano externo, con base en el derecho internacional (derecho de los Estados nacionales).

Así, en el ámbito interno, la Constitución permite la demarcación de las fronteras del orden jurídico nacional, puesto que en su calidad de centro de imputación de autoridad normativa (estatal) posibilita su estructuración mediante el encadenamiento jerarquizado de centros emisores de órdenes normativas (que toma cuerpo en el modelo piramidal de Kelsen). La comprensión sistemática del derecho permite la inferencia, como aspectos constitutivos del ordenamiento jurídico (nacional), de los postulados de la unidad, de la completitud y de la coherencia sistémica.

A partir de estas premisas, es posible realizar un esfuerzo de identificación del “nacimiento de la teoría constitucional” a la consagración de al menos dos funcio-

forma de la producción y variación de las demás normas es violada por vías no previstas en el propio sistema. En ese caso no se está más ante el mismo sistema normativo, sino de otro orden jurídico.” (A. SOLON, op. cit., p. 201).

nes que pueden ser atribuidas a la Constitución: las funciones de organización del poder y de las libertades (Constitución como factor de integridad) y de valoración del ejercicio del poder (Constitución como factor de integración).

Contemporáneamente, se constata que la Constitución (nacional) se enfrenta a innumerables retos que ponen en jaque su normatividad y el papel por ella desempeñado.

En relación al acoplamiento entre territorio y autoridad (base estructurante del modelo del Estado territorial soberano), se encuentra en marcha un proceso progresivo de desvinculación entre estos elementos en el ámbito de los Estados. Este desacoplamiento es de tal tamaño que los Estados, según James Caporaso, ven disminuida su capacidad de resistencia a la autoridad externa; no se trata de mera influencia política, sino de la imposibilidad concreta de que las instituciones nacionales puedan revertir la autoridad de la ordenación producida fuera del Estado³⁰. Por consiguiente, lo que se vislumbra es una creciente imposibilidad de “excluir la autoridad externa”.

Estos diferentes procesos conducen a lo que se ha convenido en denominar un espacio de transnacionalización del universo jurídico, en el curso del cual las estructuras de autoridad del orden jurídico doméstico son colocadas en jaque por estructuras de autoridad de otros niveles no estatales.

Lo que está en cuestión, por lo tanto, no es precisamente la creación de un Estado cosmopolita o global, sino un entrelazamiento de relaciones entre autoridades domésticas y externas y una predisposición a la aceptación de una u otra autoridad, de acuerdo con la naturaleza del problema que se plantea.

Estas tensiones desembocan en el debate acerca del lugar de la Constitución en los discursos de legitimación del derecho y se materializan en esfuerzos de desterritorialización de la noción de Constitución y del tránsito de su idea motriz (de ordenación social) hacia otros espacios de regulación no estatales.

La porosidad de las fronteras geográficas y la construcción de nuevas fronteras simbólicas no estructuradas en términos territoriales revelan la existencia de procesos no coordinados y parcialmente superpuestos que exigen una reinvenCIÓN de los

³⁰ James Caporaso llega a afirmar que las fronteras territoriales y las estructuras de autoridad domésticas han sufrido un proceso de creciente desacoplamiento; que las autoridades externas rutinariamente invaden el espacio reservado al ordenamiento jurídico de los Estados nacionales (en particular, en los procesos de integración regional); que el aparato decisivo de las instituciones nacionales viene siendo “amenazado” por prácticas de instituciones supranacionales, en especial a través de mecanismos de *judicial review* que subvierten dramáticamente la idea de capacidad última de decidir reconocida por el Sistema de Westfalia a los Estados soberanos.

modelos teóricos de organización de la política y del derecho. Tales procesos concurren para la pérdida de la centralidad de la idea de territorialidad y para el desarrollo de modelos de comprensión de la soberanía en términos de coparticipación.

A pesar de los desafíos relatados, se defiende que las funciones de organización y de valoración modernamente atribuidas a la Constitución (consubstanciadas aquí en las expresiones Constitución como factor de integridad y de integración de la comunidad política) permanecen operativas, siempre que los múltiples discursos sobre la Constitución sean formulados en estrecha preocupación con la preservación de las diferencias. Se trata pues de compromiso que se traduce en la formación de redes de interacción superpuestas y en la necesidad de ampliación de los mecanismos de diálogo institucional entre diferentes actores (sobre todo aquellos ubicados fuera del Estado).

Trabajar con estos mecanismos de diálogo y de interacción es uno de los principales retos que se le plantean a la comprensión del rol a desempeñar por la Constitución, cuya fuerza no se asienta sobre la noción de soberanía estatal (autoridad), sino en la capacidad de producir acuerdos sustantivos sobre las expectativas acerca de la justa ordenación (legitimidad).

Resumen

El objetivo de este artículo consiste en identificar un conjunto de elementos constitutivos del denominado modelo de Estado territorial soberano que sirvió de base para la consolidación del Estado moderno y, por consiguiente, de la propia teoría constitucional. Estos elementos constitutivos permiten la identificación de las bases institucionales sobre las cuales se construyó el Estado moderno y los elementos que componen la matriz operativa a partir de la cual, desde entonces, se estructura la forma de ordenación de lo político en la modernidad. De este modo, el modelo aquí identificado de Estado territorial soberano será tratado como principio organizativo y será descompuesto en cuatro dimensiones distintas (autoridad, principio organizativo, fundamento de legitimidad y criterio para la construcción de identidades) que servirán de hilo conductor para la comprensión de las transformaciones experimentadas en el proceso de consolidación de ese modelo de organización de la comunidad política y de su influencia en el desarrollo del concepto de soberanía.

Palabras Clave: Territorialidad; soberanía; “Estado territorial soberano” .

Abstract

This article aims to identify the constitutive elements of the sovereign territorial state model that comprises the modern state process of consolidation, and, therefore, the constitutional theory itself. Those elements enable the identification of the institutional foundations upon which the modern State was built, and the elements that compound the operational matrix

that structures the ordering of the political dimension in modernity. By this way, the model identified (sovereign territorial state) will be treated as a ordering principle and will be unfold into four different dimensions (authority, ordering principle, basis of legitimacy, and criteria for identity construction) that will be used as analysis parameters to understand the transformations on the way of the ordering process of the political community, and their influences on the sovereignty concept.

Key Words: Territoriality, sovereignty, sovereign territorial state.

Entregado: 22 de octubre de 2014

Aceptado: 27 de marzo de 2015

LAS AYUDAS ESTATALES AL SECTOR FINANCIERO Y SU SUPERVISIÓN EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN BANCARIA EUROPEA

ALTEA ASENSI*

SUMARIO

1. Introducción.
2. Las ayudas al sector financiero durante la crisis económica.
3. Actualización del régimen aplicable a las ayudas al sector financiero.
4. Mecanismos de estabilidad y de supervisión financiera como respuesta a la crisis económica en el contexto de la unión bancaria.
5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La interacción entre la crisis económica y financiera ha llevado a la necesidad de que las instituciones europeas y nacionales hayan adoptado un conjunto de medidas dirigidas a apaciguar sus consecuencias. Los acuerdos adoptados se han dirigido, en primera instancia, a evitar el colapso financiero de algunos países que amenazaba con poner en riesgo el funcionamiento de la economía de la Unión Europea mediante el aporte de liquidez a las instituciones financieras cuando los mercados interbancarios habían dejado de funcionar. En segundo lugar, la Unión Europea ha comenzado a dotarse de los instrumentos necesarios para reducir los riesgos, a partir de la supervisión, y facilitar la gestión y la resolución de las crisis financieras en el supuesto de que volvieran a producirse.

El control de las ayudas al sector financiero implica, asimismo, aumentar las responsabilidades de las autoridades de supervisión de los Estados miembros. Las autoridades de supervisión pueden exigir adaptaciones en el ámbito de la gobernanza empresarial y las prácticas en materia de remuneración que, para los bancos que reciben ayuda estatal, se traducen en la necesidad de contar con planes de reestructuración. En tales casos, al mismo tiempo que se preserva la competencia exclusiva de la Comisión en el control de las ayudas estatales y se refuerza el marco de regulación y supervisión financiera de la Unión, se fortalece la coordinación entre la Comisión y las autoridades competentes.

* Profesora Ayudante Doctora. Universidad de Alicante.

Con la finalidad de fortalecer el sector financiero y mejorar la prevención, la gestión y la resolución de las crisis bancarias, las instituciones comunitarias han articulado un conjunto de medidas normativas tendentes a solventar y prevenir los factores causantes de aquella crisis. La respuesta en el derecho comunitario ha consistido en adaptar los criterios sobre las condiciones de acceso de las entidades de crédito a las ayudas estatales y emprender nuevas iniciativas encaminadas a consolidar la Unión Económica y Monetaria mediante la creación de una unión bancaria, por medio del establecimiento de un mecanismo único de supervisión y de un mecanismo único de resolución para las entidades de crédito que estén establecidas en un Estado miembro participante en el mecanismo único de supervisión. Los Estados miembros también han acordado establecer un mecanismo de estabilidad a través del cual podrían facilitarse recursos financieros a los Estados participantes en el mismo y a sus bancos en caso necesario.

2. LAS AYUDAS AL SECTOR FINANCIERO DURANTE LA CRISIS ECONÓMICA

2.1. Base jurídica de la concesión de ayudas de Estado al sector financiero durante la crisis económica

La reacción que experimentaron las hipotecas «subprime» en Estados Unidos a finales de 2007 supuso un fuerte impacto en los mercados financieros internacionales generalizando la desconfianza entre los agentes económicos. La quiebra de bancos de envergadura internacional y supuesta solidez financiera, como el banco norteamericano Lehman Brothers, en septiembre de 2008, víctimas de los créditos de alto riesgo, conocidos como hipotecas basura, revendidos por todo el mundo, contaminaron el sistema financiero norteamericano y europeo.

Esta incertidumbre trajo consigo la paralización del flujo del crédito interbancario y la restricción del acceso a la liquidez por parte de bancos y particulares, extendiéndose lo que inicialmente era un problema exclusivo del sector financiero a otros sectores económicos. Todo lo anterior generó el desplome de la economía real, repercutiendo en los ciudadanos, las empresas y el empleo. A consecuencia de ello, las expectativas sobre el crecimiento se redujeron drásticamente y el comercio y las inversiones se vieron afectados de inmediato¹.

¹ P. LAMPREAVE MÁRQUEZ “El control de las ayudas del Estado (con especial incidencia de las ayudas otorgadas al sector financiero y las ayudas a la fiscalidad de las empresas)”, *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 2014, p. 15 y ss.

Los riesgos sistémicos que la crisis de las entidades financieras en general y de las entidades de crédito, en particular, tienen sobre la estabilidad financiera, y el objetivo de que el sistema bancario en su conjunto proporcione un flujo de crédito suficiente a la economía real, ha llevado a los Estados miembros de la Unión Europea a conceder ayudas estatales cuantiosas a sus bancos en crisis. En particular, en el caso de España, se ha cifrado en 53 mil millones de euros la inyección de fondos que la banca española ha recibido de los Presupuestos Generales del Estado entre 2010 y 2013².

Las anteriores ayudas estatales obligaron a la Comisión a establecer criterios sobre las condiciones de acceso de las entidades de crédito a las ayudas estatales y los requisitos necesarios para que dicha ayuda sea compatible con el mercado interior a la luz de los principios relativos a las ayudas estatales establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Para ello, la Comisión estableció un marco único aplicable a todos los Estados miembros por medio de una acción coordinada para garantizar la competencia y la igualdad de condiciones entre las entidades rescatadas y los Estados miembros en el mercado único³.

El marco jurídico comunitario de las ayudas de Estado se establece en el Título VII del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴ dedicado a las “Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de legislaciones”, concretamente en el capítulo sobre “Normas de competencia”. La sección segunda del capítulo mencionado regula en los artículos 107 a 109 TFUE las ayudas otorgadas por los Estados en el ámbito de una política comunitaria diferenciada dirigida a evitar que las distintas formas de intervención económica de los poderes públicos produzcan una distorsión en el desarrollo de la competencia en el mercado interior.

El artículo 107 TFUE dispone concretamente que “salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. La inserción de la política de ayudas estatales en el marco de la política de la competencia constituye una opción sistemática coherente, en la medida que la

² A. J. TAPIA HERMIDA, “Mercado interior, ayudas estatales y sector financiero”, *RDCP*, núm. 20, 2013, p. 549.

³ P. LAMPREAVE MÁRQUEZ, *op. cit.*, p. 19 y ss.

⁴ Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, consolidado según Tratado de Lisboa) de 25 de marzo 1957, ratificado por Instrumento de 13 de diciembre 2007).

concesión de ayudas por parte de los Estados puede suponer una interferencia frente al objetivo de proteger un sistema de competencia no falseada⁵.

A pesar de que el precepto no establece directamente un concepto de ayuda pública, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶ ha delimitado los elementos que intervienen en la configuración jurídica del concepto de ayuda estatal⁷. Dicho concepto hace referencia a que las ayudas estatales sean otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales lo que implica que la ayuda deberá ser otorgada por las instituciones de cualquier nivel territorial en que se organice cada Estado miembro⁸, otorgándose el mismo criterio a los distintos territorios en que se vertebre el Estado, organismos públicos y entes privados controlados por el poder público.

Asimismo, la ayuda estatal deberá suponer la existencia de una ventaja o beneficio económico para su destinatario de la misma frente al resto de competidores⁹ y deberá ser selectiva o específica en el sentido de favorecer sólo a determinadas empresas o producciones sobre otras que desarrollan su actividad en el mercado, siendo considerada como una excepción en la aplicación del esquema general aplicado al resto de las entidades. En este sentido, la Comisión considera selectiva cualquier medida que excluya de su ámbito de aplicación subjetiva a algunos agentes económicos que operen en el mercado interior de la Unión.

La declaración de la incompatibilidad de las ayudas con el mercado interior se conecta, asimismo, a la concurrencia de dos presupuestos de amplia configuración: primero, que las ayudas afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros y, segundo, que falseen o amenacen falsear la competencia. Si ambos presupuestos se dan conjuntamente, la ayuda será incompatible con el mercado interior y resultará prohibida. Si alguno de los presupuestos falta, la ayuda habrá de ser notificada, pero no será incompatible con el mercado común y, en consecuencia, ni resultará prohibida ni necesitará acogerse a alguna de las salvedades para poder ser concedida.

El artículo 107 TFUE establece, asimismo, en sus apartados segundo y tercero, una serie de excepciones a la incompatibilidad de la concesión de ayudas públicas.

⁵ J. QUIJANO GONZÁLEZ, "Las ayudas públicas: evolución y situación actual"; *Revista de Competencia y Distribución*, núm. 11, 2012, p. 51 y ss.

⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 15 de junio de 2005. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de marzo de 2001.

⁷ P. LAMPREAVE MÁRQUEZ, *op. cit.*, p. 15 y ss.

⁸ J. QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 58.

⁹ P. LAMPREAVE MÁRQUEZ, *op. cit.*, p. 16 y ss.

El artículo 107.2 TFUE señala expresamente que son compatibles con el mercado interior las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por los desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional y las ayudas concedidas con el objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectada por la división de Alemania. El artículo 107.3 TFUE considera que podrán ser compatibles con el mercado interior una serie de ayudas públicas si se cumplen los requisitos que se establecen en las normas de derecho derivado que les resulte de aplicación para declararse dicha compatibilidad.

Precisamente entre las excepciones enumeradas en el artículo 107.3 TFUE se encuentran los supuestos que han servido de base jurídica para justificar la concesión de las ayudas de Estado al sector financiero durante la crisis económica. Por un lado, el apartado b) establece que “podrán considerarse compatibles con el mercado interior: las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro”. Por otro lado, el apartado c) del mismo precepto establece que “las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”.

En un primer momento, todos los expedientes de autorización de ayudas del Estado a las entidades de crédito en dificultades, previos al inicio de la crisis, fueron analizados considerando la Comunicación de la Comisión Europea por la que se aprobaron las “Directrices Comunitarias sobre Ayudas estatales de Salvamento y Restructuración de las empresas en crisis”¹⁰. Con base en dicha Comunicación, la Comisión ha utilizado el artículo 107.3, apartado c) del TFUE para avalar la concesión de ayudas públicas al sector financiero como paliativo durante la crisis económica que establece la posibilidad de que se declare compatible con el mercado interior la concesión de ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas.

Ello, no obstante, la gravedad de la crisis produjo un cambio de orientación, en este sentido. Sin embargo, cuando la crisis se tornó sistémica, la Comisión Europea consideró que las ayudas públicas otorgadas al sector financiero se consideraban destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado

¹⁰ Comunicación de la Comisión (2004/244/02) por la que se aprobaron las “Directrices Comunitarias sobre Ayudas Estatales de Salvamento y Reestructuración de empresas en crisis” publicada en el DOUE de 1 de octubre de 2004.

miembro. De esta forma, se adopta como base jurídica apropiada para justificar la concesión de ayudas públicas al sector financiero el artículo 107.3 apartado b) TFUE¹¹ que contempla la posibilidad de considerar compatibles con el mercado interior la concesión de las ayudas cuando estén destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro¹².

A pesar de que hasta el momento este precepto había sido utilizado de forma restrictiva, la gravedad y la magnitud de la crisis que amenazaba el sistema financiero justificaron que se tomara como base jurídica el artículo 107.3 apartado b) TFUE¹³. Así lo señala la Comisión Europea cuando considera que “habida cuenta del nivel de gravedad que ha alcanzado la crisis económica en los mercados financieros y de su posible impacto en la economía global de los Estados miembros, el artículo 87, apartado 3, letra b), es una base jurídica apropiada para las medidas de ayuda adoptadas para abordar esta crisis sistémica”¹⁴.

2.2. Directrices de la Comisión Europea sobre el rescate del sector financiero durante la crisis económica

La concesión de cuantiosas ayudas estatales al sector financiero durante la crisis económica global desatada en el año 2007 obligó a la Comisión Europea a establecer los requisitos necesarios para que tales ayudas sean compatibles con el mercado interior a la luz de los principios establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Desde el año 2008 hasta el momento presente, la Comisión ha adoptado seis “Comunicaciones de Crisis”¹⁵ sobre la base del artículo 107, apartado

¹¹ J.A RODRÍGUEZ MÍGUEZ, “Una revisión crítica de las medidas comunitarias para hacer frente a la crisis económica y financiera global en un mercado global”, *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2010, p. 92.

¹² J.A RODRÍGUEZ MÍGUEZ, “Una aproximación a los rescates bancarios desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas estatales ¿Un crimen sin castigo?”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 35, p. 62.

¹³ P. LAMPREAVE MÁRQUEZ, *op. cit.*, p. 20 y ss.

¹⁴ DO C 270 de 25.10.2008, p. 9.

¹⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial («Comunicación bancaria de 2008») (DO C 270 de 25.10.2008, p. 8;) Comunicación de la Comisión — La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia («Comunicación de recapitalización») (DO C 10 de 15.1.2009, p. 2); Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario («Comunicación sobre activos deteriorados») (DO C 72 de 26.3.2009, p. 1);

3, letra b) del TFUE que permite considerar compatibles con el mercado interior “las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado Miembro”.

Las Comunicaciones de crisis proporcionan un marco global para una acción coordinada en apoyo del sector financiero con el fin de garantizar la estabilidad financiera, minimizando al mismo tiempo las distorsiones de competencia entre las entidades bancarias y todos los Estados miembros dentro del mercado único¹⁶. El objetivo común de dicha normativa comunitaria ha consistido en minimizar las distorsiones que las ayudas estatales al sector financiero, concedidas durante la crisis económica, provocan en el mercado interior, tomando en consideración tanto la competencia entre los mercados financieros de los distintos Estados miembros, como la competencia entre las entidades que operan en uno o varios mercados¹⁷.

La primera Comunicación adoptada por la Comisión fue la Comunicación de 2008 sobre la aplicación de las ayudas estatales a las medidas adaptadas en relación a las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis mundial¹⁸ (“Comunicación bancaria”) por medio de la cual se fijaron los límites de las ayudas estatales destinadas a las instituciones financieras¹⁹ y se establecieron las circunstancias que debían ser tenidas en cuenta en la aplicación de las normas de ayudas públicas²⁰.

La Comunicación Bancaria fija los principios generales del marco de orientación y evaluación en su conjunto que fueron recogidos y especificados posteriormente en otras

Comunicación de la Comisión sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales («Comunicación de reestructuración») (DO C 195 de 19.8.2009, p. 9); Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación prorrogativa de 2010») (DO C 329 de 7.12.2010, p. 7) y Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de enero de 2012, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación prorrogativa de 2011») (DO C 356 de 6.12.2011, p. 7).

¹⁶ DOUE C 216 de 30.07.2013, p. 1.

¹⁷ A. J. TAPIA HERMIDA, *op. cit.*, p. 549.

¹⁸ DO C 270, 25.10.2008, pp. 8-14.

¹⁹ J. I. SIGNES DE MESA, “Instituciones financieras y Derecho de la competencia en el contexto actual de crisis”; *RDBB*, núm. 115, julio-septiembre 2009, p. 143.

²⁰ L. BOURGEIZ, “Ayudas estatales y crisis financiera. La rápida reacción de la Comisión Europea y su posible impacto futuro: España como estudio de caso”; *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm.16, 2010; p. 32.

comunicaciones²¹ y que se refieren a los siguientes extremos: el acceso a la ayuda pública por parte de las entidades financieras debe salvaguardar el principio de “no discriminación” con el fin de proteger el funcionamiento del mercado interior²²; la ayuda debe ser “temporal” y proporcionar apoyo durante el tiempo que sea estrictamente necesario para que la entidad pueda hacer frente a las turbulencias de los mercados financieros²³; la ayuda debe estar claramente “definida y delimitada en su alcance”²⁴ y suponer un “reparto de la carga proporcional” entre la entidad que recibe la ayuda y el Estado que la otorga²⁵, con el objeto de limitar su cuantía al mínimo necesario.

Asimismo, la directriz prevé que la recapitalización debe ir seguida de un “plan de reestructuración” del beneficiario que pruebe su viabilidad a medio plazo²⁶ y que establezca claramente la diferenciación sobre si se trata de una institución financiera sólida pero que ha resultado afectada exclusivamente por las circunstancias de crisis económica que restringe el acceso a la liquidez o se trata de una entidad que registra problemas de solvencia de carácter estructural²⁷ relacionados con su modelo empresarial o estrategia de inversión²⁸. En este sentido, la Comunicación de 2008 amplía su ámbito de aplicación tanto a las entidades que presentan graves riesgos de solvencia como a las entidades solventes que por causa de la crisis financiera se han visto abocadas a solicitar ayudas públicas²⁹.

Con posterioridad, la Comisión adoptó otra serie de comunicaciones en la misma línea de la Comunicación bancaria, tales como la Comunicación sobre la recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual que establece la limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia (“Comunicación de Recapitalización”)³⁰; la Comunicación sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario (“Comunicación de activos deteriorados”)³¹ y la

²¹ J. I. SIGNES DE MESA, *op. cit.*, p. 143.

²² DO C 270 de 25.10.2008, p. 18.

²³ DO C 270 de 25.10.2008, p. 24.

²⁴ DO C 270 de 25.10.2008, p. 15.

²⁵ DO C 270 de 25.10.2008, p. 39.

²⁶ DO C 270 de 25.10.2008, p. 31.

²⁷ J.A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, “Rescate de entidades financieras y ayudas Estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”; *RDBB*, núm. 117, enero-marzo 2013, p. 169.

²⁸ DO C 270 de 25.10.2008, p. 2.

²⁹ P. LAMPREAVE MÁRQUEZ, *op. cit.*, p. 24 y ss.

³⁰ DO C 10, 15.01.2009, p. 2-10.

³¹ DO C 72, 26.03.2009, p. 1.

Comunicación sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de restructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales (“Comunicación sobre la Reestructuración”)³².

En la “Comunicación de recapitalización” de 5 de diciembre de 2008, la Comisión define un conjunto de normas que permiten recapitalizar bancos con el objetivo de asegurar la restauración de la estabilidad financiera, garantizar préstamos a la economía real y abordar el riesgo sistémico de posibles insolvencias futuras. Dicha Comunicación señala que deben tener en cuenta los posibles falseamientos de la competencia en tres niveles³³: la recapitalización por un Estado miembro de sus bancos no debe darles una ventaja competitiva sobre los de otros Estados miembros; el régimen de recapitalización debe diferenciar si el beneficiario de la ayuda es una entidad financiera solvente pero en dificultades o se trata de una entidad mal gestionada e ineficiente; y la recapitalización pública nunca puede situar a las entidades que no recurran a la ayuda en una situación competitivamente inferior a las entidades rescatadas³⁴.

Para alcanzar el objetivo de mantener el equilibrio entre no falsear la competencia y restaurar la estabilidad financiera de un Estado miembro, dicha Comunicación señala que es necesario que las intervenciones públicas sean temporales y proporcionadas³⁵ y estén concebidas de manera que incentiven a los bancos a reembolsar a los Estados los fondos recibidos tan pronto como lo permitan las circunstancias de mercado. Asimismo, resulta esencial la distinción entre los bancos sólidos y eficaces, por un lado, y los bancos en dificultades y menos eficaces, por otro. Así pues, en su evaluación de las medidas de recapitalización, ya sean regímenes o ayudas a bancos concretos, la Comisión prestará especial atención al perfil de riesgo de cada uno de los beneficiarios de las ayudas públicas³⁶.

En la “Comunicación de activos deteriorados” de 25 de febrero de 2009 la Comisión adoptó orientaciones más detalladas para rescatar los activos que hubieren sufrido un deterioro en el sector bancario como medida destinada a garantizar la estabilidad financiera y sostener el préstamo bancario, las consideraciones a largo plazo sobre la viabilidad del sector bancario y la sostenibilidad presupuestaria³⁷. En el marco de tal planteamiento comunitario, dicha

³² DO C 195, 19.8.2009, p. 9-20.

³³ J.A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, *op. cit.*, p. 174.

³⁴ DO C 10, 15.01.2009, p. 8-11.

³⁵ J.A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, *op. cit.*, p. 62.

³⁶ DO C 10, 15.01.2009, p. 12-13.

³⁷ P. LAMPREAVE MÁRQUEZ, *op. cit.*, p. 26 y ss.

Comunicación ofrece orientaciones más concretas centradas en aspectos como obligaciones de transparencia y revelación de información; distribución de las cargas entre el Estado, los accionistas y los acreedores; adaptación de incentivos ofrecidos a los beneficiarios a los objetivos de las políticas públicas; principios que deben guiar las medidas de rescate de activos en términos de elegibilidad, valoración y gestión de los activos deteriorados³⁸.

En la Comunicación de restructuración de 19 de agosto de 2009 la Comisión matiza que los principios subyacentes en las anteriores Directrices contenidas en Comunicación bancaria, la Comunicación de recapitalización y la Comunicación de activos deteriorados seguirán vigentes, dado que dichos principios supondrían la restauración de la viabilidad del sistema financiero a largo plazo y el control sobre posibles distorsiones de la competencia en el mercado interior. La Comunicación de restructuración, cuya finalidad es el restablecimiento de la viabilidad de la empresa a largo plazo sin ayuda estatal³⁹, no altera esos criterios sino que los complementa con el fin de aumentar su previsibilidad y garantizar un enfoque coherente, explicando los criterios con que la Comisión valorará la compatibilidad de las ayudas de reestructuración concedidas por los Estados miembros a las instituciones financieras en las circunstancias actuales de crisis sistémica, con arreglo al artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado⁴⁰.

Dado el difícil panorama económico que prevalecía en toda la Unión Europea, se acordó mantener las medidas de restructuración necesarias durante el tiempo suficiente para minimizar el riesgo de falseamiento de la competencia. Las medidas de restructuración atienden a su viabilidad a largo plazo, por lo que el plan de restructuración, que podría durar hasta cinco años, requería incluir un diagnóstico a fondo⁴¹ de los problemas de la entidad financiera en particular⁴². Para elaborar estrategias sostenibles para la recuperación, los bancos debían, por tanto, someter su negocio a la prueba de tensión o pruebas de «stress» basadas en parámetros comunes que, en la medida de lo posible, se fundamenten en metodologías adecuadas acordadas a nivel comunitario.

El 1 de diciembre de 2010, la Comisión adoptó una quinta Comunicación relativa a la dilación de las normas sobre medidas de apoyo a los bancos en el contexto

³⁸ DO C 72, 26.03.2009, p. 4.

³⁹ J.A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, *op. cit.*, p. 185.

⁴⁰ DO C 195, 19.8.2009, p. 5.

⁴¹ J.A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, *op. cit.*, p. 62.

⁴² DO C 195, 19.8.2009, p. 7.

de la crisis financiera de 2001, conocida como “Comunicación prerrogativa”⁴³. No obstante, la Comisión puso de manifiesto que las Comunicaciones de crisis debían de adaptarse con vistas a preparar la transición al periodo posterior a la crisis. Tal y como señala el artículo 107, apartado 3, letra b), del Tratado, este precepto sólo puede invocarse en “circunstancias verdaderamente excepcionales”⁴⁴ en las que esté en peligro el funcionamiento de los mercados financieros.

Debido a su carácter excepcional, el artículo 107.3 b) TFUE no sólo es de interpretación restrictiva, sino que además únicamente puede aplicarse mientras la situación de crisis justifique su aplicación⁴⁵. En consecuencia, los instrumentos deben ser revisados regularmente y quedan inaplicables tan pronto como la situación económica del Estado miembro lo permita⁴⁶. Teniendo en cuenta este objetivo, en el caso de continuar concediéndose ayudas extraordinarias al sector financiero resulta necesario establecer las condiciones necesarias para volver a retomar como base jurídica el artículo 107, apartado 3, letra c) del Tratado, dejando a un lado la aplicación del artículo 107.3 b) TFUE⁴⁷ cuando las circunstancias económicas lo permitan.

3. ACTUALIZACIÓN DEL RÉGIMEN APlicable A LAS AYUDAS AL SECTOR FINANCIERO

3.1. La Comunicación bancaria de 2013

A pesar del despliegue de medidas adoptadas para evitar una mayor agravación de la crisis, en el año 2013 se constata que la recuperación económica sigue siendo débil y desigual en la Unión Europea y que persisten las tensiones en los mercados financieros. La volatilidad de los mercados financieros, así como la incertidumbre de las perspectivas económicas y el persistente riesgo de que esta situación provoque una grave alteración de la economía de los Estados miembros ha obligado a las instituciones comunitarias a adoptar nuevas medidas normativas tendentes a solventar y prevenir los factores causantes de dicha crisis.

La Comunicación bancaria de 2008 permitió a los Estados miembros establecer regímenes de rescate, sin excluir la posibilidad de intervenciones específicas. Sin embargo, en las nuevas condiciones de mercado hay menor necesidad de adoptar

⁴³ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera (2010/C 356) publicado por el DOUE de fecha de 7 de diciembre de 2010.

⁴⁴ J.I. SIGNES DE MESA, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁵ L. BOURGEIZ, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁶ J.A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁷ P. LAMPREAVE MÁRQUEZ, *op. cit.*, p. 26 y ss.

medidas de rescate estructurales concedidas únicamente partiendo de una evaluación preliminar basada en la premisa de que prácticamente todos los bancos deben ser rescatados⁴⁸. En este sentido, la Comisión considera que la adaptación de las Comunicaciones de crisis puede contribuir a garantizar un paso armonioso al régimen que prevé el establecimiento de un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión⁴⁹, proporcionando más seguridad a los mercados.

Con esta finalidad, la Comisión ha adoptado la Comunicación sobre la aplicación a partir de 1 de agosto de 2013 de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera (Comunicación bancaria)⁵⁰ que sustituye a la anterior de 2008. Asimismo, esta comunicación adapta las Comunicaciones sobre recapitalización y rescate de activos deteriorados y complementa la Comunicación sobre reestructuración proporcionando una orientación más detallada sobre el reparto de cargas entre los accionistas y los acreedores subordinados.

El objetivo general de dicha norma consiste en preservar la estabilidad financiera garantizando, a su vez, que se mantenga en el nivel mínimo compatible con dicho objetivo la ayuda estatal. Y este objetivo determina no sólo la posibilidad de los bancos de acceder a la ayuda financiera cuando sea necesario para la estabilidad financiera, sino también la forma en que se evalúan los planes de reestructuración bancaria⁵¹. En particular, la Comisión considera que, durante los períodos de crisis, debe seguir aplicándose el principio general de control de las ayudas estatales, consistente en que sus beneficiarios han de contribuir de forma adecuada a soportar los costes correspondientes; principio que, proyectado en el sector financiero, lleva a que los bancos, sus accionistas y los tenedores de instrumentos financieros híbridos y deuda subordinada deban soportar las cargas, antes de trasladárselas a los contribuyentes.

3.2. Las medidas de recapitalización y rescate de activos deteriorados

La irreversibilidad de las medidas sobre recapitalización y rescate de activos deteriorados y las implicaciones fiscales para los Estados miembros que las adoptan conllevan a que la Comisión sólo pueda adoptar dichas medidas una vez que el

⁴⁸ DOUE 30.07.2013 (2013/C 216/01).

⁴⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión, de 6 de junio de 2012, COM(2012) 280 final.

⁵⁰ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación bancaria») (2013/C 216/01).

⁵¹ A. J. TAPIA HERMIDA, *op. cit.*, p. 549.

Estado miembro afectado haya demostrado que se han explotado todas las posibilidades encaminadas a limitar la ayuda al mínimo necesario. Este enfoque permitirá que el importe de la ayuda se determine con mayor precisión y que las causas de los problemas de los bancos se detecten y se combatan en una fase inicial con el objetivo de no agravar la situación financiera.

Tan pronto como se haya detectado un déficit de capital que probablemente dará lugar a una petición de ayuda estatal, habrán de aplicarse todas las medidas tendentes a minimizar el coste de corrección de éste para el Estado miembro. Con este fin, los Estados miembros deberán de notificarle a la Comisión un plan de obtención de capital establecido por el Estado miembro y el banco y aprobado por la autoridad de supervisión competente. Dicho plan deberá, por un lado, enumerar las medidas de obtención de capital que ha de tomar el banco y las medidas de reparto de cargas entre los accionistas y los acreedores subordinados, y por otro lado, conceder salvaguardias que impidan la salida de fondos del banco.

Respecto de las medidas de obtención de capital, se prevé que el beneficiario deberá indicar cuáles va a adoptar para, en la medida de lo posible, y sin poner en peligro su viabilidad, obtener el máximo beneficio. Entre dichas medidas deben incluirse las relativas a las políticas estrictas de remuneración del personal directivo y de los miembros del consejo de administración, de forma que dicha cuantía no pueda ser superior a 15 veces el salario medio nacional en el Estado miembro en el que el beneficiario se ha constituido en sociedad ni a 10 veces el salario medio de los empleados del banco beneficiario⁵². Asimismo, la ayuda sólo puede concederse sujeta a condiciones que impliquen un reparto de cargas adecuado entre los inversores existentes.

Tras la presentación del plan de obtención de capital y la incorporación de los resultados del examen de calidad de los activos y una evaluación prospectiva de la adecuación del capital, el Estado miembro debe determinar el déficit de capital residual que ha de cubrirse con ayuda estatal. La Comunicación bancaria de 2013 establece, en este sentido que, sólo si tras la aplicación de las medidas contenidas en el plan de restructuración relativa a la obtención de capital y de reparto de cargas persiste un déficit de capital, dicho déficit podrá cubrirse con medidas de recapitalización con fondos públicos y/o con medidas de rescate de activos deteriorados⁵³.

Toda medida de recapitalización y de rescate de activos financieros tendrá que ser notificada y aprobada por la Comisión, de conformidad con las normas que rigen la remuneración y el reparto de cargas en la Comunicación de recapitalización,

⁵² DOUE 30.07.2013 (2013/C 216/01)

⁵³ DOUE 30.07.2013 (2013/C 216/01)

la Comunicación prorrogativa de 2011 y, en su caso, en la Comunicación sobre rescate de activos deteriorados. Por otra parte, las ayudas de rescate en forma de medidas de recapitalización y de rescate de activos deteriorados no deben impedir el cumplimiento de los requisitos establecidos para llevar a cabo el reparto de cargas. Por consiguiente, o bien las medidas de reparto de cargas requeridas deben aplicarse como parte de la ayuda de rescate, o bien las medidas de recapitalización o de rescate de activos deteriorados deben adaptarse de una forma que permita la aplicación «ex post» de las medidas de reparto de cargas.

Por último, la Comunicación bancaria en relación con las consideración específicas relativas a las ayudas a la liquidación establece que los Estados miembros fomentarán la liquidación de los operadores que no sean viables, desde el punto de vista económico, permitiendo al mismo tiempo que el proceso de salida se produzca de una forma ordenada que permita preservar la estabilidad financiera. El objetivo de una liquidación ordenada debe ser el cese de la actividad de la entidad de crédito en dificultades durante un periodo de tiempo limitado, de forma que todos los ingresos procedentes de la venta de activos contribuyan a cubrir los costes de liquidación⁵⁴.

4. MECANISMOS DE ESTABILIDAD Y DE SUPERVISIÓN FINANCIERA COMO RESPUESTA A LA CRISIS ECONÓMICA EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN BANCARIA

4.1. El fortalecimiento de los mecanismos de la estabilidad financiera como respuesta a la crisis económica

A partir de las tensiones producidas durante la crisis económica en los mercados de deuda de algunos de los países miembros de la UE como Grecia, Portugal, España, Irlanda e Italia, los jefes de Estado y de Gobierno de la zona euro en el Consejo de Economía y Finanzas (Ecofin) que tuvo lugar el 9 y el 10 de mayo de 2010 aceptaron la creación de un mecanismo europeo de estabilización financiera de la zona euro por un importe total de hasta 500.000 millones de euros⁵⁵.

Mediante el Reglamento 407/2010 de 11 de mayo de 2010, el Consejo estableció el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (MEEF)⁵⁶ con el objetivo de precisar las condiciones y procedimientos en los que se podría conceder ayuda

⁵⁴ DOUE 30.07.2013 (2013/C 216/01).

⁵⁵ A. OLESTI RAYO, “La estabilidad financiera en la Unión Europea y la supervisión prudencial de las entidades de crédito”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, 2014, p. 404.

⁵⁶ DO L 118 de 12 de mayo de 2010, p. 1.

financiera a un Estado que reuniese los requisitos previstos en el art. 122.2 TFUE que prevé que “en caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiere controlar, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar, en determinadas condiciones, una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro en cuestión”.

El Consejo Europeo en su reunión de 28 y 29 de octubre de 2010 decidió que era necesario, para garantizar la estabilidad financiera de la zona euro, que se creara un mecanismo permanente para hacer frente a las posibles crisis venideras⁵⁷. Las características generales del nuevo instrumento fueron definidas en su Declaración del 28 de noviembre de 2010, y confirmadas por el Consejo Europeo en su reunión del 17 de diciembre de 2010. En esencia se acordó que el nuevo mecanismo permanente para hacer frente a las posibles crisis financieras fuera el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE). El MEDE se constituyó mediante un Tratado celebrado entre los Estados participantes en la Unión Monetaria el 2 de febrero de 2012⁵⁸, que entró en vigor el 27 de septiembre de 2012 y empezó sus operaciones el 8 de octubre de 2012.

El MEDE es una organización internacional, con sede en Luxemburgo y cuyo objetivo principal es “movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad bajo una estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia financiera elegido, a los miembros del MEDE que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros”⁵⁹. Para ello se dota a dicha organización de un conjunto de instrumentos que permiten la concesión de préstamos con la finalidad específica de recapitalizar las entidades financieras de un Estado miembro, siempre y cuando los países que pretendan beneficiarse de los fondos de dichas ayudas hubieran aceptado previamente, un programa de ajuste de su política económica y presupuestaria⁶⁰.

⁵⁷ A. OLESTI RAYO, *op. cit.*, p. 404.

⁵⁸ Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia, hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012. Tratado ratificado por España el 21 de junio de 2012 (BOE nº 239 de 4 de octubre de 2012).

⁵⁹ Artículo 3 del Tratado MEDE.

⁶⁰ A. OLESTI RAYO, *op. cit.*, p. 410.

Precisamente, éste es el tipo de asistencia financiera que solicitaron las autoridades españolas el 25 de junio de 2012 para llevar a cabo la restructuración y recapitalización de determinadas entidades financieras españolas por un montante máximo de 100.000 millones de euros. De este importe se han utilizado aproximadamente unos 40.000 millones destinados principalmente al rescate de algunas entidades financieras (BFA Bankia, Catalunya Banc, NCG Banco y Banco de Valencia) que se encontraban en situación crítica al haber agotado sus recursos propios y mostrarse incapaces de recurrir a los mercados para capitalizarse.

Ante dichas circunstancias, se planteó la posibilidad de que la UE adoptase las medidas necesarias para que esta financiación pueda llevarse a término directamente desde las instancias comunitarias a las entidades en crisis, sin la intermediación de los Estados miembros. Ahora bien, para que ello fuera posible, las instituciones europeas debían ser capaces de fiscalizar todo el proceso de vida de las entidades, examinando su idoneidad para poder ejercer una actividad de intermediación, el cumplimiento de las condiciones que permitan un ejercicio prudencial de su actividad y el establecimiento de las consecuencias que se derivarían de su incumplimiento.

4.2. Mecanismos de supervisión financiera en el contexto de la unión bancaria

4.2. a) El Sistema Europeo de Supervisión Financiera

Las consecuencias de los rescates al sector financiero para los erarios públicos han puesto de relieve las limitaciones de los sistemas nacionales de supervisión financiera y la conveniencia de una regulación supranacional⁶¹. El régimen de supervisión aplicado durante la crisis ha mostrado su total inadecuación para prevenir, gestionar o resolver las dificultades de una parte de las entidades financieras⁶², ya que la aplicación de dichos modelos de supervisión nacionales ha evidenciado graves carencias del sistema de supervisión aplicado⁶³.

El 25 de febrero de 2009 un grupo de expertos presentó el denominado Informe De Larosière sobre la supervisión financiera en la Unión Europea⁶⁴. Éste tenía

⁶¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El complejo entramado del supervisor bancario de la Unión Europea”; *Diario La Ley*; núm. 8013; 31 de enero 2013; p. 5.

⁶² A.J. TAPIA HERMIDA, “El sistema europeo de Supervisión Financiera”, *RDBB*, núm. 121, 2011, p. 16.

⁶³ Comunicación de la Comisión sobre la Supervisión financiera europea, en COM (2009) 252 final de 27 de mayo de 2009, p. 2.

⁶⁴ El Informe lleva por título *The High Level Group on financial supervision in the EU Report* chaired by Jacques de Larosière.

su origen en el mandato realizado por la Comisión Europea, en octubre de 2008, solicitando la presentación de propuestas para constituir un sistema europeo de supervisión más eficiente, integrada y sostenible. En el contenido del documento se subraya las dificultades que afloran por la falta de cooperación entre los supervisores nacionales que conduce a la existencia de diferencias muy importantes en la prevención, gestión y solución de las crisis financieras así como la necesidad de que la Unión Europea acelere su integración jurídica en este ámbito desarrollando marcos legislativos comunes entre los Estados miembros⁶⁵.

El resultado del informe consistió en la elaboración de un conjunto de recomendaciones que debían ser desarrolladas por la UE y sus Estados miembros con vistas a la creación de un sistema europeo de supervisión financiera. La orientación general de las recomendaciones sugeridas fue respaldada por la Comisión que propuso un plan de acción para reformar la regulación y la supervisión de los mercados financieros, que preveía la creación de un marco de supervisión europeo que detectase con rapidez los posibles riesgos y los pudiera hacer frente con eficacia⁶⁶. En definitiva, dicho informe sugería la conveniencia de modificar el marco de actuación de los Estados miembros en lo que se refiere a la supervisión de las entidades financieras⁶⁷.

En 2010, se articula el Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF) como una red integrada de autoridades de supervisión nacionales y de la Unión cuya principal tarea consiste en garantizar la correcta aplicación de la normativa correspondiente al sector financiero con el objetivo de “preservar la estabilidad financiera y garantizar la confianza en el sistema financiero en su conjunto y una protección suficiente para los consumidores de los servicios financieros”⁶⁸. Por medio de la creación de este sistema se pretende, en la medida de lo posible, prever respuestas de actuación ante el surgimiento de nuevas crisis y subsanar los graves fallos de supervisión de los mercados financieros de la UE que se han constatado con ocasión de la crisis financiera global⁶⁹.

El SESF cuenta con dos instrumentos para realizar la supervisión financiera tanto en el ámbito macroprudencial, destinado a examinar las interacciones entre

⁶⁵ A. OLESTI RAYO, *op. cit.*, p. 415.

⁶⁶ Comunicación de la Comisión para el Consejo Europeo. Gestionar la recuperación europea. Vol 1, en COM (2009) 114 final de 4 de marzo de 2009, pp. 6 a 8.

⁶⁷ A. OLESTI RAYO, *op. cit.*, p. 415.

⁶⁸ Artículo 2.1 del Reglamento 1093/2010.

⁶⁹ A.J. TAPIA HERMIDA, *op. cit.*, p. 25.

las instituciones, los mercados financieros y la economía real⁷⁰, como en el ámbito microprudencial, dirigido garantizar la solvencia de las entidades financieras individualmente consideradas. El primero se encomienda a la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS) creada por el Reglamento nº 1092/2010⁷¹; mientras que el segundo es competencia de las autoridades supervisoras nacionales en coordinación con tres Autoridades Europeas de Supervisión: la Autoridad Bancaria Europea (ABE), Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESP), y la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM)⁷² que cubre cada uno de los sectores típicos del mercado financiero (bancario, asegurador y el de los instrumentos financieros⁷³.

La JERS es un órgano específico, independiente y sin personalidad jurídica, que asume la supervisión macroprudencial de todo el sistema financiero de los países de la Unión Europea⁷⁴, y tiene como misión específica detectar los riesgos sistémicos que puedan amenazar a la estabilidad financiera del sistema y hacer frente, en su caso, mediante la emisión de avisos y la formulación de recomendaciones de actuación. El desempeño de estas tareas de prevención o mitigación de los riesgos sistémicos requiere recopilar y analizar toda la información necesaria para evaluar el alcance de los posibles riesgos. El conjunto de estas funciones requiere también la capacidad de adoptar medidas en situaciones de perturbación del funcionamiento del mercado o en el supuesto de inestabilidad del sistema financiero⁷⁵.

⁷⁰ A.F. MUÑOZ PÉREZ, “El nuevo marco de supervisión financiera europea”, *RDBB*, núm. 118; abril-junio 2013; p. 126.

⁷¹ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo nº 1092/2010 de 24 de noviembre de 2010 relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico (*DO L* 331 de 15 de diciembre de 2010, p. 1).

⁷² Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo nº 1093/2010 de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea) se modifica la Decisión nº 716/2009 y se deroga la Decisión nº 2009/78/ CE de la Comisión (*DO L* 331 de 15 de diciembre de 2010, p. 12); Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo nº 1094/2010 de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), se modifica la Decisión nº 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión (*DO L* 331 de 15 de diciembre de 2010, p. 48); y Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo nº 1095/2010 de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión nº 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión (*DO L* 331 de 15 de diciembre de 2010, p. 84).

⁷³ A.J. TAPIA HERMIDA, *op. cit.*, p. 58.

⁷⁴ A.F. MUÑOZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 126.

⁷⁵ A. OLESTI RAYO, *op. cit.*, p. 417.

La supervisión macroprudencial ejercida por la JERS sobre el sistema financiero contiene unos rasgos específicos que la definen. En primer lugar, tiene un carácter general, en el sentido de que su competencia comprende todos los sectores que integran el mercado financiero y sus respectivos componentes en la medida en que sea necesaria para prevenir o mitigar el riesgo sistémico para la estabilidad financiera de la UE⁷⁶. Además, tiene un carácter indirecto ya que el objeto de la función supervisora, en principio, no identificará a las entidades financieras individuales, y la calidad de la información recibida se fundamentará en la colaboración y coordinación con las autoridades nacionales y con las Autoridades Europeas de Supervisión (AES).

Las Autoridades Europeas de Supervisión (AES) se han configurado como entidades con personalidad jurídica propia utilizando como base jurídica el artículo 114 TFUE que prevé que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”. Entre las funciones atribuidas a las Autoridades Europeas de Supervisión (AES) se encuentran: proteger el interés público mediante su contribución a la estabilidad y eficacia del sistema financiero; la mejora del funcionamiento del mercado interior y garantizar la aplicación coherente, eficiente y efectiva de la normativa comunitaria sobre cada uno de los sectores que cubren la acción de las AES⁷⁷.

En el caso concreto de la ABE, cuya sede se sitúa en Londres, los objetivos específicos se centran en la mejora del mercado interior; y para ello debe garantizar un nivel “elevado, efectivo y coherente” de regulación y supervisión de las entidades financieras; protegiendo además valores públicos como “la estabilidad del sistema financiero, la transparencia de los mercados y los productos financieros y la protección de los depositantes e inversores”. Asimismo, debe poder prohibir, limitar o restringir temporalmente actividades financieras que “amenacen el funcionamiento correcto y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad de la totalidad o parte del sistema financiero”⁷⁸. En este sentido la ABE se centra en proteger el interés público, contribuyendo a la estabilidad y eficacia del sistema financiero, reservándose un papel especial en la protección de los consumidores promoviendo la

⁷⁶ A.F. MUÑOZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 127.

⁷⁷ A.J. TAPIA HERMIDA, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁸ Apartados 11 y 12 del Preámbulo del Reglamento 1093/2010.

transparencia, la sencillez y la integridad de los productos y servicios financieros de los que sean destinatarios⁷⁹.

4.2. b) *El Mecanismo Único de Supervisión y la asunción de nuevas funciones por el BCE*

La denominada unión bancaria se integra por tres mecanismos principales: el Código Normativo Único (Single Rule Book); el Mecanismo Único de Resolución (que conlleva un fondo único de resolución) y el Mecanismo Único de Supervisión. Estos dos últimos instrumentos están íntimamente vinculados ya que no puede existir un sistema efectivo centralizado de supervisión y que simultáneamente el poder de resolución de bancos se mantenga en los Estados miembros⁸⁰.

El denominado Código Normativo Único es el que regula los requisitos de capital y las condiciones de supervisión prudencial que deben satisfacer las entidades de crédito y las empresas de inversión. Está integrado por la Directiva 2013/36 que regula el acceso a la actividad de las entidades de crédito y el Reglamento 575/2013 sobre los requisitos prudenciales que deben satisfacer las entidades de créditos y las empresas de inversión⁸¹. Tales instrumentos constituyen conjuntamente el marco jurídico que regula el acceso a la actividad, el marco de supervisión y las disposiciones prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión.

El Mecanismo Único de Resolución se crea para abordar preventivamente las posibles causas de las crisis bancarias y minimizar las consecuencias para el contribuyente en caso de insolvencia de las crisis financieras⁸². Tras un complicado y laborioso proceso de elaboración, dicho instrumento ha sido regulado por la Directiva, de 15 de mayo de 2014, por el Parlamento Europeo y el Consejo por la que se establece un marco para la reestructuración y resolución de las entidades de crédito⁸³.

⁷⁹ Artículo 8 del Reglamento 1093/2010.

⁸⁰ A. OLESTI RAYO, *op. cit*, p. 423.

⁸¹ Reglamento 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento 648/2012 (*DO L* 176 de 27 de junio de 2013, p. 1).

⁸² M. LARREINA DÍAZ, “La reforma del sistema financiero un año después del rescate: un éxito, pero ¿para quién?”, *Boletín de Estudios económicos*; núm. 209, agosto de 2013; p. 238.

⁸³ Directiva 2014/59 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/ 25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (*DO L* 173 de 12 de junio de 2014, p. 190).

Asimismo, el 17 de julio de 2013, se acordó el Reglamento que contiene las normas y procedimientos uniformes en el marco de un Mecanismo Único de Resolución (MUR) y un Fondo Único de Resolución Bancaria (FUR)⁸⁴.

Por último, el 15 de octubre de 2013, mediante el Reglamento del Consejo 1024/2013, se constituyó el denominado Mecanismo Único de Supervisión (MUS)⁸⁵ considerado como el primer paso de la denominada unión bancaria, ya que fija las bases para proceder a una supervisión adecuada de las entidades de crédito⁸⁶. El MUS está integrado por el Banco Central Europeo (BCE) y por las autoridades nacionales competentes que están sujetas a un deber de cooperación leal y a la obligación de intercambiar información⁸⁷. Esta cooperación se ha manifestado en la adopción del Reglamento 468/2014 de 16 de abril que regula el marco de cooperación entre el BCE y las autoridades nacionales (Reglamento Marco MUS)⁸⁸.

La supervisión es dual, ya que el BCE sólo vigila a las denominadas “entidades de carácter significativo”, mientras que aquéllas que no tengan esta cualidad serán fiscalizadas por la correspondiente autoridad nacional. En este sentido una entidad se considerará que tiene “carácter significativo” si alcanza, alternativamente, alguno de los siguientes requisitos: el valor total de sus activos es superior a los 30 mil millones de euros; la ratio de activos totales en relación al PIB supere el 20% del Estado miembro participante siempre que sus activos superen los 5 millones de euros; o por la relevancia de las actividades transfronterizas desarrolladas⁸⁹. Asimismo, asumirá dicha condición toda entidad que haya recibido ayuda financiera pública directa del FEEF o del MEDE, ocupe un lugar significativo en las ordenaciones nacionales o

⁸⁴ Reglamento (UE) núm. 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014 por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 (DO L 225 de 30.7.2014, p. 1).

⁸⁵ Reglamento 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DO L 287 de 29 de octubre de 2013, p. 63).

⁸⁶ J.C. FERNANDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁷ J. A. PÉREZ RIVARES, “Instrumentos de coordinación en la Unión Europea en materia de rescate y resolución de entidades financieras”, *RDBB*, núm. 131, 2013, p. 101.

⁸⁸ Reglamento 468/2014 del Banco Central Europeo de 16 de abril de 2014 por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (Reglamento Marco del MUS), *DO L* 141 de 14 de mayo de 2014, p. 1.

⁸⁹ Art. 6.4 Reglamento 468/2014.

su supervisión sea necesaria para garantizar la aplicación coherente de las normas de supervisión.

No obstante, el BCE no es totalmente ajeno al ejercicio de un cierto control, aunque sea indirecto, de aquellas entidades cuya supervisión recaiga en las autoridades competentes nacionales. En estos supuestos tiene la capacidad de emitir directrices, reglamentos o instrucciones generales a partir de las cuales, las autoridades nacionales ejercerán sus funciones y adoptarán sus correspondientes decisiones de supervisión⁹⁰. De esta forma, el sistema previsto en el MUS se asienta sobre una fórmula mixta entre la supervisión directa del BCE para las entidades de crédito de mayor importancia sistémica y la dirección de aquellas entidades cuya supervisión recaiga en las autoridades competentes nacionales⁹¹.

El Reglamento 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito concede al BCE una base legal para ejercer funciones en el ámbito de la supervisión macroprudencial relativas a la autorización, o revocación de la autorización, de las entidades de crédito; la evaluación y la notificación de la adquisición y de venta de participaciones cualificadas de crédito; y la realización de supervisiones para determinar si las estructuras, estrategias, procesos y mecanismos establecidos por las entidades de crédito, y los fondos propios de éstas garantizan la gestión y la cobertura adecuada de sus riesgos⁹².

El BCE tiene atribuidas funciones de actuación que le permiten adoptar las medidas necesarias para subsanar los riesgos sistémicos o de carácter macroprudencial e incrementar las condiciones requeridas para alcanzar dicha finalidad⁹³. Para ello, el BCE asumirá un conjunto de competencias de investigación, incluyendo la capacidad para solicitar información pertinente a los Estados, autoridades nacionales competentes, así como personas jurídicas y físicas (entidades de crédito, sociedades de cartera, sociedades mixtas de cartera establecidas en los Estados miembros participantes, y las personas que trabajen en estas entidades o terceros que hayan sido subcontratados) para poder desempeñar las funciones que tiene asignadas por el Reglamento 1024/2013⁹⁴.

Asimismo, las competencias de supervisión del BCE se ejercen también sobre las entidades financieras de un Estado miembro participante que incumple con las

⁹⁰ Artículos 4, 6.4, 14 y 15 del Reglamento 1024/2013.

⁹¹ A. OLESTI RAYO, *op. cit.*, p. 432.

⁹² Artículos 4 Reglamento 1024/2013.

⁹³ Artículo 5 Reglamento 1024/2013.

⁹⁴ Artículos 10 a 12 del Reglamento 1024/2013.

obligaciones de prudencia en la asunción de riesgos o sobre la que el BCE tenga pruebas de un posible incumplimiento en un plazo de doce meses⁹⁵. Como resultado del ejercicio de estas competencias, el BCE puede adoptar un conjunto de medidas de diversa naturaleza entre las que destacan a título ilustrativo: el mantenimiento de fondos propios superiores a las necesidades de capital establecido y la limitación, o el abandono, de las actividades y las operaciones que planteen riesgos excesivos para la solidez de la entidad⁹⁶.

Las nuevas funciones atribuidas al BCE han cuestionado la conveniencia de separar las competencias que dicha institución ejerce relativas a la supervisión del resto de actividades que desarrolla, especialmente en el ámbito de la política monetaria⁹⁷. El personal que interviene en el ejercicio de las funciones concernientes a la política monetaria o relacionada con su participación en la JERS debe estar separado e integrarse en una estructura jerárquica diferente del personal que se dedica a ejercer las funciones de supervisión. En este sentido se ha creado, dentro de la estructura organizativa del BCE, un Consejo de Supervisión, integrado por representantes del BCE y de las autoridades competentes de cada Estado miembro participante⁹⁸.

Asimismo, la asignación de funciones prudenciales a la BCE ha comportado también la necesidad de precisar la relación que éste tiene con las Autoridades Europeas de Supervisión ya existentes en la Unión Europea. Los términos de esta vinculación se han incluido en el Reglamento nº 1022/2013 de 22 de octubre de 2013⁹⁹ que reforma las agencias de supervisión europea, especialmente la Autoridad Bancaria Europea (ABE). Dado que el BCE se ha convertido en una autoridad competente en la supervisión prudencial, resulta necesario dotar a la ABE de nuevos instrumentos para el cumplimiento de sus funciones relativas al refuerzo de la convergencia de las prácticas de supervisión dentro de la UE.

⁹⁵ I. RAMOS HERRANZ; "Unión Europea: supervisión bancaria. Legislación española: modificación del reglamento interno del Banco de España; normas de Ley de Emprendedores que afectan a las entidades de crédito. Jurisprudencia: TJUE, servicios de inversión; TS, juicio cambiario y cumplimiento defectuoso del contrato" *Derecho de los Negocios*, núm. 272, noviembre-diciembre 2013; p. 40.

⁹⁶ Artículo 16 del Reglamento 1024/2013.

⁹⁷ A. OLESTI RAYO, *op. cit.* p. 437.

⁹⁸ Artículo 26 del Reglamento 1024/2013.

⁹⁹ Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo núm. 1022/2013 de 22 de octubre de 2013 que modifica el Reglamento nº 1093/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), en lo que se refiere a la atribución de funciones específicas al Banco Central Europeo en virtud del Reglamento nº 1024/2013 (DO L 287 de 29 de octubre de 2013, p. 5).

En este sentido, tal y como señala el preámbulo del Reglamento 1022/2013, la atribución de funciones de supervisión al BCE en relación con las entidades de crédito de algunos Estados miembros no debe obstaculizar en modo alguno el funcionamiento del mercado interior de servicios financieros; y en consecuencia la ABE “debe seguir desarrollando el código normativo único aplicable a todos los Estados miembros, contribuyendo a una aplicación coherente del mismo, así como continuar mejorando la convergencia de las prácticas de supervisión en toda la Unión”.

5. CONCLUSIÓN

Desde el inicio de la crisis en 2007, la Comisión Europea ha sido consciente del fuerte impacto que la crisis económica ha tenido para el sector bancario y para la economía de los Estados miembros ya que el límite del acceso a la liquidez y a los préstamos interbancarios ha repercutido en los ciudadanos, las empresas y el empleo. Ante la posibilidad de un colapso real, la Comisión autorizó que los Estados miembros rescataran con dinero público a las entidades de crédito. No obstante, y dado el riesgo de dichas ayudas estatales pudiera afectar a la competencia, la Comisión ha promovido una serie de medidas coordinadas en el seno de la Unión Europea mediante la adopción de un marco único aplicable a todos los Estados miembros para garantizar la transparencia y la igualdad de condiciones entre las entidades rescatadas y los Estados miembros en el mercado único, mediante el control de las ayudas estatales otorgadas.

Las consecuencias de la crisis económica han permitido evidenciar la necesidad de contar con mecanismos de supervisión a nivel supranacional que vayan dirigidos tanto a las entidades bancarias individualmente consideradas, como a los instrumentos que examinan el sector financiero en su conjunto y la interacción que existe entre las entidades con los mercados financieros y sus repercusiones en la economía real. La medida más significativa se ha llevado a cabo por medio de la creación de un Mecanismo Único de Supervisión que se constituye en una pieza esencial para la creación de una futura unión bancaria ya que su función va a consistir en garantizar que la política comunitaria de la supervisión de las entidades de crédito se aplique de forma eficaz y de manera homogénea en todos los Estados miembros.

A partir de la creación del Mecanismo Único de Supervisión, al Banco Central Europeo le corresponderá la supervisión directa de las entidades que tengan «relevancia significativa», teniéndose en cuenta para determinar ese carácter su tamaño, la importancia para la economía de la Unión o de un Estado miembro, y el carácter significativo de sus actividades transfronterizas. A los supervisores nacionales les corresponderá la realización material de la supervisión directa sobre las entidades que el Banco Central no

supervise directamente, bajo las instrucciones de aquél, así como la realización de otras tareas delegadas del Banco Central y de estudio y propuesta de asuntos al mismo. Adicionalmente conservarán funciones sobre el establecimiento y supervisión de sucursales de entidades de terceros países, la supervisión de los medios de pago, la de las normas de conducta y la de la protección de la clientela.

A pesar de que el control ejercido por el BCE se limita a las entidades de crédito que tengan una relevancia significativa, quedando el resto bajo la supervisión de las autoridades nacionales, las nuevas funciones asignadas al BCE en relación al control de los rescates bancarios, ha supuesto que dicha institución adquiera mayores competencias en las decisiones de política económica de algunos Estados miembros. Dado que el BCE se ha convertido en una autoridad competente en la supervisión prudencial, ha resultado necesario dotar a la ABE de nuevos instrumentos para el cumplimiento de sus funciones relativas al refuerzo de la convergencia de las prácticas de supervisión dentro de la UE.

Resumen

La normativa comunitaria regula las ayudas otorgadas por los Estados miembros y su control para evitar el falseamiento de la competencia en el mercado interior. La excepción temporal aplicada como base jurídica para llevar a cabo el rescate de las entidades bancarias como consecuencia de la crisis económica ha impulsado la necesidad de reforzar los sistemas nacionales de supervisión financiera y la conveniencia de contar con una regulación supranacional. Como respuesta a la crisis económica, la Unión Europea ha emprendido una serie de cambios institucionales y regulatorios encaminados a fortalecer la estabilidad del sector financiero partiendo de un mecanismo único de supervisión y de un mecanismo único de resolución para las entidades de crédito.

Palabras Clave: Ayudas estatales, sector financiero, supervisión financiera, unión bancaria.

Abstract

Community rules governing aid granted by Member States and their control to avoid distortions of competition in the internal market. The temporary derogation applied as a legal basis for carrying out the rescue of banks as a result of the economic crisis has highlighted the need for the limitations of national systems of financial supervision and the convenience of a supranational regulation. In response to the economic crisis, the European Union has undertaken a number of institutional and regulatory changes aimed at strengthening the stability of the financial sector based on a single monitoring mechanism and a single resolution mechanism for credit institutions.

Key Words: Governing aid, banking sector, financial supervision, banking union.

Recibido: 18 de enero de 2015

Aceptado: 5 de marzo de 2015

Perfiles/Noticias

LAS UNIVERSIDADES DE MARIO GALIZIA*

FULCO LANCHESTER**

SUMARIO

1. Introducción.
2. Florencia y la formación cívica.
3. En Roma con Costantino Mortati.
4. En Pavía.
5. De Florencia a Roma.

1. INTRODUCCIÓN

Mario Galizia amaba la Universidad de Pavía; la amaba sobre todo desde lejos, consciente de estar profundamente arraigado en ese eje toscano-romano que representan Florencia y Roma, pero al mismo tiempo seducido por lugares y personas que lo introducían en una dimensión comunitaria diferente. Aunque nació en Nápoles el 14 de noviembre 1921 (le gustaba recordar que vino al mundo sitemesino con la ayuda del Beato Giuseppe Moscati y el amoroso cuidado de un entero bloque de viviendas partenopeo, como sustituto de la moderna incubadora). Con un padre magistrado (Vincenzo), natural de Nocera Inferiore, y con una madre (Gina Baldi) de Poppi de Casentino, Mario Galizia era sobre todo hijo de Roma y Florencia, donde vivió y trabajó durante la mayor parte de su vida a excepción de un breve período de tiempo mientras desempeñaba docencia en la Universidad de Siena y el lustro que pasó yendo y viniendo a Pavía.

En este texto recordaré así sus tres Universidades, como lugares repletos de amigos y grandes científicos, a los que Mario Galizia continuaría ligado hasta el final, sobre la base de una profunda pulsión ética.

* Traducido del italiano por Juan Francisco Sánchez Barrilao.

** Catedrático de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Políticas, Universidad de “La Sapienza” (Roma).

2. FLORENCIA Y LA FORMACIÓN CÍVICA

Estudiante de secundaria en Roma (en el «Virgilio» su profesor de Historia y Filosofía fue Giorgio Candeloro, 1909-1988), se matriculó luego en la Facultad de Derecho de la misma ciudad en el otoño de 1938, para acabar trasladándose a finales de 1942 a la Universidad de Florencia (mientras estaba matriculado en cuarto año y servía en el décimo de artillería), a resultas del nuevo destino de su padre como Presidente de la Corte de Apelación local. Sus maestros romanos fueron, para las materias públicas, Santi Romano (1875-1947), Guido Zanobini (1894-1960), Gaspare Ambrosini (1886-1985) y Tomaso Perassi (1886-1960). En la ciudad de la Toscana, se laureó en Derecho Administrativo bajo la tutela de Silvio Lessona (1887-1969), con una tesis sobre «La teoria degli organi dello Stato», en un contexto académico en el que destacaban Piero Calamandrei (1889-1956), Giorgio La Pira (1904-1977), Piero Agostino D'Avack (1905-1982) y Francesco Bernardino Cicala (1877-1970). Se ha de señalar, además, que en la Facultad florentina la enseñanza del Derecho Constitucional (tras el paso al Derecho Internacional de Manfredi Siotto Pintor, 1869-1945, y su posterior traslado a Alejandría, en Egipto) no estaba atribuida a ningún Catedrático, sin perjuicio de que entre 1939 y 1941 fuera encargada a dos habilitados en Derecho Constitucional (pues la cobertura de la asignatura no exigía la condición de funcionario: fueron Carlo Esposito, 1902-1964, y Paolo Biscaretti di Ruffia, 1912-1996); sin embargo en el curso 1942-43 su docencia sería encargada a Lessona, Catedrático de Derecho Administrativo.

En Florencia, Galizia permaneció desde 1942 a 1956 (catorce años tremenda-mente intensos), para continuar luego nominalmente como ayudante hasta 1966, cuando fue llamado a Pavía, y en donde permaneció durante unos cinco años antes de regresar a Florencia, y más tarde, en 1974, a Roma.

Los años en Florencia, en donde hasta su muerte mantuvo un apartamento como señal de continua presencia durante su ausencia, fueron decisivos y lo marcaron profundamente. Allí, finalmente, se laureó; participó en la resistencia armada, durante la cual desapareció heroicamente su hermano Paolo (1923-1944); se convirtió en asistente de Calamandrei para responsabilizarse de la enseñanza del Derecho Constitucional, aunque a la postre también se encargaría del Derecho Administrativo; tuvo sus primeras experiencias en política como secretario del movimiento de los católicos comunistas y como responsable del llamado trabajo en masa; se convirtió en magistrado ordinario, primero en el Tribunal de Distrito, y luego en la Fiscalía de la República; y comenzó su producción científica en revistas comprometidas como «Il ponte» e «Il politécnico», además de escribir sus primeros volúmenes («La teoria della sovranità dal Medioevo alla Rivoluzione francese», Milán, Giuffre,

1951; y «Scienza giuridica e diritto costituzionale», Milán, Giuffre, 1954). En la Florencia efervescente de la posguerra mundial, Calamandrei, conocido procesalista y nuevo Rector de la Universidad, había señalado al Derecho Constitucional precisamente como la materia sobre la que los juristas tendrían que trabajar y esforzarse en el momento de planificar la reconstrucción institucional del Estado. Era la recuperación responsable del planteamiento romanista que veía en el tronco del Derecho Público el fundamento del ordenamiento, pero sobre todo era la expresión de una necesidad de rehabilitación democrática y de renovación ética, cuya inspiración aún está explícita e inflexiblemente presente en la última monografía de Galizia, de 2013. De esta mágica colaboración entre Galizia y Calamandrei querría recordar el no muy conocido episodio de su colaboración mutua en la actualización del volumen de Francesco Ruffini (1863-1934) sobre los «Diritti di libertà», publicado en 1926 por Piero Gobetti (1901-1926), pero reeditado en 1946 por la florentina «La Nuova Italia».

En la capital toscana trabó también algunas amistades para toda la vida, como con Paolo Barile (1917-2000), Carlo Furno (1913-1970) y Alberto Predieri (1921-2001), destacando tanto el complejo enfoque metodológico que lo caracterizaba, como la profunda aspiración hacia una nueva Italia en el marco de los principios y los valores resultantes de la lucha partisana y antifascista de los hermanos Rosselli y del movimiento de «Giustizia e Libertà».

3. EN ROMA CON COSTANTINO MORTATI

Regresaría a Roma definitivamente a mediados de los años cincuenta como magistrado destinado en la Corte de Casación, pasando a ser, tras la muerte de su padre (primer presidente de la Corte de Casación), profesor libre en Instituciones de Derecho Público (como Silvio Lessona, Joseph Guarino, 1922, y Vicente Gueli, 1914-1969), manteniendo desde 1959 docencia en Ciencias Políticas en la Cátedra de Costantino Mortati (1891-1985), el cual se convertiría en su segundo/primer maestro. Junto a Mortati, a quien seguiría en la Corte Constitucional como asistente entre 1960 y 1966, Galizia se convirtió (con Vittoriana Carusì) en uno de los herederos de su archivo y biblioteca (ahora en poder del Departamento de Ciencia Política de La “Sapienza”). En la Corte Constitucional, inicialmente iba a asistir a Enrico De Nicola (1877-1959), si bien tal propuesta la bloqueó el Ministro de Justicia Aldo Moro (1916-1978) por razones políticas. Al final, como he dicho, acabó trabajando intensamente con Mortati, el constitucionalista más importante de la posguerra mundial, en una extensión práctica de la que fuera su colaboración

docente en la Facultad romana de Ciencias Políticas, caracterizada por otras colaboraciones al más alto nivel (baste recordar a Leopoldo Elia, 1925-2008, Sergio Fois, 1931-2008, o Antonino La Pergola, 1931-2007). En este período se fortaleció todavía más la necesidad metodológica del Derecho Público italiano de mantener un equilibrio entre la autonomía de la propia disciplina y un enfoque atento a la perspectiva histórica y a las demás ciencias sociales. En una dirección similar, Galizia no sólo redactó la voz «*Diritto costituzionale: profili storici*», en la «*Enciclopedia del diritto*» (vol. 12, pp. 962 y ss.), sino también el texto de los «*Profili storico comparativi della scienza del diritto costituzionale in Italia*», en el «*Archivio Filippo Serafini*» (vol. CLXIV, 1963 fasc.1-2, pp. 3-110), que se convertirá en un clásico, junto con voces como la de confianza o la de crisis de gabinete. Con ello, trataba de profundizar y estabilizar un método que lo caracterizará con los años, y que lo llevará cada vez más a abordar temas de historia constitucional y de pensamiento jurídico sobre la base de un conocimiento enciclopédico de la literatura jurídica y no jurídica.

4. EN PAVÍA

Mario Galizia participó en las oposiciones para la Cátedra de Derecho Constitucional Italiano y Comparado celebradas en la Universidad de Messina, en marzo de 1964 (como Paolo Biscaretti di Ruffia, 1914-1996, Giuseppe Guarino, Paolo Barile, Vezio Crisafulli, 1910-1986, y Vincenzo Sica, 1924-1965), a la que finalmente fue propuesto junto con Nello Motzo (1930-2002) y Salvatore Villari. Las vicisitudes universitarias consiguientes a dicha propuesta no fueron sin embargo sencillas. Galizia fue llamado primero a Siena el 25 de enero 1965 por la Facultad de Derecho para el Derecho Constitucional Italiano y Comparado (con Raselli como Decano, y Fois como Secretario); en cuanto a la amigable disputa con Motzo, ahora funcionario europeo, ésta vendría definitivamente resuelta sólo un año después con la toma de posesión de la plaza de Pavía. El Consejo de Facultad que llamó a Galizia el 28 de enero de 1966 estaba compuesto por Bruno Leoni (1913-1967), Carlo Emilio Ferri (1899-1986), Vittorio Beonio Brocchieri (1902-1979), Federico Curato (1911-1990), Giampiero Azzali (1927-2005) y Agostino De Vita (1912-1990), mientras que Mario Albertini (1919-1997) y Giorgio Bolsa (1912-2002) aún no eran catedráticos. Galizia pronto empatizó con personas más jóvenes, y en particular con Pasquale Scaramozzino (1929-2006) y Mario Stoppino (1935-2001). Entre sus colegas en la Facultad de Derecho, separada de la de Ciencias Políticas sólo por una puerta en una escalera común, baste recordar a Serio Galeotti (1922-2000), Tommaso Mauro (1919-2005), Rodolfo De Nova (1906-1978), Umberto Pototsching (1929-2012) y Vittorio Denti (1919-2001). Mientras,

en cuanto a la Facultad de Ciencias Políticas pavesa, pequeña pero de gran prestigio, Galizia encontró, así, una dimensión humana y un entorno interdisciplinario, apenas tocado por la masificación y la provincialización. Aquí encontró amistades intensas y duraderas, e incluso discípulos, a los que ha seguido, y le han seguido, con afecto durante tiempo. Aquí se revalidó en su puesto (como Raffaele Resta, 1905-1973, Vincenzo Zangara, 1902-1985, y Carlo Lavagna, 1914-1984). Aquí también permaneció conectado con «Il Politico», revista que tras la trágica muerte de Bruno Leoni no sucumbió por la tenacidad de Pasquale Scaramozzino, con el que Mario continuó manteniendo relación. Y aquí es donde, tras su regreso a la Universidad de Florencia desde el 1 de marzo de 1971, volvió para enseñar por un año Derecho Parlamentario, con el fin de no perder contacto con un espacio que le fascinaba, y para reeditar el volumen «Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo» (Milán, Giuffrè, 1972) en la «Collana degli Annali di Scienze Politiche dell'Università di Pavia».

5. DE FLORENCIA A ROMA

De vuelta a Florencia como Profesor de Derecho Público, Mario Galizia encontraría allí el ambiente más adecuado para su método. La «scuola fiorentina», de la que fue parte, ponía en contacto de manera orgánica a iuspublicistas e historiadores del Derecho. No fue casualidad que, precisamente en ese momento, Paolo Grossi hubiera publicado ya el primer volumen de la serie de los «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» (1972), auspiciando el coloquio entre juristas propuesto por otro gran maestro como fuera Francesco Calasso (1904-1965). Un programa metodológico similar, perfectamente correlacionado con la posición de Mario Galizia, llevará a éste a producir al año siguiente en los cuadernos una auténtica monografía sobre «Il “positivisme juridique” di Raymond Carré de Malberg» (pp. 335-509), en el marco de una sección que publicaría el extraordinario ensayo de Costantino Mortati relativo a Carl Schmitt («Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt»).

Son estos los años en los que Galizia plantea la idea de una fundación para honrar la memoria de su hermano Paolo y la publicación de los escritos y poemas de éste. Dicho programa lo llevó a tejer una auténtica malla de proyectos, al modo de Penélope, bien conocidos por las personas que le eran cercanas, y que el año pasado pudieron ser definitivamente ordenados.

En 1974 la Facultad de Ciencias Políticas de Roma ofertó dos Cátedras de Derecho Constitucional Italiano y Comparado (materia asumida cronológicamente, tras Mortati, por titulares como Egidio Tosato, 1902-1984, Carlo Lavagna, Vincenzo Zangara y Serio Galeotti). En marzo de ese año fue llamado Antonino La

Pergola, el cual iría luego en septiembre a la Facultad de Derecho; y ya en julio Mario Galizia, quien inmediatamente pasaría a ocupar ya la Cátedra, manteniendo el puesto de Costantino Mortati, con el que había previsto recopilar en cuatro volúmenes algunos de sus principales escritos de comienzos de la década (Milán, Giuffre, 1972). Entre los juristas entonces presentes en la Facultad estaban precisamente Egidio Tosato, Carlo Lavagna, Vincenzo Zangara, Roberto Lucifredi (1909-1981), Aldo Moro, Riccardo Monaco (1909-2000) y Giuseppe Sperduti (1912-1993). Ello fue presagio, en cualquier caso, del principio de un cambio generacional muy intenso que vería, entre los juristas, la llegada, en el mismo 1974, de Vittorio Bachelet (1926-1980) en Derecho Público de la Economía, en 1976, de Giuliano Amato (1938) en la Cátedra de Derecho Constitucional Italiano y Comparado, de Emilio Romagnoli (1923-2004) en Derecho Agrario Italiano y Comparado, de Francesco D'Onofrio (1939) en Derecho Regional, y, después, de Alessandro Pace (1935), Franco Modugno (1938), Sabino Cassese (1935), Federico Sorrentino (1942) y Angelo Antonio Cervati (1936).

En aquellos años, que certificaron el paso a la Universidad de masas, Galizia también participó activamente en los tribunales de concurso a profesor, de modo que muchos docentes le deben asimismo el paso a la Cátedra tanto en la materia de Instituciones de Derecho Público (1974: Achille Chiappetti, 1941, Raffaele Chiarelli, 1939, Ugo De Siervo, 1942, Giovanni Rizza, 1941-2014, y Sergio Stamatini, 1939), como de Derecho Público Comparado (1979: Paolo Armaroli, 1940, Paolo Caretti, 1944, Stefano Merlini, 1938, Carlo Mezzanotte, 1942-2008, Sergio Ortino, 1940-2011, Antonino Pensovecchio Li Bassi, 1925, Franco Pizzetti, 1946, Giorgio Recchia, 1942-2009, Antonio Reposo, 1944, y Sara Volterra, 1934; y 1990: Costantino Murgia, 1944, Lucio Pegoraro, 1952, Stefano Sicardi, 1950, y Mauro Volpi, 1948).

A poco más de los cincuenta, sin embargo, Mario Galizia sería alcanzado por un pesar que nunca expresó públicamente, pero que le influyó fuertemente. A finales de julio de 1974, el 27, fecha del cumpleaños de su madre, ésta desaparecería trágicamente. En el volumen de 2013 Galizia no habla directamente de su madre, excepto a través de algunas pistas biográficas y la publicación de una foto en color (la única); pero su presencia ha sido constante en la casa romana de la calle S. Jacini y en su pensamiento, reuniéndola (silenciosamente) junto a su otra familia desaparecida (su hermano Paolo, su padre Vincenzo, su tío Alber, profesor universitario caído en la Primera Guerra Mundial, y el primo hermano de su padre, Raffaele Libroja, medalla de oro de la caballería italiana). Se puede decir que, a partir de ese momento, “una gran tristeza le mordía como un lobo el corazón”. Aparentemente todo continuaba como de costumbre, con una total dedi-

cación a la enseñanza, a los estudiantes y a la investigación, pero los que lo conocieron y amaron saben de la permanencia de un dolor cruel. Al parecer, todo terminó resolviéndose por sí sólo en los primeros años de la década de los ochenta, mientras iniciaba su trabajo de estudio a la contribución de los maestros de los años treinta. De aquí también surgiría su progresivo choque con la realidad de un ordenamiento constitucional que había traicionado las esperanzas de su generación, lo que explicaría su decisión entonces de concretar de manera inflexible la necesidad de no hacer concesiones al respecto de los principios y los valores básicos.

La relación con sus maestros, como la de éstos con aquellos que habían luchado ejemplarmente por la justicia y la libertad en el curso de la historia, no le llevó nunca a alejarse de la vida, sino a reiterar algunos valores fundamentales de ésta. Y ello lo hizo tanto como docente y emérito de la Universidad de Roma (1997), como a través de la dedicación a la investigación (con los numerosos volúmenes publicados en los «Archivio di storia costituzionale e di teoría della costituzione» por Giuffrè y con otros muchos artículos), la enseñanza y la formación de los discípulos (míticos resultan todavía los seminarios para los estudiantes del curso de Derecho Constitucional Italiano y Comparado, que comenzaban por la mañana a las 8:30 y terminaban a las 19.30 sin interrupción alguna), y con especial atención al doctorado que él fundó en «Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate».

Cuando en abril de 2013 decidió concluir el volumen de los «Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1942-1944)», creemos que sentía ya llegar al final de su vida terrenal; pero también advertimos, seguidamente, como intentaba continuar vivo con el legado de la Fundación que dedicara a su hermano, al compromiso cívico y al estudio.

Resumen

En este trabajo se rememora la figura del constitucionalista italiano Mario Galizia, tanto a nivel académico y científico, como desde su perfil de compromiso cívico tras la guerra y la construcción de la República. Y todo ello desde las diversas Universidades por las que pasara Galizia, a modo de guía de maestros, compañeros, amigos, y discípulos.

Palabras Clave: *Mario Galizia, Derecho constitucional italiano y comparado, escuela florentina.*

ABSTRACT

This paper remembers the memory of the Italian leading figure Mario Galizia, recalling his academic and scientific work, as well as his civic engagement after the war and in the birth

of the Republic. The journey goes through the Universities where Galizia taught, running over his professors, colleagues, friends and disciples.

Key Words: *Mario Galizia, Italian and Comparative Constitutional law, Florence school.*

Recibido: 12 enero de 2015

Aceptado: 15 de febrero de 2015

Textos clásicos

DOS FORMAS DE GOBIERNO*

ADHÉMAR ESMEIN

Desde que en el último tercio del siglo XVIII tuvieron lugar la Revolución Americana y la Francesa, los pueblos libres de occidente se conducen siguiendo el modelo del gobierno representativo. Éste asume diferentes formas claramente delimitadas y se adapta tan bien al Estado republicano como a la monarquía constitucional; se ajusta tanto al gobierno parlamentario como a los sistemas de separación rígida de poderes, como el de los Estados Unidos. Sin embargo, siempre y en todo lugar presenta ciertos rasgos esenciales que podríamos resumir en tres.

1º. El sistema descansa en la idea de que la nación, considerada como soberana, no ejerce por sí misma ninguno de los atributos de la soberanía. La nación delega su ejercicio a cierto número de autoridades superiores, los poderes constituidos, uno de los cuales, al menos (la asamblea deliberante y legisladora) debe ser periódicamente elegida por la nación, esto es, por el cuerpo electoral¹. La naturaleza de esta delegación es absolutamente especial. En efecto, estas autoridades ejercen los diversos atributos de la soberanía en nombre de la nación y en tanto que sus representantes, si bien con toda libertad y siguiendo su propio criterio. Al margen de los límites y de las condiciones establecidas por la Constitución o por la ley, los electores políticos no podrían imponerles instrucciones jurídicamente vinculantes. Esto resulta evidente para el titular del poder ejecutivo así como para los jueces; lo mismo cabe decir, en un sistema representativo, en relación con los parlamentarios que forman parte del poder legislativo². La nación les cede durante un período la capacidad de decidir libremente por ella y en su nombre³.

* Traducido del francés por Enrique Guillén López. «Deux formes de gouvernement», *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1894, 1, 15-41.

¹ Lord BROUGHAM, *The british constitution, its history, structure and working* (Works, ed. Edinburgh, 1873, t. XI, p. 34).

² Lord BROUGHAM, op. cit., p. 39.

³ Lo que no impide, claro está, que los diputados deban de hecho inspirarse en los sentimientos y las expectativas de sus electores. De no ser así, es seguro que no sería reelegidos, de lo que se deduce que una responsabilidad indirecta pende sobre ellos. Pero son jurídicamente libres para tomar sus decisiones. Deben resistirse a las presiones de sus electores si las consideran contrarias al interés público.

2º. Estas autoridades son, en principio, irresponsables y, salvo raras excepciones, inamovibles durante todo el período en el que desempeñen sus funciones. Tan cierto resulta esto para los integrantes del Poder ejecutivo como para los legisladores o los jueces⁴. Una responsabilidad que tenga como consecuencia la revocación no puede contemplarse si no es en casos extremos como los que se refieren a la comisión de ciertos delitos de gran gravedad e, incluso, en este caso, la acusación, así como la determinación efectiva de la responsabilidad, no estaría atribuida a la nación misma, esto es, al cuerpo electoral. La única posibilidad existente consistiría en un control, una acción recíproca de los poderes constituidos que recayera sobre unos y otros⁵.

3º. Esta representación no se concibe como un sucedáneo de la democracia directa, sino como un sistema que le es preferible. El sistema representativo no se asume porque el gobierno directo de los poderes ejecutivos y judicial sea materialmente imposible, ni porque sea casi impracticable en una gran nación el que atañe al poder legislativo. Es porque puede hacer más y mejor que el gobierno directo, tal y como Sièyés demostró en la Asamblea Constituyente. Sólo ese sistema puede asegurar una legislación ilustrada, cuidadosamente preparada y correctamente discutida; como sólo en él puede darse la aplicación inteligente y constante de las leyes. Igualmente, en este modelo, la nación, es decir, el delegante, es considerada tanto jurídicamente como de hecho incapaz para intervenir por sí misma en ninguno de los actos atribuidos a sus delegados, esto es, a los poderes constituidos⁶.

¿No es en realidad esta delegación una alienación y una abdicación de la soberanía nacional? La respuesta en los modelos representativos no admite duda. En éstos todos los poderes se confieren temporalmente y los titulares son designados para su ejercicio o por el cuerpo electoral mismo o por órganos, el primero de los cuales,

BRYCE, *American commonwealth*, I, p. 296: "They shall have courage enough to resist a momentary impulse of their constituents which they think mischievous, i.e. shall be representatives rather than mere delegates".

⁴ En el gobierno representativo, si se admite la teoría de los tres poderes, la inamovilidad de los jueces no es solamente una cuestión de utilidad, en interés exclusivo de los justiciables, sino un verdadero principio constitucional.

⁵ Sólo en un caso, cuando el poder ejecutivo tiene el derecho de disolver la Cámara de los Diputados antes del término de la legislatura y cuando hace uso de tal poder, cabe afirmar que el juicio se traslada a los electores. Se trata de una característica propia del gobierno parlamentario; del correctivo necesario de la omnipotencia que ejerce la Cámara de Diputados sobre la suerte del Gabinete.

⁶ George Cornwall LEWIS, *An essay of the government of dependencies*, London, 1841, p. 49: "The electoral or constituent body cannot itself exercise the powers which it enables its representative or deputy to exercise".

al menos, —y del que proceden los otros por vía de delegación o de subdelegación— ha sido elegido por el cuerpo electoral: la soberanía retorna, así, periódicamente a su origen. En los casos de monarquía constitucional, la secuencia lógica no es tan evidente; pero cuando lo que busca realmente ésta es la preservación de la libertad, contiene en su esencia tales dosis de equilibrio que permite asegurar el triunfo de la voluntad de los representantes elegidos temporalmente por la nación.

En este sistema, el poder de los representantes de la nación no es menos importante si bien se establecen una serie de contrapesos para compensarlo. En especial y en primer lugar, la separación de los poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, independientes los unos de los otros y jurídicamente iguales, actuando cada uno sobre su ámbito respectivo. Se articula así un sistema cautelar dirigido a garantizar por separado a cada uno de los diferentes poderes.

Se han introducido como garantías: contra el poder legislativo, la división del cuerpo legislativo en dos cámaras; contra el poder ejecutivo, la responsabilidad ministerial, penal o política; contra el poder judicial, además de algunas y raras excepciones al principio de inamovilidad, la institución del jurado en el ámbito penal.

II

Este es el sistema representativo clásico en la forma en que lo exponían los publicistas ingleses en la primera mitad de este siglo⁷. Es el producto a la vez de la evolución histórica y de la inteligencia humana. Fue incluso considerado por mentes sutiles como la más ingeniosa y sabia combinación jamás inventada por los hombres para organizar la libertad política. Pero es necesario reconocer que este modelo está transformándose. Un autor americano constataba recientemente desviaciones notables en las constituciones votadas por los nuevos Estados⁸. En Europa, así como en el Nuevo Mundo, se nota decrecer la fe en las virtudes del gobierno representativo. Incluso en los países que lo vieron nacer, las mentes moderadas e instruidas parecen dispuestas a abandonar algunas de sus reglas, que pasaban por esenciales, dispuestas también a añadir elementos nuevos y heterogéneos. Esto se manifiesta sobre todo en cuatro puntos/aspectos:

⁷ En particular, asume esta teoría George Cornwall LEWIS, op. cit. Cfr. también, *Use and abuse of political terms*, editado por R.K. WILSON.

⁸ FRANCIS NEWTON THORPE, *Recent constitution making in the United States* (South Dakota, North Dakota, Montana, Washington), p. 24: “The work of the four conventions is an indirect blow at that system of representative government which has had its course in the older states almost from their origin”.

1º. El espíritu francés, la opinión mayoritaria del país, parece hoy definitivamente asumir las bondades de la división del legislativo en dos cámaras, división a la que le fue hostil durante un largo periodo de tiempo. Las enseñanzas del pasado y del presente, la costumbre, tan dispuesta a establecerse entre nosotros, puede que incluso el creciente escepticismo, nos han conducido a este resultado. Pero, de forma curiosa, un fenómeno inverso se presenta en los países anglosajones. Son, sobre todo, los ingleses, los que, sin duda exhaustos por no lograr nunca una verdadera reforma de la vieja Cámara de los Lores para adaptarla al principio de la soberanía nacional, contemplan la posibilidad pura y simple de su desaparición. No seré yo quien asuma las condenas que recientemente ha recibido, en la prensa o en el estrado parlamentario, durante la «Home rule». Sólo puede explicarlas el ardor de la lucha y la pasión del debate. Pero lo cierto es que hace ya algunos años el profesor Dicey, en una profunda obra, escribió palabras tan significativas como éstas: «Si el gobierno por el Parlamento debe transformarse en un gobierno con una sola Cámara de los Comunes, debemos concluir que esta transformación necesitará el empleo de la prerrogativa regia»⁹. El eminent publicista estima este cambio tan probable que ya contempla el procedimiento y el instrumento para hacerlo posible.

Las colonias inglesas, cuando se dotaron de un gobierno autónomo, pudieron asumir copias menos fieles de la constitución nacional. No obstante la generalidad conservó la institución bicameral. En el Dominio de Canadá, la Constitución federal permitía a cada una de las provincias o Estados determinar en su Constitución propia si optaban por una o dos cámaras. De todas ellas, solo tres se decidieron por una única asamblea¹⁰. Por otra parte, veamos como un distinguido jurista valoró el dualismo, en una destacada obra sobre el gobierno de Victoria (Australia)¹¹. Solo aprecia una verdadera utilidad a las dos Cámaras de Victoria en la medida en que, por su diferente forma de reclutamiento, una, el Consejo legislativo o la Cámara Alta, representa básicamente al capital, y la otra, la Asamblea legislativa, al trabajo¹². «Es del todo necesario», señala, «que estos dos grandes intereses estén debidamente representados en el gobierno del país; por consiguiente, el actual estado de cosas es en cierta medida satisfactorio, de modo que toda propuesta que pretenda abolir cualquiera de las ramas del poder legislativo supone una injusticia evidente ya que

⁹ DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 3^a, ed. P. 391.

¹⁰ J. E. C. MUNRO, *The constitution of the Canada*, Cambridge, 1889, p. 5: «Each province has the right of determining whether its legislature shall consist of one or two houses. In Ontario, Manitoba and British Columbia the legislature consist of one house only».

¹¹ EDWARD JENKS, *The government of Victoria*, (Australia), London, 1891.

¹² *Op. cit.*, p. 379.

tendría por efecto privar a uno o a otro partido de toda voz en la gestión de los asuntos públicos. Pero, si bien la supresión de una de las dos Cámaras supondría una manifiesta injusticia, sería posible que una amalgama de las dos presentara ciertas ventajas. Es apenas discutible que hemos copiado servilmente las instituciones inglesas. Sin duda, sería injusto que las dos Cámaras se fundieran en una y todos los miembros de la Cámara unificada fueran elegidos según el mismo criterio ya que con toda certeza este proyecto favorecería a un partido más que a otro. Pero, como lo demuestra la práctica de las naciones de Europa, no hay razones para que todos los miembros del cuerpo representativo sean elegidos según el mismo criterio. Y es más que probable que los elementos que forman hoy las Cámaras separadas de los Parlamentos de Europa, se constituyeran en sus momentos fundacionales como Cámaras únicas reunidas conjuntamente”¹³.

Todos los Estados que forman los Estados Unidos adoptaron o conservaron la institución de las dos Cámaras; también la encontramos en las constituciones más recientes. Sin embargo, en alguna de las desviaciones que se aprecian en el sistema, Thorpe observa “una de las tendencias de la actualidad del pensamiento político, esto es, la de establecer una sola Cámara legislativa en lugar de dos, idea que ha sido serenamente y cuidadosamente considerada en la Convención de Dakota del Norte”¹⁴.

No merece apenas mención la renuencia de la democracia suiza por la institución de las dos Cámaras. Ningún cantón la ha admitido y la Constitución federal sólo le ha hecho un lugar para asegurar por este medio la independencia y la igualdad de los cantones¹⁵.

¹³ *Op. cit.*, p. 379, 380.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 16: “The Dakotas and Washington also any bill (also money bills) to originate in either house. This partial obliteration of the traditional differences between the two branches of the legislature illustrates one of the tendencies of the present phase of the political thought to institute one legislative house instead of two an idea carefully and earnestly considered in the North Dakota convention”.

¹⁵ RUETTIMANN, *Das Nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz*, Zurich, 1867, 109, “Den Schweizern kam im 1848 das Zweikammer-system ebenso fremdartig vor als es den Amerikanern seit der Gründung der Union bis zur jetzigen Stunde geläufig war und ist. In der Schweiz betrachtet man die Einrichtung als ein aristocratisches Machwerk oder als sein Hirngespinst von Stubengelehrten, und man wäre nie und nimmermehr dazu gekommen, dieselbe einzuführen, wenn sie sich nicht als das einzige Mittel herausgestellt hätte, den Konflikt zwischen den Interessen und Ansprüchen der grössern und der kleinern Kantone auf billige Weise auszugleichen”.

2º. El gobierno representativo se defiende mejor contra otro enemigo, contra un intruso que intenta introducirse en sus filas; hago referencia al mandato imperativo atribuido a los diputados por los electores y que limita el libre ejercicio de sus poderes. Los publicistas ingleses siguen repudiándolo enérgicamente; incluso desaconsejan todo compromiso formal del candidato con los electores¹⁶. Las constituciones suizas prohíben marcar al diputado con instrucciones vinculantes¹⁷, de la misma forma que la ley francesa declara nulo el mandato imperativo¹⁸. No obstante, hay algunos datos que atestiguan una tendencia a la relajación. En los Estados Unidos, el mandato imperativo hubiera contado con un terreno bastante propicio, si otras prácticas no lo hubieran hecho inútil o incómodo. En efecto, las constituciones de un gran número de Estados contenían disposiciones según las cuales “el pueblo tiene el derecho de reunirse pacíficamente y sin perturbar el orden, para tratar sobre temas de derecho público y dar instrucciones a sus representantes”¹⁹. Incluso en la segunda sesión del Congreso Federal se discutió la cuestión de saber si los representantes no debían recibir instrucciones de los colegios electorales, si bien es verdad que fue resuelta de forma negativa. Pero la fuerte organización de los partidos, la práctica de las convenciones de los partidos y de los caucus alejaron el interés por estas ideas²⁰. No obstante, el mandato imperativo se apoyó en dos puntos. Desde el final del siglo XVIII los electores primarios dan, a los electores presidenciales que designan, el mandato de votar por un candidato determinado y, si bien tal designio no tiene un carácter jurídicamente obligatorio, el compromiso siempre se ha mantenido²¹. Por otra parte hemos visto recientemente cómo en el estado de Dakota del Sur la convención elegida para elaborar la constitución ha recibido de los electores instrucciones obligatorias, muy sencillas, por otra parte²².

¹⁶ Sobre el tema, cfr. TODD, *Parliamentary government of England*, nueva edición a cargo de Spencer Walpole, London, 1892, tomo II, pp. 129 y 130 y los autores a los que allí se hace referencia.

¹⁷ RUETTIMANN, *op. cit.*, 132; Constitución federal de 29 de mayo de 1874, art. 91: “Los miembros de los dos consejos no están sujetos a instrucciones de ningún órgano”.

¹⁸ Ley de 30 de noviembre de 1875 sobre la elección de los diputados, art. 13.

¹⁹ RUETTIMANN, *op. cit.*, 152, tomo I, p. 171.

²⁰ BRYCE, *American commonwealth*, I, p. 297.

²¹ BRYCE, *op. cit.*, I, p. 38: “They have no discretion, but are chosen under a pledge of honour merely, but a pledge which has never (since 1796) been violated, to vote for a particular candidate”.

²² THORPE, *Op. cit.*, p. 2: “The delegates chosen to frame a Constitution for South Dakota were... to frame that Constitution in accordance with their instructions indicated by the ballots cast for their election, which were to show, by the words printed upon them, whether or not the people of South Dakota wished to have resubmitted to them the Sioux Falls Constitution of 1885 or a new Constitution framed by the Convention of 1889”.

Finalmente, en Inglaterra este mismo año (1893), en los debates sobre la Home rule, varias veces la oposición invocó el argumento de que los diputados en la Cámara de los Comunes no habían recibido de sus electores el mandato de votar afirmativamente una medida con este contenido²³.

3º. Otras dos novedades parecen ganar para su terreno a la opinión pública, tanto en las democracias más audaces como entre los partidos moderados e incluso conservadores. La primera es el referéndum, esto es, la regla según la cual los proyectos discutidos y aprobados por las asambleas legislativas deben o pueden ser de inmediato sometidos al voto directo de los ciudadanos de manera que no adquieran fuerza de ley hasta que han sido apoyados por la mayoría de los sufragios. Este sistema, como es de sobra sabido, ha conquistado toda Suiza, cantón tras cantón, y desde 1874 figura en la Constitución federal.

En los diversos Estados de la Unión Americana, el referéndum ocupa también un lugar más importante del que generalmente se le atribuye. Efectivamente, si bien para las leyes ordinarias solo se aplica en un número de estados y solamente para ciertas categorías, no muy amplias, de leyes,²⁴ es de aplicación general en lo que se refiere a las reformas constitucionales, o para la aprobación de las nuevas constituciones²⁵. Y es que las Constituciones de los Estados de la Unión son tan detalladas y dejan tan poca libertad de acción a las asambleas legislativas que sus frecuentes reformas representan en la práctica el verdadero movimiento legislativo en los Estados²⁶. Y eso no es todo: sin tener en cuenta los plebiscitos cesaristas, que nosotros conocemos bien en Francia, y que responden a otras razones, el referéndum ha conquistado en Europa partidarios serios entre aquellos que, en principio, deberían serle hostiles. Bastantes espíritus prudentes se han dejado impresionar por el hecho

²³ Véase lo que respondió Lord Ripon a la Cámara de los Lores (*Daily News* de 7 de septiembre de 1893): “In reply to the contention that this Parliament had no mandate to carry this bill, he would point out that the Parliament which repealed the corn laws had no mandate to do so. If it had any mandate, it was to maintain those laws”.

²⁴ ELLIS P. OBERHOLTZER, “Law making by popular vote or the American referendum”, p. 46 y ss. en *Publications of the American Academy of political and social science*, nº 40.

²⁵ Salvo en el Estado de Delaware, OBERHOLTZER, *op. cit.*, p. 44.

²⁶ OBERHOLTZER, *op. cit.*, p. 45: “There is a tendency toward taking our laws in bulk from a convention instead of in small lots each year from a legislature; the code to be changed at intervals when it may need it by the initiation of the legislature and the ratification of the people. Matters which were once left to the legislature are now dealt with in the conventions. Indeed there are now few matters which are subjects for legislation at all that may not, according to the new conception of a constitution, be dealt with by the conventions”.

de que el Pueblo suizo haya ejercido ese derecho con tanta medida y moderación²⁷. Tanto es así que el referéndum figuraba entre las nuevas instituciones que Bernaert presentó durante el mes de marzo de 1891, en nombre del Ministerio belga, católico y conservador, a la Comisión central encargada de la reforma de la constitución. Es verdad que él la contemplaba como una prerrogativa del poder ejecutivo; que solo podría consultarse al cuerpo electoral a propósito de un proyecto de ley o sobre una ley aprobada por las Cámaras. Y es igualmente cierto que esta proposición no tuvo éxito pero no deja de ser un síntoma muy interesante.

4º. Hay otra innovación sobre la cual demócratas y conservadores parecen estar cerca de entenderse. Se trata de garantizar jurídicamente la representación de las minorías en las Cámaras legislativas. La idea ha tenido una rápida y feliz fortuna: ha germinado en los principales países de Europa para propagarse y resultar aceptada por la opinión pública.

Y es más: pese a los defectos de los sistemas previstos para aplicar esta representación de las minorías, que son o arbitrarios, como el voto acumulativo y el voto limitado, o muy complejos, como el sistema denominado del cociente electoral o el de la concurrencia de listas, ha tenido parcialmente acogida en la legislación y en la práctica. Considerando los ejemplos principales, que se refieren a las elecciones políticas, la representación de las minorías fue establecida en Dinamarca, de 1855 a 1866, para las elecciones al «Rigsraad». Figuró en la Constitución reformada de 1866 para las elecciones al «Landsting»²⁸. Portugal la ha adoptado, combinando dos sistemas, en la ley electoral de 21 de mayo de 1884²⁹. Acaba, estos últimos años de ser adoptada por tres cantones suizos: el Tesino, Ginebra y Neuchâtel³⁰. Incluso en Inglaterra se ha practicado en ciertos distritos («the three cornered constituencies»), de 1867 a 1885³¹. Es, por último, una de las medidas de reforma constitucional propuestas por el ministerio belga que si bien no la hizo figurar en el texto constitucional sí que reclamó enérgicamente su introducción en la ley electoral; tanto que parece estar, en este momento, dispuesto poner en juego su propia existencia.

²⁷ E. DE LAVELEYE, *Le gouvernement dans la démocratie*, 1891, t. II, p. 158: «En somme il s'est montré (le referendum en Suisse) économe, hostile à la centralisation, au pouvoir fort et aux grosses dépenses, par conséquent à ce qu'on appelle la politique jacobine ou radicale».

²⁸ Art. 40. (DARESTE, *Les constitutions modernes*, II, p. 11): «L'élection des membres du Landsting se fait d'après les règles de l'élection proportionnelle».

²⁹ Sección I, art. 1, nº 1 y 3, en el *Annuaire de législation étrangère*, 1885, p. 438.

³⁰ Cfr. un interesante artículo de GEORGES LELOIR, en *Bulletin de la Société de législation comparée*, marzo, 1803, p. 232 y ss.

³¹ ANSON, *The law and custom of the constitution*, I, p. 124.

Las instituciones a las que acabo de pasar revista –asamblea legislativa única, mandato imperativo, referéndum, representación de las minorías– pueden ser juzgadas y consideradas cada una separadamente y valoradas según lo que cada una representa. Pero no es este trabajo el que pretendo llevar a cabo en esta sede. Querría, antes bien, mostrar que son contrarias e incompatibles con el genio del modelo de gobierno representativo ya que pertenecen al mecanismo lógico de otro sistema de gobierno, del que son, bien motores, bien contrapesos. Su introducción en el gobierno representativo clásico no puede suponer sino la destrucción del equilibrio pre establecido, provocar problemas de funcionamiento y puede que incluso sembrar las semillas de su destrucción.

III

El gobierno representativo puede, en efecto, entenderse y practicarse de una segunda y muy diferente manera. En este nuevo sentido la representación no se concibe como sucedáneo del gobierno directo, que actúa esporádicamente, como correctivo y como complemento. Los autores ingleses denominan a esta forma gobierno por delegados, simples delegados de la soberanía nacional y no representantes³². En Francia ni siquiera recibe denominación propia, por más que sus tendencias hayan arraigado entre nosotros más a menudo y con más generosidad que en cualquier otro lugar, aunque siempre con la cobertura del gobierno representativo. En las teorías de Jean-Jacques Rousseau encuentra su origen; sus reglas principales han sido normalmente reivindicadas por los demócratas franceses, durante la Revolución o en el curso del siglo XIX. El principio que entraña no ha dejado, como virus o como fermento, de minar calladamente la democracia moderna.

Por otra parte, la historia ha colaborado, al menos tanto como la especulación abstracta, en la construcción de este mecanismo político. Es, en efecto, la evolución histórica particular las que ha hecho que la democracia suiza se le acerque poco a poco, adaptándose a sus tradiciones y convenciones. Voy a intentar analizar la lógica

³² LORD BROUGHAM, *The british constitution*, Capítulo III. CORNWALL LEWIS, *An essay on the government of dependencies*, p. 47. BRYCE, *American commonwealth*, I, p. 296: “There are four essentials to the excellence of a representative government... That (the representatives) shall have courage enough to resist a momentary impulse of their constituents which they think mischievous, i. c. shall be representatives rather than mere delegates”.

Cfr. otra terminología en STUBBS, *Constitutional history of England*, nº 228, t. II, p. 252: “History has thrown no light, as yet, on the way in which the powers of the representatives, whether procuratorial or senatorial, were exercised”.

completa de esta forma de gobierno; a la que denominaré, para simplificar, gobierno semirrepresentativo.

El gobierno semirrepresentativo pretende un solo objetivo: traducir y ejecutar con la mayor exactitud la voluntad real de la nación, expresada a través de la mayoría de los electores. Estos son los medios que emplea:

1º. La nación, esto es, el cuerpo electoral, incapaz de ejercer por sí misma los diversos atributos de la soberanía delega sus poderes a los representantes generales que son los diputados elegidos para integrar el cuerpo legislativo. Su deber esencial es atenerse a los deseos manifestados por la mayoría que los ha elegido y, reunidos, forman la representación directa de la nación, capaz de actuar sobre todo lo que no les haya sido expresamente prohibido. Constituyen la representación nacional por autonomía y no es concebible ningún otro poder revestido de la misma calidad y capaz de actuar con el mismo título: solo ellos pueden realmente hablar en nombre del Pueblo. Esta posición dominante del poder legislativo es una de las ideas tan caras a Rousseau, que llegaba a identificar la soberanía y el poder legislativo³³. Es verdad que este autor sólo concebía la soberanía como el producto de las leyes generales y el voto directo de los ciudadanos³⁴. Pero el correlato es que traslada la preeminencia del delegante al delegado; se la atribuye, en definitiva, a las asambleas legislativas elegidas por el pueblo. En realidad esto encuentra su origen indiscutible en el hecho de que bajo la monarquía constitucional la Cámara de los Diputados, era el único poder procedente de la elección nacional.

Sea como fuere, esta idea se convirtió en habitual durante la Revolución, por más que la Emperatriz la secundara en 1808 en respuesta a una delegación del cuerpo legislativo, lo que le costó una célebre e imperial reprimenda³⁵. Desde entonces, ¡cuántas veces no habremos escuchado llamar “representación nacional” a la Cámara

³³ *Cartas escritas desde la montaña*, Carta VI: “El poder legislativo es la soberanía”.

³⁴ *Contrato social*, L. III, Capítulo 1.

³⁵ Comunicado oficial publicado en el *Moniteur* del 15 de diciembre de 1808: “Plusieurs journaux ont imprimé que S.M. l’Imperatrice, dans sa réponse à la députation du Corps législatif, avait dit qu’elle était bien aise de voir que le premier sentiment de l’Empereur avait été pour le Corps législatif, qui représente la nation. S.M. l’Imperatrice n’a point dit cela; elle connaît trop bien nos constitutions; elle sait trop bien que le premier représentant de la nation, c’est l’Empereur; car tout pouvoir vient de Dieu et de la nation. Dans l’ordre de nos constitutions, après l’Empereur est le Senat; après le Senat est le Conseil d’État; après le Conseil d’État est le Corps législatif; après le Corps législatif viennent chaque tribunal et fonctionnaire public dans l’ordre de ses attributions; car s’il avait dans nos constitutions un corps représentant la nation, ce corps serait souverain; les autres corps ne seraient rien et ses volontés seraient tout. La Convention, même le Corps législatif, ont été représentants. Telles étaient nos constitutions alors. Aussi le Président disputa-t-il le fauteuil au roi, se fondant sur ce principe que

de los Diputados, sin más matiz! Véase como Louis Blanc exponía la doctrina ante la Asamblea Nacional en la sesión de 21 de junio de 1875: “La nación, en una República, es la soberana, la ley es la expresión de su voluntad, son sus mandatarios los legisladores; todo ataque al poder legislativo es un ataque a la soberanía misma de la nación³⁶” En el gobierno representativo, por el contrario, cada uno de los poderes constituidos representa con el mismo título a la nación en la medida de sus potestades: el poder ejecutivo para gobernar; el poder judicial para juzgar; el poder legislativo para legislar. Sin duda, el poder legislativo posee ciertos derechos, como el de establecer los impuestos, que en ciertos casos le puede conceder una posición ventajosa; pero no hay en derecho una superioridad natural e indefinida que haga de él el representante general de la nación. A esto se refería Laboulaye en respuesta a un discurso de Louis Blanc del que ya he citado un pasaje: “Confieso”, señalaba, “que me sorprendió un poco cuando tras tantas experiencias, después de considerar el ejemplo de América, se sostiene este sofisma: que los diputados son los representantes de la nación y que, por lo tanto, ellos son la nación. Sí, los diputados son los representantes de la nación, pero lo son en el ejercicio de una función concreta, la función legislativa. Los jueces que imparten justicia son también los representantes de la nación y ejercen otra función, la de administrar justicia. El poder ejecutivo en los Estados Unidos, que es designado por el pueblo, es también un representante de la nación, no es la nación. Esta confusión entre los representantes de la nación y la nación misma es la fuente de todas las tiranías”³⁷.

Como mostraba Laboulaye, los americanos de los Estados Unidos, siempre han abominado de este principio que yo coloco en la cúspide del régimen semirrepresentativo. Ellos siempre se han situado al margen, puede que por la fuerte estructura de la constitución federal, que separa tan claramente los poderes. Siempre han considerado al poder legislativo estrechamente limitado en sus atribuciones, tendencia que se ha ido acentuando progresivamente³⁸.

le Président de l'Assemblée de la nation était avant les autorités de la nation. Nos malheurs sont venus en partie de cette exagération d'idées».

³⁶ Anales de la Asamblea Nacional, tomo XXXIX, p. 69.

³⁷ Sesión de 21 de junio de 1875. Anales de la Asamblea Nacional, Tomo XXXIX, p. 86.

³⁸ THORPE, *op. cit.*, p. 16: «In England every reform in Government for a thousand years has had for immediate purpose the limitation of the power of the executive; in the United States, since 1776, the opinion has steadily grown that it is safer to limit the powers of the legislature and to increase the power of the executive. Englishmen distrust the crown and grant almost unlimited powers to Parliament; American distrust the legislature, especially their state legislatures, and give great powers to their President and to their governors».

2º. Los representantes del pueblo forman una asamblea legislativa única. Esta consecuencia deriva necesariamente del principio fundacional. Efectivamente, la ley es considerada la simple expresión de la voluntad nacional que ha de ser traducida por los diputados. Esta voluntad, o existe o no, pero no puede al mismo tiempo expresarse sobre la misma cuestión de manera contradictoria.

Si se admite este punto de partida, la conclusión es irresistible. Pero el verdadero gobierno representativo descansa sobre otro principio. En éste no es ya la nación la que dicta a sus delegados la expresión precisa de su voluntad; por el contrario, la nación se considera incapaz de traducirla en ley por sí misma; sabe que la ley, para ser buena, exige una elaboración científica y meditada. La nación, pues, abdica momentáneamente de su poder legislativo, y confiere temporalmente a sus representantes, el poder de legislar en su nombre. Pero como es posible que los representantes incurran en errores o abusos, la Nación no se constituye como un cuerpo único sino como dos cuerpos que deben cumplir de consuno este difícil trabajo. Siendo su voluntad conjunta necesaria para hacer la ley, se controlan el uno al otro; y, cuando, se logra el acuerdo necesario (y tan difícil) es prácticamente seguro que la ley será certera y responderá a los verdaderos intereses del país. De esta forma la división del poder legislativo en dos Cámaras supone no sólo un buen equilibrio político sino un instrumento racional para la labor legislativa.

3º. En el gobierno semirrepresentativo, la asamblea única es necesariamente permanente. Una vez constituida puede convocarse cuando desee; y debe estar siempre virtualmente en acción, lista para reunirse cuando la convoque su Mesa o la Comisión con competencia para ello. Esto deriva de que es la representación por an-tonomásia de la nación y ésta no puede dejar por un solo momento de estar jurídica-mente representada. ¿Cómo se podría admitir que el poder legislativo, considerado como necesariamente dominante, vea supeditada su actuación a la convocatoria de su subordinado, el poder ejecutivo? ¿No es ridículo que el Presidente de la Repúbli-ca, esto es, de aquel Gobierno que depende de la soberanía nacional, pueda decir a la representación nacional: “¡No irás más lejos!, y que, no satisfecho con disolverla, pudiera incluso suspender toda posibilidad de nueva convocatoria?³⁹ Este es el sis-tema que estuvo vigente entre nosotros en las Constituciones de 1791, del año III, de 1848, y, parcialmente, en la del año VIII. Por más que, sin duda, encuentre jus-tificaciones derivadas del principio de división de poderes es una consecuencia que entra dentro de la lógica que trato de desentrañar.

³⁹ MADIER DE MONTJAU a la Asamblea Nacional. Sesión de 21 de junio de 1875. Anales de la Asamblea Nacional, t. XXXIX, p. 74.

El gobierno representativo clásico se apoya, en cambio, en que las asambleas legislativas deben estar reunidas cada año solamente durante unos pocos meses. Incluso, las sesiones ordinarias, las que les aseguran una presencia continuada, deben también estar limitadas; fuera de este período corresponde al poder ejecutivo la facultad de decidir si deben o no ser convocadas en sesión extraordinaria. La permanencia fue claramente criticada por Montesquieu: “Si (el cuerpo legislativo) tuviera derecho a prorrogarse a sí mismo, podría ocurrir que no se prorrogase nunca, lo cual sería peligroso en el caso de que quisiera atentar contra el poder ejecutivo. Por otra parte, hay momentos más convenientes que otros para la asamblea del cuerpo legislativo; así pues, es preciso que el poder ejecutivo regule el momento de la celebración y la duración de dichas asambleas, según las circunstancias que él conoce”⁴⁰. La experiencia ha confirmado estas prudentes observaciones. Incluso en los Estados Unidos, en los que la Constitución deja a las Cámaras federales el derecho de determinar su propia convocatoria⁴¹, los textos y las convenciones hacen que una Cámara de representantes elegida para dos años solo esté reunida trece meses⁴². Por el contrario, en Inglaterra y en Francia, las asambleas, jurídicamente no permanentes, se convierten de hecho prácticamente en permanentes. Esto es sobre todo un resultado del gobierno parlamentario, y no es éste el único aspecto, como tendremos la ocasión de ver, que este último comparte con el gobierno semirrepresentativo, con el cual tiene, sin embargo, la mayor de las diferencias.

4º. El gobierno semirrepresentativo ni siquiera considera entre sus dogmas la separación del poder legislativo y del poder ejecutivo. Presupone, en cambio, una autoridad única: la representación nacional, esto es, la Asamblea legislativa. “Ustedes son la cabeza”, decía a la Asamblea Nacional Madier de Montjau en 1875, “el gran poder, mejor dicho, el poder único, ya que el resto deriva de él. Por el contrario, y está bien que se sepa, el poder ejecutivo, no es sino el mandatario de la Asamblea, su delegado, es... nuestro subordinado”⁴³. Otro miembro de la misma Asamblea señaló que las Constituciones de 1791 y de 1848 “no fracasaron porque se basaran en una asamblea única; fracasaron porque incubaban un germen de muerte; porque junto con la Asamblea única alumbraron un poder ejecutivo independiente de esta Asamblea... Así que cuando en presencia de una asamblea única se alumbra un se-

⁴⁰ *El Espíritu de las Leyes*, Libro XI, Capítulo 6. (Se cita según la traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1985. Nota del t.).

⁴¹ Sólo toma la decisión el Presidente en los casos de divergencias entre las dos Cámaras sobre su conveniencia. También tiene atribuida la competencia de convocar sesiones extraordinarias.

⁴² BRYCE, *op. cit.*, t. I, p. 123.

⁴³ Sesión de 21 de junio de 1875, Anales de la Asamblea Nacional, T. XXXIX, p. 74.

gundo poder que podrá oponer autoridad a la autoridad del primero, es indiscutible que nacerán fatalmente conflictos, y estos conflictos tendrán que ser resueltos o por golpes de estado parlamentarios o por golpes de estado militares⁴⁴.

No obstante, el poder ejecutivo se confiará a una o varias personas simplemente porque se considera a la Asamblea legislativa poco capacitada para ejercerlo por sí misma. Para Rousseau, era un problema de incapacidad jurídica lo que obligaba a la creación de un poder ejecutivo; señalaba, en efecto, que el legislador no podía dictar disposiciones sobre aspectos concretos, siendo éste el cometido del poder ejecutivo⁴⁵. Para el resto de la doctrina, la Asamblea legislativa es de hecho incapaz de ejercer el poder ejecutivo. Sólo podría hacerlo a través de comités y aunque, el «Long Parliament» y la «Convención Nacional» hayan actuado de esta manera, se revela como una forma de gobierno demasiado precaria y rudimentaria.

Volvamos, pues, al reparto entre las dos funciones. Si se erige un poder ejecutivo distinto, éste debe estar necesariamente subordinado al poder legislativo. De aquí se desprenden dos consecuencias.

En primer lugar, el titular del poder ejecutivo deberá ser designado por el poder legislativo. Este método, por otra parte, es perfectamente compatible con el gobierno representativo tal y como lo demuestran la constitución del año III y nuestras leyes constitucionales de 1875. Pero en éste el titular del poder ejecutivo, una vez elegido, resulta completamente independiente del poder legislativo. En el gobierno semirrepresentativo, por el contrario, se desprende de los principios (y es la segunda consecuencia señalada anteriormente) que el titular del poder ejecutivo debe ser dependiente del poder legislativo, esto es, revocable por éste. Ya señalaba Rousseau: “El poder legislativo consiste en dos cosas inseparables: hacer las leyes y mantenerlas, es decir: ejercer el control del poder ejecutivo. No hay en el mundo ningún Estado donde el soberano no posea tal control. Sin ello, faltando todo vínculo, toda subordinación entre ambos poderes, el último no dependería del otro”⁴⁶. En nuestros

⁴⁴ NAQUET, Sesión de 28 de enero de 1875, *Anales de la Asamblea Nacional*, t. XXXIX, p. 333.

⁴⁵ *Contrato social*, Libro III, Capítulo 1: “Parece, pues, que no es posible tener mejor constitución que aquella en que el poder ejecutivo está unido al legislativo. Pero esto mismo es lo que hace a este gobierno insuficiente en ciertos respectos, porque las cosas que deben ser diferenciadas no lo son (...) No es bueno que el que hace las leyes las ejecute, ni que los representantes del pueblo distraigan su atención de las miras generales para prestarla a los objetos particulares”. (Se cita según la traducción de Salustiano Masó, en la edición para el Círculo de Lectores de los *Discursos. El contrato social*, Barcelona, 1995. N. del t.)

⁴⁶ *Cartas desde la Montaña*, Carta VII. (Se cita según la traducción de A. Hermosa Andújar, *Cartas desde la Montaña*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1989. Nota del t.)

días la teoría fue elevada a las Asambleas constituyentes. En 1848, Grevy proponía aplicarla⁴⁷ y Louis Blanc señalaba en 1875: “He oído reprochar a los legisladores de 1848 que fueron excesivamente lógicos. No lo fueron bastante. No satisfechos con rechazar la enmienda Grevy, que nos hubiera salvado del 2 de diciembre, del Imperio, de la invasión, no satisfechos con haber creado un Presidente de la República y de haber trasladado imprudentemente a otros la potestad de nombrarlo, de tal manera que él pudiera invocar el sufragio universal contra la Asamblea tal y como la Asamblea podía esgrimirlo frente a él, se le asignó un largo periodo de 4 años de mandato; en otras palabras, alumbraron junto al poder parlamentario mucho más que un rival⁴⁸“. En la misma época, una proposición semejante a la de Grévy fue presentada y defendida por Naquet⁴⁹. La lógica es impecable. Si el sistema no tiene otro objetivo que imponer en el gobierno la voluntad del cuerpo electoral, no procede de los órganos de transmisión ninguna resistencia ni renuencia.

La democracia suiza no ha llevado hasta ahora esta lógica hasta sus últimas consecuencias en sus gobiernos colectivos y directoriales. Los miembros que integran el poder ejecutivo son elegidos generalmente por las asambleas legislativas pero son irrevocables. No obstante, ciertos caracteres concurren que hacen asomar la idea principal. Así, en el cantón de Berna el Consejo Ejecutivo debe ser renovado en cuantas ocasiones sea renovado el gran Consejo que lo elige.

El gobierno semirrepresentativo no concede gran importancia a la responsabilidad ministerial⁵⁰. Esta es concebida con laxitud, ya que el titular del poder ejecutivo es completamente responsable y revocable por la asamblea legislativa⁵¹. Su responsabilidad absorbe necesariamente y hace desaparecer la de los ministros como demostró nuestra experiencia parlamentaria de 1871 a 1873. Sabemos, por el contrario, que la responsabilidad de los ministros es, al menos en Europa, una

⁴⁷ Presentó una serie de artículos cuyas disposiciones principales tenían el siguiente tenor: “La Asamblea Nacional delega el poder ejecutivo a un ciudadano que asume el título de Presidente del Consejo de Ministros. El Presidente del Consejo de Ministros es designado por la Asamblea Nacional, mediante voto secreto, requiriéndose la mayoría absoluta de los sufragios. El Presidente del Consejo de Ministros es elegido por un período temporal ilimitado. Siempre será revocable”.

⁴⁸ Sesión de 21 de junio de 1875, Anales de la Asamblea Nacional, tomo XXXIX, p. 76.

⁴⁹ Artículo 2: “A partir del 20 de noviembre de 1880, el poder ejecutivo se confía a un Presidente del Gobierno sin cartera, responsable ante la Cámara, elegido y revocable por ella, y que asume la dignidad de Presidente de la República”. Anales de la Asamblea Nacional, tomo XXXVI, p. 333.

⁵⁰ En Suiza, ni siquiera se plantea la cuestión toda vez que los ministros han sido suprimidos. Cada uno de los miembros del Directorio está a su vez encargado de un departamento ministerial.

⁵¹ El Proyecto Naquet anteriormente citado tenía como artículo 2: “Los ministros solo son responsables de sus actos ante el Presidente; nunca pueden formar parte de la Cámara”.

pieza clave del gobierno representativo, que sirve para atemperar la independencia del poder ejecutivo, sin llegar a suprimirla. Alcanza su máxima intensidad en el gobierno parlamentario y algunas veces se ha erróneamente mantenido que lograba verdaderamente hacer desaparecer la independencia del poder ejecutivo, relegándolo al papel de mero subordinado de la asamblea legislativa, tal y como ocurre con el gobierno semirrepresentativo. No es esto lo que ocurre, ya que si el titular del poder ejecutivo gobierna necesariamente por medio de un ministerio responsable, cuya existencia depende enteramente de la Cámara de Diputados, no deja por ello de ser personalmente irresponsable y jurídicamente libre de elegir a sus ministros. De cualquier modo tienden a afirmarse dos concepciones que destruirían este equilibrio; las dos proceden del espíritu que anima las reglas del gobierno semirrepresentativo. Son, pues, dos errores desde el punto de vista del gobierno representativo clásico.

En primer lugar, la regla según la cual el ministerio debe recaer en el partido que posee una mayoría en la Cámara suele ser exagerada y mal interpretada. Es tan sólo el único mecanismo práctico de asegurar al gabinete esta mayoría, sin la cual no puede vivir. Pero aceptamos buenamente una verdadera elección del Gabinete por la Cámara de los Diputados aunque no sea jurídicamente exigible. En la Asamblea Nacional que redactaba la constitución belga, en la sesión de 20 de noviembre de 1830, se pudo escuchar lo siguiente: “La Cámara electiva, que abre y cierra a su antojo el bolsillo de los contribuyentes, tiene en su mano el destino del Gabinete; impone a la Corona sus condiciones; es ella quien, por tanto, designa realmente, si bien de forma indirecta, todos los ministros⁵²”. Louis Blanc mantenía en el mismo sentido en 1875: “Hoy en día, si Inglaterra disfruta políticamente de una vida tranquila es sobre todo porque ha prevalecido la idea del predominio necesario del poder legislativo sobre el ejecutivo; es porque todo el poder ejecutivo está concentrado en las manos de un Primer ministro que es nombrado formalmente por la Reina, pero que en realidad es elegido por la Cámara de los Comunes, pudiendo ésta, por tanto, cesarlo cuando la defrauda; sólo, en definitiva, porque el poder ejecutivo depende de manera absoluta del poder legislativo ha podido escribir con agudeza, Bagehot, un publicista señorío: “En Inglaterra, el Gabinete es una mera comisión parlamentaria”⁵³. En fin, recientemente, Goblet compartía la misma idea de la que derivaba consecuencias jurídicas. Mantenía que tras la renovación integral de la Cámara de Diputados, el Gabinete, formado con anterioridad y que se mantiene en funciones, debía hacer confirmar sus

⁵² *Exposé des motifs de la constitution belge par un docteur en droit*, Bruselas, 1861, p. 123.

⁵³ Anales de la Asamblea Nacional, sesión de 21 de junio de 1875, t. XXXIX, p. 71.

poderes por la nueva Cámara⁵⁴; es más, incluso llegaba a dudar de que antes de la reunión de ésta el Gabinete pudiera ser disuelto y reconfigurado⁵⁵.

Pero esto es una exageración. El Parlamento alumbría a los ministros en un determinado sentido, pero no por elección; solamente por la selección natural que concurre cuando los partidos se constituyen y se determina quienes los van a liderar. El derecho formal de nombrarlos siempre está en manos del titular del poder ejecutivo y si el trabajo de selección no se consuma plenamente, cuando no se desprende una mayoría suficiente o dicha mayoría carece de jefes, procede y debe hacerse realidad la capacidad de elección de los ministros.

El segundo abuso podría revestir aún más gravedad. Bajo una república parlamentaria como la nuestra, la mayoría podría encontrar un medio seguro, si bien oblicuo, para hacer cesar al Presidente: podría rechazar otorgarle la confianza a cuantos ministros propusiera. Ante la imposibilidad de gobernar se vería obligado a dimitir. Así terminaron los poderes del Presidente Grévy. Pero en circunstancias ordinarias, el derecho de disolución y el apoyo del Senado dejan al Presidente la posibilidad de desbaratar la maniobra.

El gobierno semirrepresentativo, que tiende a confundir o al menos no distingue suficientemente el poder legislativo y el poder ejecutivo, reconoce, por el contrario, la separación y la necesaria independencia del poder judicial. Lo separa claramente del poder ejecutivo⁵⁶ y hace de él una autoridad tan fuerte como la misma asamblea legislativa, sobre todo a través de dos instituciones: el nombramiento de los jueces y la institución del jurado. En modo alguno teme oponer autoridad a autoridad. Esto procede de una asunción concluyente: la capital importancia que tiene la actuación

⁵⁴ Sesión de la Cámara de los Diputados de 25 de noviembre de 1893 (Diario Oficial. Debates parlamentarios, p. 116): “Este ministerio no es el nuestro; procede de la Cámara precedente; es ésta la que le atribuyó los poderes y no puede continuar gobernando salvo que sean confirmados por la Cámara actual”.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 117: “Desde hace varias semanas, incluso podría decir desde hace varios meses antes de la constitución de las Cámaras, los moderados han emprendido esta campaña intensa para conseguir, incluso antes de la apertura del Parlamento –no considero ahora si es más o menos constitucional– la dimisión del Gabinete y su reconstitución en condiciones de homogeneidad perfectas”.

⁵⁶ Aquí Rousseau coincide con Montesquieu. *Cartas desde la Montaña*, Carta VII: “estaréis de acuerdo en que el Pequeño Consejo se habría encontrado con un amasijo de poderes de lo más extraño para un Estado libre y democrático (...) En primer lugar, la unión de dos cosas en todos los demás lugares consideradas incompatibles, a saber: la administración de los asuntos públicos y el ejercicio supremo de la justicia sobre los bienes, la vida y el honor de los ciudadanos”. (Se cita según la traducción de A. Hermosa Andújar, op. cit.).

jurisdiccional sobre la sociedad⁵⁷. Y no es soslayable ver, desde este punto de vista, cómo los mismos principios son aceptados por los dos sistemas de gobierno. De aquí se ha deducido, una consecuencia, sin duda, falsa, esto es: el nombramiento de los jueces por el cuerpo electoral. Esto no es en absoluto una consecuencia necesaria del principio que hace de la autoridad judicial un poder distinto; basta para respetarla que sea independiente de cualquier otro poder y hay métodos mucho mejores que la elección para asegurar esta independencia. Pero en el fondo estamos hablando de diferencias secundarias, por importantes que sean en la práctica.

IV

El gobierno semirrepresentativo, si admitimos los principios que hemos venido exponiendo, conduciría simplemente al resultado siguiente: con el pretexto de asegurar a la perfección la realización de la voluntad del pueblo abocaría al despotismo prácticamente ilimitado de una asamblea única. Pero hay también contrapesos naturales capaces de equilibrar este gran poder. Considero tres, además de la independencia del poder judicial, que acabo de tratar. Ya estamos familiarizados con ellos: son las novedades de las cuales he hablado para mostrar la invasión amenazadora sobre el gobierno representativo. En el seno del gobierno semirrepresentativo constituirían serias causas de debilitamiento, puesto que el propio régimen ya tiene sus propios contrapesos. En el representativo, por el contrario, son, al tiempo que consecuencias lógicas, frenos útiles e, incluso, necesarios.

1º. Se trata, en primer lugar, de la representación jurídica y proporcional de las minorías para la elección de la asamblea legislativa. Esta asamblea, no estando compuesta sino por simples delegados encargados de repetir fielmente la voluntad y la palabra del cuerpo electoral debe ser, en miniatura, el reflejo y la reproducción exacta de éste. Pero el cuerpo electoral incluye a las minorías, además de a las mayorías. Las minorías deben, pues, tener siempre sus delegados en la asamblea nacional en proporción a su importancia numérica⁵⁸. Por esta razón, la asamblea ya no será tan compacta. En lo que atañe a todos los actos que puede libremente adoptar, porque no han sido previstos por el cuerpo electoral, deberá tener en cuenta las reticencias

⁵⁷ *Ibidem*, Carta IX: “El primero y el más alto de los intereses generales es siempre la justicia”.

⁵⁸ Véase en el artículo anteriormente citado de LELOIR, p. 247, este pasaje de una carta de BERTHOUD, de Neufchâtel, dirigida a un periódico de Ginebra: “Nadie se atrevería en Suiza a mantener que una asamblea legislativa no sea la imagen más exacta posible del cuerpo electoral que representa”.

expresadas por los elegidos por las minorías, y la mayoría ya no estará tan segura. Toda una debilidad saludable en un cuerpo prácticamente omnipoente.

El gobierno representativo es de un tenor completamente distinto. En éste el cuerpo legislativo no tiene en absoluto por misión asumir las instrucciones de los electores y ejercer como su portavoz. Ejerce con toda libertad, en nombre de la nación y por delegación, esta parte del gobierno que se denomina poder legislativo. Así el gobierno, tanto en su conjunto como en todas sus ramas, pertenece necesariamente a la mayoría del cuerpo electoral. Allí, donde reina la soberanía nacional, es el principio indefectible, ya que es la única solución pacífica y aceptada por todos. Si una nación se gobernara directamente y por sí misma sería sólo la mayoría la que haría las leyes; sería también ella sola la que haría efectiva la delegación del poder legislativo en el gobierno a través de representantes. Encontraríamos extraño, sin ninguna duda, que la minoría solicitara estar proporcionalmente representada en el poder ejecutivo y en el poder judicial; así, por ejemplo, si en un gobierno colectivo, quisiera tener derecho a ciertos puestos directivos en la administración, o que algunos jueces⁵⁹ fueran elegidos entre sus partidarios. No tiene derecho a una representación proporcional en el poder legislativo, ya que en el gobierno representativo los legisladores son verdaderas autoridades, titulares de potestades públicas.

En definitiva, la representación de las minorías introducida en el gobierno representativo sería un debilitamiento inútil y un problema seguro para la actuación de las asambleas, que ya cuentan con el bicameralismo como garantía suficiente. Haría a menudo prácticamente imposible la formación de mayorías compactas en el seno de las asambleas, como podemos apreciar en Inglaterra. Puede que fueran, en fin, un germen de destrucción para el gobierno parlamentario, que sólo descansa sobre estas mayorías.

En rigor, una minoría en tanto no deje de serlo, sólo tiene derecho a dos cosas: el respeto a los derechos individuales de sus miembros y la capacidad de

⁵⁹ No obstante, parece que también allí donde los jueces son elegidos por el pueblo, tiende a introducirse la representación de las minorías. LUIGI PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, Firenze, 1878, II, p. 214, al hablar del voto limitado, uno de los medios de hacer operativa esta representación, constata que ha sido adoptado en los Estados de Nueva York e Illinois para la elección de jueces de la Corte de apelaciones así como en el cantón de Vaud para la elección de los jueces, o mejor, de los candidatos entre los cuales son elegidos los magistrados y los jurados. Cfr. LELOIR, *loc. cit.*, p. 253, nota 1. Pero la constitución de una magistratura tan heterogénea me parece una aberración, provocada, sin duda, por los excesos de la lógica partidista y sobre todo por la incapacidad profesional y la parcialidad de los magistrados en ejercicio. Pura confusión. Las Cámaras que se constituyeron en los parlamentos por el Edicto de Nantes para juzgar aquellas causas en las que la parte principal era un protestante, eran, al menos, un sistema razonable.

actuar sobre la opinión pública a través de la exposición de sus argumentos y la persuasión, de tal manera que pueda convertirse en su caso en mayoría si la opinión pública la apoya. La libertad de prensa, la libertad de reunión y de asociación (derechos individuales) les sirven sobradamente para este propósito; pero es ciertamente aconsejable que pueda hacerse oír en el mismo parlamento y exponer sus protestas y reclamaciones. Es para esto por lo que se concede el derecho de petición. Además, por la imperfección inevitable de nuestros procesos electorales, a causa del fraccionamiento electoral en circunscripciones distintas y territorialmente reducidas, cualquier partido que no sea completamente marginal, por más que sea una minoría en el conjunto del país, tendrá indefectiblemente la mayoría en algunas circunscripciones. Esta representación, alcanzada un tanto azarosamente, preservará perfectamente a la minoría; en tanto que siéndolo tiene derecho a la discusión, pero no al gobierno. Para que la discusión tenga lugar solo hacen falta algunos miembros bien escogidos en el Parlamento. ¿Es posible concluir que cuando, durante el Segundo Imperio, el Partido republicano solo contaba con cinco representantes en el Poder legislativo (los Cinco) fue más débil su protesta o menos eficaz su oposición?

2º. El mandato imperativo parece ser la consecuencia necesaria del principio fundamental. Si los diputados son simplemente los encargados de expresar la voluntad de los electores, éstos pueden darles instrucciones precisas y dirigírles prohibiciones expresas. Y eso no es todo. Un simple delegado es naturalmente revocable por el que lo ha elegido. Es esto lo que señala el derecho privado cuando elabora la teoría del mandato y esto lo que debe asumir también el derecho público con el sistema de la simple delegación: los electores podrán, pues, revocar a su antojo a sus diputados mandatarios. No obstante, esto no está exento de dificultades.

Subrayo, en primer lugar, que en ningún lugar, que yo conozca, se ha propuesto la sanción más directa del mandato imperativo; esto es, la nulidad de los votos contrarios emitidos por el diputado. En segundo lugar, la revocación de diputado solo podría realizarse por una operación inversa, pero simétrica, a la de la elección: esto es, por un voto al que estarían llamados la totalidad de los electores de la circunscripción, y siguiendo la ley de la mayoría, y en modo alguno a través de un órgano o de un comité electoral. Para admitir, en fin, el mandato imperativo y revocable, así concebido, sería necesario prescindir de un principio que se introdujo en primer lugar en Inglaterra, que fue después proclamado por la Revolución francesa y repetido hasta la saciedad por las constituciones modernas: “Los representantes designados por los departamentos no son representantes de un departamento particular, sino

de toda la nación y no podrán recibir ninguna instrucción”⁶⁰. “Los electores de un distrito solo pueden revocar u obligar al que les representa en exclusiva, no al que también representa al resto de los electores. Para que el mandato representativo fuera correcto, habría que recuperar la idea de la representación expresa y particularista, que imperaba en el pasado en las elecciones a la Cámara de los Comunes y en las de nuestros Estado Generales: los diputados representaban, de una parte, a los condados, las ciudades y los burgos; de otro lado, a las bailías. De esta manera no ejercían más poderes que aquellos que les hubieran sido conferidos por los electores. En el gobierno semirrepresentativo, es del todo natural que se retome esta concepción; y este parece ser el punto de vista de los americanos⁶¹. Por otra parte, con la representación proporcional de las minorías, los diputados en las asambleas representativas no pueden tener sino un carácter representativo necesariamente atenuado.

En Suiza podemos resaltar un intento de conciliar estas dos ideas. La Constitución del Cantón de Berna, en su artículo 24, señalaba que “los miembros del Gran Consejo (Asamblea Legislativa) son los representantes de la totalidad del Pueblo y no de los círculos electorales en los que han sido elegidos. En ningún caso pueden recibir instrucciones”. Pero también cuenta con un artículo 22 del siguiente tenor: “Una renovación íntegra extraordinaria del Consejo debe tener lugar cuando lo solicite la mayoría de los ciudadanos que hubieran emitido su voto en las asambleas políticas (colegios electorales). Deberá procederse a una votación con este objeto cuando 8000 ciudadanos activos los hubieran solicitado en la forma prevista por la ley⁶²”. Es el cuerpo electoral en su conjunto el que puede revocar, por mayoría y de

⁶⁰ Constitución de 1791, Título II, Capítulo I, Sección III, art. 7. Este artículo encuentra su explicación suponiendo una primera delegación en la que la nación entera concedía a las diversas secciones electorales el derecho a elegir en su nombre un cierto número de diputados. Barnave, dirigiéndose a la Asamblea constituyente, sesión de 6 de junio de 1790: “La nación sólo comunicará a las secciones el poder de elegir a los jueces que le corresponde; no hará lo que ha hecho atribuyendo a las secciones el derecho de designar a los diputados de todo el reino ¿Han hecho ustedes algo más además de encargar al departamento de esta comisión el ejercicio de la soberanía?

⁶¹ FREEMAN SNOW, “Gabinet government in the United States”, en *Publications of the American Academy of political and social Science*, nº 60, p. 5: “Is there not fallacy in the statement that the people of the United States, as a whole, are not represented at all in either House of Congress? It is true that each member represents a locality; but a body Congress represents every state and district in the land and not only the majority of the people are represented but, taking the country, as a whole, the minority also. President represents merely the majority, and often, indeed, not that”.

⁶² Un disposición semejante la podemos encontrar en la Constitución del Cantón de Lucerna, reformada el 26 de noviembre de 1890; artículo 8 de la ley de reforma. Cfr. *Annuaire de législation étrangère*, 1892, p. 743.

una vez, a todos los diputados. ¿Cuántos problemas presentaría un procedimiento semejante en un gran Estado?

3º. El mandato imperativo, la revocación de los poderes, son medios difíciles de organizar y garantizan bastante mal el resultado pretendido, esto es, que la ley votada se corresponda con la voluntad de la nación. El referéndum, por el contrario, parece un procedimiento simple y seguro. Sometiendo al voto de los ciudadanos los proyectos aprobados por la asamblea legislativa, se asume que solo se convertirán en leyes aquellos que alcancen la mayoría de los sufragios. El referéndum parece, pues, una pieza esencial del sistema y su mejor contrapeso. También Rousseau lo consideró siempre como obligatorio⁶³, y figuraba con una forma atenuada, como simplemente facultativo, tanto en el proyecto de Constitución presentado a la Convención por los Girondinos y que no fue votado⁶⁴, como en la Constitución jacobina de 1793, que no fue aplicada⁶⁵. Por otra parte, se trata de una idea sencilla, lo que explica su difusión en las democracias suiza y americana. Parece incluso que no hay inconveniente alguno en superponerlo al gobierno representativo, como última cautela. Pero esto sería una ilusión. El referéndum no solamente preserva contra una legislación arbitraria o perversa; también es un obstáculo a menudo invencible contra una buena legislación. Las mejores leyes, las más útiles para el progreso nacional pueden escapar a los prejuicios populares e irreflexivos, gracias, algunas veces, a una disposición de importancia secundaria, escondida en algún artículo. Es un dato constatado por los historiadores más atentos que si la Constitución de los Estados Unidos de América hubiera sido sometida al voto directo de los ciudadanos hubiera sido rechazada por la mayoría⁶⁶. Y es esta Constitución la que ha procurado a la Unión más de un siglo de prosperidad y poder.

El referéndum tiene otro defecto: disminuye de hecho el poder deliberante de las asambleas, su aptitud para discutir eficazmente. Si su responsabilidad decrece por

⁶³ *El contrato social*, Libro III, Capítulo 15: “Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes; son tan solo sus delegados; no pueden concluir nada definitivamente. Toda ley que no haya ratificado el pueblo en persona es nula, no es una ley”. Op. cit. (Trad. De Salustiano Masó)

⁶⁴ Cfr. este proyecto en BUCHEZ y ROUX, *Histoire parlementaire de la Révolution française*, t. XXIV, p. 136: « Título VII, de la censura del pueblo sobre los actos de la representación nacional y del derecho de petición ». Propiamente es más el voto popular que el referéndum en sentido estricto los que aquí se regula.

⁶⁵ Art. 58-60; 53-55.

⁶⁶ BRYCE, *Op. cit.*, I., p. 23: “Had the decision been left to what is now called “the voice of the people”, the voice of the people would probably have pronounced against the Constitution”.

la posibilidad del referéndum y su obra puede frustrarse, tanto la preparación como la aprobación de las leyes se tomarían inevitablemente más a la ligera⁶⁷.

El referéndum tiene como contrapartida natural el derecho a la iniciativa popular, igualmente desarrollado en Suiza. Este es un instrumento del que debe desconfiar más aun el gobierno representativo. Es un instrumento generador de inquietudes y desorganización legislativa. Si ya es difícil lograr una legislación coherente y ponderada con la iniciativa parlamentaria, ¿qué podemos esperar de la iniciativa popular? En el fondo, por otra parte, ésta no es más que el desarrollo del derecho de petición aplicado al procedimiento legislativo con la salvedad en este caso de que la petición se convierte en imperativa y omnipotente: es jurídicamente impuesta. ¿No sería suficiente que se planteara como un mero requerimiento que siguiera la suerte que le deparara su propia oportunidad?

He intentado enfocar las dos formas antinómicas del gobierno representativo, según sus características actuales. La segunda, que en su forma más acabada no ha tenido lugar hasta ahora, tendría como resultado, a mi juicio, pocas leyes y poca acción gubernamental. Esta es una hipótesis tan inverosímil en la actualidad que es prácticamente inútil contemplarla. Lo que me parece un peligro próximo y serio es la tentación de pedirle prestada alguna de sus reglas, en cuanto que sería un cómodo expediente para resolver algunas dificultades. La mezcla de géneros es mucho más grave en la política que en la literatura y no cabe desconocer que la lógica de los organismos es, si cabe, la que menos quiebras acepta.

Resumen

Artículo que analiza el gobierno representativo y defiende sus principios esenciales. En especial, la cesión de competencias en sus órganos para el ejercicio de la soberanía y el rechazo del mandato imperativo y de la democracia directa. El autor rechaza, así, evoluciones del mismo que pasan por asumir como reformas necesarias el rechazo del bicameralismo, un mandato imperativo, la introducción del referéndum o la representación de las minorías. En su opinión, asumir semejantes innovaciones destruye el equilibrio presente en el sistema representativo y puede ser el germen de su destrucción.

Palabras Clave: Teoría política, gobierno, representación, mandato imperativo, referéndum.

⁶⁷ OBERHOLTZER, *op. cit.*, p. 46: “Whether this has a tendency to degrade the legislatures or not I shall not discuss. Certain classes of amendments, it may be observed, it has become the custom for legislatures to submit to the people without the deliberation which would be given to statute law upon the same subjects. This is notably the case with amendments to prohibit the manufacture and sale of intoxicants and those relating to woman suffrage”.

Abstract

This article analyzes the representative government and defends its essential principles. In particular, the exercise of sovereignty through the institutions and the rejection of compulsory mandate and direct democracy. The author, in the practice of representative government, is also opposed to the unique Chamber, the compulsory mandate, the referendum or the representation of minorities in the practice of representative government. In his opinion, such innovations destroy the balance in the representative system and may be the seeds of its destruction.

Key Words: Political theory, government, representation, compulsory mandate, referendum.

Jurisprudencia

EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO ANTE LA AUSTERIDAD Y LOS RECORTES SOCIALES: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS Y SU INTERÉS PARA EL CASO ESPAÑOL

JULI PONCE SOLÉ*

SUMARIO

1. Introducción.
2. Las decisiones del Tribunal Constitucional portugués.
3. El interés del caso portugués para España: las líneas rojas constitucionales para los recortes.
- 4.- Reflexiones finales: control judicial y mejora del derecho en protección de los derechos.

1. INTRODUCCION

El objeto de este breve artículo es exponer los argumentos jurídicos esenciales que han llevado al Tribunal Constitucional portugués a declarar la inconstitucionalidad de diversas medidas que suponían reversión de derechos de ciudadanos portugueses, mediante la adopción de recortes de gasto público, y reflexionar, a partir de los mismos, sobre la realidad española.

1.1. Las medidas de austeridad en Europa

Aunque el Tribunal Constitucional portugués no ha sido el único que se ha pronunciado sobre medidas legales adoptadas por las autoridades nacionales para hacer frente a la crisis económica¹, sí ha llamado la atención su actividad, especialmente

* Acreditado como Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona. Email: jponce@ub.edu

Página web: www.urcosos.net

Quiero agradecer la información y orientación ofrecida por los profesores portugueses Bernardo de Ayala y Claudio Ramos Monteiro y por el abogado portugués Gonçalo Andrade de Sousa. Naturalmente, cualquier error o imprecisión es responsabilidad exclusiva mía.

¹ F. FABBRINI, “The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 32, issue 1, 2014, pp. 64 y ss.

por su control de ajustes económicos concretos que ha llevado, en diversas ocasiones, a la declaración de inconstitucionalidad, como más adelante veremos.

1.2. El caso portugués

Las decisiones que se tendrán en consideración aquí abarcan desde el año 2011 al año 2014. Este estudio no pretende un análisis específico de todas y cada una de ellas, sino, más globalmente, la identificación de los argumentos fundamentales que, en diversas ocasiones, han llevado al Tribunal Constitucional portugués a declarar la inconstitucionalidad de las medidas de ajuste adoptadas, para contrastarlos luego con el ordenamiento jurídico español y la tarea futura de nuestro propio Constitucional.

En cuanto al contexto en que se adoptan estas decisiones, como es sabido, en abril de 2011 Portugal pidió asistencia financiera a la Unión Europea, los estados miembros de la zona euro y al Fondo Monetario Internacional (FMI). Un Programa de Ajuste Económico fue negociado en mayo del mismo año por las autoridades portuguesas y responsables de la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el FMI, incluyendo un paquete de ayuda de 78 billones de euros. El acuerdo fue formalmente adoptado mediante la firma de un Memorandum («Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality» o MoU). Éste estableció las políticas públicas, incluyendo las referidas a impuestos y seguridad social, que Portugal debería implementar durante su duración (2011-2014) para mejorar su situación financiera y recibir ayuda de la Unión Europea².

1.3. Los recortes portugueses en instancias judiciales europeas

Antes de abordar las decisiones del Tribunal Constitucional portugués, es preciso señalar que algunas de las medidas de ajuste económico adoptadas en Portugal ya han sido objeto de análisis tanto en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1.3.a) *Ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

El *Tribunal de Trabalho de Porto* y el *Tribunal de Trabalho de Lisboa* han presentado diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE en referencia a las leyes de presupuestos de 2011 y 2012 respecto a reducciones salariales aplicables a los trabajadores

² El MoU es consultable en inglés en: http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2011-05-18-mou-portugal_en.pdf

del sector público. El TJUE se ha declarado en todas ellas manifiestamente incompetente, al entender que la ley de presupuestos portuguesa no supone la aplicación del Derecho de la Unión Europea³.

El TJUE señala que, según reiterada jurisprudencia, las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales vinculan a los Estados miembros cuando son llamados a aplicar la legislación de la UE. En virtud del artículo 51, n. 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sus disposiciones están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. De conformidad con Artículo 6, n. 1, del Tratado UE, que asigna valor vinculante a la Carta, ésta no crea ninguna nueva competencia a la Unión y no modifica las competencias de ésta. Por ello, y a pesar de las dudas expresadas por el órgano jurisdiccional remitente en cuanto a si las Leyes de Presupuestos Generales del Estado son conformes con los principios y objetivos consagrados en los Tratados, las resoluciones de remisión no contienen ninguna prueba concreta para considerar que las leyes tienen la intención de aplicar la legislación comunitaria⁴.

1.3.b) *Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Por su parte, el TEDH adoptó el 8 de octubre de 2013 una decisión en relación a los asuntos acumulados Da Conceição Mateus contra Portugal y Santos Januário contra Portugal⁵. Los demandantes eran dos pensionistas portugueses que habían visto reducido el importe de sus pensiones, sólo respecto a las pagas de vacaciones navideñas, quedando intocada su paga mensual, con previsión de duración entre 2012 y 2014 y suponiendo aproximadamente una reducción total del 10% de ingresos anuales.

El TEDH realiza un análisis a la luz del art. 1 del Convenio (derecho de propiedad) que es el argumento empleado por los recurrentes. El tribunal acepta que una reducción de pensiones puede llegar a suponer una interferencia en el derecho de propiedad y analiza si la misma cuenta con una base legal (lo que responde afirmativamente, pues lo era la ley de presupuestos de 2012) y si persigue una finalidad legítima de interés público. A este respecto, la respuesta vuelve a ser afirmativa, al

³ Casos C-128/12, C-264/12, C-566/13, C-665/13.

⁴ Por todos, véase la argumentación dada en el caso C-128/12, Sindicato dos Bancários do Norte y otros, disponible en portugués y francés aquí: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62012CO0128>

⁵ Se puede consultar el texto de la decisión en inglés en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106#{"itemid":\["001-128106"\]}>](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106#{)

ser la reducción de las pensiones parte de un programa más amplio diseñado por las autoridades portuguesas juntamente con la Unión Europea y el Fondo Monetario internacional para permitir a Portugal la necesaria liquidez a corto plazo para lograr en el medio la recuperación económica. Ahora bien, el TEDH señala que no basta con perseguir una finalidad de interés general sino que es precisa una ponderación equilibrada (*«fair balance»*) entre las exigencias del interés general y los requerimientos de protección de los derechos fundamentales, evitando interferencias que supongan cargas desproporcionadas y excesivas para las personas afectadas.

Bajo este prisma, el TEDH considera no desproporcionada la reducción de pensiones, al estar limitada en el tiempo y en su cantidad, aunque no se hicieran equivalentes recortes en el sector privado, negándose a realizar un control sobre la existencia de posibles alternativas mejores para reducir el déficit público⁶.

2. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS

2.1. Las decisiones

El Tribunal Constitucional portugués ha adoptado entre 2011 y 2014 diversas decisiones (*«Acórdaos»*) referidas a medidas de ajuste que han declarado, en ocasiones, su inconstitucionalidad. En concreto, el análisis que sigue se basa en las siguientes, de las que ofrecemos ahora un breve resumen:

1. La núm. 396/2011, de 21 de septiembre de 2011: en ésta el TC declaró ajustada a la Constitución la ley de presupuestos de 2011 (Ley do Orçamento do Estado para 2011) que establecía recortes salariales en el sector público, denegando todos los argumentos de los recurrentes (rechazando la existencia de un derecho fundamental a la no reducción de salario, más allá de un mínimo que debe garantizarse y no apreciando ni vulneración del principio de confianza legítima, ni de proporcionalidad, en sus tres vertientes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, ni de igualdad)⁷.

⁶ Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional portugués ya había dictado su decisión de 5 de julio de 2012, a la que luego aludiremos, en la que aunque había considerado la reducción de pensiones como inconstitucional a la vez había decidido que su decisión no tuviera efectos durante 2012, dado el avanzado estado de aplicación del presupuesto de 2012 y la imposibilidad para las autoridades de diseñar alternativas medidas, en aplicación del art. 282.4 de la Constitución portuguesa, lo que, en la práctica, significaba la realización de los recortes. Asimismo, téngase en cuenta la no alegación en la demanda del derecho a la igualdad previsto en el Convenio. Todo ello puede ayudar a explicar, quizás, el contenido final del fallo.

⁷ Consultable en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>

2. Esta decisión cambia, sin embargo, en el «Acórdao» núm. 353/2012, del 5 de julio, referido a la ley de presupuestos para 2012, a la que el TEDH alude y tiene en cuenta en su decisión de 2013, ya comentada antes: se declara por el TC inconstitucional la medida de reducción del pago de vacaciones y de navidad sólo a los que perciben remuneraciones y pensiones mediante fondos públicos, por violación del principio denominado de la igualdad proporcional⁸.

3. La núm. 187/2013, del 5 de abril: declara inconstitucionales las medidas de austeridad previstas en la Ley de Presupuesto de 2013 que imponen la suspensión de la paga de vacaciones a los trabajadores del sector público y a los pensionistas, y de la contribución sobre los subsidios de enfermedad y desempleo.

Reitera el mismo principio de igualdad proporcional, señalando cómo la libertad de conformación del legislador se va estrechando conforme transcurre el tiempo y la exigencia jurídica de que busque medidas alternativas que eviten la acentuación del trato diferenciado a un grupo de personas se incrementa correlativamente. Asimismo, el TC señaló cómo la justificación ofrecida por el legislador respecto a las mayores remuneraciones y seguridad de los empleados públicos, de media, no venía fundamentada, dada la diferencia de funciones entre el sector público y el privado⁹.

Por otro lado, si bien rechaza la irreversibilidad absoluta y en todo caso de los derechos, el TC declara la necesidad de mantener a salvo de interferencias, en todo caso, un núcleo mínimo¹⁰.

4. La núm. 474/2013, del 29 de agosto: declara inconstitucional el régimen de recalificación de los trabajadores en funciones públicas que prevé la rescisión contractual de los que fueran colocados en inactividad durante un año, por violación del principio de proporcionalidad y de confianza legítima¹¹.

5. La núm. 794/2013: se declaran constitucionales diversos artículos de la ley 68/2013 que establecían un incremento de las horas de trabajo de los servidores públicos sin correlativo aumento retributivo, imponiéndose a convenios colectivos¹².

6. La núm. 862/2013, del 19 de diciembre: declara inconstitucionales la norma que impone la reducción y recálculo del montante de las pensiones de los actuales

⁸ Consultable en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>

⁹ Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>

¹⁰ Según el artículo de la Comisión de Venecia, rechaza la irreversibilidad de los derechos, pero protege un núcleo mínimo, en idéntico sentido, FABRINI.

¹¹ Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130474.html>

¹² Consultable en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130794.html>

beneficiarios, con efectos inmediatos, por afectar desproporcionadamente el principio constitucional de la protección de la confianza legítima¹³.

7. La núm. 413/2014, del 30 de mayo: declara inconstitucionales las medidas de reducción remuneratoria de los trabajadores de la función pública, de los préstamos de enfermedad y de desempleo y de las pensiones de sobrevivencia previstas en el Presupuesto del Estado para 2014, por vulnerar la igualdad y la proporcionalidad¹⁴.

8. La núm. 572/2014, de 30 de julio: declara constitucionales diversas medidas de la Ley de presupuestos para 2014, en lo referido a la contribución extraordinaria de solidaridad y el sistema de pensiones, rechazando la vulneración del principio de proporcionalidad o el de igualdad¹⁵.

9. La núm. 574/2014, del 14 de agosto: declara la inconstitucionalidad de parte de la normativa, Decreto 264/XII de la Asamblea de la República, que establece reducciones remuneratorias en el sector público, por vulneración del principio de igualdad. Esta decisión contiene unas interesantes reflexiones sobre la articulación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho portugués¹⁶.

10. La núm. 575/2014, de 14 de agosto: referida a diversas regulaciones afectando a pensiones incluidas en el Decreto 262/XII, de la Asamblea de la República. Se declaran inconstitucionales decisiones normativas afectando a pensiones, por vulneración desproporcionada del principio de confianza legítima e insuficiente justificación por parte del legislador.

2.2. Las principales cuestiones jurídicas suscitadas

En lo que sigue, vamos a intentar extraer de la mencionada jurisprudencia las notas esenciales del control ejercitado por el TC.

Antes de iniciar la exposición, es preciso destacar que todas las sentencias citadas son largas y complejas, con frecuentes votos particulares, afectando a diversas normas jurídicas interconectadas del sistema jurídico portugués y que, por tanto, un análisis detallado de las mismas exigiría mucho más espacio del que se puede dedicar aquí. En este sentido, vamos sólo a destacar aquellas cuestiones más relevantes e interesantes para un lector español.

¹³ Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>

¹⁴ Consultable en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>

¹⁵ Consultable en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140572.html>

¹⁶ Consultable en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140575.html>

Por otro lado, cabe subrayar también el elevado nivel jurídico de las decisiones mencionadas, su cuidada argumentación y la cita frecuente de opiniones doctrinales de especialistas lusos, de gran nivel también, en el ámbito del Derecho Público. Si bien las declaraciones de inconstitucionalidad expuestas han suscitado un amplio debate social, político, económico¹⁷ y jurídico¹⁸, como no podía ser de otro modo, lo que no cabe negar en ningún caso, creemos, es la seriedad y el rigor de la argumentación jurídica empleada por el TC.

2.2.a) *Relaciones entre Derecho de la Unión Europea y Derecho portugués*

Dado el contexto en que se adoptan las normas jurídicas de recortes sociales en búsqueda de la austeridad, cabe plantearse si las autoridades lusas se vieron obligadas a adoptar tales medidas para cumplir sus obligaciones contraídas y plasmadas en el MoU citado. Si ello fuera así, no existiría libertad conformadora del legislador y simple aplicación mecánica de compromisos adquiridos previamente.

El Tribunal Constitucional portugués niega esa ausencia de libertad política en manos del legislador. En sus sentencias citadas 574 y 575 de 2014, realiza un largo análisis de la relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho portugués y entre los acuerdos alcanzados por las autoridades lusas y su margen político para poner en marcha éstos en el ámbito interno y de acuerdo con el Derecho luso. Así, en la primera de las citadas se señala lo siguiente, que seleccionamos de entre un largo razonamiento al respecto (de ahora en adelante, los subrayados son míos):

“12. Independentemente de dúvidas quanto à vinculatividade destas recomendações –adotadas no âmbito do procedimento por défice excessivo–, a verdade é que elas não impõem a Portugal medidas concretas e determinadas para controlo da despesa pública e para redução do défice, antes se limitando a enunciar os objetivos ou metas, que, esses sim, devem ser obrigatoriamente cumpridos, por força das normas indubitablemente vinculativas da União Europeia, quais sejam as de direito originário e de direito derivado acima citadas (no entanto, algumas medidas concretas

¹⁷ Véase, por ejemplo, el artículo dedicado por el *Financial Times* a la actividad del TC portugués:

“Portugal court ruling on austerity measures threatens tax rises”, de 1 de junio de 2014, consultable en: <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/217c36f8-e99b-11e3-bbc1-00144feabdc0.html#axzz3XDGSkUqg>

¹⁸ Así, pueden confrontarse dos posturas doctrinales antagónicas en G. DE ALMEIDA RIBEIRO, “Judicial Activism Against Austerity in Portugal”, *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 3, 2013, disponible en: <http://www.iconnectblog.com/2013/12/judicial-activism-against-austerity-in-portugal/> y J. REIS NOVAIS, *Em defesa do Tribunal Constitucional - Resposta aos críticos*, Almedina, Coimbra, 2014 http://www.almedina.net/catalog/product_info.php?products_id=24630

podem resultar das decisões de execução do Conselho no quadro do PAEF¹⁹). Dito por outras palavras, a vinculatividade do Direito da União Europeia neste domínio não abrange os meios que os Estados-membros utilizam para atingir os objetivos ou metas que lhes são impostos.

Assim sendo, o facto de se admitir que as normas adotadas e a adotar pelo legislador nacional com vista a prosseguir os objetivos acima referidos se devem conformar com as prescrições da União Europeia não tem consequências do ponto de vista da aplicação das normas constitucionais. Pelo contrário, num sistema constitucional multinível, no qual interagem várias ordens jurídicas, as normas legislativas internas devem necessariamente conformar-se com a Constituição competindo ao Tribunal Constitucional, de acordo com a CRP, administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais (cfr. artigo 221.º da CRP)]. Aliás, o próprio direito da União Europeia estabelece que a União respeita a identidade nacional dos seus Estados-membros, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles (cfr. artigo 4.º, n.º 2, do TUE).

Sublinhe-se, por último, que neste domínio não há sequer divergência entre o Direito da União Europeia e o Direito Constitucional Português. Efetivamente, os princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança, que têm servido de parâmetro ao Tribunal Constitucional para aferir da constitucionalidade das normas nacionais relativas a matérias conexas com as que se apreciam nos presentes autos, fazem parte do núcleo duro do Estado de direito, integrando o património jurídico comum europeu, a que a União também está vinculada”.

2.2.b) *Inconstitucionalidad y principio de igualdad proporcionada*

Como hemos tenido ocasión de señalar, en diversas decisiones las medidas legislativas que suponen regresividad en derechos de los ciudadanos son anuladas por no superar el principio de igualdad proporcional, que se deriva de la evolución jurisprudencial apuntada. El TC realiza una fusión entre la idea de igualdad y proporcionalidad, en el sentido de exigir que la diferencia de trato, que no puede ser arbitraria y debe ser justificada, además no debe ser de tal intensidad y extensión que suponga una carga excesiva para quien la sufre²⁰. En las palabras de la decisión 353/2012 en

¹⁹ PAEF son las siglas que emplea el TC para referirse al *Programa de Assistência Económica e Financeira*, o MoU al que nos hemos referido antes.

²⁰ Sobre los aspectos dogmáticos de este principio, véase R. AFONSO PEREIRA, “Igualdade e proporcionalidade: un comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes sa-

la que por primera vez este tipo de control conduce a la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas (las cursivas son nuestras):

“Na verdade, a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, *não podendo revelar-se excessiva*. (...).

Daí que seja evidente que o diferente tratamento imposto a quem aufere remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional.

Apesar de se reconhecer que estamos numa gravíssima situação económico-financeira, em que o cumprimento das metas do défice público estabelecidas nos referidos memorandos de entendimento é importante para garantir a manutenção do financiamento do Estado, tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada.

Aliás, quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para satisfação de interesses públicos, maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios.

2.2.c) Inconstitucionalidad y proporcionalidad

Por su parte, el principio de proporcionalidad, ya no en relación con el de igualdad y la diferencia de tratamiento sino respecto a la incidencia de la medida en los derechos de los ciudadanos, también es empleado como parámetro de control independiente en diversas decisiones del Tribunal, en las que se utilizan los bien conocidos subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad «strictu sensu» para controlar los recortes.

2.2.d) Inconstitucionalidad y protección de la confianza legítima

Asimismo, en otras decisiones se emplea el control mediante el principio de confianza legítima. Como señala el TC en su sentencia 862/2013:

“A proteção da confiança é uma norma com natureza principiológica que deflui de um dos elementos materiais justificadores e imanentes do Estado de Direito: a

lariais no sector público”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto 2013, pp. 317 y ss, especialmente, pp. 359 y ss. Consultable en: <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3n/revistas/revistas-electronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>

segurança jurídica dedutível do artigo 2.º da CRP. Enquanto associado e mediatisado pela segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança prende-se com a dimensão subjetiva da segurança – o da proteção da confiança dos particulares na estabilidade, continuidade, permanência e regularidade das situações e relações jurídicas vigentes.

Sustentado no princípio do “Estado de direito democrático”, o seu conteúdo tem sido construído pela jurisprudência, em avaliações e ponderações que têm em conta as circunstâncias do caso concreto. Quando aplicado ao poder legislativo, o Tribunal Constitucional densificou o princípio através de uma fórmula que, desde o já referido Acórdão n.º 287/90, tem vindo ser aplicada em sucessiva jurisprudência.

Entre inúmera jurisprudência, explicita-se a referida fórmula no Acórdão n.º 128/2009, nos seguintes termos:

“De acordo com esta jurisprudência sobre o princípio da segurança jurídica na vertente material da confiança, para que esta última seja tutelada é necessário que se reúnam dois pressupostos essenciais:

a) a afetação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda

b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalecentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição).

Os dois critérios enunciados (e que são igualmente expressos noutra jurisprudência do Tribunal) são, no fundo, reconduzíveis a quatro diferentes requisitos ou “testes”. Para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspetiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa.

Este princípio postula, pois, uma ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na estabilidade da ordem jurídica e na constância da atuação do Estado. Todavia, a confiança, aqui, não é uma confiança qualquer: se ela não reunir os quatro requisitos que acima ficaram formulados a Constituição não lhe atribui proteção”.

27. A metodologia a seguir na aplicação deste critério implica sempre uma ponderação de interesses contrapostos: de um lado, as expectativas dos particulares na continuidade do quadro legislativo vigente; do outro, as razões de interesse público que justificam a não continuidade das soluções legislativas. Os particulares têm interesse na estabilidade da ordem jurídica e das situações jurídicas constituídas, a fim de organizarem os seus planos de vida e de evitar o mais possível a frustração das suas expectativas fundadas; mas a esse interesse contrapõe-se o interesse público na transformação da ordem jurídica e na sua adaptação às novas ideias de ordenação social. Caso os dois grupos de interesses e valores são reconhecidos na Constituição em condições de igualdade, impõe-se em relação a eles o necessário exercício de confronto e ponderação para concluir, com base no peso variável de cada um, qual o que deve prevalecer.

O método do juízo de avaliação e ponderação dos interesses relacionados com a proteção da confiança é igual ao que se segue quando se julga sobre a proporcionalidade ou adequação substancial de uma medida restritiva de direitos. Mesmo que se conclua pela premência do interesse público na mudança e adaptação do quadro legislativo vigente, ainda assim é necessário aferir, à luz de parâmetros materiais e axiológicos, se a medida do sacrifício é «inadmissível, arbitrária e demasiado onerosa» (cfr. Acórdão n.º 287/90)».

2.2.e) *Inconstitucionalidad y justificación racional y suficiente*

De igual modo, el TC portugués, aunque repetidamente señala en sus decisiones que el legislador luso goza de libertad conformadora para tomar las decisiones que legítimamente le corresponden, exige una fundamentación seria de las medidas de austeridad que se adopten.

Así, por ejemplo, en la decisión 575/2014 se señala que:

“Não pode ignorar-se, por outro lado, que o legislador, perante a intensidade da afetação das posições jurídicas dos particulares, tem um especial ónus de fundamentação. Não basta invocar genericamente um objetivo de sustentabilidade do sistema público de pensões. É necessário demonstrar que a medida de redução de pensões, com base na mera aplicação de uma taxa percentual sobre o valor mensal da pensão ou do somatório das pensões de cada titular, é do ponto de vista objetivo um meio idóneo e apto para a aproximação ao resultado pretendido e é ainda um meio necessário e exigível, por não existirem outros meios, em princípio, tão eficazes, que pudessem obter o mesmo resultado de forma menos onerosa para as pessoas afetadas.(...)”

Nestas circunstâncias, o interesse da sustentabilidade do sistema público de pensões, realizado através de uma mera medida de redução do valor da pensão, sem qualquer ponderação de outros fatores que seriam relevantes para mitigar a lesão das posições jurídicas subjetivas dos pensionistas –mormente no plano da igualdade e equidade interna e da justiça intrageracional e intergeracional–, e desacompanhado também de uma suficiente justificação que possa esbater as dúvidas quanto à adequação e necessidade da medida, não pode ser tido como um interesse público prevalecente face à intensidade do sacrifício que é imposto aos particulares”.

2.2.f) *El núcleo mínimo intocable de los derechos*

Finalmente, en diversas decisiones, el TC alude a la existencia de un núcleo mínimo de los derechos sociales constitucionales que el legislador no puede afectar, vinculado a la dignidad de la persona. El derecho a un mínimo existencial había sido construido por el Tribunal Constitucional en previas decisiones en conexión con la dignidad de la persona, como es el caso notable de la sentencia 509/2002 que contiene casi un tratado, con cita de abundante doctrina europea, sobre esta cuestión²¹.

Sin embargo, aunque este razonamiento se encuentra en diversas de las sentencias aludidas, supone en realidad un «obiter dicta» que no conduce, en ninguno de los casos, por sí solo, a la declaración de inconstitucionalidad de las medidas adoptadas²².

Un ejemplo al respecto lo encontramos en la decisión 187/2013. En la misma se señala que:

“O Tribunal Constitucional, como já foi referido a seu tempo a propósito da norma do artigo 29º, n.º 2, sem pôr em causa a liberdade de conformação do legislador na definição do conteúdo dos direitos sociais a prestações, a quem são dirigidas, em primeira linha, as diretrizes constitucionais, tem vindo a reconhecer, ainda que indiretamente, a garantia do direito a uma sobrevivência minimamente condigna ou a um mínimo de sobrevivência, seja a propósito

²¹ Consultable en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120509.html>

²² Como destaca P. NOGUEIRA DE BRITO, “Putting social rights in brackets? The portuguese experience with welfare challenges in times of crisis”, en Claire Kilpatrick and Bruno De Witte (Ed.), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights’ Challenges*, Working Papers, European University Institute, Department of Law, 2014, consultable en: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31247/LAW%20WP%202014%2005%20Social%20Rights%20final%2022242014.pdf>

da atualização das pensões por acidentes de trabalho (acórdão n.º 232/91), seja a propósito da impenhorabilidade de certas prestações sociais (acórdãos n.os 62/02, 349/91, 411/93, 318/99, 177/02), fundando um tal direito na conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à segurança social em situações de carência, e estabelecendo como padrão o salário mínimo nacional ou o salário mínimo garantido. O direito às condições mínimas de existência condigna foi evidenciado, por outro lado, mais recentemente, através do acórdão n.º 509/02, não apenas na sua dimensão negativa, mas como um direito a prestações positivas do Estado, num caso em que se pronunciou pela inconstitucionalidade de um diploma que limitava o âmbito subjetivo dos beneficiários de uma determinada prestação, dela excluindo os jovens entre os 18 e os 25 anos sem encargos familiares.”

Dicho esto, el TC no declara la nulidad por violación de dicho mínimo, sino, como dijimos, por vulneración del principio de igualdad proporcional y por falta de justificación del legislador de las medidas adoptadas²³.

En todo caso, como señala LOPES, si bien el TC acepta la reversibilidad de los derechos sociales y la libertad conformativa del legislador, a la vez limita esta libertad, que no puede ser omnímoda en un Estado social y democrático de Derecho²⁴. La decisión 187/2013 lo expresa en estos términos concisos:

“Embora não possa pôr-se em dúvida a reversibilidade dos direitos concretos e das expectativas subjetivamente alicerçadas, não pode deixar de reconhecer-se que haverá sempre de ressalvar, ainda que em situação de emergência económica, o núcleo essencial da existência mínima já efetivado pela legislação geral que regula o direito às prestações nas eventualidades de doença ou desemprego, pelo que poderá estar, também, aqui em causa o parâmetro constitucional da existência condigna.”

²³ Un comentario a esta sentencia en J. GUILLEM CARRAU, “El constitucional portugués ante las medidas de ajuste: la sentencia de 5 de abril de 2013”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, junio 2013, pp. 70 y ss., consultable en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=106235>

²⁴ M.B. LOPES, “The role of the Constitutional court of Portugal in the present economic crisis situation”, informe presentado en la conferencia sobre “The role of constitutional courts in economics crisis”, celebrada en 2014 en Georgia por impulso de la *European Commission for democracy through law (Venice Commission)* en cooperación con el Tribunal Constitucional de dicho país. Consultable en: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU\(2014\)012-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2014)012-e)

3. EL INTERÉS DEL CASO PORTUGUÉS PARA ESPAÑA: LAS LÍNEAS ROJAS CONSTITUCIONALES PARA LOS RECORTES

En la parte final de este trabajo vamos a intentar exponer, muy sucintamente y sobre la base de trabajos nuestros anteriores a los que ahora debemos remitirnos²⁵, cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués, que se sitúa en línea, por cierto, de la moderna jurisprudencia de otros tribunales europeos y americanos, puede ser iluminadora para el control de las medidas de austeridad que han implicado recortes de derechos por el legislador español²⁶.

Por supuesto, lo que a continuación se dirá nada tiene que ver con el trasplante automático de los razonamientos del Tribunal Constitucional portugués, o de otros tribunales extranjeros, a la realidad española. Se trata más bien de ver cómo es posible avanzar en un diálogo fructífero entre Derechos, especialmente europeos, que conduzca a una «cross-fertilization» enriquecedora²⁷.

²⁵ Así, J. PONCE SOLE, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2013, obra que recibió el I Premio Internacional de Investigación Jurídica Lorenzo Martín Retortillo Baquer sobre Derechos Fundamentales y objeto de una recensión por parte del profesor BASSOLS COMA, publicada en la Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente y en el blog de la Revista Catalana de Dret Públic (aquí: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/11/04/las-lineas-rojas-constitucionales-a-los-recortes-y-la-sostenibilidad-martin-bassols/>)

El libro está disponible en la biblioteca digital del INAP de forma gratuita aquí: http://biblioteca.inap.es/Datos/Monografias/el_derecho_y_la_reversibilidad/El%20derecho_y_%20la_reversibilidad.pdf.

²⁶ Como a continuación argumentaremos, ya tenemos diversas decisiones de órganos judiciales de la jurisdicción contenciosa-administrativa controlando recortes en base a los límites constitucionales existentes. Por otro lado, como es sabido, en el momento de escribir estas líneas están pendientes ante el Tribunal Constitucional varias leyes que han establecido medidas de austeridad con regresividad en ámbitos como la sanidad o las tasas judiciales.

²⁷ Aunque no parece preciso extenderse mucho sobre este aspecto, puede ser interesante recordar el papel de la comparación en el ámbito del Derecho público, así como el uso, y las polémicas asociadas al mismo, que los tribunales realizan de sentencias extranjeras. Al respecto, por todos, véase J. LEE, “Interpreting Bills of Rights: The Value of a Comparative Approach”, 5 *International Journal of Constitutional Law* 122 (2007). <http://icon.oxfordjournals.org/cgi/reprint/5/1/122> o R. BRITO, “El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo”, *InDret*, 2/2002, consultable en http://www.indret.com/pdf/720_es.pdf.

3.1. Derecho de la Unión Europea y los derechos sociales nacionales

En este sentido, las reflexiones que hemos visto del TC portugués sobre la relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional y la necesidad de que las medidas de austeridad respeten la Constitución nacional parecen del todo pertinentes para el caso español también, en el que existe igualmente un Memorandum fijando las obligaciones nacionales, si bien de un tenor muy distinto al portugués, como una lectura de ambos revela²⁸. En nuestro caso, la crisis ha ido acompañada de recortes sociales y de la transferencia de fondos públicos a estas entidades financieras privadas por un valor estimado a principios de 2013 de casi el 12% del PIB, alrededor de 126.000 millones de euros (sin contar, los más de 39.000 millones de euros solicitados por España a la Comisión Europea en el mismo concepto). El rescate bancario, pues, estaría costando a los ciudadanos, en el momento de hacer tal evaluación, 25 veces más que las inversiones reales del Estado o unas 42 veces más que el presupuesto del Ministerio de Sanidad para 2013, de acuerdo con datos manejados por el profesor BELLOD REDONDO²⁹.

3.2. Casos ya suscitados ante la jurisdicción contenciosa administrativa

Diversos casos han sido planteados ante la jurisdicción contenciosa y han dado lugar en ocasiones ya a anulaciones de disposiciones generales o actos administrativos que implicaban recortes regresivos de derechos sociales o denegaciones de prestaciones alegando la insuficiencia de recursos económicos disponibles en razón de la crisis. En estas sentencias han surgido argumentos y razonamientos similares a los desarrollados por el Tribunal Constitucional portugués, con apelaciones a la existencia de un mínimo vital o a la insuficiencia de la justificación y fundamentación de la decisión adoptada, con violación, en estos casos relativos al poder ejecutivo, del derecho a una buena administración³⁰.

²⁸ Véase *Memorandum of Understanding on Financial-Sector Policy Conditionality* (MoU) , consultable en: http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2012-07-20-spain-mou_en.pdf

²⁹ J. B. BELLOD REDONDO, “¿Cuánto cuesta el rescate bancario? Una estimación provisional”, *Contribuciones a la Economía*, enero 2013, (consultable en: <http://www.eumed.net/ce/2013/cuanto-cuesta-rescate-bancario.html>). El Banco de España ofrece datos a fecha de 2014 en: http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notes/es/notabe120614.pdf

³⁰ Diversos comentarios a varias de estas sentencias, realizados por quien firma este artículo, puede hallarse en el blog de la Revista Catalana de Dret Públic en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/tag/juli-ponce/>

3.3. El Tribunal Constitucional español

Por lo que se refiere a normas con rango de ley, esperan en la actualidad sentencia del Tribunal Constitucional diversos recursos de inconstitucionalidad presentados en relación con medidas regresivas de derechos sociales y económicos.

3.3.a) *La doctrina jurisprudencial del TC español sobre irreversibilidad de los derechos antes del estallido de la crisis económica*

Sin duda, el TC español acudirá a la doctrina existente al respecto que, si bien es escasa, se encontraba en diversas sentencias dictadas en años pasados. Hasta el momento ha rechazado entrar en una discusión general sobre el principio de irreversibilidad en nuestra Constitución, si bien en diversos pronunciamientos ha dado algunas pistas sobre el tema. Por ejemplo, la STC 134/1987, en su FJ 5 ha señalado, en relación a una cuestión de inconstitucionalidad que planteaba el principio de irregresividad de la seguridad social, que “no es necesario entrar a discutir en un plano abstracto y general el significado de este principio ni en qué medida podría considerarse incorporado a nuestra Constitución”.

Pero pese a la falta de un análisis “abstracto y general”, el TC ha subrayado que “debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas” (STC 81/1982, FJ 3) y ha establecido que el legislador debe revertir “apreciando la importancia relativa de las necesidades a satisfacer” y debe regular el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, modificándolas para adaptarlas a las “necesidades del momento”, siempre “en atención” a las “circunstancias económicas” y “las disponibilidades del momento” que “son imperativas para la propia viabilidad y eficacia” del derecho (SSTC 65/1987 65/1990 y 128/2009, a propósito del art. 41 CE).

Por su parte, la STC 37/1994, de 10 de febrero, ha señalado también respecto al derecho de los ciudadanos en materia de seguridad social (art. 41 CE) que es de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél, salvo en lo referente al régimen público, consagrado en forma de garantía institucional, que constituye un “núcleo o reducto indisponible por el legislador”, una “indisponible limitación”, de tal suerte que ha de ser preservado en “terminos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (FJ 3).

3.3.b) *Algunas decisiones recientes en el marco de la crisis económica*

i) *Las medidas cautelares en el caso de la sanidad vasca*

Como es sabido, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones, incidió sobre un derecho social y afectó a su titularidad, al establecer una medida regresiva, negando ahora la condición de usuario del servicio público sanitario a determinados colectivos.

El Tribunal Constitucional en su auto de 13 de diciembre de 2012 por el que levanta la suspensión de la vigencia de los arts. 1, 2 (2 y 3), 3, 4, 5, 6 (1 y 2), 7 (2 y 3) –en el sentido de lo dispuesto en el FJ 6 in fine–, y disposición final primera del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, indicando en el mismo, en relación con la asistencia sanitaria a extranjeros en situación irregular, ha señalado que:

“Procede que realicemos la ponderación que es propia de este incidente cautelar. Esa ponderación exige colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud, y de otro el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE. Esa contraposición también tiene proyecciones individuales puesto que la garantía del derecho a la salud no sólo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual (...).

Respecto de los perjuicios asociados al mantenimiento de la suspensión, tal y como efectivamente entiende el Gobierno Vasco, tal medida consagraría en el tiempo la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias. Ponen de manifiesto las Letradas del Gobierno Vasco que esos colectivos, en particular los inmigrantes sin permiso de residencia, verán notablemente afectada su salud si se les impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutiría, no sólo en su estado de salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando directamente a la salud de toda la sociedad.

Por su parte, al valorar el interés vinculado al control del déficit público, y analizarlo respecto de los perjuicios económicos que se podrían asociar al levantamiento de la suspensión, es preciso destacar que la Abogacía del Estado no concreta esos perjuicios, seguramente porque ello no sea posible, entre otras

razones, al poder darse la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias.

Teniendo en cuenta la concreción de los perjuicios derivados del levantamiento o del mantenimiento de la suspensión efectuada por las partes, así como la importancia de los intereses en juego, y apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita.”

Este auto parece dar algunas pistas sobre la cuestión de si la reversión legal efectuada superaría, o no, el test de respeto del contenido mínimo del derecho del art. 43 asociado a la dignidad humana.

ii) El mantenimiento de la suspensión en el caso del abono de la paga extra a los empleados públicos vascos

En cambio, en el auto 86/2013, de 24 de abril, el Tribunal Constitucional mantiene la suspensión de la decisión del gobierno vasco de abonar a sus empleados públicos la paga de navidad de 2012. Cuidándose de aclarar que la resolución del incidente cautelar no decide el fondo del asunto, se señala que:

“la eficacia de la medida, tanto en el plano material de contribuir a la reducción del déficit público del año 2012 como en el de la credibilidad internacional de España como nación que cumple sus compromisos financieros se revela como de suficiente entidad como para justificar el mantenimiento de la medida hasta la decisión final del presente proceso, de forma prevalente a los intereses particulares que aduce la Comunidad Autónoma del País Vasco. En efecto, el levantamiento de la medida de suspensión tendría efectos desfavorables desde el punto de vista de la necesaria coherencia de la política económica del Estado, que exige un carácter unitario y uniforme para la consecución de sus objetivos, evitándose con su mantenimiento la consecuencia extravagante de generar situaciones de desigualdad a favor de los empleados del denominado “sector público vasco” con respecto al resto de los empleados públicos de las diferentes Administraciones del Estado, pues coloca a aquéllos en una situación de ventaja retributiva por inaplicación de una norma vigente que les es vinculante –nos

referimos, por supuesto, al Real Decreto-ley 20/2012– durante la pendencia de este procedimiento, cuya reparación, en caso de una eventual estimación del presente conflicto de competencia, sería más compleja y gravosa que la de una hipotética declaración de que la competencia corresponde a la Comunidad Autónoma Vasca.”

iii) *Sentencias de 2014 sobre tasas y recetas médicas*

Dos SSTC de 2014 sobre tasas y recetas médicas en Cataluña y Madrid reconocen la existencia de un núcleo mínimo intocable por el legislador, que denominan “prestación básica”, que se deriva de su fijación, en este caso, en la cartera común del sistema nacional de Salud³¹. Se confirmaría, pues, que los diversos derechos constitucionales (en este caso, el de salud) tienen un núcleo mínimo inviolable, incluso por el legislador, estatal o autonómico (sea llamado contenido esencial, en el caso de los derechos mencionados en el art. 53.2 CE, o mínimo vital, en cuanto a los derechos de los arts. 39 y ss).

3.4. Cómo se puede afrontar el control jurídico de las medidas de austeridad

3.4.a) *La necesaria protección del contenido mínimo de los derechos*

Tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués, como de la jurisprudencia de los tribunales de otros países europeos (Alemania³² o

³¹ SSTC 71/2014, , FJ 3 c y 85/2014, FJ 7 b.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 2012: el Tribunal Constitucional federal alemán ha declarado que la remuneración recibida por los profesores universitarios pagada de acuerdo con la escala de salario W 2 en Hesse infringe el principio de manutención («Alimentationsprinzip»), es decir, el principio que establece la obligación estatal de cuidar del bienestar de los funcionarios, del art. 33.5 de la Constitución Alemana («Grundgesetz»), y es, por tanto, inconstitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 9 de febrero de 2012, que ha conocido de la legislación federal que establecía el importe de una especie de renta mínima de subsistencia para las personas que se encuentran en situación de desempleo o quienes no estándolo no ganan lo suficiente de acuerdo a baremos legalmente establecidos. Al controlar la fijación legislativa de esta renta, el Tribunal Constitucional alemán ha establecido que existe un derecho fundamental, que no había sido declarado hasta la fecha en su jurisprudencia anterior, conectado con la dignidad humana (art. 1 de la Constitución alemana) y el principio de estado social (art. 20.1 de la Constitución) a percibir dicha renta en importes adecuados a tal subsistencia digna.

Italia³³) y americanos (Argentina³⁴, Canadá³⁵, Colombia³⁶ o Perú³⁷), así como de previos

³³ Por su parte, el Tribunal Constitucional italiano afirma, en referencia al derecho al tratamiento sanitario de la Constitución italiana, que los criterios de eficiencia y economía que pueda tomar en consideración el legislador están limitados por el núcleo esencial del derecho a la salud vinculado a la dignidad de la persona humana, Sentencia núm. 304 de 1994.

³⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 24 de abril de 2012, referida al derecho a la vivienda.

³⁵ Sentencia Eldridge v. British Comumbia (Attorney General) [1997] 3 S.c.R. 624, referida a la igualdad, el derecho a la salud y los servicios sanitarios.

³⁶ El Tribunal Constitucional Colombiano introdujo en 1992 (Sentencia T-426/1992) el derecho a un mínimo vital al señalar que “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario– es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución”.

En aplicación de esta constante doctrina jurisprudencial, el Tribunal Constitucional colombiano ha resuelto en favor del demandante “casos de mora en el pago y en el reconocimiento de prestaciones de la seguridad social; la mora en el pago de salarios; el despido de mujer embarazada; la falta de prestación de servicios de salud al trabajador por negligencia de su empleador al no pagar seguro o por negligencia de la entidad prestadora de servicio y la exclusión de medicamentos y tratamientos del Plan Obligatorio de Salud cuando la Corte considera que esta exclusión amenaza el derecho a la vida o a la integridad física. Entre éstos últimos supuestos encontramos sentencias como son el tratamiento del SIDA, Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998, del cáncer T-283 de 1998, con parálisis cerebral T-286 de 1998 que necesitan equipos ortopédicos T-597 de 1993, o intervenciones quirúrgicas T-571 de 1998.

³⁷ El Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado también su propia doctrina sobre el mínimo vital, como en la sentencia exp. 2016-2004-AA/TC . En la misma se conoció de la demanda de un paciente relativa a la provisión de medicamentos necesarios para el tratamiento del SIDA. El Tribunal Constitucional peruano estima la demanda, obligando a la Administración a proveer el tratamiento necesario, señalando algo que puede ser de interés también en nuestro contexto:

“34. Al respecto, este Tribunal considera que aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisible la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos.

Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, ya que se olvidaría su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, cuyos fines son lograr una máxima atención en la protección de los derechos de los ciudadanos.

35. La realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos como la educación, salud y vivienda. Por ello, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de

pronunciamientos de nuestro propio TC, se derivan unos límites constitucionales generales a la regresividad en materia de derechos sociales y al cambio de modelo social sin modificación de la Constitución, basados en la existencia de un núcleo mínimo indispensable de los derechos sociales que es absoluto, en el sentido de que aunque la toma de la decisión normativa haya respetado los principios que veremos luego referidos a la toma de la decisión (por ejemplo, proporcionalidad o igualdad), si existe afectación del mismo, la decisión reguladora será inconstitucional (y viceversa, si respetando tal núcleo vulnera algún principio, también lo será).

3.4.b) *Más allá del contenido mínimo: los principios constitucionales en juego*

Lo dicho antes debe completarse con el necesario control del respeto de las medidas de austeridad de los límites impuestos a los Decretos-Leyes, de la interpretación de los derechos constitucionales de acuerdo con los Tratados suscritos por España (art. 10.2 CE, especialmente respecto a la progresividad y regresividad), los principios de interdicción de la arbitrariedad, de seguridad jurídica, de confianza legítima, de irretroactividad, de igualdad, de proporcionalidad, de justificación suficiente o de equidad en el gasto público, recogidos en nuestra Constitución, así como, de un modo u otro, en la portuguesa, y exigidos ahora en la aprobación de todas las normas jurídicas a través de la Ley de Economía Sostenible de 2011, que establece los principios de buena regulación, en línea con el movimiento europeo e internacional de la «better» o «smart regulation»³⁸.

la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas.”

³⁸ “Artículo 4. Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas.

1. En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Pùblicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios.

2. En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general.

3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado.

Las limitaciones jurídicas vinculadas a la revocabilidad de prestaciones asociadas a los derechos sociales exigen, pues, que el control de la constitucionalidad de las mismas pase a través de tres filtros:

- a) determinar si la revocación o regresión incide sobre el contenido de un derecho social constitucionalmente declarado;
- b) comprobar si tal incidencia afecta al núcleo mínimo del mismo vinculado a la dignidad de la persona; suponiendo que la respuesta sea negativa (pues si fuera positiva, ya no se superaría el control y debería finalizar aquí el análisis con declaración de inconstitucionalidad),
- c) entonces, en tercer lugar, analizar si supera los principios constitucionales y legales que limitan la decisión de revocación situada fuera de ese núcleo de facultades o posibilidades de actuación asociados a la dignidad de la persona.

3.4.c) ¿Activismo o pasividad? Del mito de la soberanía del legislador a la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos

¿Supone un control de este tipo una invasión indebida de funciones constitucionales reservadas al legislador? La respuesta a esta pregunta directa y general ha de ser igualmente directa y general: no, en absoluto.

4. A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas.

5. En aplicación del principio de transparencia, los objetivos de la regulación y su justificación deben ser definidos claramente.

6. Para garantizar el principio de accesibilidad, se establecerán los mecanismos de consulta con los agentes implicados que estimulen su participación activa en el proceso de elaboración normativa, así como instrumentos de acceso sencillo y universal a la regulación vigente.

7. El principio de simplicidad exige que toda iniciativa normativa atienda a la consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo.

8. En aplicación del principio de eficacia, la iniciativa normativa debe partir de una identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos y evitando cargas innecesarias y accesorias para la consecución de esos objetivos finales.

9. En todo caso, los poderes públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general.”

Dejando ahora de lado el imprescindible análisis de cada concreta decisión legislativa y de cada concreto control jurídico efectuado, lo cierto es que, en términos abstractos, la libertad del legislador no es, no puede ser, omnímoda y viene limitada y orientada por la Constitución, pues en otro caso, cabría decir, con JEFFERSON, que “173 despotas serán, sin duda, tan opresivos como uno solo”³⁹. Es preciso avanzar en la demolición del ya maltrecho “mito del legislador soberano” que impregna nuestro Derecho público, como entre nosotros ha señalado Tomás-Ramón FERNÁNDEZ⁴⁰.

Los efectos prácticos de la pervivencia de este caduco paradigma entre nosotros son innegables: una desvalorización del procedimiento legislativo y una irrelevancia de los fundamentos de las decisiones legislativas y de sus razones explícitas, lo que se plasma tanto en la escasa trascendencia del art. 88 CE en la práctica⁴¹, exemplificada en la STC 108/1986, de 29 de julio⁴², como en la ausencia de exigencia respecto al análisis de los fundamentos de la decisión fruto de una ponderación razonable de los hechos e intereses involucrados en la toma de la decisión, así como de las razones que, en coherencia con esos fundamentos y esa ponderación, justifican la regulación, siendo habitual que éstas queden en la sombra o, incluso, que el Tribunal Constitucional suponga cuáles deben ser, a falta de explicitación por parte del legislador en la Exposición de Motivos, pese a la potestad que la LOTC le otorga para que pueda constatar que la ponderación ha sido efectuada y que existen razones coherentes con la misma que la justifican⁴³.

³⁹ R.L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución: Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en Los Orígenes Del Estado Liberal*, Alianza, 1998, pág. 95.

⁴⁰ *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, 2ª ed.

⁴¹ “Los proyectos de Ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”.

⁴² En la que ante la alegación de que la aprobación de la LOPJ se había realizado sin tomar en consideración los elementos de juicio necesarios, al no existir informe preceptivo del CGPJ, el TC señala que “está fuera de lugar la invocación a este propósito del art. 88 de la Constitución, antes transscrito. La ausencia de un determinado antecedente sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero, en este caso, el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras y los recurrentes no alegan en ningún momento que esto ocurriese. No habiéndose producido esa denuncia, es forzoso concluir que las Cámaras no estimaron que el conforme era un elemento de juicio necesario para su decisión, sin que este Tribunal pueda interferirse en la valoración de la relevancia que un elemento de juicio tuvo para los parlamentarios”. Esto es, se deja en manos del órgano decisor, el parlamento, el cumplimiento o no del procedimiento legalmente establecido...

⁴³ Ténganse en cuenta los arts. 89 y 90 de la LOTC:
“Artículo 88.

Este paso, llevar el Estado de Derecho a la actividad legislativa, es el paso que, como hemos visto, ha dado ya el Tribunal Constitucional portugués, así como otros tribunales constitucionales aludidos antes.

4. REFLEXIONES FINALES: CONTROL JUDICIAL Y MEJORA DEL DERECHO EN PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

4.1. Las posibilidades y los límites del control jurídico de los recortes

En fin, existe, pues un razonable margen para que jueces y tribunales protejan los derechos sociales de agresiones antijurídicas. Como ha hecho notar en los EEUU, es precisamente en el área del Estado social donde las reclamaciones judiciales han dado un buen resultado. El ejemplo estadounidense nos muestra las grandezas y miserias del denominado «adversarial legalism», modelo basado en el uso de la litigación como modo de defender el mínimo estado social norteamericano. KAGAN destaca como “en ninguna otra esfera de la política pública ha cosechado el legalismo contencioso éxitos más importantes que en la lucha por los derechos civiles de grupos marginados y en el intento de llevar un mayor índice de justicia procesal a los sistemas de bienestar social”⁴⁴.

Ahora bien, reconociendo el valor de la litigación en ciertos casos, debe destacarse que ésta, por esencia, tiene y tendrá unos efectos limitados, aunque nada despreciables, como estamos argumentando. Limitados por cuanto supone tiempo, esfuerzo y gastos. Asimismo, los recursos judiciales ante la justicia administrativa suponen un control errático de los ataques a los derechos sociales.

Uno. El Tribunal Constitucional podrá recabar de los poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración Pública la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional. Si el recurso hubiera sido ya admitido, el Tribunal habilitará un plazo para que el expediente, la información o los documentos puedan ser conocidos por las partes para que éstas aleguen lo que a su derecho convenga.

Dos. El Tribunal dispondrá las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecte a determinada documentación y el que por decisión motivada acuerde para determinadas actuaciones.

Artículo 89.

Uno. El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la práctica de prueba cuando lo estimare necesario y resolverá libremente sobre la forma y el tiempo de su realización, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta días.”

⁴⁴ R.A. KAGAN, *El derecho en EEUU. La Sociedad del pleito. La Ley del Imperio*, Almuzara, 2005, pág. 278.

En ese sentido, como señala KAGAN, si bien “el legalismo contencioso es útil para hacer frente a la indiferencia burocrática, la crueldad, la parcialidad cultural y para inyectar regularidad procesal en un gran número de decisiones gubernamentales (...). En la medida en que las raíces de falta de reacción burocrática son difíciles de extirpar, el legalismo contencioso debe ser animado a florecer en este ámbito”, lo cierto es que siendo realistas “el método más potente de reducir la desigualdad social no es el de proporcionar a los socialmente marginados abogados y derechos por los que litigar, sino dotar de una financiación gubernamental más generosa a fin de obtener una educación de alta calidad, formación profesional y programas de bienestar social y personal burocrático preparado para administrarlo”⁴⁵. Aunque, naturalmente, eso “no quiere decir que la litigación a favor de los pobres no haya producido buenos resultados. Cuando los gobiernos son irresponsables en relación con las necesidades sociales, el legalismo contencioso, incluso si no es una panacea, es a menudo mejor que no hacer nada. La litigación ayuda en ocasiones a movilizar a grupos para la acción política directa y ayuda a cambiar las percepciones públicas de los asuntos”⁴⁶.

4.2. Posibilidades de avanzar en la mejora técnica de nuestro ordenamiento para una mejor protección de los derechos sociales que a la vez permita la libertad conformadora del legislador y la discrecionalidad del poder ejecutivo

Por ello junto a la litigación, hemos propuesto en otro momento diversas medidas en positivo para reforzar el estatuto jurídico de los derechos sociales, como, por ejemplo, la fijación de su contenido mínimo y esencial (mediante la promoción de las Cartas de servicio, por ejemplo), la determinación de la excepción a los límites de deuda o déficit contenida en el art. 135 CE y referida a la “sostenibilidad social”, la promoción de la inclusión en la normativa española de la cláusula de progresividad y de reversibilidad limitada a que se refieren los arts. 2 y 11 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1977, el impulso de la «better» o «smart regulation» (siguiendo el impulso dado por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, al recoger los “principios de buena regulación”) o la configuración de los procedimientos de toma de decisiones públicas como auténticas evaluaciones de impacto social⁴⁷.

⁴⁵ *Ibidem*, 279, la cursiva es nuestra.

⁴⁶ *Ibidem*, 255.

⁴⁷ J. PONCE SOLÉ, op.cit., pp. 117.

Otras líneas de desarrollo jurídico en relación con los derechos sociales se basarían en la extensión de enfoques jurídicos hacia áreas tradicionalmente distantes del mundo del Derecho. Se trata, por ejemplo del llamado “enfoque de derechos humanos sobre políticas públicas y del enfoque de derechos sobre presupuestos públicos”. En el primer caso, que busca una aproximación entre a una perspectiva intermedia entre la ciencia jurídica y las ciencias políticas, se pretende una adopción de políticas públicas con perspectiva de derechos y con amplia participación de la sociedad civil⁴⁸. En el segundo, se pretende un análisis del gasto público orientado a informar e influenciar las políticas presupuestarias en relación con su incidencia sobre los derechos sociales⁴⁹.

Esta reflexión sobre el gasto público previsto en el presupuesto, nos conduce a una última reflexión vinculada a un necesario, creemos, programa de investigación futuro transdisciplinar, a desarrollar por los académicos de diversas áreas del Derecho público.

Consideramos que sería importante avanzar en la reflexión sobre el significado del art. 135 CE, y sus límites, que podrían sintetizarse en la idea de que más que el sacrificio (inconstitucional) del núcleo mínimo de los derechos sociales en aras de la eficiencia y economía que garanticen la estabilidad presupuestaria, lo que exige la Constitución es tener en cuenta los criterios de eficiencia y economía y lograr la estabilidad presupuestaria para garantizar tal nivel mínimo. Es decir, no se pueden sacrificar los núcleos de los derechos sociales para ahorrar, sino que se debe ahorrar para garantizar tales núcleos, tomando en cuenta, por tanto, este límite infranqueable, que debería ser excepcionado, siempre que el límite del déficit provoque la afectación de los mismos y comprometa la cohesión social, perjudicando así la sostenibilidad social a que se refiere el art. 135 CE como válvula de alivio de la presión sobre el Estado social.

En esa línea, me permito sugerir el análisis de la posibilidad de reformar la Constitución para introducir una cláusula de límites mínimos de los derechos sociales, para equilibrar ese art. 135, bien mediante la exigencia constitucional expresa del mantenimiento de niveles mínimos de gasto y prestaciones asociados a la dignidad

⁴⁸ W. G. JIMÉNEZ BENÍTEZ, “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas”, *Univ. Sergio Arboleda. Bogotá (Colombia)*, 7(12): 31-46, enero-junio 2007. http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista12/enfoque_DDHH.pdf

⁴⁹ J. SCHULTZ, *Promesas que cumplir. El presupuesto público como herramienta para promover los derechos económicos, sociales y culturales*, Fundación Ford, México, 2002 http://www.politicaspúblicas.net/panel/biblioteca/doc_view/36-promesas-que-cumplir-el-presupuesto-publico-como-herramienta-de-derechos.raw?tmpl=component

humana, bien, o concurrentemente, con la introducción de un derecho fundamental a un mínimo vital, como entre nosotros ya ha sugerido VAQUER⁵⁰.

Esta idea debería ser concretada con posterioridad en nivel legal y en referencia a los presupuestos que elaboran los diversos niveles de poder, en el sentido de exigir que los mismos incorporen ese nivel mínimo vital traducido en, por ejemplo, límites globales a los recortes que pueden efectuarse anualmente y que afecten a los derechos sociales, que en la actualidad parece que puede ser ilimitado.

Piénsese, por ejemplo, que, como el propio VAQUER señala, en el ámbito de la vivienda la diferencia entre la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 y el proyecto de ley para 2015 respecto a la dotación del capítulo 7 (transferencias de capital) del programa 261N “Promoción, administración y ayudas para rehabilitación y acceso a la vivienda” cae un 55%.

Nos parece que el lugar idóneo para establecer esas salvaguardas para derechos constitucionales vinculados con la cohesión social sería la Ley General Presupuestaria. Pero concretar esta propuesta nos conduciría a reflexionar sobre el estado actual en España de lo que podríamos llamar el Derecho constitucional presupuestario⁵¹ y a considerar la necesidad de profundizar en propuestas viables para que el principio constitucional de asignación equitativa del gasto público devenga técnicamente operativo⁵², en garantía de los derechos sociales, y no siga cayendo en el ámbito del “mito del legislador soberano” ya aludido.

Lo cual, obviamente, está más allá del modesto objeto de estas páginas que ahora finalizan.

Resumen

El presente trabajo analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués relativa al control de las medidas de austeridad para extraer de la misma los puntos esenciales y reflexionar sobre su interés para el caso español, proponiendo la necesidad de avanzar en el futuro en el desarrollo técnico del denominado Derecho constitucional presupuestario.

⁵⁰ M. VAQUER, “Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital. Algunas propuestas”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm., 48, 2014, pp. 34 y ss.

⁵¹ Para el caso argentino, véase, H. CORTI, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Abeledo Pierrot, 2012.

⁵² A. NAVARRO FAURE, “El Estado social y los principios del gasto público y de la deuda pública en una Hacienda globalizada”, en: *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria: el artículo 135 de la Constitución española*, Diego López Garrido (dir.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 287-318.

Palabras Clave: *Tribunal Constitucional, Portugal, España, control, derechos, mínimo vital, gasto público.*

Abstract

This paper analyzes the Portuguese Constitutional Court jurisprudence about the control of austerity measures. From this analysis I take the essential arguments and reflect on its interest for the Spanish. Finally I propose to move forward into the technical development of the so called constitutional budget law.

Key Words: *Constitutional Court, Portugal, Spain, control, rights, minimum core of social rights, public expenditure.*

Recibido: 16 de marzo de 2015

Aceptado: 31 de marzo de 2015

Legislación

CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN*

SUMARIO

1. Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad.
 2. Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se modifica el Reglamento (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento europeo y del Consejo y de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento y del Consejo, y de la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.
 3. Reglamento (UE) 2015/847 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativo a la información que acompaña a la trasferencia de fondos y por el que se deroga el Reglamento (CE) n. 1781/2006.
 4. Directiva 2014/104/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas 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.
 5. Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.
 6. Directiva (UE) 2015/637 del Consejo de 20 de abril de 2015, sobre medidas de coordinación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE.
 7. Directiva (UE) 2015/413 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2015 por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial.
1. DIRECTIVA 2014/107/UE DEL CONSEJO DE 9 DE DICIEMBRE QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 2011/16/UE POR LO QUE SE REFIERE A LA OBLIGATORIEDAD DEL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD

La necesidad de modificar la anterior Directiva en esa materia, la justifica el agravamiento que se ha producido desde el punto de vista económico, en las conductas fraudulentas sobre rentas no declaradas y no gravadas, en el ámbito de la

* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

Unión Europea. Tales conductas tienen un efecto importante en los ingresos de los países de la Unión, y perjudican gravemente su economía. Y por parte de la Unión, se considera que un intercambio fluido de información, puede contribuir a erradicar este problema.

Por otra parte, se considera también la necesidad de ampliar este intercambio y colaboración en el plano internacional. En tal sentido se prevén fórmulas de convenios bilaterales con EE.UU. al amparo de la OCDE, que desde 2014, estaría creando una normativa con un modelo de acuerdo y un estándar común de información.

La Directiva 2011/107 que ahora se modifica ya contemplaba esta obligación de intercambio de información entre los Estados de la Unión, pero de manera más limitada, solo en el caso de que la información estuviera disponible. Ahora se trata además de ampliar a las rentas y patrimonio la supuesta ocultación de bienes, y de la implantación de un modelo de intercambio automático de información.

Las instituciones financieras han de contribuir a la garantía de esa información colaborando con los Estados miembros, exigiendo estos, una actuación diligente y ordenada a esa finalidad de erradicación del fraude fiscal.

Esta cooperación que regula la Unión se efectúa al amparo del art. 5 del Tratado, por la incapacidad de que los Estados aisladamente puedan conseguir la finalidad prevista, y ateniéndose por tanto al principio de subsidiariedad.

En el art. 1 se sustituye la previsión del art. 3 acerca de la exigencia de disponibilidad de información por parte de los Estados, y se establece un intercambio sistemático de información preestablecida con los estados miembros de la Unión, sin necesidad de autorización previa, fijada a intervalos regulares de tiempo. También se prevé la posibilidad de que algún Estado no desee recibir información sobre alguno de los aspectos contemplados en la Directiva, en cuyo caso rige el principio de reciprocidad, en el sentido de que un Estado que no informe de algún contenido regulado en la Directiva, no recibirá información de los Estados a los que esa información no llegue.

Igualmente, cada Estado ha de adoptar las medidas necesarias para exigir que sus instituciones financieras apliquen la normativa establecida en torno a ese nivel de información, para que quede garantizada su efectividad. Esta información consistirá en los siguientes datos:

Nombre, domicilio, NIF, lugar y fecha de nacimiento, de cada persona.

El número de cuenta o su equivalente funcional.

El nombre o número de identificación de la institución financiera obligada a comunicar la información.

El saldo de la cuenta a final del año considerado, en caso de cancelación de la cuenta, a la fecha de cancelación.

Intereses brutos en relación con los activos, y en función de los diferentes tipos de cuenta.

Se prevé una evaluación de estas medidas que deberá llevarse a cabo en 2017.

La información se debe llevar a cabo como mínimo una vez al año, de un estado a otro, y a través de la autoridad competente en la materia, mediante un formato electrónico normalizado, destinado a esa concreta función.

La información que se transmita, debe ser conocida por la persona interesada, mediante comunicación de la institución financiera, responsable de la información que emite, y deberá ajustarse a las exigencias de la Directiva 95/46/CE, sobre la protección de datos de carácter personal.

En el Anexo se establecen las normas relativas a la manera de facilitar la información. En este sentido, además de los requisitos ya reseñados sobre titular de la cuenta, saldo y liquidación de intereses, se regulan condiciones sobre la diligencia debida en el tratamiento de la información. En principio esta búsqueda de datos se puede llevar a cabo mediante sistemas de búsqueda de archivos electrónicos, para las cuentas preexistentes susceptibles de información, y en el caso de las cuentas nuevas, se exigirá a la persona física, en el momento de la apertura, la información que permita determinar si están o no sujetas a comunicación.

Respecto de las instituciones financieras, no todas ellas están obligadas a facilitar información. No lo están las entidades estatales, los fondos de pensiones de participación amplia, restringidas o de naturaleza estatal, las que presenten un bajo riesgo de utilización para evasión de impuestos, los instrumentos de inversión colectiva exentos, y los fideicomisos en la medida en que el fiduciario de este sea una institución financiera obligada a comunicar información.

La Directiva obliga a los Estados a crear una normativa estatal que garantice la aplicación de este nivel informativo, mediante procedimientos o normas que obliguen a las instituciones financieras a la aplicación efectiva de las medidas. Particularmente se debe garantizar:

- Que las instituciones financieras adopten prácticas tendentes a eludir los procedimientos de comunicación de información y diligencia debida.
- Que las instituciones financieras conserven los datos y registros de las medidas adoptadas y las pruebas empleadas para aplicar los procedimientos.
- Que se regule un procedimiento administrativo para verificar el cumplimiento, por las instituciones financieras obligadas a comunicar información, de los procedimientos de comunicación de información y diligencia

debida, procedimientos administrativos aplicables con una institución financiera obligada a comunicar información cuando se notifiquen cuentas indocumentadas.

- Que se regulen procedimientos administrativos para verificar que las entidades y las cuentas definidas en la legislación nacional como instituciones financieras no obligadas a comunicar información y cuentas excluidas, sigan presentando un bajo nivel de utilización para eludir un impuesto.
 - Que se regulen disposiciones ejecutivas efectivas para hacer frente a los incumplimientos.
2. DIRECTIVA (UE) 2015/849 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 20 DE MAYO DE 2015 RELATIVA A LA PREVENCIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO PARA EL BLANQUEO DE CAPITALES O LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y POR LA QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO (UE) N. 648/2012, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Y SE DEROGAN LA DIRECTIVA 2005/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO Y DE LA DIRECTIVA 2005/60/CE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO, Y DE LA DIRECTIVA 2006/70/CE DE LA COMISIÓN

El Diario Oficial de la Unión Europea publica en fecha de 5 de junio de 2015, la Directiva que modifica un Reglamento y dos Directivas, en un intento de abordar la prevención en materia de utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Así se define en el art. 1 su objeto y ámbito de aplicación, y la actividad del blanqueo de capitales como:

- a. La conversión o transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad o hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que no estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto.
- b. La ocultación o encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, disposición, movimiento o propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad.

- c. La adquisición posesión o utilización de bienes a sabiendas en el momento de recepción de los mismos de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad.
- d. La participación en algunas de las acciones a que se refieren las letras a, b, y c, la asociación para cometer esas acciones, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar, o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.

Extiende el principio de territorialidad en relación con el blanqueo de capitales, aun cuando las actividades de los bienes que han de blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro estado o en el de un tercer país.

En cuanto al concepto de financiación del terrorismo se considera al suministro o recogida de fondos por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 1 a 4 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo.

Las entidades que quedan obligadas por esta Directiva, son las de crédito y las financieras, y como personas físicas o jurídicas en el ejercicio de su actividad profesional, los auditores, contables externos y asesores fiscales, notarios y otros profesionales del Derecho independientes, cuando participen ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente, relativas, a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, apertura o gestión de cuentas bancarias, organización de aportaciones necesarias para la creación, funcionamiento o gestión de empresas, creación, funcionamiento o gestión de fideicomisos, fundaciones o estructuras análogas. También los proveedores de servicios a sociedades, los agentes inmobiliarios y los proveedores de servicios de juegos de azar.

La Directiva concede un margen a los estados en orden a determinar si una actividad puede ser considerada o no posible financiación de terrorismo o de blanqueo de capitales, en función de ciertas variables. Se considera bajo riesgo el de determinados juegos de azar, a excepción de los casinos. Ahora bien, los estados han de justificar ese nivel de riesgo si lo exceptúan de la normativa comunitaria.

El art. 3 define los principales elementos que caracterizan a la Directiva. En primer lugar se considera entidad de crédito a toda entidad que se ajuste a la definición del art. 4. 1. Del Reglamento n. 575/2013, del Parlamento y del Consejo incluidas sus sucursales con independencia de que su administración central esté situada dentro de la Unión o en un tercer país.

Por entidad financiera se entiende toda empresa distinta de una entidad de crédito que efectúa una o varias de las actividades enumeradas en el anexo I de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, incluidas las actividades de los establecimientos de los cambios de moneda, toda empresa de seguros , recogida en la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en la medida en que realice las actividades comprendidas en esta Directiva, toda empresa de servicios de inmersión, conforme a la Directiva 2004/39/CE del Parlamento y del Consejo, toda institución de inversión colectiva que comercialice sus acciones o participaciones, los intermediarios de seguros, las sucursales de las entidades financieras con independencia de donde tengan su administración central.

Por bienes se entienden los activos de cualquier tipo, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos, con independencia de su forma, incluidos la electrónica y la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o su derecho sobre los mismos.

Por actividad delictiva se entiende cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de los delitos graves que consisten en actos de fraude, corrupción, o delitos fiscales.

Por organismo autorregulador el organismo representativo de los miembros de una profesión con competencia para regularlos, ejercer funciones de supervisión o seguimiento, y garantizar el cumplimiento de las normas relativas a ellos.

Por titular real, a la persona que tenga la propiedad o el control en último término del cliente por cuenta de quien se lleve a cabo una transacción o actividad que cumpla determinadas condiciones.

Por proveedor de servicios a sociedades o fideicomisos a toda persona que preste con carácter profesional los siguientes servicios: constitución de sociedades, funciones de dirección o secretaría, provisión de domicilios sociales, ejercer funciones de fideicomisario, o de accionista nominal por cuenta de otros.

Por personas del medio político, a aquellas que desempeñen funciones públicas importantes, enumerándose a continuación las más conocidas.

Los servicios de juegos de azar se consideran aquellos que impliquen apuestas de valor monetario, loterías, casino, póquer, con ubicación física o a distancia, por medios electrónicos o cualquier tecnología que facilite la comunicación a petición de un destinatario del servicio.

La Directiva se considera un contenido de mínimos, susceptible de ser ampliado por los estados, de lo que caso de hacerlo, darán cuenta a la Comisión.

Mandata a la Comisión a la realización de un informe con fecha límite a junio de 2017, acerca del estado de la cuestión en relación con el blanqueo de capitales y

financiación del terrorismo, que se pondrá a disposición de los estados miembros con las correspondientes recomendaciones que proceden según los casos, y que se repetirá cada dos años.

Esa evaluación de riesgos ha de ser utilizada por el estado para adoptar las soluciones que procedan en función del contenido del informe, intentando mejorar las medidas adoptadas para la erradicación del blanqueo y la financiación del terrorismo.

Igualmente los estados adoptaran medidas en relación con las entidades comprometidas en esta actividad, para que colaboren en aquellos factores de riesgo detectados.

La propia Directiva elabora una serie de medidas de aplicación directa a las entidades, en relación sobre todo con el cliente. En el art. 10 se prohíbe el mantenimiento de cuentas anónimas o libretas de ahorro.

En las operaciones financieras de los clientes, han de observarse unas medidas de diligencia, como la identificación personal en trasferencias de fondos que superen los mil euros, la exigencia de comprobación de los datos de los clientes cuando se sospeche del blanqueo de capitales, o de la veracidad o validez de los mismos.

Hay también un cuadro de excepciones que podrán llevar a cabo los estados eximiendo de esas cautelas cuando las operaciones financieras no excedan de los 250 euros, o se trate de adquisidor de bienes y servicios cuya cualificación conste.

Las medidas de diligencia referidas son: identificación del cliente y comprobación de su identidad, identificador del titular real con medidas razonables de comprobación, evaluación sobre la índole real del negocio, y aplicación de medidas de seguimiento continuo.

Estas medidas se llevaran a cabo con anterioridad a la relación de negocio establecida. De ellas se eximen a los profesionales independientes del derecho, a los auditores, contables, y asesores fiscales en su posición de relación jurídica con su cliente.

Los estados han de llevar un registro con información exacta, suficiente y puntual de toda la información sobre la titularidad real de los clientes. Cada estado deberá crear una UIF para prevenir, detectar y combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, que será independiente en el plan operativo, y que tenga acceso a la información producida. Esta Unidades tendrán funciones de análisis de casos individuales y objetivos específicos, y de estrategia futura.

Es evidente que toda esta información ha de estar protegida por el contenido de la Directiva 95/46/CE , además de la obligación por parte de cada estado de cumplir con la legislación estatal en la materia.

Finalmente, se prevé un capítulo sancionatorio para aquellas entidades que debiendo colaborar con los estados en estas medidas, no las lleven a cabo, con la imposición de sanciones a veces muy elevadas, en función de la graduación de las faltas.

3. REGLAMENTO (UE) 2015/847 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 20 DE MAYO DE 2015, RELATIVO A LA INFORMACIÓN QUE ACOMPAÑA A LA TRASFERENCIA DE FONDOS Y POR EL QUE SE DEROGA EL REGLAMENTO (CE) N. 1781/2006

En la misma fecha de aprobación de la Directiva, se aprueba el Reglamento por el que se regula la información que acompaña a la trasferencia de fondos.

Esta información, que aparece ya en la Directiva, consiste en la filiación de la persona que ordena la trasferencia, nombre, número de cuenta, dirección y numero de documento de identidad, nombre del beneficiario, y su número de cuenta.

Para ello, el prestador de los servicios deberá adoptar la debida diligencia en orden a conocer esta información, y no admitir la orden de la operación si no figura el documento con esas exigencias de datos.

Además, este tipo de documentación adquiere en tal sentido la calificación de operación sospechosa, y debe tratarse por los estados en tal sentido.

4. DIRECTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014, RELATIVA A DETERMINADAS 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 UNION EUROPEA

El Diario Oficial de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2014 publica esta Directiva que se basa en los arts. 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea, por la que las autoridades nacionales de la competencia han de garantizar que no se falsee la competencia en el mercado interior.

Los órganos jurisdiccionales han de garantizar el ejercicio de las acciones por daños y perjuicios ocasionados con motivo de las infracciones producidas en estos derechos entre particulares.

En el art. 1 se definen como objetivos y ámbitos de aplicación, el establecimiento de las normas necesarias para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por

parte de una empresa o de una asociación de empresas, puedan ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación. La Directiva viene a regular las normas que coordinan la aplicación normativa sobre competencia por parte de las autoridades en la materia así como la aplicación de estas normas en las acciones por daños ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

El art. 2 define los principales conceptos relacionados con la competencia, el de infracción, infractor, parte perjudicada, órgano jurisdiccional competente, prueba, y otros que acotan materialmente el contenido de este derecho a reclamar. Así, la acción por daños es toda acción conforme al derecho nacional, mediante la cual una parte presuntamente implicada, o una persona en representación de una o varias partes presuntamente perjudicadas, cuando el derecho de la Unión, o nacional prevean esta facultad, o una persona física o jurídica, que se haya subrogado en los derechos de la persona presuntamente perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la acción, presente ante el órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendiente al resarcimiento de daños y perjuicios.

El art. 3 obliga a los estados a velar por el derecho de las personas a obtener el pleno resarcimiento de un perjuicio cuando se les ocasione un daño derivado de la infracción de un derecho de la competencia.

El art. 4 establece el principio de efectividad y el principio de equivalencia consistentes en la obligación por parte de los estados de facilitar el ejercicio de estos derechos y en mantener los estándares nacionales de indemnizaciones por parte de la Unión.

El art. 5 regula la prueba como elemento de garantía en el proceso. Los estados han de velar porque en los procedimientos relativos a acciones por daños y previa solicitud de la parte, los órganos jurisdiccionales puedan requerir las pruebas necesarias para demostrar el derecho de daños. Esta exigencia está sujeta como es lógico a ciertos límites: Que esté justificada la exigencia de esa exhibición probatoria, el alcance y el coste de la exhibición probatoria y el nivel de confidencialidad, que es necesario proteger conforme a la normativa europea de protección de datos de carácter personal.

Por otra parte, se prevén sanciones para el caso de que se destruyan pruebas, o se dificulte su exhibición, negándose sin razón válida.

En el art. 9 se recoge la exigencia de ejecutividad de una resolución firme que con arreglo al derecho nacional sea firme. Y en todo caso, constituirá al menos un principio de prueba para declarar la infracción del derecho de la competencia.

Los plazos para el ejercicio de las acciones tendrán en cuenta las siguientes circunstancias: la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción de

la competencia, que le haya ocasionado un perjuicio real y efectivo, y finalmente la identidad del infractor.

El art. 11 regula la solidaridad y responsabilidad conjunta de las conductas responsables de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del derecho de la competencia, por cuya virtud la persona perjudicada podrá exigir a todas y cada una de las empresas causantes del daño.

A tal efecto se constituyen a la vez una serie de requisitos para que sea posible la responsabilidad del infractor: que su cuota de mercado sea inferior al 5 por ciento y la aplicación de las disposiciones normales en materia de responsabilidad conjunta y solidaria pueden mermar su viabilidad económica y causar una pérdida de todo el valor de los activos.

En cuanto al coste del perjuicio económica y el derecho al pleno resarcimiento, los estados han de velar por su efectividad, de manera que cualquier persona que haya sufrido este perjuicio pueda reclamarlo del infractor ya sea comprador directo o indirecto, y con arreglo a una compensación razonable que no esté tampoco por encima del daño. Ello no evita sin embargo el derecho al daño emergente y el lucro cesante.

La cuantificación del perjuicio ha de atenerse a criterios de racionalidad y justicia, y no debe ser excesivamente difícil para la parte perjudicada la prueba de daños, que admite algunas presunciones clásicas del derecho de daños, como la de que producido el daños y probado este, ha de declararse el derecho a una indemnización.

Finalmente se prevé una solución extrajudicial de los conflictos que planteen las personas perjudicadas. En caso de ser varios codemandados, se podrá proseguir la acción frente a los coinfractores, quedando limitada la acción como es lógico, a la parte no percibida por el demandante.

5. REGLAMENTO (UE) 2015/848 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 20 DE MAYO DE 2015, SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

El Diario Oficial de la Unión Europea publica en fecha 5 de junio de 2015, un Reglamento que regula los procedimientos de insolvencia. Su ámbito de aplicación abarca a los procedimientos colectivos públicos regulados en la legislación en materia de insolvencia y en los que a efectos de rescate reestructuración de deuda o reorganización o liquidación, se desapodere a un deudor de sus bienes y se le nombre un administrador concursal, se sometan a control judicial o se suspendan en pago sus deudas. Se exceptúan de esta reglamento, las empresas de seguros, entidades de crédito, empresas de inversión y organismos de inversión colectiva.

La competencia para el procedimiento de insolvencia corresponde al estado miembro en el que se sitúe el centro de interés del deudor.

Igualmente en el art. 6 se regula la competencia de los órganos jurisdiccionales del estado en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia, para cualquier acción que se derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una estrecha relación con este, como las acciones revocatorias.

La ley aplicable al procedimiento de insolvencia será la del estado en cuyo territorio se abra dicho procedimiento.

Esta ley debe contener al menos las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia, y en particular: los deudores respecto de los que pueda abrirse el procedimiento de insolvencia, los bienes que formen parte de la masa, las facultades del deudor y del administrador concursal, las condiciones de oponibilidad, los efectos del procedimiento de insolvencia, los efectos de apertura de un procedimiento de insolvencia, los créditos que puedan reconocerse, las normas relativas al reconocimiento de créditos, su prelación y las condiciones en que puedan ser proporcionalmente satisfechos, las condiciones y efectos de la conclusión del procedimiento, las costas y gastos, y las normas de oponibilidad a los actos perjudiciales para los acreedores.

La Directiva excluye determinados bienes de la masa del concurso de acreedores, como los que tienen reserva de dominio o un derecho real sobre algunos bienes, y los que afectan a los trabajadores de la empresa sometida a este proceso.

Lo importante en esta Directiva, es la regulación del proceso que afecta al reconocimiento en el ámbito de la Unión, de las consecuencias de una insolvencia de un deudor, a fin de conseguir unos efectos que puedan repercutir en las empresas de otros estados.

Por lo demás, el proceso consiste esencialmente en el nombramiento de un administrador concursal que proceda a la liquidación de los bienes, de conformidad con una prelación de derechos, o según un convenio establecido por los acreedores.

6. DIRECTIVA (UE) 2015/637 DEL CONSEJO DE 20 DE ABRIL DE 2015, SOBRE MEDIDAS DE COORDINACION PARA FACILITAR LA PROTECCION CONSULAR DE CIUDADANOS DE LA UNION NO REPRESENTADOS EN TERCEROS PAISES Y POR LA QUE SE DEROGA LA DECISION 95/553/CE

La protección de una ciudadanía europea exige por parte de la Unión, una serie de medidas legales de protección respecto de terceros países. A ello obedece esta Directiva que en desarrollo del art. 23 del TFUE, adopta las medidas de coordinación

y cooperación que facilite la protección consular de aquellos ciudadanos de la Unión que lo necesiten.

El art. 1 establece los objetivos de la Directiva, como la adopción de medidas de coordinación y colaboración necesarias para facilitar el ejercicio del derecho de los ciudadanos de la Unión, de acogerse en el territorio de un tercer país que no esté representado el estado miembro del que sea el nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier estado en las mismas condiciones que los nacionales de dicho estado, teniendo en cuenta el papel de las delegaciones de la Unión, para contribuir a la aplicación de dicho derecho.

Un estado del que sea nacional un ciudadano no representado podrá solicitar a otro estado, al que este solicite protección o del que reciba, que reenvíe una solicitud con el fin de obtener la protección consular de acuerdo con el derecho y la práctica nacionales.

A estos efectos se considera carencia de representación, si se carece de embajada o consulado, con carácter permanente en dicho país o si no está en disposición de poder presar de manera efectiva la necesaria protección.

La prueba de nacionalidad se llevará a cabo mediante la presentación del documento de identidad.

Esta protección se llevará a cabo en situaciones como la detención o prisión, cuando se sea víctima de un delito, accidente o enfermedad grave, fallecimiento, ayuda o repatriación en caso de emergencia y necesidad de documentos provisionales de viaje.

La coordinación se llevará a cabo a través de los ministerios de asuntos exteriores de ambos estados, que se prestarán la información y medidas de modo reciproco, en función de las solicitud que reciban.

Cuando se trate de una situación de emergencia, se intensificará la colaboración interestatal con medidas del propio estado que solicita la protección, con independencia de la compensación financiera a que haya lugar.

7. DIRECTIVA (UE) 2015/413 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 11 DE MARZO DE 2015 POR LA QUE SE FACILITA EL INTERCAMBIO TRANSFRONTERIZO DE INFORMACION SOBRE INFRACCIONES DE TRAFICO EN MATERIA DE SEGUIRDAD VIAL

La Directiva tiene como finalidad la mejora de la seguridad vial, al facilitar la información sobre infracciones de tráfico y la aplicación de sanciones a conductas que pongan en riesgo la vida de las personas.

Estas infracciones son: el exceso de velocidad, la no utilización del cinturón de seguridad, la no detención ante un semáforo en rojo, la conducción en estado de embriaguez, o bajo la influencia de las drogas, conducir sin casco de protección, por carril prohibido, o usando teléfono móvil durante la conducción.

Los estados miembros intercambiaran los datos que incumben a vehículos y a sus titulares, a cuyo fin designaran un punto de contacto nacional.

Resumen

Este trabajo da cuenta de las principales novedades normativas de la Unión, centrándose en aquellas que han afectado a la materia fiscal, bien en referencia al intercambio de información o a la prevención de actividades delictivas. Asimismo, se atiende a las medidas que han modificado el régimen de daños en materia de la competencia, nuevas normas referidas a la insolvencia, protección diplomática o seguridad vial.

Palabras Clave: Crónica legislativa.

Abstract

This paper takes account of the relevant legislation of the last semester, mainly measures related to fiscal matters, embracing the exchange of information or the prevention of illegal activities. The essay pays attention as well to the new rules of damages in competition law, insolvency law and traffic security.

Key Words: Legislative chronicle.

Recibido: 25 de junio de 2015

Aceptado: 26 de junio de 2015

Foro

PAIDEIA: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA MISIÓN EDUCATIVA DE LA UNIVERSIDAD

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO*

SUMARIO

1. Lo que requieren el honor, la conciencia y la conveniencia.
2. El objetivo educativo de la Universidad.
3. Elogio de la rebeldía.

1. LO QUE REQUIEREN EL HONOR, LA CONCIENCIA Y LA CONVENIENCIA

Muy honrado me he sentido al recibir la encomienda de dictar esta lección inaugural el día en que rendimos memoria al ilustre jurista y canonista que es patrón de nuestro oficio, incluso si el honor se debe no a mis escasos méritos, sino al implacable transcurso del tiempo que ha decretado que sea mi turno en razón de una dudosa virtud, que es la de la antigüedad. El criterio, cuando no justo, al menos es objetivo, y me aferro a él con toda la seriedad que me cabe y la responsabilidad que se merece esta ocasión tan solemne.

Mas por alto que sea el honor, no he de anteponerlo a mi conciencia, pues coincido con Montaigne en que toda persona de honor prefiere perder su honor a perder su conciencia. Y es mi conciencia, y no el honor de la ocasión, la que me lleva a aprovecharme del lugar común que permite que el privilegio de esta lección sea aprovechado para dar gracias a aquellas personas de quienes nos hemos hecho deudores a lo largo de nuestra trayectoria académica en la casa que nos acoge. Hace dos décadas que tuve la suerte de recalar en esta Universidad. Algunos agoreros, que siempre los hay, manifestaron su convicción de que venía de paso. Si su profecía fue cierta, la verdad es que es un paso cansino, tortuoso y poco efímero, aun cuando creamos que veinte años, como dice el tango, no son nada. Lo cierto es que hace tiempo que renuncié a la invitación de la Universidad Complutense, de donde pro-

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Granada. Este texto recoge la lección que el autor impartió en la celebración de San Raimundo de Peñafort. Facultad de Derecho de Granada, 23 de enero de 2015.

cedía, para ocupar una Cátedra, por lo que barrunto que mi permanencia en esta casa ha de ser ya vitalicia y terminal, que no es lo mismo que eterna. Y sin duda me sobran las razones para ello.

En esta Universidad y en esta Facultad he hallado, desde luego, las mejores condiciones para desarrollar mi trabajo y orientar mi actividad universitaria a lo que considero que es su esencia y la mía: la investigación y la transmisión del conocimiento. No solo he encontrado buenos compañeros de tarea en mi Área de conocimiento. Muy pronto se me abrieron las puertas de áreas afines, como Derecho civil y mercantil, donde entablé apenas llegado relaciones amistosas e inquietudes profesionales con Fernando Valenzuela, malogrado amigo, José Luis Pérez Serrabona, Miguel Pasquau o Jochen Albiez. Pero muy pronto esos primeros contactos profesionales desbordaron los límites del Derecho privado. Agradezco en especial la buena acogida de los vecinos internacionalistas y del profesor Liñán, con quien siempre he compartido una muy buena sintonía, que ha minimizado el viejo contencioso de la sala común que denominamos Gibraltar, y nos ha permitido mantener un derecho de paso inocente que es ejemplo que debía cundir en instancias más altas. Otras amistades, como la de Juan López, produjeron algunos daños consecuenciales, pues no supe decirle que no todas las veces que hubiera querido, y al final me implicó en la gestión universitaria más de lo que yo habría deseado. Le agradezco, con todo, que esa implicación me haya proporcionado la oportunidad y el placer de conocer con más detalle y aprender muchas cosas de otras personas y gremios, y guardo en particular un recuerdo impagable de mi compromiso con la Fundación de Práctica Jurídica y el ICAGR.

Sin razones especiales ni afinidades disciplinares, pero sí electivas, he tenido el privilegio de contar, además, con íntimos amigos a veces convertidos en ocasiones en mentores excepcionales. Andrés Sopeña, José Luis Serrano, Miguel Pasquau, Paco Balaguer, José María Pérez Zúñiga o Rafa Barranco, a quien tanto echo de menos, pues no en vano es una de las mejores personas que he conocido en mi vida, han formado parte de una entrañable banda de escritores y aficionados a la literatura que han hecho posible, desde luego, que haya cumplido alguno de mis sueños más químicos. Pero, sobre todo, me han brindado una amistad con momentos entrañables e inolvidables que me atan a Granada más que ninguna otra cosa. Gregorio Cámara, Conchi Rodríguez Marín, María Luisa Palazón o Fran Pertíñez están también en mi lista de imprescindibles afectos, y con ellos he compartido, como digo, momentos magníficos, y algunos un poco extraños, en forma de trova rumana que queda en el secreto del sumario.

A muchas otras personas debo mi gratitud y en algún caso una disculpa. Agradezco a Enriqueta su celo limpiador durante tantos años, y le pido disculpas por lo

que ha sufrido a diario al no poder entrar en mi despacho a pasar la mopa o vaciar la papelera, porque no le dejaba un “huequecillo” para poder limpiar, cosa que espero siga ocurriendo por muchos años. A Miguel y otros ordenanzas su buen humor, su oferta de cigarros puros permanente, y sus palabras francas y llanas cuando me dirigía a la clase. A Chari, Ino y el P.A.S. de Secretaría que siempre me resolvió los problemas con eficiencia y, lo que es más importante, con buen humor. A Bridgit, por su interesante conversación y sus intentos, a veces vanos, para que mi inglés adquiriera una dudosa fluidez. Creo, por cierto, que va siendo momento de que se le conceda una medalla por su contribución a la internacionalización de los profesores de esta casa. Y en el capítulo de disculpas, se las brindo a todos aquellos, que son muchos, a quienes haya podido soliviantar, que ha sido a menudo, con mi carácter norteño, demasiado recio y desabrido para el gentil estilo versallesco de estas tierras. Me he enfrentado con muchos y muchas veces, pero creo que siempre lo he hecho sin dobleces y por diferencia de criterio, y por mi parte nunca he extraído consecuencias personales de tales diferencias. En definitiva, no me siento acreedor de nadie y sí deudor de muchos y pido disculpas a quienes haya podido ofender.

* * * * *

Por respeto al auditorio no he caído en la tentación de torturarles con alguna disertación sobre mi presunta especialidad, el Derecho internacional privado, ya de por sí abstrusa y poco emotiva, que de seguro a ustedes les aburriría y, por añadura, a mí también. Me abstengo, además, para ser consecuente con mi propia concepción de la misión universitaria, que poco tiene que ver con la especialización enfermiza que nos atenaza desde hace ya demasiado tiempo. En consecuencia, he creído más oportuno trasmítirles en ambos formatos una reflexión acaso menos sesuda y más fresca acerca de la misión de la Universidad, que atañe no solo a universitarios y juristas, sino a todo ciudadano que se precie de tal condición. Con ello pretendo captar mejor su atención, es indudable, pero también conmoverles, asumiendo el riesgo poco medido de que pueda incluso conmocionarles, aunque no es mi intención primera. Creo, además, que es una reflexión imperativa por necesaria, y yo diría que vital en los tiempos que nos ha tocado vivir.

No ha sido un año bueno para nuestra Facultad. Sus achaques han obligado a una intervención decidida y bienvenida que rejuveneciera sus estructuras caducas. Hemos tenido que convivir con el polvo y con el ruido. Y es bien sabido que el ruido y la inteligencia no se llevan bien, pues como decía Schopenhauer la inteligencia es una cualidad inversamente proporcional a la capacidad para soportar el ruido. También hemos sobrevivido al fuego, que tristemente arruinó nuestra sala de

lectura y condenó a miles de libros. Y a pesar de todo hemos de abordar el futuro con optimismo y determinación, pues nuestras desgracias no son nada al lado de los males que aquejan a la inteligencia desde antes incluso que se erigieran las paredes del venerable colegio de San Pablo, y aún perviven y amenazan.

Nuestro país ha tenido la desgracia de que la Ilustración nos pasara de largo, como las borrascas que apenas rozan la cornisa cantábrica. De ese mal aún pagamos tributo. Somos país de santos y no de sabios. La sabiduría ocupa el último lugar de las preocupaciones no solo de nuestros gobernantes, sino de nuestros conciudadanos. Hace siglos en Westminster se sepultaba a geógrafos, filósofos y literatos, mientras en nuestras catedrales solo clérigos y nobles sin curriculum conocido obtenían tal honor. Tratamos hoy de dar con los huesos de Cervantes en el lugar más humilde del más humilde templo, mientras que los de Shakespeare reposan en la Holy Trinity Church por su propio deseo, y solo por mor de su epitafio no pudieron trasladarse al rincón de los poetas de Westminster. El rincón de nuestros mejores poetas acaso se encuentre en un muladar anónimo de Víznar, impuesta por el grito de “muera la inteligencia”. Un grito que no es ancestral, pues nuestras propias leyes vigentes sobre propiedad intelectual lo gritan a diario. Y si no matamos a la inteligencia, la derribamos, y en bien de la macroeconomía (que nadie sabe muy bien de qué se trata) enviamos a nuestras mejores cabezas allende nuestras fronteras, sin que a nadie se le escape ni una sola lágrima ni se percate de la infinita desgracia que supone para un cuerpo social perder su cerebro. Así lo han decretado nuestros gobernantes y así lo ha aceptado impertérrita nuestra sociedad. Si, además, el aprendiz de sabio es un servidor público, su condición mezquina casi se transforma en alimaña. Lo que en Francia es considerado un honor, ser funcionario, en España es tenido poco menos que por una vergüenza... «Non olet».

He de anticiparles, con todo, que no soy de los que creen que cualquier tiempo pasado fue mejor, sino más bien de los que aborrecen la nostalgia, que es una forma patética de morir en vida. Y tengo que hacer esta precisión para justificar el propio título de mi discurso, que se inicia con una palabra griega de imposible traducción, que nos obliga a mirar a un pasado lejano para explicar el estancamiento, o la crisis si prefieren, de la misión universitaria. No hemos de mirar al pasado con añoranza, sino con inteligencia, para aprender las lecciones de la historia y averiguar en qué momento del itinerario hemos perdido el camino. Y estoy convencido de que esa palabra griega de tan difícil traducción sintetiza exactamente dónde se encuentra la guía, el faro de luz al que debemos orientarnos para volver a convertir la Universidad en el santuario de la educación bien entendida.

2. EL OBJETIVO EDUCATIVO DE LA UNIVERSIDAD

“Paideia: los ideales de la cultura griega”, es una obra colosal y abrumadora escrita por Werner Jaeger en los años treinta del siglo pasado. Seguramente fue capaz de escribir semejante maravilla porque por aquel entonces no existía la ANECA, el SICA, y otros acrónimos asesinos del quehacer universitario. Además, no había diseñadores de aplicaciones informáticas y los neo-pedagogos esclavos de la semántica parda no abundaban. Sea como fuere, el caso es que Jaeger dedicó a la «paideia» más de mil apretadísimas páginas que difícilmente podría yo resumir en pocos minutos. En esencia, sin embargo, la «paideia» vendría a ser el modelo educativo de los griegos, aunque su significado tal vez vaya mucho más allá de los estrechos términos con que entendemos hoy por “educación”. Los griegos establecieron por primera vez un ideal de cultura como principio formativo. Frente a la exaltación primitiva de los hombres-dioses, metafísica y carismática, la cultura griega antepone su modelo humanista, que hace de la dignidad humana el centro de la construcción de la polis, de la civilización. El antropocentrismo y el humanismo no son, pues, invenciones renacentistas, sino esencialmente una herencia que proviene de la Grecia más antigua. La «paideia» exige la formación en un ideal del ser humano, conforme a su esencia humana, de forma que la educación no es posible, en ningún ámbito, sin que se ofrezca al espíritu una imagen del hombre como debe ser, del hombre que responde a un ideal de virtud o «areté». Grabaron su propósito en los muros del templo de Delfos: “Conócete a ti mismo”. La doctrina de la «sofrosine» exhortaba al visitante a no perder de vista los límites de la esencia humana para construir sobre ella la sociedad ideal.

Los griegos, pues, fueron los precursores de la materia educativa más importante: la formación para la ciudadanía, denostada en nuestros días de manera tan lógica como perversa. Ciertamente, Jaeger nos demuestra que el contenido ético de la educación se modula en la larga historia de la cultura griega. Si en un tiempo primero gira en torno al arquetipo heroico o épico, el ideal de virtud va evolucionando hacia una concepción más doméstica del heroísmo: el trabajo, la disciplina, la estructuración de la conducta ideal a través de intereses colectivos o comunes. La doctrina moral kantiana ya estaba presente, sin duda alguna, en la «paideia» griega. La propia concepción platónica de la justicia se nutre precisamente de la «areté» que resume las exigencias del ciudadano perfecto.

¿Responde nuestra Universidad al ideal educativo de la «paideia»? ¿O acaso es un reflejo de una sociedad en que la dignidad, la libertad y la sabiduría humanas han sido sustituidas por valores contrarios, partidarios de seres humanos ignorantes

de su propia condición, incapaces de distinguir entre la opinión y el criterio, subyugados a la exigencia de su incorporación ciega a los engranajes de una sociedad convertida en mercado? ¿Es el “señorito satisfecho” que describe Ortega y Gasset en “La rebelión de las masas” el modelo ideal de la civilización del siglo XXI?

No conviene exagerar ni caer en los sofismas. Basta con limitarnos a preguntarnos sobre nosotros mismos. Si leemos nuestras famosas guías docentes sobre los objetivos, habilidades y capacidades que buscamos proporcionar a nuestros estudiantes, bastará para que reparemos en la «aurea mediocritas» que nos rodea, tan celebrada por Balzac en su descripción mordaz de la pequeña burguesía.

Lejos del heroísmo griego, el modelo universitario español (y por ende el mal llamado boloñés) se empecina en convertir a nuestros estudiantes en sujetos hábiles en las técnicas de un oficio, como si tal fuera meramente el objetivo de la enseñanza universitaria. La investigación orientada a las exigencias técnicas del mercado ha perjudicado asimismo una visión sintética del conocimiento y ha abundado en una concepción de una Universidad funcional y operativa ahogada en sus propios procesos de autogestión. Hoy la Universidad no es más que una extensión de la enseñanza primaria y secundaria que la precede, y que nos ha llevado a las más altas cotas de estulticia en Europa como atestiguan los últimos informes de la OCDE, y en donde abundan asimismo las habilidades y las capacidades, pero menudean los valores, las visiones amplias y una dimensión esencialmente humana. En el ámbito investigador, la preeminencia de la investigación aplicada y replegada a las exigencias mercantiles ha debilitado una visión del conocimiento que debe ser más omnicomprensiva y a la vez sintética y no perder el rumbo en un caos de dispersión analítica.

Si alguna vez hubiese tenido la oportunidad de sincerarme, habría reconocido que todos esos modelos de acreditación de la ANECA y todas esas habilidades desperdigadas en mis propias guías docentes son, esencialmente, la prueba de una condición mentecata, en su sentido más etimológico. Siguiendo a Ortega, las aplicaciones de ANECA y nuestras Guías Docentes representan “una institución en que se finge dar y exigir lo que no se puede exigir ni dar”, es decir, “una institución falsa y desmoralizada”.

Si alguien me preguntara cuál es la habilidad o el oficio de un jurista, básicamente le contestaría que ser jurista es una forma bastante común de razonar, esencialmente de pensar. Consiste en observar con cuidado unos hechos, calificarlos en categorías prefiguradas a través de un largo recurso histórico, buscar las fuentes en que se contiene su reglamentación, interpretarlas en el sentido más amplio y aplicarlas o invocarlas al caso, según la responsabilidad, habilidad o interés del intérprete. Si a renglón seguido me preguntaran en qué consiste la enseñanza del

Derecho, diría que en transmitir al estudiante las armas y conocimientos para realizar esa operación con los mejores recursos y con la mayor potencia argumentativa. Si me preguntasen, finalmente, cuál es la esencia de la enseñanza universitaria del Derecho, no me conformaría sin embargo con lo que acabo de decir, porque la Universidad ha de ser mucho más que un lugar para la enseñanza de habilidades profesionales si quiere responder a su misión esencial.

Ortega también lo puso de manifiesto en una serie de escritos magistrales en que criticaba los efectos perniciosos de una superespecialización que olvida la esencia de la enseñanza universitaria: mantener la conciencia social del estudiante y su ubicación perenne en la realidad social; que descuida, en suma, la importancia de una cultura general. No abogo, en modo alguno, por la transmisión de los conocimientos básicos o las materias generalistas. No es esa la discusión, sino una forma de transmitir también cualquier conocimiento específico en un marco cultural general. La pedagogía, discúlpennme, no se mide por la habilidad del profesor en el uso de las nuevas tecnologías, como pretenden algunos oligofrénicos. Ese uso es bastante sencillo, por lo demás. Es más, si yo tuviera que medir las cualidades de un buen enseñante, le ataría las manos a la espalda, y frente a sus alumnos le obligaría a ser capaz de mantener su atención y provocar su curiosidad con la única arma de la inflexión de su voz... Pero eso sería tema para otra lección. Me refiero ahora a que la transmisión del conocimiento, y en particular del Derecho, únicamente es eficiente si se puede reproducir un contexto social y cultural, económico, histórico y axiológico y al mismo tiempo dominar el arte del lenguaje oral y escrito. Sin bagaje cultural y dominio del lenguaje no hay jurista a la vista ni profesor que valga.

La Universidad tiende a hacer del profesor y del estudiante “paletos de la ciencia”. Rudolf Virchow, el célebre patólogo y político alemán, entre otras muchas cosas, afirmaba “que aquél que sólo sabe Medicina, ni siquiera Medicina sabe”, y en realidad ésta es una afirmación extensible a cualquier rama del conocimiento. Si lo piensan un poco, jamás habrán conocido a un profesional admirable o a un profesor o a un alumno destacado que no haya tenido un claro perfil interdisciplinar y una loable cultura general... En suma se trata de recuperar el diseño programático de la Institución Libre de Enseñanza en la época de mayor esplendor de nuestro modelo educativo: “la educación, debe, además de facilitar una formación profesional, de preparar científicos, literatos, abogados, médicos, ingenieros” alcanzar “sobre eso, y antes de todo eso, seres humanos, personas capaces de concebir un ideal, de gobernar con sustantividad su propia vida y de producirla mediante el armonioso consorcio de todas sus facultades”.

La realidad humana es demasiado polifacética para poder abordarla desde un único ángulo, y en suma el reto del conocimiento tiene que desbordar necesariamente la pacata pretensión profesionalizante de los planes de estudios. Necesitamos una universidad estudiosa en un sentido mucho más amplio, y necesitamos ese conocimiento para alcanzar su principal virtud, que es la rebeldía.

3. ELOGIO DE LA REBELDÍA

Los griegos tendieron con la «paideia» un puente entre la formación y las exigencias de la ciudadanía, y al hacerlo unieron a la vez la isla del conocimiento con la de la virtud, pues desde Sócrates se conoce como “intelectualismo moral” a la demostración de que, sin conocimiento, la virtud es inviable. La «paideia», pues, exige de la labor universitaria, más allá de la transmisión de conocimientos técnicos o profesionales, el cultivo de la cultura en un sentido amplio y conforme a un ideal ético basado en la esencia de la civilización y de la condición humana. Se fundamenta, pues, de manera primordial en el fomento de un pensamiento libre, que es lo mismo que un pensamiento crítico. Como vaticina Ashis Nandy el futuro de la Universidad depende, esencialmente, de rescatar la pluralidad del conocimiento y especialmente la pluralidad de la discrepancia.

El conocimiento debe ser libre de forma consustancial. La duda es el punto de partida de cualquier método de conocimiento científico, y no sólo desde posiciones cartesianas. Sin el derecho a poner en duda no puede avanzar el conocimiento; sin la negación de los dogmas, prejuicios y paradigmas no hay libertad de pensamiento ni conocimiento posible de la propia esencia humana; sin pensamiento libre, sencillamente, no hay dignidad.

Por desgracia, la ley de las mayorías no rige el conocimiento científico. Con frecuencia, el investigador debe enfrentarse a una mayoría, y se necesitan los arrestos de un salmónido para remontar las corrientes caudalosas. Llegado el caso, se precisan ciertas dosis de heroísmo para enfrentarse a los dogmas, a las creencias mayoritarias sin base científica, a la superstición en una palabra. Frente a una creencia universal, Ignacio Semelweiss descubrió que los restos de sangre y tejidos sobre las batas y en los escalpelos con que los médicos auscultaban a las parturientas provocaban la infección. Descubrió la asepsia, pero murió loco tratando de evitar que las mujeres entraran en su propio hospital, donde morirían de fiebre puerperal. El propio Galileo tuvo la desfachatez de sugerir que la tierra no era el eje inmóvil sobre el que giraba el Universo, y tuvo que desdecirse para seguir coleando sobre ese eje y no seguir los pasos de otros más cerriles, como Giordano Bruno o Miguel Servet,

que se evaporaron con la verdad. No pudo evitar, sin embargo, musitar una verdad rotunda: «*Epur si muove!*»

Poner en cuestión, rebelarse ante la afirmación dogmática, es pues, una cualidad del método científico, pero también es una exigencia de la misión social de la Universidad, que más allá de una corporación de estudiantes y enseñantes debe tender a ser, como decía Francisco Giner de los Ríos “una potencia ética de la vida”. La Universidad no puede estar alineada con ninguna forma totalizadora de pensamiento. Debe enfrentarse sistemáticamente al poder, al Estado, al mercado, a los medios y a toda ideología que pretenda la disciplina generalizada, la imposición del pensamiento único y, en definitiva, la ignorancia social. La rebeldía es, pues, una condición indispensable de nuestro quehacer. En esta misma estancia, hace más de ochenta años, el propio Ortega y Gasset resaltaba la importancia de que la Universidad contara con un fuero propio, “aparte”, cuando no “frente” al Estado. Y resaltaba que la suerte de Europa había sido, precisamente, una emancipación que resultaba de que las tropas de ilustrados hubiesen finalmente triunfado frente a las tropas de mercenarios, mercaderes y peregrinos. Ortega pensaba que dicho triunfo estaba en entredicho en su tiempo y alentaba a mantener una pugna desigual. En la actualidad, en su ensayo sobre “El naufragio de la Universidad” Michel Freitag insiste en la misma idea y en la misma perspectiva histórica del papel de la Universidad en la Modernidad, en la medida en que ha conseguido funcionar como un “Estado dentro del Estado”, incluso en épocas autoritarias, y estima que “no se pueden juzgar los problemas que afronta la Universidad, ni el sentido de su desarrollo, sin juzgar también el sentido en que la sociedad se encuentra comprometida con los cambios contemporáneos. En efecto, nos dice, una de las tareas principales de la Universidad es precisamente la de ser el lugar donde se pueden elaborar las condiciones de semejante juicio de valor sobre los fines de la sociedad, y esto en la medida en que representa la instancia institucional privilegiada (e incluso, sin duda, la única) en la que el desarrollo y la transmisión de los conocimientos y destrezas particulares pueden todavía ser orientados por una reflexión que permanezca comprometida con la investigación de una visión de conjunto, crítica y siempre dinámica. Y esta crítica no puede estar separada de una reflexión sobre lo que es una sociedad aceptable, una ‘buena’ sociedad”.

Mucho me temo que, desgraciadamente, en nuestros tiempos las tropas de estudiosos hemos sucumbido ante la pujanza del poder, de los medios, del mercado, de lo que Ortega denominaba, con dolorosa actualidad, la chabacanería nacional, caracterizada por una forma particular del ejercicio del poder público demasiado extendida. La ignorancia alimentada de forma consciente o inconsciente impone

hoy a nuestro alrededor, en momentos críticos, la aceptación pusilánime de un pensamiento único, un escenario inamovible, una política inevitable, no sustentada en idea alguna, sino en una única idea. Lamentablemente, la Universidad permanece tan anonadada como el ciudadano, impasible, resignada... Es, quizás, un reflejo o espejo de la sociedad, con sus virtudes o sus defectos. El profesor nunca debería haber perdido la condición de maestro, y la Universidad debería ser una escuela de conocimientos y de virtud, donde la integridad, la honradez y el esfuerzo de los enseñantes fueran el espejo en que los estudiantes pudiesen hallar un modelo de virtud. En lugar de eso, con demasiada frecuencia los corrompemos, involucramos a sus representantes en nuestras misérrimas pugnas políticas, y les enseñamos el juego de la política vil y con minúsculas, ofreciéndoles carguitos y prebendas a cambio de unos votos necesarios para ocupar parcelas de "poder" en un claustro. Provocamos la vergüenza ajena de los proveedores o funcionarios encargados de tramitar disposiciones de dinero público con gastos injustificables en términos morales. Ofrecemos un trato al alumno o al personal no docente displicente o falso de respeto... Con demasiada frecuencia, la Universidad se muestra igual de chabacana que la sociedad, con la misma asiduidad con que estas cosas acontecen más allá de nuestros edificios universitarios...

Y, sin embargo, la Universidad no debería ser un trasunto de la sociedad, sino su conciencia crítica, su más implacable acusador, la hoguera donde se avivaran las conciencias y se reafirmara la negación, la oposición, la acusación con los fundamentos del criterio, del pensamiento, de la virtud... La Universidad debe ser la cuna de la rebeldía, que no es lo mismo que la rebelión. La rebeldía es intelectual, anímica, espiritual, individual (frente a la rebelión que es física, colectiva y material) y se alimenta exclusivamente de la conciencia crítica, del pensamiento libre, del criterio, y no del slogan o la manipulación de las masas y de la opinión pública.

Señalaba el gran Gustavo Flaubert en una de sus cartas, que hubo un tiempo, entre Cicerón y Marco Aurelio, en que el hombre fue libre, justo cuando los dioses habían desaparecido y Cristo aún no había aparecido... Y resulta difícil negarle cierta razón. La historia del pensamiento libre es dramáticamente corta. El dogma, y fundamentalmente el dogma religioso, ha sido históricamente el lastre de un pensamiento libre. No en vano, Baruch Spinoza se abstuvo de publicar en vida sus maravillosos planteamientos filosóficos, abiertamente panteístas, que le hubiesen costado precisamente la vida. Spinoza utilizó cierta encriptación en sus textos para ocultar su agnosticismo y, seguramente, su ateísmo. Evitó publicar en vida su "Ética", pues su obra era demoledora de los dogmas, esencialmente de los dogmas religiosos. Para él el hombre no era más que la conciencia de la naturaleza y su esencia radicaba

precisamente en el conocimiento. No vamos a sembrar el discurso de mártires bien conocidos, pero sí conviene decir que el dogma o la creencia religiosa no fueron de por sí enemigos del conocimiento. El sentimiento religioso es tan legítimo como el pensamiento libre y no debe ser necesariamente separado de él. El enemigo del conocimiento no ha sido nunca ese sentimiento por sí mismo, sino el poder que impuso sus dogmas por la fuerza, lo utilizó y sembró el terror al libre pensamiento, hasta que el humanismo renació tímidamente y nos llevó hasta la Ilustración y la Edad Moderna.

Stephen Greenblatt, Erasmo de nuestro tiempo en la Universidad de Harvard, ha expuesto esta idea hace poco más de un año, de forma aparentemente metafórica, en un libro delicioso que cualquier mente inquieta debería leer. En su obra “*The Swerve*”, traducida en español como “*El Giro*”, nos ofrece un viaje apasionante. El Giro gira a su vez sobre la influencia en el devenir de la historia del descubrimiento a principios del siglo XV, por un humanista italiano y cazador de libros (Poggio Bracciolini), de una obra de la Antigüedad que se creía perdida: “*De rerum natura*”, de Tito Lucrecio. En los anaqueles polvorientos de una abadía centroeuropea, Poggio Bracciolini rescatará del olvido este poema filosófico que encarna con elegancia el pensamiento epicúreo, lo copiará y provocará una resurrección afortunada de la obra, que impregnará la cosmovisión de artistas y pensadores, contribuyendo de forma decisiva al final de la Edad oscura y al advenimiento del Renacimiento. Tres cuartas partes de la obra dedica Stephen Greenblatt a dibujar con precisión de un Leonardo el contexto histórico de tan singular descubrimiento. Nos remontamos al fin de la Antigüedad clásica y al advenimiento de la Cristiandad, al ocaso de una época luminosa en que el saber fue llevado a la hoguera por la superstición («*religio*») dando paso a una edad oscura en la que buena parte del legado de la Antigüedad pereció carbonizado por el polvo, los parásitos y el fuego. Son páginas fascinantes que nos hablan de los albores de la humanidad, de la evolución de ese instrumento poderoso que era el libro, de la creación de las primeras grandes bibliotecas y de su destrucción, del papel de los amanuenses en los monasterios y abadías olvidadas de media Europa... No falta la emotiva referencia a Hypatia de Alejandría, cuya personalidad supo poner de relieve la parábola de nuestro cineasta Amenábar. Y se detiene en el tránsito hacia una época en que apenas las brumas que cubren el conocimiento empiezan a disiparse con la labor de un puñado de humanistas curiosos. Entre ellos, un secretario papal, buen conocedor de las iniquidades de esa “fábrica de las mentiras” que era Iglesia de Roma, inicia una peripecia vital que por casualidad le llevará al monasterio de Saint Gall, a poca distancia de Constanza, donde meses antes el cisma se había resuelto con la deposición de Juan XXIII, llevando al

ávido buscador de libros al paro. Despreciadas por los monjes, Poggio encontró algunas maravillas y, entre ellas, un ejemplar de la obra de Tito Lucrecio que durante siglos se había dado por perdida: "De rerum natura".

"De rerum natura" fue escrita justamente en la época mágica que describía Gustavo Flaubert. En el siglo I a.C., Tito Lucrecio dio a luz este extenso poema, admirado por sus más preclaros contemporáneos, que encierra una filosofía natural y moral de una actualidad pasmosa. Hemos tenido que esperar a Einstein o a Hawking para confirmar las teorías sobre la materia, el universo, la energía y el átomo, que Tito Lucrecio expresaba con una convicción sobrecogedora. El propio Newton sabía que con las herramientas disponibles en aquella época resultaba imposible una comprobación empírica de aquellas hipótesis, pero al mismo tiempo reconocía la enorme influencia que habían tenido, dieciséis siglos después, para que fueran consideradas como plausibles por científicos capaces de corroborarlas.

Más influyente fue aún el epicureísmo radical de sus planteamientos morales. Claramente agnóstico (los dioses, si acaso existen, no se ocupan de los mortales), el pensamiento de Lucrecio trataba de emancipar la conducta humana de todos los miedos que amenazan con atenazarla: el miedo a los dioses, al poder, a la muerte, a la otra vida, al castigo. El camino de la libertad es el camino del placer, un placer bien entendido, sereno, ordenado, en que la amistad y la búsqueda del conocimiento son el bálsamo para crear seres humanos en toda su extensión, capaces de afrontar con serenidad el dolor y la muerte.

Semejantes creencias, enterradas por siglos de opresión política y religiosa, renacen con el descubrimiento de Poggio. Las copias de la obra de Lucrecio se desparraman por las Cristiandad e iluminan a artistas como Boticelli, cuya obra "La Primavera" es un homenaje a los primeros versos de "De rerum natura". Obsesionan estos versos a pensadores como Montaigne, desconciertan a profundos cristianos como Tomás Moro y a humanistas como Erasmo, llevan a la hoguera a genios como Giordano Bruno o amenazan a otros menos desafiantes como Galileo. Algunas copias adornan los estantes de Quevedo o de Shakespeare, y acaban por encender la chispa de las revoluciones que alumbran la Modernidad. La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos fue fruto de la inspiración de Thomas Jefferson, que guardaba en su biblioteca cinco ediciones latinas de la obra de Lucrecio, y cuyo epicureísmo reconocía en una carta escrita a las puertas de la muerte a su buen amigo, y también presidente, John Adams. Ese epicureísmo le llevó a introducir en aquél documento político de primera magnitud el deber del Gobierno de proporcionar no sólo seguridad y libertad a los ciudadanos, sino también "la búsqueda de la felicidad", síntesis programática del epicureísmo y del Estado del bienestar.

Hasta aquí una bella y entretenida historia. Pero hay algo más. El libro de Stephen Greenblatt también encierra a mi juicio algún enigma, y su impacto es mayor por lo que su ensayo tiene de actualidad y trascendencia política. La crisis que hoy atenaza al mundo occidental no sólo es económica: es también una crisis de valores que amenaza con devolvernos a la edad oscura y destruir los cimientos del mundo moderno que nace del Renacimiento, se consagra en las revoluciones de la modernidad y concluye con la consecución del Estado epicúreo del bienestar. Ignorancia, enfermedad y hambre son los tres enemigos de la felicidad epicúrea. La crisis ha traído la necesidad, el hambre, la desigualdad, y el poder amenaza con destruir los otros dos pilares de la felicidad: la salud y la educación. Quienes ostentan el poder y nos privan de nuestros bienes se sirven para ello de la ignorancia, de la visión simplista y única, de la falsa creencia en que no hay otra opción que la austeridad, el mercado, el pensamiento único. Si leemos a Lucrécio, repararemos en la falsedad de tal simplicismo. Los átomos son caprichosos y la realidad mutante, no hay dogmas para la naturaleza y toda la materia muta y cambia en giros caprichosos, edificando la posibilidad. Si Jefferson levantara la cabeza, se sorprendería de la involución de nuestros días y acaso se lamentaría amargamente del triste destino de su ideal epicúreo.

Las legiones de mercaderes, peregrinos y mercenarios están ganando la partida a la legión de estudiosos que celebraba Ortega. El ideal del bienestar y libertad, conquistado frente a ellos por una Europa culta, está en grave riesgo. El crimen de lesa majestad contra la Universidad y la Investigación, contra el saber, se está cometiendo hoy ante nuestros ojos, sobre la base de excusas económicas carentes de fundamento alguno en los principios más elementales de la ciencia económica, obedeciendo simplemente a intereses espurios. Necesitamos, más que nunca, que la Universidad se rebele, con sus maestros a la cabeza, y que lo haga elevando la voz y haciendo llegar la verdad más allá de sus recintos, educando a los jóvenes en un ideal de virtud que desenmascare y aplaste, como clamaba Voltaire, al infame y a la superstición, fundada hoy sobre el temor económico. Precisamos, más que nunca, una defensa numantina de la educación universitaria, pública y en igualdad de oportunidades, de la defensa a ultranza de la investigación y la innovación como único futuro. Pero, sobre todo, necesitamos volver a recuperar un modelo educativo, una «paideia», que forme no sólo profesionales, sino hombres libres, cultos y críticos. Ninguna ley ni ningún plan es en sí mismo capaz de evitar que lo hagamos, por muy difícil que sea la tarea.

Por ello me gustaría contagiarles un sentimiento de optimismo. La Universidad está herida de gravedad, pero no está muerta. Sabemos que está en peligro alguno de sus pilares fundamentales, y en particular su dimensión más social. El poder

puede ahogar su economía, arruinar sus quehaceres investigadores, desincentivar a sus servidores, pero el poder es más efímero que la esencia del ser humano. Somos lo que somos porque a diferencia de otras especies tenemos una habilidad infinita para ser curiosos y preguntarnos dubitativos el porqué de las cosas. Es el afán de conocimiento la única cualidad que nos hace humanos, y mientras seamos humanos dicha cualidad triunfará, y la rebeldía estará garantizada. Tal vez, como escribí hace unos años, hoy no haya rosas en el jardín y nosotros desaparezcamos sin ver cómo brotan esas rosas y no consigamos volver a ver una Universidad sabia o libre, pero con suerte nuestros nietos sí volverán a conocer una Universidad así, y acaso añorarán lo que nosotros sentimos cuando con rebeldía luchamos cada día, cada hora, cada minuto, por esa sabiduría y esa libertad, a sabiendas que sólo ellos conocerían el color de la rosas.

Muchas gracias

Resumen

El presente texto recoge la lección expuesta por su autor en la celebración de San Raimundo de Peñafort, en la Facultad de Derecho de Granada, el 23 de enero de 2015. A través del concepto clásico de «paideia» propone superar la crisis que afecta a la Universidad, mediante la recuperación de un espíritu rebelde que convierta nuevamente la tarea educativa en una actividad centrada en potenciar la libertad humana.

Palabras Clave: «Paideia», Universidad, educación, libertad.

Abstract

This paper is the lecture given by the author on the celebration of San Raimundo de Peñafort, at the Law Faculty of the University of Granada, January the 23th, 2015. Using the classic concept of «paideia», professor Sánchez Lorenzo encourage to overcome the actual crisis of the University, recovering a rebel spirit that puts human liberty at center of the education.

Key Words: «Paideia», University, education, liberty.

Noticias de libros

NOTICIA DE LIBRO: PETER HÄBERLE, VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT – VERFASSUNGSPROZESSRECHT. AUSGEWÄHLTE BEITRÄGE AUS VIER JAHRZEHNTEN, DUNCKER & HUMBLOT, 2014, 270 PÁGINAS

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ*

El libro del que doy noticia recoge los trabajos de Peter Häberle relativos a la jurisdicción constitucional, escritos a lo largo de cuarenta años. Cumple así este volumen una doble función: ofrece una visión general sobre la construcción y el desarrollo del pensamiento de nuestro autor durante su trayectoria académica; además, al dar una perspectiva temporal tan amplia, gana el lector una mirada panorámica sobre el problema clásico de los tribunales constitucionales, a la luz siempre del Tribunal Constitucional Federal alemán (desde ahora TCFA) como modelo de referencia.

Este volumen puede leerse, partiendo de los dos primeros ensayos, para luego saltar al último y finalmente volver sobre los restantes trabajos. En los escritos iniciales se plantean las tesis que el profesor Häberle formula a mediados de los setenta (“Problemas principales de la jurisdicción constitucional” y “Jurisdicción constitucional entre política y ciencia jurídica. La jurisdicción constitucional como actor político”). El último trabajo, de 2013 (“El Tribunal Constitucional Federal Alemán -una lectura de sus sesenta años de actividad”), esboza las que serían las principales “controversias” a las que se enfrenta hoy la jurisdicción constitucional. Entre medias, encontramos una serie de estudios que concretan los presupuestos anticipados en las páginas iniciales.

En mitad de la década de los setenta, cuando el TCFA ya había terminado su fase de consolidación y Alemania se sumergía en los años de plomo que seguirían al mayo del sesenta y ocho, Peter Häberle coordina un libro en el que selecciona ensayos relativos a la jurisdicción constitucional y para el que elabora un largo prólogo, titulado “Problemas fundamentales de la jurisdicción constitucional”. Su punto de

* Prof. Titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada.

partida, recogiendo explícitamente el debate que dominó Weimar y que permaneció sin solución de continuidad con la Ley Fundamental, no fue otro que la relación dialéctica entre derecho y política, la cual condicionaba todos los elementos que caracterizaban y caracterizan a los tribunales constitucionales: el modo de elección de los jueces, los métodos de interpretación, las decisiones “por principios casi políticos” o la naturaleza del derecho constitucional procesal. Sin embargo, Häberle rompe con esta visión dualista que amenazaba con arrinconar el concepto de justicia constitucional en el “dogma de una jurisdicción constitucional apolítica que aplica una Constitución apolítica” (p. 19) y sugiere que la cuestión no es tanto plantear una alternativa entre derecho y política, sino “qué política van a desarrollar los jueces constitucionales a través de la interpretación jurídica de la Constitución” (p. 19).

En efecto, el Tribunal Constitucional hace política. Häberle alcanza esta conclusión desde dos premisas. Primera, la jurisdicción constitucional incide sobre el proceso político. Segunda, y esta es la idea original de Häberle, los dos conceptos de Constitución que fomentaron la dicotomía entre derecho y política, el positivista de Kelsen, y el formalista de Schmit/Forsthoff, carecen de utilidad para explicar el nuevo constitucionalismo postbético. Es preciso, por tanto, categorizar la jurisdicción constitucional desde un nuevo concepto de Constitución, y Häberle apela a la “Constitución como proceso abierto”, teoría a la que había dedicado toda una década de trabajo para intentar una profunda revisión democrática del derecho constitucional alemán. Así las cosas, la función de la jurisdicción constitucional es “actualizar la Constitución sobre la dinámica del proceso social”, “amparar y dirigir dentro del marco constitucional los procesos de desarrollo social que se manifiestan en el procedimiento judicial” (p. 24). En estas circunstancias, lo característico del modo de hacer política del tribunal reside, a diferencia de los otros órganos del Estado, en el modo de actuación (la interpretación constitucional, lo que le distinguía del legislador y el ejecutivo) y en su actuación ordenada por un derecho procesal “autónomo”, que opera con principios singulares (dato que lo separaría de la jurisdicción ordinaria).

Respecto a la interpretación constitucional, el Profesor Häberle se aparta desde el principio de los caminos generalmente seguidos por la doctrina de entonces y renuncia a reflexionar sobre las características de los principios interpretativos y los criterios para su uso correcto. La excepción, como es sabido, consiste en su genuina apelación a la comparación como quinto método interpretativo, que, curiosamente, no encuentra un lugar específico en este volumen, pues normalmente Peter Häberle ha considerado este asunto materia propia de la teoría de la Constitución. El problema de la interpretación pasa en verdad por destacar el carácter del Tribunal

Constitucional como intérprete supremo, pero no exclusivo, de la Constitución. El carácter supremo conlleva una serie de consecuencias institucionales, en especial la toma en consideración de los efectos de sus decisiones, la valoración del ejercicio de sus competencias y las consecuencias que han de tener sobre su relación con los otros poderes (que también interpretan la Constitución). La naturaleza no exclusiva de la interpretación, en el contexto de una comprensión de la Constitución como proceso abierto, conduce a la necesaria conformación de un derecho procesal que tenga los instrumentos necesarios para potenciar la recepción de las distintas perspectivas sociales. No extraña en este sentido, que el libro, ajeno al tratamiento individualizado de los procedimientos, sin embargo, dedique un ensayo al recurso de amparo.

El derecho procesal constitucional y su autonomía es uno de los temas principales de este libro. En sus primeros ensayos es obvia la voluntad de Peter Häberle de romper con cualquier intento de traer al funcionamiento del Tribunal Constitucional los principios y reglas clásicos del proceso ordinario (p. 33). Considera que existen principios propios y que además están constitucionalizados. Así, da un elenco en la página 35, donde destacan: el principio del pluralismo, que debe facilitar la apertura del proceso; el principio de la protección de la minoría, que se manifiesta no solo en la tutela de los derechos fundamentales como objeto principal de la justicia constitucional, sino también en la elección de los jueces con mayorías reforzadas e incluso el lugar de los partidos políticos en el proceso judicial.

La jurisdicción constitucional ordena procesos sociales en incansable cambio para lo que se vale de la interpretación y del derecho procesal, que a fin de cuentas han de marcar el estatus del Tribunal en relación con los restantes órganos del Estado. Esta fue la tesis con la que Peter Häberle quiso afrontar los impulsos que pretendían despolitizar la jurisdicción constitucional y recluirla en el espacio típico de la jurisdicción ordinaria. ¿Cuáles son las controversias contemporáneas, cuarenta años después? El último ensayo del libro ofrece una interesante panorámica: la elección de los jueces, para la que, sin negar el lugar que corresponde a los partidos, reclama más transparencia; la puntual función constituyente que conllevan las decisiones jurisdiccionales; las decisiones de principios, que no solo resuelven una controversia, sino que intentan marcar la subsiguiente actividad legislativa; la articulación constitucional del proceso de integración, que oscila entre la simpatía con Europa, hasta la delimitación de límites deducidos del concepto de soberanía; la ausencia de suficientes citas cuando se toman claramente ideas de determinados autores; el déficit de comparación jurídica, prescindiendo casi en absoluto de las posiciones de otros tribunales constitucionales; y la aplicación creativa del derecho procesal.

**NOTICIA DE LIBRO: XABIER ARZOZ SANTISTEBAN,
LA CONCRETIZACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, CENTRO DE
ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES,
2014, 372 PÁGINAS**

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ*

SUMARIO

1. ¿Necesitamos una teoría general de los derechos fundamentales?
2. ¿Es posible una teoría general de los derechos fundamentales?
3. El lugar del artículo 10.2 de la Constitución en la teoría general de los derechos fundamentales.

1. ¿NECESITAMOS UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

El estudio del derecho en la Europa continental ha estado siempre dominado por la vocación de producir una teoría general, cuya función sería capital en la aplicación de normas pues, de un lado, propiciaría la adecuada comprensión de una disposición jurídica ante una controversia específica, y, de otro, permitiría extender su sentido ante fenómenos imprevistos. En la búsqueda de la teoría general no reside una voluntad especulativa, sino que en verdad, haciendo bueno el axioma de que no hay mejor práctica que una buena teoría, late el interés por dotar de un método a la ejecución del derecho, camino que a la vez abre la vía para controlar a los responsables de esa labor. En definitiva, la teoría general contribuye a eliminar la arbitrariedad del poder público en la aplicación del derecho; o, dicho de otro modo, fomenta la igualdad y la libertad.

Desde que en el orbe político se planteó la posibilidad de sujetar el poder a normas, la dogmática constitucional no ha sido menos y en la aplicación de la Constitución, cuando ha sido exitosa, siempre ha reivindicado la racionalidad de su labor interpretativa en tanto que dominada por conceptos, que surgían del

* Prof. Titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada.

texto y a su vez volvían a él para darle un sentido pleno. Pero de todos las ramas, el derecho constitucional es la que padece en mayor medida el riesgo de que lo irracional irrumpa quebrando las aspiraciones de coherencia y sistematicidad, pues su objeto de ordenación, el poder, conlleva en su propia naturaleza un ímpetu de dominio cuya neutralización es siempre coyuntural. De este modo, frente al dilema clásico de la tensión entre norma y realidad, en el derecho constitucional se vive la dificultad añadida de valorar la oportunidad de abordar la interpretación de la Constitución como un todo cuyas piezas han de encajar en armonía o bien cortar por la tangente del pragmatismo e ir resolviendo controversia a controversia, renunciando a la pulcritud de la dogmática en favor de soluciones que promuevan la integración política.

El ámbito de los derechos fundamentales es un espacio donde este panorama se muestra con toda su crudeza. El artículo 53.1 de la Constitución invita a pensar en una teoría general de los derechos fundamentales, dado que diseña un régimen jurídico común en lo referido a sus garantías (reserva de ley, contenido esencial y tutela judicial). La doctrina ha cogido el guante y los manuales al uso esbozan siempre un estudio general antes de afrontar cada uno de los derechos; y en consonancia, ya existe un cuerpo significativo de trabajos monográficos que afrontan el reto. Sin embargo, más allá de las garantías, el resto de piezas parecen quedar disperso e incluso silente –el propio concepto de derecho fundamental, la titularidad, el obligado, el ámbito de protección o los criterios de imputación–. Más aún, algunas disposiciones constitucionales invitarían a un tratamiento singular puesto que avanzan límites específicos según cada derecho. No en vano, el estudio monográfico de los derechos fundamentales ha sido mucho más abundante, lo cual no ha de sorprender, pero sí que en ocasiones ni siquiera se considere necesaria una teoría general preliminar.

¿En qué lugar se sitúa el profesor Xabier Arzoz, catedrático acreditado de derecho administrativo y actualmente letrado del Tribunal Constitucional? Es indiscutible que en los dos primeros capítulos (Concretización y Constitución/ Mapa analítico de la concretización de los derechos fundamentales) hace presente una reflexión en clave de teoría general, impulsada por la formulación del problema central de su libro: “Si la interpretación consiste, en general, en atribuir significado a un enunciado normativo, en relación con los derechos fundamentales persigue específicamente establecer el supuesto de hecho de la disposición constitucional que reconoce el derecho, es decir, determinar el ámbito constitucionalmente protegido, e identificar y establecer el alcance de las limitaciones

previstas en la propia disposición o deducibles de otras disposiciones del texto constitucional” (p. 35).

2. ¿ES POSIBLE UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

El profesor Arzoz conoce bien y expone con una sencillez envidiable los términos que han dominado la discusión española en torno a las categorías generales de los derechos fundamentales. En mi opinión, la lectura del capítulo segundo traza espléndidamente la dicotomía entre aquellos que han defendido una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales y los que han sostenido una vinculación flexible. Los primeros entienden que la ley simplemente hace expresa una delimitación ínsita a las disposiciones constitucionales, de suerte que es inviable plantearse la hipótesis de la limitación legislativa. A nadie se le escapa que la piedra de toque de esta posición radicaría en la precisa delimitación el ámbito de protección, tarea en la que se vaciaría todo el esfuerzo interpretativo de la disposición constitucional, sin que hubiese un lugar ulterior para operaciones estructurales, como el recurso a la proporcionalidad. La segunda corriente apuesta por una labor mucho más rica del legislador, que, tomando en cuenta otros bienes constitucionales, estipula los contornos del derecho potenciando ciertas conductas o excluyendo otras. El control jurisdiccional de esta tarea legislativa se desarrolla con un primer paso que define en términos amplios el ámbito del derecho, para, en un segundo escalón, evaluar la intervención legislativa bajo el prisma del contenido esencial y, sobre todo, del principio de proporcionalidad.

El profesor Arzoz se inserta en esta segunda perspectiva, aunque parece que más bien lo hace por desconfianza en la primera, de la que concluye que está llena de dificultades que conducen al riesgo de “una definición casuística y tendencialmente restrictiva del derecho” (p. 79). Hubiera merecido la pena que el autor se fajase más en esta crítica doctrinal¹, porque no parece difícil atribuir esos mismos riesgos a la dogmática que él defiende, cuya práctica, al menos en la de nuestro Tribunal Constitucional, gira hoy día casi absolutamente en torno al principio de proporcionalidad, categoría sometida también a severas críticas² que señalan igualmente su

¹ E-W. BÖCKENFÖRDE, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, *Der Staat*, 42, 2003; W. KAHL, “Von weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt”, *Der Staat*, 43, 2004, 2.

² J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, “El Tribunal Constitucional, la ley y el principio de proporcionalidad”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 10, 2010; y K. MÖLLER, “Proportionality: Challenging the critics”, I-Con, vol. 10, núm. 3, 2010.

falta de previsibilidad. A fin de cuentas, allí donde nuestro Tribunal ha apostado por construir conceptos, el debate ha sido, en efecto, mucho más arriesgado, pero también infinitamente más rico (estoy pensando a título de ejemplo en dos doctrinas clásicas del Tribunal, cuando la proporcionalidad no había colonizado su jurisprudencia: la preferencia de las libertades de expresión y de información sobre el honor, la intimidad y la propia imagen; o la teoría de la representación que da el mandato al cargo electo por encima del partido).

La insatisfacción que genera el principio de proporcionalidad torna en inquietud cuando se lee el capítulo tercero del libro. En él, Arzoz se deshace de los neoprincipios que han querido arrimarse a la interpretación constitucional (unidad de la Constitución, principio de concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora e interpretación restrictiva de los límites a los derechos fundamentales), bien porque son redundantes con los principios clásicos, o bien porque la jurisprudencia no ha sido capaz de darles un contorno claro. Se queda, y me parece un movimiento correcto, con los cánones tradicionales recogidos en el Código Civil, a los que reconoce sustancia constitucional (p. 125 y ss.) o, un carácter "elemental" (p. 128), casi de sentido común. Ahora bien, es consciente de la inexistencia de reglas para el uso preferente de uno u otro canon tradicional. Y es aquí donde emerge la inquietud: si la determinación del ámbito de protección se deja a una panoplia de cánones tradicionales entre los que no existe jerarquía y su proyección sobre el legislador queda en manos del principio de proporcionalidad, ¿tenemos un método consistente?, ¿resiste la teoría general frente a oleaje de la casuística?

3. EL LUGAR DE ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tengo para mí que el profesor Arzoz sabe de las insuficiencias antes señaladas y en cierto grado seguro que también vive bajo la inquietud dogmática. Esto explica en parte las excelentes páginas que dedica en el capítulo cuarto al estudio del artículo 10.2, sin duda las mejores del libro³, y que parten de una premisa rotunda: "El instrumento hermenéutico consagrado en el art. 10.2 CE posee una naturaleza

³ El capítulo quinto, dedicado a la relevancia del derecho de la Unión en la interpretación de los derechos fundamentales, ofrece una imagen un tanto inacaba, de trabajo en progreso. Es más, recientemente el profesor Arzoz ha recibido el Premio Lorenzo Martín Retortillo, de próxima publicación por el INAP, por el excelente libro que lleva por título *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*. En mi opinión, este segundo texto ha de leerse como una continuación imprescindible del que ahora estoy comentando.

diferente de la de los cánones tradicionales de interpretación acogidos en el art. 3.1 CC [...], no se confunde con los criterios tradicionales de interpretación, sino que por su carácter de regla preferente se impone al juego ordinario y ponderado de dichos criterios” (pp. 160 y 161). La apertura que propicia el artículo 10.2 salvaría en parte las incertidumbres señaladas, pues la Constitución pasaría a ser “una norma de mínimos en materia de derechos fundamentales” (p. 225 y ss.), sobre la que se proyectaría, en su caso, la mayor protección del derecho internacional, en especial el CEDH, actualizando el contenido del derecho reconocido en la Constitución (p. 177 y ss.). Por lo demás, el artículo 10.2 de la Constitución cumpliría también una función de coordinación con las realidades constitucionales de nuestro horizonte (p. 182 y ss.), que, en mi opinión, señala la línea por debajo de la cual el resultado de la interpretación es irrazonable.

En suma, podríamos concluir que el libro de Arzoz nos invita a pensar que las insuficiencias de la teoría general serían recomuestas o al menos minimizadas en el contexto de una aplicación multinivel que marcaría las fronteras de la interpretación aceptable, una vez utilizados los cánones tradicionales y el principio de proporcionalidad. Llegados a este punto es muy importante, tal y como hace el libro (p. 181), recordar que cabrían otras posibilidades de actualización de los derechos fundamentales, bien el recurso a los valores, o bien una interpretación pretoriana que se vale selectivamente del derecho comparado, sistemas que en sus presupuestos ideológicos e institucionales son muy distintos al elegido por nuestra Constitución.

Es indiscutible que la apertura constitucional implica sutiles transformaciones en nuestro modo de hacer teoría general⁴. No se trata ya solo de elaborar conceptos a partir del texto normativo, para volver a éste, facilitando su comprensión y aplicación. En estos momentos, la formulación de categorías debe estar guiada por la voluntad de ser aceptables fuera de nuestras fronteras, lo que seguramente ha de impulsar una construcción menos dominada por el influjo de la controversia concreta (¿siguen entonces siendo útiles las prescripciones de Müller recogidas en las páginas 39 y siguientes?), capaz de exponerse, por tanto, con dosis suficientes de

⁴ Hay otras consecuencias paralelas, que tienen que ver con la tutela de derechos individuales por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Primero, el fortalecimiento de los ciudadanos en la interpretación de la Constitución, que podría incluso doblegar la del Tribunal Constitucional. Segundo, la construcción de una razón pública como elemento de legitimidad que yuxtapondría al modelo clásico del poder constituyente, para una extensión de estos argumentos me remito a mi trabajo “Derecho constitucional y derecho europeo”, en Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina, eds. I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y J. ALGUACIL AURIOLES, Marcial Pons, 2014, p. 90 y ss.

generalidad que las hagan dialogables, lo que seguramente llama a un regreso de la definición material antes que a la utilidad de técnicas estructurales como el principio de proporcionalidad. Y, en paralelo, nos impele a reflexionar sobre los métodos de trabajo que nos permitan trasplantar a nuestra dogmática las categorías que se han generado en otros ordenamientos; no basta ya con hacer derecho comparado, sino que hemos de preguntarnos qué es lo relevante del derecho comparado para la construcción de nuestros conceptos.

Queda delante de nosotros un camino apasionante, dentro del cual el libro de Arzoz está llamado a ser un hito capital.

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.

