

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

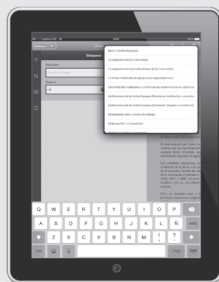


THOMSON REUTERS

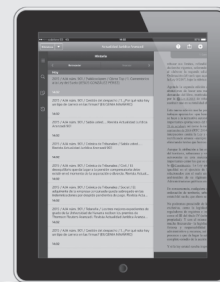
FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



SELECCION Y DESTAQUE TEXTOS
Haga anotaciones y escoja los colores para organizar sus notas y subrayados



USE EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado



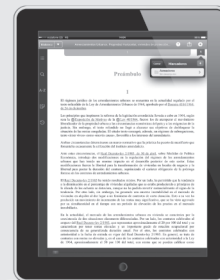
HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN
Vuelva a las páginas por las que ya ha navegado



ORDENAR
Ordene su biblioteca por: Título (orden alfabético), 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 espaciado entre líneas o la relación de colores



MARCADORES DE PÁGINA
Cree un marcador de página en el libro tocando en el icono 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



SUMARIO NAVEGABLE
Sumario con accesos directos al contenido



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

24

Año 12, número 24, julio-diciembre de 2015

El impacto de la crisis económica en las instituciones
de la Unión Europea y de los Estados miembros (I)

THOMSON REUTERS
ARANZADI

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara 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 Cámara Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

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

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

Agustín Ruiz Robledo
José A. Marín 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 Serramallera
Roberto Blanco Valdés
Manuel Contreras Casado
José Francisco Chofre Sirvent
Francisco del Río Muñoz
Manuel Gerpe Landín
Christian Hillgruber
Diego J. Liñán Nogueiras
Francisco López Menudo
Stelio Mangiameli
Roberto Miccù
Alessandro Pace
José Antonio Portero Molina
Giancarlo Rolla
Remedio Sánchez Férriz
Alejandro del Valle Gálvez

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

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



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 24, julio-diciembre de 2015

**El impacto de la crisis económica en las instituciones
de la Unión Europea y de los Estados miembros (I)**

SUMARIO

PRESENTACIÓN 11

ESTUDIOS

Las medidas anticrisis adoptadas por la Unión Europea: una mirada de conjunto
(entre continuidad de las decisiones institucionales, integración negativa y deconsti-
tucionalización del Derecho supranacional) 19
MARCO BENVENUTI

Las instituciones europeas ante la crisis económica: análisis y propuestas para politi-
zar y democratizar el proceso de toma de decisiones a nivel europeo..... 73
CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ

La incidencia de la crisis en la distribución interna del poder entre parlamentos y
gobiernos nacionales 103
SABRINA RAGONE

La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a las medidas de la
crisis económica 127
AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO

ARTÍCULOS

Tratados internacionales de protección de los derechos humanos: su impacto en el
ordenamiento jurídico brasileño..... 161
PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS Y BRUNO DENIS VALE CASTRO

Los nuevos instrumentos de gobernanza económica europea y sus consecuencias sobre los derechos sociales en Grecia (periodo 2009-2015).....	177
ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ	

La vida familiar de los detenidos y los reclusos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	209
MERCÈ SALES JARDÍ	

PERFILES/NOTICIAS

«In Memoriam»: Eduardo García de Enterría y su proyección internacional.....	243
RICARDO ALONSO GARCÍA	

TEXTOS CLÁSICOS

Igualdad y justicia en el artículo 3 de la Constitución italiana (I)	253
CARLO ESPOSITO	

JURISPRUDENCIA

El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información: privacidad y protección de datos frente a las libertades informativas.....	279
MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO	

LEGISLACIÓN

Crónica de la legislación europea.....	313
M ^a LUISA BALAGUER CALLEJÓN	

FORO

Alemania y la crisis económica: fragilidad oculta y contradicciones evidentes	327
MARIA DANIELA POLI	

NOTICIAS DE LIBROS

Stephane Pinon, Les systèmes constitutionnels dans l'Union européenne. Allemagne, Espagne, Italie et Portugal. Ed. Bruylant, coll. Larcier, 2015.....	351
ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ	



Presentación







Si el número 23 de la ReDCE se publicó en pleno debate sobre el «Grexit», el número 24 se edita cuando se están planteando alternativas al «Brexit» que puedan permitir al Primer Ministro del Reino Unido defender la permanencia en la Unión Europea en el referéndum que convocará al efecto. Las razones para la celebración de esa consulta democrática se han articulado en torno a determinadas cuestiones que se han planteado como esenciales por el Reino Unido pero que, en el fondo, tienen un alcance limitado que nos recuerda a las operaciones «cosméticas» que rodearon la elaboración del Tratado de Lisboa para diferenciarlo formalmente del proyecto de Tratado Constitucional y hacerlo así «digerible» para el Reino Unido y otros Estados «euroescépticos».

No hay que minusvalorar, sin embargo, lo que las concesiones que se han hecho suponen para la Unión Europea y para el futuro del proyecto europeo. Por un lado, representa un nuevo retroceso en la configuración de la Unión Europea como comunidad de Derecho, con el desplazamiento de las normas fundamentales, que dejarán de aplicarse en determinados ámbitos sin reformar previamente los Tratados. Sorprende el rigor extremo que se ha seguido con algunos países (también mediante instrumentos jurídicos más que cuestionables) frente a la extrema generosidad que se ha manifestado con el Reino Unido para resolver un problema que no existía antes de que el propio Primer Ministro lo planteara.

Por otro lado, se afecta a principios esenciales del proyecto europeo como la idea de ciudadanía europea, así como a la libertad de circulación, que era una parte esencial del patrimonio común y un pilar básico de la integración tanto económica como política. El egoísmo nacionalista vuelve a situarse en el primer plano del espacio público europeo y es ahora aceptado y respaldado por todos y cada uno de los Estados miembros.

Las propuestas de solución a esta crisis implican la adopción de nuevos mecanismos excepcionales que complicarán aun más la ya sobrecargada «gover-



nance» europea. Pero, sobre todo, suponen la aceptación de que el Reino Unido no asuma un compromiso de mayor integración política en el futuro. El tiempo dirá en qué medida resultará posible seguir avanzando en la construcción de Europa si se mantienen las asimetrías actuales y hasta qué punto no se está optando por un camino equivocado que supone una huida hacia delante en lugar de afrontar los auténticos problemas que han convertido a la Unión Europea en un proyecto poco atractivo.

Ciertamente, se podría argumentar que esta crisis es el reflejo de un malestar latente por la creciente pérdida de peso del Reino Unido en la UE y, sobre todo, por la progresiva asunción de un liderazgo excesivo por parte de Alemania que plantea interrogantes muy serios a la construcción de una Europa democrática. Pero tampoco podemos olvidar que la «hegemonía» alemana ha sido duramente puesta a prueba con la crisis de los refugiados, en la que la posición honesta y solidaria de Alemania no ha sido seguida por el resto de los Estados miembros. Sorprende la facilidad con la que los gobernantes de los Estados miembros han aceptado el rigor extremo y la dureza de las políticas de austeridad bajo la «presión alemana» y la resistencia infranqueable que han opuesto a esa misma presión cuando se les ha pedido la acogida de refugiados.

La crisis de los refugiados sigue situando a Europa ante el espejo de su incapacidad para hacer frente a los discursos xenófobos y racistas que se están extendiendo por muchos Estados miembros, dando lugar a escenas que no se veían desde los tiempos negros del período de entreguerras. La contradicción de algunas medidas adoptadas por algunos Estados, no sólo con las constituciones nacionales sino también con los principios consagrados en los Tratados, es flagrante. Estamos viviendo un tiempo en el que la ausencia de metas claras y precisas para la integración europea ha generado tendencias involutivas en todos los ámbitos en los que parecía haberse consolidado una cultura constitucional y democrática: en el respeto de los derechos, en la protección de las minorías, en la limitación del poder de las mayorías, en el fomento de la igualdad y de la dimensión social de la acción pública.

Por todos esos motivos, resulta necesario reivindicar los principios constitucionales comunes en el ámbito europeo (esto es, no solamente el de la Unión Europea sino también el de los Estados miembros). Cada vez tiene más sentido la metodología de análisis del Derecho constitucional europeo para abordar las cuestiones que hoy se están planteando en Europa. En esa línea queremos que siga esta revista, promoviendo un cambio de orientación que nos devuelva a la senda de una Europa más democrática y constitucional, con mayor integración política y capacidad renovada para hacer frente a los desafíos que el mundo globalizado plantea.

La parte monográfica del número 24 de la ReDCE está dedicada a analizar el impacto de la crisis económica en las instituciones de la Unión Europea y de los Estados miembros. Se trata de una temática que ha sido objeto del Proyecto de Investigación desarrollado en el marco del Centre of Excellence on European Integration and Globalization (Ei&G), a través de la red global de colaboradores del Centro, que han participado en el proyecto y que expusieron sus ponencias en el Congreso Internacional que se celebró en Granada en los días 10 y 11 de febrero de 2015.

La investigación se centró en el análisis de los cambios que se están produciendo en la Unión Europea y en los Estados miembros como consecuencia de la crisis económica y de las políticas que se están desarrollando para afrontar la crisis. Políticas que están basadas en una interpretación económica de la Constitución que hemos cuestionado ya en trabajos anteriores y que pensamos que debe ser sustituida por una interpretación constitucional de la crisis que haga posible la recuperación de las funciones que le corresponden a la Constitución en el ámbito nacional y europeo.

La investigación se desarrolló en dos planos, siguiendo la metodología específica del Derecho Constitucional Europeo, cuyo objeto de estudio no es sólo el Derecho fundamental de la Unión Europea sino también el de los diversos espacios constitucionales que coexisten en Europa (incluyendo también los de los Estados miembros y sus estructuras territoriales). En primer lugar se estudiaron las transformaciones que se están produciendo en el ámbito de la Unión Europea a través del papel que están jugando las instituciones: el Banco Central Europeo, la Comisión, el Parlamento Europeo, el Consejo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Consejo Europeo. Igualmente, se analizaron los instrumentos específicos destinados a afrontar la crisis económica y su conformidad con el Derecho de la Unión.

En segundo lugar, se analizaron diversas variables para medir el impacto que las políticas desarrolladas con motivo de la crisis están teniendo en los Estados miembros y en sus estructuras constitucionales: las reformas constitucionales relacionadas con la crisis económica; la incidencia de la crisis en la distribución interna del poder entre el Parlamento y el Gobierno así como en la distribución territorial del poder, en su caso; el papel de las jurisdicciones constitucionales internas, la afectación de los derechos constitucionales y, por último, su incidencia sobre la democracia pluralista. Los resultados de la investigación han sido publicados, en la lengua original en que se presentaron las ponencias, en el libro “The impact of the Economic Crisis on the EU Institutions and Member States/El impacto de la crisis económica en las instituciones de la UE y los Estados miembros”, editado por Francisco BALAGUER CALLEJÓN, Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, Enrique GUILLÉN LÓPEZ y Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO. Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2015.

La parte monográfica de este número incorpora algunas de esas ponencias, que hemos seleccionado especialmente para la Revista. Se trata de los trabajos de Marco BENVENUTO sobre «Las medidas anticrisis adoptadas por la Unión Europea: una mirada de conjunto (entre continuidad de las decisiones institucionales, integración negativa y deconstitucionalización del derecho supranacional)», de Cristina ELÍAS acerca de «Las instituciones europeas ante la crisis económica: análisis y propuestas para politizar y democratizar el proceso de toma de decisiones a nivel europeo», de Sabrina RAGONE, «La incidencia de la crisis en la distribución interna del poder entre Parlamentos y Gobiernos nacionales» y de Augusto AGUILAR, «La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a las medidas de la crisis económica». Igualmente, por su especial interés desde el punto de vista de los debates que se están produciendo en Europa con motivo de la crisis, hemos incluido en el Foro este número el texto de Daniela POLI sobre «Alemania y la crisis económica: fragilidad oculta y contradicciones evidentes».

La sección de artículos está encabezada por los constitucionalistas brasileños Paulo R. BARBOSA RAMOS y Bruno D. VALE CASTRO, con un trabajo sobre una temática de gran relevancia para el Derecho constitucional supranacional que se está construyendo en diversas partes del mundo: «Tratados internacionales de protección de los derechos humanos: su impacto en el ordenamiento jurídico brasileño». Le sigue un texto de Albert NOGUERA FERNÁNDEZ que está muy vinculado a la parte monográfica de este número. «Los nuevos instrumentos de gobernanza económica europea y sus consecuencias sobre los derechos sociales en Grecia (período 2009-2015)». Por último, cierra esta sección de artículos el trabajo de Mercè SALES JARDÍ sobre «La vida familiar de los detenidos y los reclusos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

En la sección de Perfiles incorporamos un sentido texto de Ricardo ALONSO, que preparó para su intervención en el Acto Académico en memoria del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, celebrado en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense el 29 de enero de 2014. Nos unimos así al Homenaje al gran maestro recientemente desaparecido que tiene para nosotros en estos días un significado muy especial, por lo que después se dirá en esta misma Presentación acerca de los nombres que han simbolizado toda una época de nuestra doctrina, tanto en el Derecho público como en el privado.

En la sección de Textos Clásicos hemos incluido un texto del ilustre jurista italiano Carlo ESPOSITO sobre «Igualdad y justicia en el artículo 3 de la Constitución italiana». Dada su extensión, publicaremos la segunda y última parte en el número 25 de la Revista. Se trata de un texto que nos ha sido proporcionado, junto con otros

muchos, por la hija del Profesor ESPOSITO, Carla, a quien agradecemos que haya puesto a nuestra disposición estos trabajos, que darán origen a otras publicaciones futuras en la revista de un autor fundamental del pensamiento jurídico europeo.

En el apartado de Jurisprudencia recogemos el trabajo de Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO sobre el «El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información: privacidad y protección de datos frente a las libertades informativas». En el de Legislación, a cargo de María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, se aborda una temática de gran relevancia para el futuro de Europa como es el Acuerdo de libre comercio entre EEUU y la UE, que está levantando un vivo debate tanto por lo que se refiere a la forma en que se está desarrollando el proceso de negociación cuanto por lo que atañe a su contenido, singularmente problemático en muchos aspectos.

Por lo que se refiere a las noticias de libros, incorporamos en este número la referencia a dos textos que proceden de Francia y de Italia, cuyos autores forman parte del equipo de colaboradores de nuestro Centro de Excelencia. El primero de ellos, el de Stéphane PINON sobre “Les systèmes constitutionnels dans l'Union européenne. Allemagne, Espagne, Italie et Portugal”. Ed. Bruylant, coll. Larcier, 2015. El segundo, de Ugo ADAMO, trata “La questione dei principi e dei diritti negli statuti delle regioni e delle Comunità autonome”, A. Giuffrè Editore, Milano, 2015.

El año 2015 ha sido particularmente triste para constitucionalistas y juristas. En el mes de abril nos dejó el magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Ortega Álvarez, un extraordinario jurista que tenía mucho que aportar a nuestro sistema jurídico en circunstancias tan difíciles como las actuales. Desde entonces, la relación de pérdidas irreparables no ha parado de aumentar. Desde constitucionalistas de gran recorrido y todavía jóvenes como Pablo Santolaya o Antonio Zorzi Giustiniani a grandes maestros como Luis Díez-Picazo y Ponce de León o Alessandro Pizzorusso. Cuando no había terminado de redactar esta Presentación, ya en los comienzos de 2016, llegó la triste noticia de la desaparición de Francisco Rubio Llorente.

En el mensaje de condolencia que me ha hecho llegar el Presidente de Honor de nuestro Consejo Asesor, el Profesor Peter HÄBERLE, define al Profesor RUBIO -como ya había hecho previamente en algunas de sus publicaciones- como un modelo de «Jurista Europeo», que impresionaba por su brillante personalidad. Para nuestro Derecho constitucional su ausencia simboliza el fin de una época, en la que su figura ocupó un espacio fundamental en la academia, como maestro de varias generaciones de constitucionalistas. Lo mismo puede decirse de su presencia en las instituciones, particularmente en las Cortes Generales durante el proceso constituyente, pero también en el Tribunal Constitucional en su momento fundacional y en el Consejo de

Estado. En la vida pública española y europea deja un vacío enorme en un momento crucial en el que su sensatez y su inteligencia eran más necesarias que nunca.

No quisiera terminar esta Presentación sin agradecer de nuevo a Thomson Reuters por haber acogido este proyecto editorial de una Revista que tiene ya doce años de vida. También resulta necesario el reconocimiento a las otras instituciones e instancias que ayudan a su edición, en particular a la Fundación Peter Häberle. Igualmente, 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





LAS MEDIDAS ANTICRISIS ADOPTADAS POR LA UNIÓN EUROPEA: UNA MIRADA DE CONJUNTO (ENTRE CONTINUIDAD DE LAS DECISIONES INSTITUCIONALES, INTEGRACIÓN NEGATIVA Y DECONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO SUPRANACIONAL)*

MARCO BENVENUTI **

SUMARIO

1. Consideraciones preliminares.
2. Curiosas sincronías.
3. Palabras nuevas.
4. Perspectivas inéditas.
5. Consideraciones finales.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Crisis es una palabra no sólo polisémica, sino también fundamentalmente moderna. En sus «Geschichtliche Grundbegriffe», R. KOSELLECK escribe que esta constituye un «tentativo tangible di guadagnare una possibilità espressiva specificatamente temporale, che concettualizzi l'esperienza di un'epoca nuova, la cui origine viene indagata a diversi gradi di profondità e il cui futuro incerto sembra lasciare spazio libero a tutti i desideri e le ansie, a tutte le paure e le speranze»¹. Esta primera definición expresa elocuentemente la doble pareja conceptual que la palabra crisis suscita: una primera que pone en evidencia

* El presente artículo constituye una «versio brevis» de la ponencia realizada en el congreso «El Impacto de la crisis económica en las instituciones de la Unión Europea y de los Estados miembros» que se desarrolló los días 10-11.2.2015 en la Universidad de Granada, y actualizada –a la luz de las observaciones surgidas en el propio congreso– con fecha de 28.2.2015 y publicada en el volumen *The Impact of the Economic Crisis on the EU Institutions and Member States*, editado por F. Balaguer Callejón et al., Pamplona, 2015, pp. 61-127.

** Traducido del italiano por Germán M. Teruel Lozano. Profesor de Instituciones de Derecho público en la Università degli studi di Roma «La Sapienza».

1 R. KOSELLECK, *Crisi*, [1982], trad. it. Verona, 2012, p. 52.

el horizonte de la temporalidad y, con la misma, la historia; una segunda que abriga la dimensión de la posibilidad y, consecuentemente, la política. Se trata de dos claves de lectura imprescindibles para el estudio de las transformaciones de la experiencia jurídica y, por tanto, también de las medidas anticrisis adoptadas por la UE², objeto del presente trabajo.

Historia y política se entrelazan y vivifican, naturalmente, también la dimensión jurídica de la UE tanto en presencia de grandes mutaciones ordinamentales, como en el aseguramiento o inquietante continuidad de decisiones institucionales de fondo; y la entrelazan y vivifican, tanto ayer, en un contexto de europeísmo sostenido, como hoy, en un tiempo de crisis económica una y trina —es decir «una crisis bancaria, una crisis delle finanze statali e una crisi dell'«economia reale»»³— cuya intensidad comprometería el proceso de integración supranacional⁴. La primera hipótesis que quisiera intentar verificar es si la perspectiva que afirma la continuidad de las decisiones institucionales resulta, en el plano del Derecho de la UE, netamente prevalente respecto de la otra, que asume sin embargo como determinantes las transformaciones desarrolladas en el plano ordinamental⁵.

Si tal hipótesis fuera confirmada, como se intentará sostener, se trataría, respecto de las fases precedentes del proceso de integración supranacional que hemos vivido, de una mutación de relevancia. Hasta hace un decenio, aproximadamente, los fundamentos mismos de aquel proceso eran congenitamente puestos en discusión una y otra vez, con vistas a la consecución del objetivo de una «Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», según el art. 1.2 TUE. A nivel de la UE, por tanto, no podía ni podría haber un «Ewigkeitsklausel», en la medida que —según las palabras originarias pronunciadas por R. Schuman en su célebre declaración del 9.5.1950— «Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho». De ello es prueba, en el curso de los decenios, el incesante desarrollo temporal fijado desde 1951 hasta 2007 por los Tratados, mientras los actos normativos derivados tendían a ir goteando, por su parte, casi por movimientos de inercia. Hoy, sin embargo, son precisamente las medidas aplicativas del Derecho de la Unión las que son objeto de un debate cada vez más encendido, allí donde, por el contrario, la disciplina recogida en el Tratado de Lisboa de 2007, parece, por así decirlo, consolidada.

2 Cfr. U. K. PREUSS, *Europas gegenwärtige Lage*, S. KADELBACH y K. GÜNTHER, *Europa: Krise, Umbruch und neue Ordnung*, Baden-Baden, 2014, pp. 113-114.

3 W. STREECK, *Tempo guadagnato*, [2013] trad. it., Milán, 2013, p. 26.

4 Cfr. C. OFFE, «Europe Entrapped», *ELJ*, 2013, p. 611.

5 Cfr. P. BILANCIA, «La nuova governance dell'Eurozona», F. ANGELINI y M. BENVENUTO, *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Nápoles, 2012, p. 34.

Este aspecto colisiona, evidentemente, con la gravedad y la dureza de la crisis que vivimos; y se deberá proceder, por tanto, a tematizar y a intentar resolver esta (¿aparente?) contradicción, que ha llevado a muchos de los observadores a cualificar –o quizás a preconfigurar, puesto que, como se dirá también en la conclusión, resultan tan difuminados los límites entre el «ius conditum» y el «ius condendum»– la crisis misma como un «constitutional moment»⁶, no sabemos si proyectivo o receptor⁷. Cabe indagar, por ello, cuáles sean en sus líneas fundamentales las estrategias que la UE ha desarrollado para avanzar o, cuanto menos, para gestionar en los años más recientes el proceso de integración supranacional; y se verá, en particular, cómo el sector objeto de la medida más significativa sea precisamente aquel respecto al cual menores habrían sido las innovaciones institucionales realizadas por el Tratado de Maastricht de 1992 y siguientes⁸: el de la política económica o, para ser más precisos, reproduciendo la letra del art. 2.3 TUE (también) en su versión actual, de las políticas económicas en plural, referidas en primer lugar a los Estados miembros.

Se trata, sin embargo, y es la segunda hipótesis que quisiera desarrollar, de una política económica «per difetto»⁹, es decir, marcada –y no habría podido ser de otro modo, vistos los postulados teóricos de referencia, a los que se hará una rápida mención– de una persistente y consolidada integración negativa, recuperándose y actualizándose, en esta sede, una conceptualización ampliamente recurrente en los estudios sobre el proceso de integración europea. Si, de hecho, por integración negativa se entiende tradicionalmente un conjunto de políticas dirigidas a remover los vínculos normativos, como «l'abolizione di barriere doganali, restrizioni quantitative e altri ostacoli al commercio e alla libera concorrenza»¹⁰, y contextualmente a introducir un marco de reglas exógenas a la actividad de los individuos privados, dejándo así que se desplieguen las fuerzas libres de la sociedad (y, naturalmente, de la economía); hoy esta cualificación podría extenderse de forma heurísticamente eficaz hasta abarcar una dirección orientada preferentemente a la mera imposición de límites externos a las políticas económicas de los Estados miembros, sobre todo en tema de presupuestos, en virtud de la cual la UE obra «piuttosto imponendo vincoli e obblighi che non fornendo incentivi e benefici»¹¹.

6 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments*, Oxford, 2012, pp. 81 y ss.

7 Cfr. F. C. MAYER, «Kompetenzverschiebungen als Krisenfolge?», *Jz*, 2014, pp. 600-601.

8 Cfr. G. PERONI, *La crisi dell'euro*, Milano, 2012, pp. 113 y ss.

9 J.-P. FITOUSSI, *Il dittatore benevolo*, [2002] trad. it., Bolonia, 2003, p. 8.

10 F. W. SCHARPE, *Governare l'Europa*, [1997] trad. it., Bolonia, 1999, p. 51.

11 G. AMATO, «L'Europa perduta?», – *Le istituzioni della democrazia*, Bolonia, 2014, p. 421.

En este escenario en el que aquellos vínculos y obligaciones, «in età di globalizzazione, hanno la stessa ineluttabilità di una catastrofe naturale»¹², me detengo sobre algunos «mots clés» que, a mi juicio, centran (desafortunadamente no ya los problemas, sino) las soluciones jurídicas adoptadas para afrontar a nivel supranacional la crisis económica de nuestro tiempo. Una propuesta de lectura de este tipo, de hecho, permite leer transversalmente todas las medidas principales anticrisis adoptadas por la UE y reconducirlas (si es que fuera posible) a una perspectiva unitaria, que de algún modo todavía es un esbozo en los intentos de reconstrucción analítica del tema¹³. De esta manera, un primer aspecto afecta a las formas que está asumiendo la innovación institucional, que podríamos calificar de experimentalismo; una segunda expresión invierte las relaciones de aquella innovación, dando lugar a la condicionalidad; un tercer lema concierne a la perspectiva temporal de las dinámicas institucionales desarrolladas, que consistiría en la reversibilidad; y un cuarto término se refiere, en definitiva, a la mecánica de los procesos decisionales en curso, la llamada automaticidad. Estas palabras, en su sedimentación teórica, podrían elevarse al rango de conceptos y quizás, el día de mañana, de paradigmas; por ahora, se tratará de verificar la consonancia y la disonancia entre cada una de ellas, en la medida en la que informan las actuales medidas anticrisis adoptadas por la UE, con referencia a los métodos y a los modelos que han tratado, sobre todo en el nuevo siglo, de enfocar y hasta cierto punto de combinar el Derecho constitucional y el Derecho de la UE. La tercera hipótesis que querría intentar analizar es saber si estas palabras coadyuvan a comprender el actual (des)acoplamiento del proceso de integración europea de la dimensión constitucional, si se debe razonar, desde un punto de vista tanto reconstructivo como especulativo, en los términos de una verdadera y propia deconstitucionalización del Derecho supranacional.

2. CURIOSAS SINCRONÍAS

2.1. A veces las sincronías sorprenden. Como es sabido, después de dos años de indolencia y de incertezas tras el fracaso, formal y sustancial, del proyecto de Tratado que adoptaba una Constitución para Europa, el 13.12.2007 fue suscrito solemnemente por los Jefes de Estado y de gobierno de los Estados miembros de la UE en Lisboa el homónimo y sufrido Tratado. Fue necesario esperar otros dos años para su entrada en vigor, que se produjo el 1.12.2009.

12 G. DI PLINIO, «Nuove mappe del caos», *St. Sinagra*, Roma, 2013, V, p. 470.

13 Cfr. A. CANEPA, «Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea», *Riv. AIC*, 2015, I, pp. 2 y ss.

El bienio que va entre el 13.12.2007 y el 1.12.2009 vivió también la más severa crisis financiera desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta hoy. Las miradas se dirigieron (entonces) al otro lado del Atlántico: el 15.9.2008 la banca de inversión Lehman Brothers Holdings Inc. reclama la activación del procedimiento de quiebra (el famoso capítulo 11 del «Bankruptcy Code» de los Estados Unidos de América); el 9.3.2009 el índice «Dow Jones Industrial Average» de la Bolsa de Nueva York alcanza el mínimo de 6547 (un valor, para entenderse, equivalente al que tenía en abril de 1997).

En nuestra parte del mundo la crisis no era una perspectiva ni vecina ni lejana, sino más bien ausente. El Consejo europeo del 13-14.3.2008 se abrió con las siguientes afirmaciones, que vinieron inexorablemente repetidas durante meses como un mantra: «los déficits públicos se han reducido en más de la mitad desde 2005 y la deuda pública también ha descendido hasta situarse inmediatamente por debajo del 60%. En 2007 se alcanzó un crecimiento económico del 2,9%, aunque es probable que en el presente año sea más bajo. En los dos últimos años se crearon 6,5 millones de puestos de trabajo. Si bien los factores cíclicos han tenido su influencia, esta evolución ha venido propiciada por las reformas estructurales emprendidas durante los últimos años en el marco de la Estrategia de Lisboa y los efectos beneficiosos del euro y del mercado único». Sobre estos tres elementos, evocados dentro de un marco de optimismo complaciente que no hacía presagiar el futuro de sombras, parece oportuno hacer un somero repaso.

2.2. En el 2008 la conocida como estrategia de Lisboa, adoptada en la sesión extraordinaria del Consejo Europeo del 23-24.3.2000, tiene ocho años y apuesta por un objetivo simplemente fantástico: hacer que la UE se convierta, en el curso del decenio sucesivo, en «la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social». En las mismas conclusiones de aquel Consejo Europeo se evoca también la persecución del «pleno empleo en Europa en una nueva sociedad más adaptada a las opciones personales de mujeres y hombres»; y se añade: «Si las medidas que se establecen a continuación se aplican en un marco macroeconómico sólido, un índice medio de crecimiento económico de alrededor del 3% podría constituir una previsión realista para los próximos años». Con tres lustros de distancia, se puede decir sin temor que aquello que en el año 2000 parecía fantástico ha terminado revelándose, con la prueba del tiempo, en algo puro y simplemente fantasioso. Según los datos de Eurostat, de hecho, la tasa de desempleo de los (quince) Estados miembros de la UE del 2000 ha pasado del 8,5 por ciento de aquel año al 11,9 de 2013 (último año en el que los datos están disponibles actualmente); y lo mismo ocurre en lo referido a los todavía menos edificantes indicadores relativos al producto interior bruto, como se dirá a continuación.

En 1998, como es sabido, se instituye el BCE, en el ámbito del SEBC; un año después, se introduce el euro; en el 2002 los billetes y monedas empiezan a circular. En una segunda sincronía curiosa, el decenio perdido en torno al «topoi» de la Constitución europea –que se abre con la proclamación en Niza el 7.12.2000 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y se cierra con la ya citada entrada en vigor el 1.12.2009 del Tratado de Lisboa de 2007– es, en tal sentido, la introducción del euro en los bolsillos de los ciudadanos, de su consiguiente circulación y de su sucesiva consolidación.

El mercado único, en definitiva, es ciertamente uno de los más eminentes resultados del proceso de integración supranacional. Supone una etapa intermedia entre el mercado común evocado por el art. 2 del Tratado de Roma de 1957 (y todavía antes, si se quiere, por el art. 1 del Tratado de París de 1951) y el mercado interior del que habla, hoy, el Tratado de Lisboa de 2007, que instituye un «espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales» (art. 26 § 2 TFUE). Sin embargo, un análisis diacrónico de los propósitos previstos «in subiecta materia» denota una evolución significativa en cuanto a finalidades y objetivos. Limitándose a las innovaciones acometidas en el último cuarto de siglo, el art. G del Tratado de Maastricht de 1992 preveía «la definición y la aplicación de una política monetaria y de tipo de cambio única cuyo objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la política económica general de la Comunidad, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia». A ello, transcurridos algunos años, el art. 1 del Tratado de Amsterdam de 1997 añadía un «elevado nivel de ocupación» y un «desarrollo equilibrado y sostenible». Finalmente, el art. 3 § 3 TUE, en su versión actualmente vigente conforme al Tratado de Lisboa de 2007, reclama el «desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente». En este contexto, en el TFUE se afirma también la «summa divisio» entre la política económica y la política monetaria, las cuales por mor del art. G del Tratado de Maastricht de 1992 ya seguían reglas bien distintas por su estructura y funciones: la primera, de hecho, «se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros» mientras que la segunda viene definida sin duda como «única». Nuevamente, hoy, respecto de las «políticas económicas y de empleo» (art. 2 § 3, TFUE) la UE desarrolla una (mera) función de coordinación, allí donde la «política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro» (art. 3 § 1. c, TFUE) es objeto de su competencia exclusiva.

2.3. La cuestión merece atención, porque precisamente esta dicotomía constituye la más reciente declinación en el plano ordinamental del «embedded liberalism»¹⁴, en el cual, sin embargo, a cuenta de la evolución (hasta ahora) creciente del proceso de integración supranacional, la síntesis dialéctica entre «Keynes... all'interno» y «Smith... all'estero»¹⁵ ha oscilado a favor del segundo¹⁶; hasta el punto de poderse afirmar, hoy, que todo el actual orden supranacional desarrolla, a fin de cuentas, una función eminente de «constitutional protection of capitalism»¹⁷. Se verá a continuación como precisamente esta distinción entre «una política monetaria centralizada e un forte decentramento delle politiche economiche e di bilancio»¹⁸, que constituye la decisión del sistema del «Wirtschaftsleben» de la UE, es hoy puesta en discusión por las medidas anticrisis adoptadas por la UE, en nombre de un único y penetrante «ordo-liberal legacy»¹⁹, constituido por reglas dirigidas a envolver «ab externo», en un marco de integración negativa (ayer) la política monetaria y (hoy) las políticas económicas de los Estados miembros.

Permaneciendo, por el momento, en los contenidos del Tratado de Lisboa de 2007, la (mera) coordinación de estas políticas económicas se realiza, en primer lugar, a través de la adopción de simples orientaciones generales (art. 121 TFUE), que asumen el revestimiento formal de recomendaciones. De hecho, la prospección de una tipología de actos jurídicos como estos parece coherente con una férrea separación de los presupuestos de los Estados miembros, ya sea entre éstos o en relación con el de la UE, con la exclusión preventiva, entonces, de cualquier efecto de «spillover» de los unos sobre los otros. De forma más instrumental el art. 123 § 1 TFUE (y el art. 21 § 1 del Protocolo n. 4 del Tratado de Lisboa de 2007) prohíbe «la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembro..., así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales»; el 124 TFUE impide a las mismas instituciones adoptar «cualquier medida que no se base en consideraciones prudentiales que establezca un acceso privilegiado a las entidades financieras»; el 125 §

14 J. G. RUGGIE, «International Regimes, Transactions, and Change», *IO*, 1982, p. 393.

15 R. GILPIN, *Politica ed economia delle relazioni internazionali*, [1987] trad. it., Bolonia, 1990, p. 473.

16 Cfr. E. MOSTACCI, «La sindrome di Francoforte», *Pol. dir.*, 2013, pp. 495-496.

17 D. NICOL, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Oxford-Portland, 2010, pp. 88 y ss.

18 J.-C. PARIS, *Il Trattato di Lisbona*, [2010] trad. it., Milán, 2013, p. 368.

19 C. JOERGES, «Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation», *GLJ*, 2014, p. 1011.

1 TFUE establece claramente que ni la UE ni los Estados miembros son responsables o se subrogan en los compromisos financieros adoptados por el resto. En definitiva –retomando lo afirmado por el TJUE en la decisión de 27.11.2012, C-370/12, Pringle, que constituye hasta el momento el más claro ejemplo de traducción de la ortodoxia rigorista en clave jurisdiccional– «la prohibición enunciada en el artículo 125 TFUE garantiza que, cuando contraigan deudas, los Estados miembros permanezcan sujetos a la lógica del mercado, la cual debe incitarles a mantener una disciplina presupuestaria»; esto, por tanto, siempre según el juez supranacional, «no prohíbe la concesión de una asistencia financiera por uno o varios Estados miembros a un Estado miembro que siga siendo responsable de sus propios compromisos frente a sus acreedores, siempre que las condiciones asociadas a esa asistencia sean apropiadas para incitar a este último a poner en práctica una política presupuestaria sana». Por el contrario, las únicas disposiciones que evocan en esta materia un «espíritu de solidaridad entre Estados miembros» (art. 122 § 1 TFUE) y, por tanto, que deberían erigirse en alguna medida en «counterweight»²⁰ a los arts. 123, 124 y 125 TFUE se refieren a los casos de «dificultades graves en el suministro de determinados productos, especialmente en el ámbito de la energía» (art. 122 § 1 TFUE); mientras que una «asistencia financiera de la Unión» a un Estado miembro viene prevista de forma expresa exclusivamente en presencia de «catástrofes naturales» o de «acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar» (art. 122 § 2 TFUE), signo de la «solidaridad», que se encuentra solémnemente evocada entre los «valores indivisibles y universales» en el preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000²¹, pero que tiene dificultades para verse reflejada en disposiciones concretas de los Tratados.

De esta manera, como se verá, en la UE «Solidarität ist nich Einbahnstraße»²², sino que, al contrario, se mueve en una doble vía. Ante la ausencia de una política económica única y proyectada a nivel supranacional se destacan, de hecho, dos procedimientos distintos de supervisión relativos a las políticas económicas de los Estados miembros²³: uno preventivo y relativo a la «coordinación más estrecha de las políticas económicas y una convergencia sostenida de los resultados económicos

20 J.-V. LOUIS, «Guest Editorial», *CMLR*, 2010, p. 983.

21 *Cfr.* S. RODOTÀ, *Solidarietà*, Roma-Bari, 2014, pp. 105 y ss.

22 C. CALLIES, «In Vielfalt geeint», Id., *Europäische Solidarität und nationale Identität*, Tübingen, 2013, p. 17.

23 *Cfr.* R. DICKMANN, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Nápoles, 2013, pp. 10 y ss.

de los Estados miembros..., sí como la coherencia de las políticas económicas con las orientaciones generales» (art. 121 § 3 TFUE); y el otro correctivo y concerniente a la «evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados miembros» (art. 126 § 2 TFUE, y Protocolo n. 12 del Tratado de Lisboa de 2007). En relación con la primera, calificada expresamente como «supervisión multilateral» (art. 121 § 3.2 TFUE), la conclusión puede ser una advertencia de la Comisión Europea y/o una recomendación del Consejo de la UE (art. 121 § 4 TFUE). Con respecto a la segunda, sin embargo, cuando se concluya la existencia de un déficit público excesivo, se puede adoptar in «crescendo» un informe, un dictamen, una recomendación, una advertencia y también eventuales sanciones, todas ellas dictadas por la Comisión Europea y/o por el Consejo de la UE (art. 126 §§ 3 y ss. TFUE).

A este complejo normativo excesivamente minucioso y articulado se suman ulteriores disposiciones específicas que se aplican (únicamente) a los Estados miembros cuya moneda es el euro: para estos últimos, en efecto, el Consejo de la UE, en la composición restringida a sus Ministros, está llamado a «reforzar la coordinación y supervisión de su disciplina presupuestaria» (art. 136 § 1. a) TFUE), y a «elaborar las orientaciones de política económica referentes a dichos Estados, velando por que sean compatibles con las adoptadas para el conjunto de la Unión, y garantizar su vigilancia» (art. 136, § 1. b) TFUE). Este órgano es el único que puede adoptar actos formales, puesto que el Eurogrupo, evocado por el art. 137 TFUE y regulado en el Protocolo n. 14 del Tratado de Lisboa de 2007, que incluye a los Ministros de Economía y Hacienda de los Estados miembros cuya moneda es el euro, y que tiene su propio Presidente y participa en las sesiones de la Comisión Europea y del BCE, continúa reuniéndose «a título informal» (art. 1).

Como es sabido, los procedimientos de supervisión mencionados se conectan funcionalmente, tiempo antes del Tratado de Lisboa de 2007, en el conocido como Pacto de Estabilidad y Crecimiento (en adelante PEC), consistente en una homónima resolución del Consejo europeo de 17.6.1997, en el reg. n. 1466/1997 del Consejo (de 7.7.1997) y en el reg. n. 1467/1997 del Consejo (de 7.7.1997). Todos estos textos ponen de manifiesto la adhesión al objetivo a medio término consistente en alcanzar un saldo en el presupuesto cercano al equilibrio o positivo, de lo que se deriva, según el reg. n. 1466/1997, la obligación para los Estados miembros cuya moneda es el euro de presentar anualmente un «programa de estabilidad» (arts. 3 y ss.) y un «programa de convergencia» (arts. 7 y ss.). Se trata, como es fácil de advertir –según las opiniones que han subrayado la desviación respecto a las indicaciones

presentes en el propio Tratado de Maastricht de 1992²⁴— de la institucionalización de una «vera e propria procedura d'infrazione, sottratta tuttavia al sistema generale di controllo giurisdizionale comunitario e con connotazioni piuttosto politiche, essendo affidata al Consiglio»²⁵. Esto se puso de manifiesto, en particular, con ocasión del Consejo de la UE del 25.11.2003, cuando este órgano no adoptó las recomendaciones propuestas por la Comisión Europea sobre el excesivo déficit público de Francia y de Alemania, sino que decidió por el contrario «dar por suspendidos» los procedimientos relativos a estos dos Estados miembros. El juez comunitario intervino posteriormente y, aunque anuló las conclusiones adoptadas en aquel Consejo, declaró a su vez «inadmisible» el recurso de la Comisión Europea dirigido a sancionar la falta de adopción de las medidas, con el efecto de reconocer el carácter discrecional, y por tanto político, de la activación de estos procedimientos (STJUE de 13.7.2004, C-27/04, Comisión c. Consejo). Este asunto se cerró, algunos meses después, con la aprobación del reg. n. 1055/2005 del Consejo (de 27.6.2005) y del reg. n. 1056/2005 del Consejo (de 27.6.2005), dirigidos precisamente a hacer menos rigurosos y por tanto a pulir, si se puede decir así, las obligaciones impuestas por la versión original del PEC.

2.4. Estudiando ahora, finalmente, lo establecido en el Tratado de Lisboa de 2007 en materia de política monetaria, esta última asume, como se acaba de decir, que el «objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la política económica general de la Unión, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia» (art. 119 § 2 TFUE y, en términos todavía más perentorios, se pueden ver los arts. 127 § 1, y 282 § 2 TFUE, y el art. 2 § 1 del Protocolo n. 4 del Tratado de Lisboa de 2007). Este objetivo, como se ha repetido obsesivamente, no es que aparezca como un objetivo «principal», sino que resulta absoluto e imponderable, quintaesenciado en la formulación mecánica («id est» cuantitativa) dada por el Consejo directivo del BCE el 13.10.1998 y que no ha vuelto a ser puesta en discusión: «price stability shall be defined as a year-on-year increase in the Harmonised Index of Consumer Prices (HICP) for the euro area of below 2%», para mantenerse en un horizonte de medio término. En efecto, la realidad descubre una significativa desviación de este valor de referencia, pero hacia abajo, en la situación de deflación revelada por Eurostat en el mes de diciembre de 2014 y, consecuentemente, al comienzo del «programa ampliado de compra de deuda» del BCE, del que se hablará en su momento.

24 Cfr. G. GUARINO, *Cittadini europei e crisi dell'euro*, Nápoles, 2014, pp. 33 y ss.

25 G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., Padua, 2012, p. 593.

En protección de este «objetivo principal de mantener la estabilidad de los precios» fue instituido, como es sabido, el SEBC, compuesto por el BCE y por los bancos centrales de los Estados miembros, y acompañado de garantías absolutas de independencia tanto funcional como estructural, activa y pasiva, expresadas en el art. 130 TFUE y en el art. 7 del Protocolo n. 4 del Tratado de Lisboa de 2007, que hacen que la primera, sin duda, sea «la banca centrale più indipendente del mondo»²⁶. Esta afirmación institucional tiene como modelo teórico de referencia el de la nueva macroeconomía clásica²⁷ y se basa en el presupuesto –por sí mismo no demostrado y, según algunos economistas, indemostrable²⁸– de la incapacidad de la política monetaria para producir efectos reales, al menos en el horizonte de un breve período²⁹. Como ha mantenido al respecto de forma clara T. Padoa-Schioppa, «il riconoscimento della neutralità della moneta nel lungo período ha reso più ampia l'accettazione di una gerarchia di obiettivi per la politica monetaria. È ormai pressoché universalmente accettato che le banche centrali non hanno serie alternative (trade off) di politica monetaria e devono concentrare la propria azione sul perseguimento della stabilità dei prezzi, lasciando che siano altre politiche (del mercato del lavoro, della concorrenza, fiscali) a volgersi all'obiettivo della piena occupazione»³⁰. De este axioma deriva, consecuentemente, la decisión de atribuir la política monetaria a una institución «con le mani legate»³¹, es decir, al margen de la metáfora, «politically and socially “disembedded”»³², como es –o como debería ser– el BCE.

2.5. La combinación dispuesta por las disposiciones en política económica y política monetaria recogidas en el Tratado de Lisboa de 2007 y aquí brevemente resumidas parece marcada, también en este espacio de tiempo, por el dogma de la indiscutibilidad. No es casualidad que, manteniéndose (mejor dicho: a pesar de) la más profunda crisis, primero financiera y después económica, vividas en Europa desde después de la Segunda Guerra Mundial hasta hoy, la implantación total de las medidas de las que se acaba de dar cuenta aquí no sea objeto ni de revisión –salvo para cuestiones puntuales– ni de discusión en sede político-institucional. Tal y como

26 M. PIVETTI, «L'austerità, gli interessi nazionali e la rimozione dello Stato», S. CESARATTO y M. PIVETTI, *Oltre l'austerità*, 2012, en download.kataweb.it/micromega/austerita_1_3.pdf, p. 15.

27 Cfr. A. VERDE, *Unione monetaria e nuova governance europea*, Roma, 2012, pp. 169-170.

28 Cfr. T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, [2013], trad. it., Milán, 2014, pp. 876-877.

29 Cfr. M. FRIEDMAN, «Il ruolo della politica monetaria», [1968], trad. it., ID., *Metodo, consumo e moneta*, Bolonia, 1996, pp. 280 y ss.

30 T. PADOA-SCHIOPPA, *L'euro e la sua banca*, trad. it. Bologna, 2004, pp. 38-39.

31 F. GIAVAZZI e M. PAGANO, «The Advantage of Tying One's Hands», *EER*, 1988, pp. 1055 y ss.

32 G. MAJONE, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis*, Cambridge, 2014, p. 176.

era, por tanto, el Tratado de Lisboa de 2007 en un momento anterior a la crisis que vivimos, sigue siéndolo hoy.

Dos hipótesis, por otro lado no excluyentes, pueden formularse con ocasión de esta notable y por muchas razones increíble estabilidad de los postulados económicos de referencia a nivel supranacional y de su precipitado normativo como principios estructurales del Derecho de la UE. Una, de carácter estratégico, permite leer sin solución de continuidad las «Grundlinien» del proceso de integración europea a la luz de la «economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social» referida por el art. 3 § 3 TUE; una fórmula de sólida matriz germánica³³, pero «nueva» en el actual horizonte europeo³⁴ y por tanto expresiva a nivel supranacional de un perdurable «compromesso dilatorio»³⁵, en el que el acento puede inclinarse ahora hacia el adjetivo «social» o, por el contrario, hacia el sustantivo «mercado», considerado en sí «il miglior strumento di redistribuzione della ricchezza e dunque il miglior veicolo di giustizia sociale»³⁶. La otra perspectiva, de carácter táctico, se refiere al temor angustiado de las élites políticas e institucionales europeas de abrir la caja de Pandora de la revisión de los Tratados, después de la fallida experiencia de la Constitución europea y de la laboriosa aprobación del propio Tratado de Lisboa de 2007.

Todos recuerdan que en el mito griego, o al menos en la narración que hace Hesíodo, en el fondo de la caja irreversiblemente rota solo queda «Elpís», la esperanza. El lugar donde, en hipótesis, se encuentre actualmente la esperanza a nivel europeo es difícil de decirlo; Europa, «prossima al caos, perché non all'altezza dei mercati, lontana sei dalla terra che a te prestò la culla»³⁷, ha escrito G. GRASS en un vibrante poema escrito en mayo de 2012. Por un lado, aquello que es probablemente el más fino indicador de las orientaciones políticas a nivel supranacional, las elecciones al Parlamento europeo, dan muestra de continuidad. En las cuatro elecciones que se han sucedido en una veintena de años desde los noventa hasta el 2009 (incluido), las tres grandes familias políticas que han proyectado y construido la UE (la popular, la socialista y la liberal) han obtenido un número de escaños oscilante entre el 70 y el 75 por ciento del total; desde las elecciones de 1999 hasta hoy, y durante quince

33 Cfr. R. MICCÚ, «Paradigm Shift or Paradigm Lost?», Id. y D. SICLARI, *Advanced Law for Economics*, Turín, 2014, pp. 15 y ss.

34 Cfr. G. L. TOSATO, «Appunti in tema di economia sociale di mercato», *Scr. Tesaurus*, Nápoles, 2014, III, pp. 2509-2510.

35 A. MORRONE, «Crisi economica e diritti», *Quad. cost.*, 2014, p. 96.

36 A. OSMA, *La dittatura dello spread*, Roma, 2014, p. 21.

37 G. GRASS, *Ignominia d'Europa*, [2012], trad. it. *la Repubblica*, 26.5.2012, p. 49.

años, el grupo con mayoría relativa ha sido siempre el Partido popular europeo; por último, incluso en las recientes elecciones de 2014, a pesar de la crisis financiera y después económica que se está viviendo, los partidos políticos incluidos en las tres fuerzas indicadas han obtenido más del 63 por ciento de los escaños. La adopción como lema oficial para las elecciones del Parlamento europeo de 2014 de la frase «questa volta è diverso»³⁸ no deja de generar, retrospectivamente, una cierta ironía.

Por otro lado, aquello que cambia significativamente, en el transcurrir del tiempo, es el dato de la participación en estas mismas elecciones, precisamente mientras –y en una paradoja sólo aparente³⁹– el Parlamento europeo recibe, al menos sobre el papel (esto es, en los Tratados), nuevos y más penetrantes poderes. Una posible explicación de este singular fenómeno podría afectar, entonces, o a la aceptación tácita de las políticas en cada momento experimentadas a nivel supranacional o a la conciencia de que las decisiones relativas a las medidas anticrisis adoptadas por la UE siguen otras vías. No compartiendo en sede de principio la primera alternativa⁴⁰, a continuación se debe dar cuenta brevemente de la relación de estos diversos caminos, valiéndose, en particular, de algunas palabras nuevas que parece que dan otras posibles claves de lectura de las dinámicas institucionales que se están desarrollando en estos tiempos.

3. PALABRAS NUEVAS

3.1. En los orígenes hubo una célula. Y es precisamente una célula de crisis financiera la que apareció con ocasión del Consejo Europeo del 15-16.10.2008, en la cima de la crisis financiera estadounidense, con el intento de instituir un «mecanismo informal de alerta, intercambio de información y evaluación», que reuniera, al mismo tiempo, representantes de la Presidencia del Consejo Europeo, de la Comisión Europea, del BCE, del Eurogrupo y de los Gobiernos de los Estados miembros. Debe precisarse que esta célula puede valerse de las estructuras administrativas existentes, ser activada en cualquier momento por un Estado miembro que se enfrenta a una crisis y asegurar que las instituciones supranacionales y todos los Estados miembros sean informados inmediatamente y de forma reservada.

Como se ve, este primer organismo embrional evidencia ya «in nuce» el vértice saliente de todo aquello que en los años sucesivos ocurrirá: un fuerte experimentalis-

38 M. CARTABIA, «Elezioni europee 2014», *Quad. cost.*, 2014, pp. 715 y ss.

39 Cfr. D. GRIMA, «La forza dell'UE sta in un'accorta autolimitazione», *Nomos*, 2014, II, pp. 8-9.

40 Cfr. S. M. LIPSET, *L'uomo e la politica*, [1960], trad. it. Milan, 1963, p. 191.

mo institucional y normativo con el que hacer frente a la crisis, primero financiera y luego económica, que se estaba viviendo, que, si formalmente no cuestiona los principios de estructura que regulan en su conjunto la dimensión económica de la UE, recogidos en el Tratado de Lisboa de 2007, aparecen de forma tan invasiva que trascienden, tanto desde el punto de vista sustancial como procedimental⁴¹, lo que proponía aquel texto. De hecho, aunque el experimentalismo de algunas competencias ejercitadas a nivel supranacional es cierto que no representa un elemento episódico o reciente⁴², su asunción con referencia a todas las principales medidas anticrisis adoptadas por la UE constituye, viéndolo bien, un cambio de perspectiva posterior con respecto al paradigma de la asimetría⁴³, del que es prueba viviente la selva, hasta ahora oscura, de 37 protocolos y 65 declaraciones anexas al Tratado de Lisboa de 2007. Actualmente, sin embargo, la cifra del experimentalismo que marca la presente estación del proceso de integración supranacional viene dada por una triple flexibilidad –institucional, procedimental y material⁴⁴– propia de las medidas en cada ocasión adoptadas, que puede ser eficazmente reunida en la fórmula no convencional (en inglés: «non-standard»). Esto afecta, en primer lugar y como se dirá, al rol versátil y creciente asumido por el BCE⁴⁵, pero también, a caballo de éste, a las propias relaciones subsistentes entre los Estados miembros singularmente considerados y la UE. Como ha sido sostenido «ex professo» por el Consejo Europeo en sus conclusiones de 26-27.6.2014, éste «ha tomado nota de que una Unión cada vez más estrecha permite distintas vías de integración para los distintos países, al permitir a los que deseen ahondar en la integración avanzar, al tiempo que respeta el deseo de los que no quieren seguir profundizando más». Ello constituye, por tanto, la reafirmación de la decisión de dejar a los propios sujetos soberanos –en este caso, los Estados miembros– la disponibilidad de la decisión en relación con el recurso o no, en cada caso, a los instrumentos convencionales (o «standard», si se prefiere).

3.2. Por otro lado, si el experimentalismo, como se verá ampliamente, se muestra como la marca común de las principales medidas anticrisis adoptadas por la UE,

41 Cfr. S. RAGONE, «Constitutional Effects of the Financial Crisis at European and National Level», *Rev. gen. der. públ. comp.*, 2014, XV, p. 8.

42 Cfr. C. F. SABEL e J. ZEITLIN, «Learning from Difference», *ELR*, 2008, pp. 278 y ss.

43 A. CANTARO, «Le "filosofie" dell'integrazione sovranazionale», Id., *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, Turín, 2010, p. 17.

44 Cfr. A. HATJE, «Dynamik und "Verfassungsnot" im europäischen Integrationsprozess», *Europa: Krise, Umbruch und neue Ordnung*, cit., p. 82 y ss.

45 Cfr. P. COUR-THIMANN y B. WINKLER, *The ECB's Non-Standard Monetary Policy Measures*, *ORE*, 2012, pp. 771 y ss.

su intensidad parece sin embargo variar en términos inversamente proporcionales a su incisividad y eficacia. Esto, de hecho, parece claro –como se verá a continuación– con referencia a: a) los mecanismos de asistencia financiera y (consecuentemente) de estabilidad, y b) la (renovada y reforzada) disciplina presupuestaria de los Estados miembros. Al contrario, el experimentalismo parece menos fuerte en aquellas intervenciones, aunque abstractamente cruciales, que son resultado de hechos secundarios, como c) la Estrategia Europa 2020, d) el Pacto para el crecimiento y el empleo, y e) el Marco financiero plurianual 2014-2020. Puede ser útil analizar estos últimos instrumentos, sobre los que se hará un rápido repaso a continuación, para después pasar a los primeros ámbitos materiales que merecen, sin embargo, consideraciones más analíticas y meditadas.

En primer lugar, el documento programático que sigue a la fantástica (y fantásiosa) Estrategia de Lisboa del 2000 es la Estrategia Europa 2020. «Ha llegado ahora el momento de evaluar la incidencia de la Estrategia de Lisboa y, sobre todo, de mirar hacia adelante», se lee en las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo del 10-11.12.2009, al tiempo que se decide reorientar «las diversas políticas que deben volver a centrarse en las reformas a largo plazo, en el marco de una nueva estrategia, ambiciosa y actualizada», denominada Europa 2020. Como la precedente, también la Estrategia Europa 2020 parece una manifestación eminente del «macroeconomic constitution of mutual congratulations»⁴⁶ que de forma no infrecuente incide en las máximas instituciones de la UE. Sin embargo, es del mayor interés hacer notar cómo a la indeterminación de los objetivos y a la incapacidad de cualquier seria (auto)crítica de la conocida como estrategia de Lisboa del año 2000, hace de contrapeso, en este ámbito, una mayor cautela en la configuración de las perspectivas: en este sentido, la Estrategia Europa 2020 se distingue de la precedente por la ausencia tanto de referencias al objetivo del pleno empleo, como de cualquier indicación porcentual del crecimiento del producto interior bruto en los veinte años venideros. No obstante, toda reunión del Consejo Europeo en la que se discute de esta Estrategia parece marcada por un vago y resignado pesimismo sobre el respeto a sus vagas indicaciones y contenidos. En lo que se refiere a la Comisión Europea, ésta, en el momento en el que ha escrito que «no se considera oportuno realizar conclusiones o formular recomendaciones políticas», prudentemente ha preferido activar una «consulta pública sobre la estrategia Europa 2020» de la que a día de hoy, no obstante, no se conocen los resultados.

46 D. ADAMSKI, «Europe's (Misguided) Constitution of Economic Prosperity», *CMLR*, 2013, p. 50.

3.3. En segundo lugar, esta inefable indeterminación marca también otro documento de orientación dirigido a la adopción de medidas de estímulo al crecimiento económico, titulado Pacto por el crecimiento y el empleo y adoptado por el Consejo Europeo de 28-29.6.2012. En aquella ocasión, con el fin de «proseguir un saneamiento presupuestario diferenciado y favorecedor del crecimiento, respetando el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada país», se movilizan 120.000 millones de euros, que suponen cerca del 1% de las rentas nacionales brutas de la UE. Sin embargo, también a propósito de este Pacto, la Comisión Europea advierte en su informe presentado un año después que «el paquete de medidas de inversión por importe de 120 000 millones EUR que se incluye en el Pacto está disponible pero aún no ha sido utilizado todo su potencial»; y en el Consejo Europeo en sus conclusiones del 19-20.12.2013 sostiene que «es preciso proseguir los esfuerzos para garantizar que se aprovechen en la mayor medida posible las posibilidades que ofrece el Pacto». Desde esa fecha, al final, ya no se habla del Pacto para el crecimiento y el empleo.

Si se sigue la senda que marcan estas palabras nos hallamos ante la dificultad que supone no hallar recursos adicionales a nivel supranacional, como ha demostrado el repetido empantanamiento de las propuestas de instituir los «stability bond» y/o de introducir un impuesto sobre las transacciones financieras. En referencia a los primeros⁴⁷, han quedado tan sólo orientaciones por parte de la Comisión Europea (Libro verde sobre la viabilidad de la introducción de bonos de estabilidad, COM (2011) 818 definitivo de 23.11.2011), del Parlamento Europeo (resolución del 15.2.2012 y del 16.1.2013 sobre la viabilidad de la introducción de bonos de estabilidad) y del Consejo Europeo (conclusiones del 7-8.2.2013). En cuanto a un eventual impuesto sobre las transacciones financieras, once Estados miembros (Austria, Bélgica, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia y España) dieron pie a una cooperación reforzada (dec. n. 52/2013 del Consejo de 22.1.2013), después de la falta de aprobación de una propuesta de directiva de la Comisión Europea (COM (2013) 71 final de 14.2.2013) por parte del Consejo de la UE por la oposición de algunos Estados miembros (especialmente el Reino Unido⁴⁸). Si por un lado esto constituye una innovación interesante, puesto que «per la prima volta... integrazione differenziata e finanziamento dell'Unione eu-

47 Cfr. F. CAPRIGLIONE y A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Turín, 2014, p. 49.

48 Cfr. G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padua, 2011, p. 393.

ropea si intrecciano»⁴⁹, por otro lado esta propuesta, aunque haya pasado indemne el control del TJUE (STJUE de 30.4.2014, C-209/13, Reino Unido c. Consejo), no ha producido resultados tangibles.

En realidad, la necesidad de «gettare sabbia negli ingranaggi ben oliati»⁵⁰ de mercados financieros cada vez más incontrolados ya la había manifestado, entre otros, J. Tobin en los lejanos años setenta del siglo XX; pero, evidentemente, después de casi medio siglo del abandono del conocido como sistema de Bretton Woods, no puede decirse de verdad, leyendo los documentos producidos por las distintas instituciones de la UE, que las exigencias de «riportare la finanza al servizio dell'economia reale»⁵¹ sean un objetivo político difundido y compartido a nivel supranacional. Por lo demás, la propia evolución de la disciplina relativa a la libertad de circulación de capitales –desde el tímido art. 67 § 1 del Tratado de Roma de 1957 hasta el más desenvuelto art. 63 § 1 TFUE⁵²– no parece que vaya en la dirección de su limitación⁵³.

3.4. En tercer lugar, no menos elocuente que la cuestión del Pacto por el Crecimiento y el Empleo es la relativa a la aprobación del Marco financiero plurianual 2014-2020 que, como es sabido, determina las cantidades máximas que la UE puede gastar en los diversos ámbitos en los que interviene. Según el art. 312 § 2 TFUE, la regulación que contiene este Marco es adoptada por el Consejo de la UE por unanimidad, previa aprobación por el Parlamento Europeo, el cual, no obstante, sólo puede aceptar o rechazar la propuesta, sin poder aportar enmiendas.

El último Marco financiero plurianual, relativo a los años 2014-2020, fue adoptado en el Consejo Europeo del 7-8.2.2013 el cual recogió el acuerdo político con la indicación de la cifra máxima total del gasto para la Unión Europea para el período en cuestión: se trata, sin embargo, de sólo 959.988 millones de euros en créditos de compromiso, que representan el 1,00 por ciento de la renta nacional bruta de la UE, y 908.400 millones de euros en créditos de pago, que representan el 0,95 por ciento de la renta nacional bruta de la UE. Estas cifras son, sin embargo, claramente inferiores respecto a las propuestas por la Comisión Europea (respectivamente 1.033.000 y 987.000 millones de euros) o a lo que se dispuso para el período 2007-

49 G. ROSSILLO, «Autonomia finanziaria e integrazione differenziata», *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 807.

50 J. TOBIN, *Proposta per la riforma del sistema monetario internazionale*, [1978], trad. it. en R. Bellofiore y E. Brancaccio, *Il granello di sabbia*, Milán, 2002, p. 58.

51 L. GALLINO, *Il colpo di Stato di banche e governi*, Turín, 2013, pp. 298 y ss.

52 Cfr. C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU*, IV ed., Oxford, 2013, pp. 579 y ss.

53 Cfr. M. BENVENUTO, «Libertà senza liberazione», *St. Gabriele*, Bari, 2015, pendiente de publicación.

2013 (respectivamente 975.977 y 925.576 millones de euros, correspondientes al 1,12 y al 1,06 por ciento de la renta nacional bruta de la UE). Esta sustancial reducción de las posibilidades de gasto condujo a una primera resolución del Parlamento Europeo de 13.3.2013, en la que este órgano rechazó el acuerdo político alcanzado por el Consejo Europeo, pero posteriormente, después de una intensa negociación durante los meses sucesivos, fue aprobado el 19.11.2013.

La problemática del Marco financiero plurianual 2014-2020, unida de nuevo a lo que se ha dicho sobre el objetivo del Pacto por el Crecimiento y el Empleo, hace surgir la cuestión todavía no resuelta de la limitabilidad de las fuentes financieras de la UE; y todavía más, cuando el Consejo Europeo del 18.12.2014 ha proyectado «un Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (FEIE) en el Grupo BEI con el objetivo de movilizar 315 000 millones de euros en nuevas inversiones entre 2015 y 2017», lo cual, si fuera cierto, no sería ni malo ni poco. En realidad, al leer con algo de atención los documentos de la Comisión Europea se descubre, sin particular sorpresa, que la UE emitiría una garantía de (apenas) 16.000 millones de euros, a los que se unirían otros 5.000 millones de euros del Banco Europeo de Inversiones. La inconmensurabilidad de lo declarado y de lo efectivamente dispuesto se explica, en un tono didáctico, por la propia Comisión Europea en una nota de prensa del 26.11.2014 (n. 1): «Proporcionar más dinero a través del presupuesto de la UE no es una panacea. Además, hay que tener en cuenta la realidad política: el presupuesto europeo tiene una magnitud relativamente reducida... que... dentro de los márgenes existentes, tiene un papel que desempeñar como catalizador de la inversión privada, pero debe complementarse con otras fuentes de financiación y con unos cambios normativos que contribuyan a crear una coyuntura favorable a la inversión». A ello alcanza, por tanto, el (magro) presupuesto para la política económica de la Presidencia del Consejo de la UE ejercitada por parte de Italia en el segundo semestre de 2014.

3.5. Una vez que se ha salvado el terreno de intervenciones ciertamente poco memorables como son la Estrategia Europea 2020, el Pacto por el Crecimiento y el Empleo y el Marco financiero plurianual, todas las principales medidas anticrisis adoptadas por la UE se atienen, como se ha anticipado, a) a los mecanismos de asistencia financiera y (consecuentemente) de estabilidad, por un lado, y b) a la (renovada y reforzada) disciplina presupuestaria de los Estados miembros, por el otro lado. Ambos constituyen, en efecto, los «two rails of the train of the Economic and Monetary Union that run parallel»⁵⁴.

54 A. DE GREGORIO MERINO, «Legal Developments in the Economic and Monetary Union During the Debt Crisis», *CMLR*, 2012, p. 1614.

En cuanto al primer ámbito –si se quiere identificar otra fecha igualmente crucial– el 4.10.2009 tuvieron lugar las elecciones políticas en Grecia y el nuevo Primer ministro se encontró ante un déficit público cuadruplicado respecto de las estimaciones dadas por el Gobierno precedente, verificándose un 12,7 por ciento frente al 3,7 por ciento declarado. En un primer momento, no sólo callaron todos a nivel supranacional, sino que en la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE de 11.2.2010 se precisa que el Gobierno griego no ha solicitado la ayuda financiera; letanía repetida todavía un mes después en la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona euro de 25.3.2010, cuando se enumeran contextualmente, con un celo ambiguo, los instrumentos que no se desarrollan. Se proyecta entonces, aunque en negativo, un posible «conjunto de medidas que comprenden una financiación sustancial procedente del Fondo Monetario Internacional y una financiación mayoritaria europea» y se precisa que «este mecanismo, que complementará la financiación del Fondo Monetario Internacional, debe considerarse un último argumento, lo que significa en particular que la financiación del mercado es insuficiente. Todo desembolso con cargo a los préstamos bilaterales sería decidido por unanimidad por los Estados miembros de la zona del euro, estaría supeditado a una condicionalidad estricta y se basaría en una evaluación efectuada por la Comisión Europea y el Banco Central Europeo. Esperamos que los Estados miembros de la zona del euro participen sobre la base de sus respectivas claves de suscripción de capital del Banco Central Europeo».

Se trata, evidentemente, de un «bluff», pero no por ello resulta menos determinante, porque ya contiene, como se verá, todos los elementos recogidos en el mecanismo de asistencia financiera que poco después se adoptará. De hecho, antes de que transcurriera un mes, el 23.4.2010 Grecia hace una petición formal de ayuda financiera, cuando ya no lograba vender en el mercado sus propios títulos de deuda pública (que sólo por amarga ironía de la suerte vienen calificados por parte de los publicistas, con el anglicismo infeliz, de «deuda soberana»); el 2.5.2010 concluye la misión conjunta de expertos de la Comisión Europea, del BCE y del FMI (la conocida como Troika), enviada a Atenas para estudiar la situación, y ese mismo día se reúne el Eurogrupo; el 3.5.2010 el Ministro de Finanzas griego y el Gobernador del Banco de Grecia redactaron un Memorandum sobre políticas económicas y financieras, un Memorandum de entendimiento «sobre la específica condicionalidad de la política económica» y un Memorandum técnico de entendimiento; el 7.5.2010, por último, a resultas de una reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro se

ponen a disposición de Grecia 80.000 mil millones de euros, a los que se suman otros 30.000 millones de euros provenientes del FMI. Los eventos sucesivos –y, en particular, las laboriosas discusiones que llevarán, por último, a la decisión de 20.2.2015 del Eurogrupo de mantener el programa de asistencia financiera para Grecia, aunque reafirmando por parte de sus instituciones el «unequivocal commitment to honour their financial obligations to all their creditors fully and timely», como se lee en la nota de prensa publicada ese día– demostrando toda la dificultad de redefinir, sobre la base de una dirección política de mayoría indudablemente cambiada en el Estado miembro en cuestión, términos y contenidos de aquel programa.

En cualquier caso, ya en la primavera de 2010 se asiste a la puesta en pie de una «estructura básica de negociación entre los prestamistas oficiales y los Gobiernos de los países receptores, así como de revisión de la aplicación de los programas de ajuste económico» (resolución del Parlamento europeo 2013/2277 (INI) de 28.2.2014) – la Troika, de hecho– que incorpora instituciones diversas por funciones y estructura, algunas supranacionales (la Comisión Europea y el BCE) y otras internacionales (el FMI), y que se dispone como «internationaler öffentlicher Gewalt»⁵⁵. Esta estructura es desarrollada sobre la base de dos puntos fundamentales, destinados a orientar actos y comportamientos. En primer lugar, como se lee en la Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro de 7.5.2010, la proyectada asistencia financiera se concede con el fin principal no de socorrer a Grecia como tal, sino de «preservar la estabilidad financiera de la zona euro en su conjunto». En segundo lugar, la Comisión Europea identifica las causas de la debacle financiera de este Estado en una «combinación excepcional de una política presupuestaria poco rigurosa, una reacción inadecuada frente a los desequilibrios crecientes, deficiencias estructurales y la presentación de información estadística errónea» (COM (2010) 250 final de 12.5.2010).

Esta última comunicación, unida a la cronología que se ha recordado precedentemente⁵⁶, resulta de especial importancia no sólo porque evidencia la clamorosa falta de preparación de la UE ante una crisis financiera que se vivía desde hacía varios meses y susceptible de transformarse en una crisis económica, y la dificultad de encontrar en el marco institucional garantizado por los Tratados las soluciones adecuadas al caso; sino también porque ofrece la visión ejemplar, y por tanto recurrente,

55 A. VON BOGDANDY y M. GOLDMANN, «Die Restrukturierung von Staatsschulden als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt», *ZaöRV*, 2013, p. 80.

56 *Cfr.* L. F. PACE, «La crisi del "sistema euro"», *Scr. Tesauro, cit.*, III, pp. 2159 y ss.

de la «narrazione distorsiva»⁵⁷ de aquello que está por golpear de forma rupturista a una parte importante de los Estados miembros cuya moneda es el euro, empezando por Grecia. Esta última, de hecho, «è un caso estremo fra le nazioni dell'Unione europea, ma i casi estremi spesso rivelano qualcosa di più generale»⁵⁸ y, en particular, que las instituciones supranacionales no hayan sabido ofrecer algún elemento de (auto)crítica ni desde un «punto di vista esterno» ni desde un «punto di vista interno»⁵⁹, con el efecto final de que la crisis no haya afectado ni en hipótesis a los principios estructurales que rigen en su totalidad la dimensión económica de la UE y/o a los pilares sobre los que se ha ido edificando en el decenio precedente (la conocida Estrategia de Lisboa, el euro y el mercado único). Una suposición como ésta, leyendo los documentos oficiales adoptados tanto antes como hoy –y parafraseando al filósofo (griego) Parménides– no parece ni pensable ni expresable. Al contrario, el estado de las cosas deriva exclusivamente de una falta o incompleta aplicación de aquellos principios por parte del propio Estado miembro que se encuentra por ello en dificultades. En otras palabras, en la base de la crisis no hay otra cosa más que un problema de efectividad y, por tanto, de responsabilidad. Como ha repetido con apreciable claridad, entre otros, el *ex* juez constitucional alemán U. DI FABIO sosteniendo la ilegitimidad del programa «operaciones monetarias directas» del BCE, la crisis, «in the first instance, was largely caused by massive violations of law»⁶⁰; y es a todos conocido cuanta consideración hay para el «Derecho» en un ordenamiento jurídico como es el alemán (*cf.* el art. 20, § 3, de la Ley Fundamental de 1949).

3.6. Pero hay todavía más. Si la crisis, como se acaba de decir, según una consistente «vulgata» se configura esencialmente como una «Staatschuldenkrise»⁶¹ dotada, además, de un fundamento esencialmente antijurídico, ello lleva a (re) descubrir que deuda y culpa, lingüísticamente y también semánticamente, son «Schuld», la palabra mágica de una «vera e propria Neolingua»⁶², que habla alemán⁶³, naturalmente, y «non solo censura e distrugge i pareri diversi, ma corrompe

57 P. KRUGMAN, *Fuori da questa crisi, adesso!*, [2012], trad. it. Milán, 2012, p. 200.

58 C. CROUCH, *Quanto capitalismo può sopportare la società*, [2013], trad. it. Roma-Bari, 2014, p. 22.

59 N. MACCORMICK, «Appendice», – *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, [1978], trad. it. Turín, 2001, pp. 318 y ss.

60 U. DI FABIO, «Karlsruhe Makes a Referral», *GLJ*, 2014, p. 109.

61 K. NITZE, *Finanzhilfen für Euro-Staaten in der Krise*, Berlin, 2015, pp. 48 y ss.

62 B. SPINELLI, *La sovranità assente*, Turín, 2014, p. VIII.

63 *Cf.* L. BESSELINK y J. H. REESTMAN, «The Fiscal Compact and the European Constitutions», *ECLR*, 2012, pp. 1 y ss.

l'ossatura stessa delle cose»⁶⁴. Este dogma –que pertenece a la esfera de la teología político-económica, tal y como se le dio luz en otros tiempos «non sospetti» por K. MARX, F. NIETZSCHE y W. BENJAMÍN⁶⁵– se salda con un postulado ordoliberal por el cual «tenere in ordine la casa nazionale è la condizione necessaria e sufficiente perché ci sia un ordine internazionale»⁶⁶ y encarna, en buena lid, todos los mecanismos de asistencia financiera y (consecuentemente) de estabilidad adoptados a nivel supranacional. Así, precisamente la traducción institucional del bricolage conceptual entre deuda y culpa determina un «exchange of obedience for money»⁶⁷ y da sustancia a una segunda palabra nueva de nuestro tiempo, que es la condicionalidad⁶⁸. Ésta informa «ab origine» las formas de ayuda del FMI⁶⁹ y conforma también los primeros dos instrumentos determinados en la reunión de 9.5.2010 de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la zona euro, reunidos en la sede del Consejo de la UE, para ofrecer asistencia financiera a Grecia: el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (en adelante MEEF) y el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (en adelante FEEF).

El MEEF es instituido por el reg. n. 407/2010 del Consejo (de 11.5.2010) y se apoya, por decirlo de algún modo, en el art. 122 § 2 TFUE, en particular en la referencia contenida en el mismo a los «acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar». Se trata, naturalmente, de una petición de principio, expresamente desmentida, como se ha visto, por lo declarado por la propia Comisión Europea en la comunicación COM (2010) 250. Este Mecanismo –se lee en el considerando n. 5 del citado reglamento– «debe permitir a la Unión dar una respuesta coordinada, rápida y eficaz a las dificultades agudas padecidas por un determinado Estado miembro», a través de la emisión de préstamos o de líneas de crédito. Al mismo tiempo, sin embargo, el Estado miembro destinatario de asistencia financiera debe definir con la Comisión Europea, consultado el BCE, «las condiciones generales de política económica que acompañan a la ayuda financiera

64 B. SPINELLI, *La sovranità assente*, cit., p. VIII.

65 Cfr. E. STIMILLI, *Debito e colpa*, Roma, 2015, pendiente de publicación.

66 T. PADOA-SCHIOPPA, *La veduta corta*, Bolonia, 2009, p. 90.

67 C. JOERGES, «Three Transformations of Europe and the Search for a Way Out of its Crisis», Id. y C. GLINSKI, *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance*, Oxford-Portland, 2014, p. 35.

68 Cfr. R. BIEBER e F. MAIANI, «Enhancing Centralized Enforcement of EU Law», *CMLR*, 2014, pp. 1073 y ss.

69 Cfr. E. PAPARELLA, «La "stretta condizionalità" dal Fondo Monetario Internazionale all'Eu-rozona», *Men. et. econ.*, 2014, V, p. 1.

de la Unión, con vistas a restablecer una situación económica o financiera sana en el Estado miembro beneficiario y a restaurar su capacidad de financiarse en los mercados financieros» [art. 3 § 2. b)]. De ello se deriva, consecuentemente, la adopción de un memorándum de acuerdo (art. 3 § 5) entre la Comisión Europea y el Estado en cuestión, que incide profundamente, como se acaba de ver y se dirá con detalle, en la política económica.

El FEEF fue aprobado, sin embargo, como un acuerdo internacional de forma simplificada y, por tanto, no sujeto a los Parlamentos de los Estados miembros según sus procedimientos de autorización de la ratificación. Éste asume la forma de una sociedad anónima de Derecho luxemburgués fundada el 7.6.2010, de la que son accionistas los diecisiete Estados miembros de la UE (los dieciseis Estados miembros cuya moneda era en ese momento el euro y Estonia). Esta sociedad se encarga, por lo demás, de ofrecer asistencia financiera a los Estados en dificultad, a través de la emisión de obligaciones o de otros instrumentos de deuda en el mercado de capitales, en el ámbito de un programa de ajuste macroeconómico. Se trata, sin embargo, de un organismo constituido como temporal, según lo dispuesto en el art. 11 § 2 del Acuerdo indicado, y por ello sustituido, transcurridos algunos meses, por el Mecanismo Europeo de Estabilidad, del que se hablará más adelante.

3.7. Permaneciendo por ahora en los mecanismos de asistencia financiera instituidos en la primavera de 2010, cabe intentar profundizar en los términos de la condicionalidad que deriva de ellos y que alimenta la sensación de que la crisis que se vive se ha convertido en una «Krise der Solidarität»⁷⁰. Con este objeto, parece decisiva la dec. n. 320/2010 del Consejo (de 10.5.2010), expresamente dirigida a Grecia, que recoge un elenco minucioso de prescripciones a las cuales los prestamistas han decidido supeditar su apoyo. Algunas prescripciones, en particular, parecen al menos en una primera lectura del todo extrañas a los perfiles ligados a la hacienda pública, e inciden, más bien, en la dimensión social, como se observa con la exigencia de una «una ley de reforma del sistema de negociación salarial en el sector privado, que prevea una reducción de la retribución de las horas extraordinarias, una mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y la posibilidad de celebrar pactos territoriales locales para fijar un incremento salarial inferior al previsto en los acuerdos sectoriales» [art. 2 § 3. c)]. Al margen del fondo de cada una de las concretas previsiones –que ciertamente no pueden ser desarrolladas en esta sede, pero que sería

70 I. PERNICE, «Eine Ortsbestimmung im Verhältnis zwischen Bürger, Staat und Europäischer Union», *Europäische Solidarität und nationale Identität, cit.*, p. 25.

conveniente discutir y razonar sobre ellas— debe señalarse, en una perspectiva sistémica, la reconducción de cada una de las mismas al ámbito de la política económica, respecto a la cual, como se ha dicho, la UE estaría llamada a desarrollar una (mera) coordinación de las políticas de los Estados miembros. Por el contrario, esta decisión introduce rigurosas medidas en el plano procedimental y también en el sustancial, como la obligación por parte de Grecia de presentar al Consejo de la UE y a la Comisión Europea un informe trimestral sobre las medidas adoptadas para adaptarse a las exigencias indicadas (art. 4 § 1), informe que los dos órganos supranacionales están expresamente llamados a valorar (art. 4 § 3).

Un conjunto de prescripciones análogas se dará, transcurridos algunos meses, también ante la asistencia financiera de Irlanda (dec. n. 77/2011 del Consejo de 7.12.2010) y en la de Portugal (dec. n. 344/2011 del Consejo de 30.5.2011), donde la emisión de los respectivos préstamos queda sujeta a obligaciones de condicionalidad parecidas. Se puede recordar, a este respecto, que el Tribunal Constitucional portugués, llamado a enjuiciar algunas de las disposiciones estatales que implementaban estas medidas, ha sido el único juez constitucional que se ha pronunciado convincentemente en sentido negativo (Dec. TC n. 353/2010)⁷¹.

Un año después, a results de las reuniones del Eurogrupo de 9.7.2012 y de 20.7.2012, España también accedió al FEEF, con el objetivo de recibir asistencia en la recapitalización de algunas de sus entidades de crédito; e igualmente Chipre, después de unas larguísimas negociaciones que se alargaron nueve meses, obtuvo en la reunión del Eurogrupo de 25.3.2013 asistencia financiera. En virtud de estas combinaciones singulares del «bastone dell'austerità e [del]la carota della liquidità»⁷² se emitieron, en total y hasta el momento en el que se escribe, sumas que alcanzaron los 271.800 millones de euros a Grecia desde 2010 hasta 2014 (conjuntamente con el FMI), 67.500 millones de euros a Irlanda desde 2011 hasta 2013 (conjuntamente con el FMI, Reino Unido, Suecia y Dinamarca), 78.000 millones de euros a Portugal desde 2011 hasta 2014 (conjuntamente con el FMI), 41.300 millones de euros a España desde 2012 hasta 2013 y 10.000 millones de euros a Chipre desde 2013 hasta 2016 (conjuntamente con el FMI); y la (co)participación «à la carte» de una organización internacional de los concretos Estados miembros cuya moneda no es el euro evidencia una vez más el experimentalismo vivido.

71 Cfr. F. FABBRINI, «The Euro-Crisis and the Courts», *BJIL*, 2014, p. 106.

72 L. FANTACCI y A. PAPETTI, «Il debito dell'Europa con se stessa», *Costituzionalismo.it*, 2013, II, p. 23.

En definitiva, durante este «*annus horribilis*» del «*diritto costituzionale*»⁷³ que es el 2011, también Italia, que ni necesita ni ha pedido alguna asistencia financiera, recibe el 5.8.2011 –por otro lado, junto a España⁷⁴– una particular carta dirigida al propio «Prime Minister» (*sic*) y firmada conjuntamente por el Presidente de la BCE saliente J.-C. Trichet y por el entrante M. Draghi. Esta carta –proveniente del titular del órgano monocrático superior de una institución constituida «par excellence» como independiente, neutral y técnica como es el BCE y dirigida a un órgano fundamental inexistente, puesto que la Constitución italiana del 1947 no prevé ningún «Primer ministro», sino, como mucho, un Presidente del Consejo de Ministros (arts. 92 y ss.)– parece, desde un punto de vista estrictamente jurídico (que es el único que en esta sede puede ser adoptado), ciertamente fuera de procedimiento⁷⁵, pero también inadmisibile o inútil, según se quiera tomar más o menos en serio. Todo se juega, en efecto, en el plano de la realidad, en el de la representación: cartas como ésta «are not legally binding, they do not have the typical form and procedure of legal acts, but they are perceived as such»⁷⁶; y es precisamente esto, a fin de cuentas, aquello que vale, como se verá en relación con las anunciadas operaciones monetarias directas del BCE. En cualquier caso, que en una parte de las clases dirigentes italianas de la segunda mitad del 2011 haya habido un explícito favor para una suerte de «*dittatura commissaria*»⁷⁷ –tomando la conocida categoría de C. SCHMITT– se demuestra por la publicación en el principal periódico del país, prácticamente dos días después del envío de la carta antes mencionada, de un editorial en el que el futuro Presidente del Consejo de Ministros italiano M. Monti escribe sin artificios: «come europeista... vedo tutti i vantaggi di certi “vincoli esterni”, soprattutto per un Paese che, quando si governa da sé, è poco incline a guardare all’interesse dei giovani e delle future generazioni»⁷⁸.

Se escucha una música diferente, en este mismo lapso de tiempo, en otros países europeos. Mientras los Estados miembros indicados anteriormente hacen frente –más o menos– al experimentalismo de los primeros mecanismos de asistencia financiera y a los perfiles derivados de la condicionalidad, la decisión coetánea del Tribunal constitucional federal alemán a favor de Grecia (BVerfG, 2 BvR 987/10,

73 F. BALAGUER CALLEJÓN, «Crisi economica e crisi costituzionale in Europa», B. ANDÒ y F. VECCHIO, *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Padua, 2012, p. 349.

74 Cfr. J. L. RODRÍGUEZ ZAPATERO, *El Dilema*, Barcelona, 2013, pp. 405 y ss.

75 Cfr. E. OLIVITO, «Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali», *Riv. AIC*, 2014, I, p. 2.

76 I. CIOLLI, «The Constitutional Consequences of Financial Crisis and the Use of Emergency Powers», *Riv. AIC*, 2015, I, p. 13.

77 C. SCHMITT, *La dittatura*, [IV ed., 1978], trad. it. Roma, 2006, pp. 21 y ss.

78 M. MONTI, «Il podestà forestiero», *Corriere della Sera*, 7.8.2011, p. 1.

2 BvR 1485/10 y 2 BvR 1099/10 de 7.9.2011) constituye la más rigurosa reivindicación de las prerrogativas soberanas –y, recuérdese, al mismo tiempo democráticas– de la *Bundesrepublik*. En opinión de esta jurisdicción constitucional, en efecto, no sólo no hay sombra de dudas de que Alemania «si governi da sé», retomando la infeliz y perpleja expresión referida a Italia por M. Monti, cuando cualquier mecanismo de asistencia financiera en beneficio de Estados terceros debe ser puntual e indefectiblemente sometido a la consideración del legislador alemán, el cual debe permanecer siempre y en todo caso «Herr seiner Entschlüsse», incidiendo sobre el «Identitätskern der Verfassung»⁷⁹. Y estas consideraciones vienen afirmadas y reforzadas en sucesivas decisiones sobre el Mecanismo Europeo instituido, que conviene pasar a estudiar.

3.8. Como se acaba de señalar, el carácter temporal y, al mismo tiempo, contingente tanto del MEEF como del FEEF hace advertir los límites de ambos, en el momento en el que, cuando ni siquiera habían transcurrido seis meses, en el Consejo Europeo del 28-29.10.2010 fue puesta encima de la mesa la propuesta de instituir un mecanismo permanente de gestión de las crisis para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona euro en su conjunto: el Mecanismo Europeo de Estabilidad (en adelante MEDE). Por otra parte –circunstancia ciertamente significativa, en el plano institucional– se proyecta al mismo tiempo, por primera (y hasta el momento única) vez, una modificación limitada del Tratado necesaria a estos efectos, sin modificar el art. 125 TFUE. Se enfatiza, también en aquella ocasión, la preocupación de no tocar esta disposición clave, la cual parece surgir en el lenguaje del principal órgano de dirección política de la UE, en combinación con los arts. 123 y 124 TFUE, como un verdadero y propio límite del «pactum foederis» supranacional, como ha sido confirmado por la precisión, en efecto recurrente (pero recurriendo a un adjetivo superlativo absoluto), de que tal mecanismo deberá atenerse a una «rigurosísima condicionalidad».

Por lo tanto, en el siguiente Consejo Europeo del 16-17.12.2010 se acordó un procedimiento simplificado de revisión del Tratado de Lisboa de 2007, de conformidad y con los efectos del art. 48 § 6 TUE, sobre la base de una deliberación unánime del Consejo Europeo, previa consulta al Parlamento Europeo, a la Comisión Europea y al BCE. El art. 48 § 6.2 TUE precisa, por otra parte, que esta revisión «no podrá aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados»; lo que,

79 P. M. HUBER, «The Rescue of the Euro and its Constitutionality», W.-G. RINGE y P. M. HUBER, *Legal Challenges in the Global Financial Crisis*, Oxford, 2014, pp. 12 y ss.

en el caso en cuestión, resulta claro que no se ha cumplido⁸⁰. En cualquier modo, la dec. n. 199/2011 del Consejo Europeo (de 25.3.2011) introduce un nuevo art. 136 § 3 TFUE, el cual prevé ahora 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 supe- ditará a condiciones estrictas». Consiguientemente –se lee en las conclusiones de la Presidencia de ese mismo Consejo Europeo– «el artículo 122, apartado 2, del TFUE no será ya necesario a tal efecto. Los Jefes de Estado y de Gobierno han acordado, por ende, que no se utilizará con este propósito», dando de esta forma fin a aquello que había sido, como ya se ha dicho, un (necesario pero) indiscutible ejercicio de hipocresía.

En el mismo Consejo Europeo del 24-25.3.2011 se decide que el MEDE, aunque cubierto por el renovado art. 136 § 3 TFUE, se instituya entre los Estados miembros cuya moneda es el euro como un tratado internacional distinto y tenga, por tanto, la forma de una «organización intergubernamental de derecho internacional público» con sede en Luxemburgo, a la par, como se ha visto, que el FEEF. Por otro lado, la implementación del MEDE queda lejos de ser inmediata. El tratado relativo al mismo (en adelante TMEDE) fue efectivamente suscrito el 2.2.2012, exactamente un mes antes del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (en adelante TECG); y a este último se conecta expresamente, aduciéndose que el uno como el otro «son complementarios al promover la responsabilidad y solidaridad presupuestaria en la union económica y monetaria» (considerando n. 5). El TMEDE entra en vigor otros seis meses después, tras un tormentoso procedimiento de ratificación por parte de algunos Estados y, en particular, de Alemania, donde la legitimidad del mismo nuevamente fue atacada ante el Tribunal Constitucional federal (BVerfG, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12, del 12.9.2012 y 18.3.2014).

Como se ve, el renovado recurso, en esta circunstancia –y no será la única– a un acto de Derecho internacional, autónomo y distinto, a la par que coordinado con el ordenamiento de la UE desde el inicio con aquellos que han sido llamados «treaty games»⁸¹, marca la irrupción de una palabra nueva ulteriormente en la escena del

80 Cfr. Ka. TUORI y Kl. TUORI, *The Eurozone Crisis*, Cambridge, 2014, pp. 146 y ss.

81 B. DE WITTE, «Treaty Games», F. ALLEN *et al.*, *Governance for the Eurozone*, Philadelphia, 2012, p. 140.

proceso de integración supranacional, que es la reversibilidad. Se asiste, en buena medida, a un «völkerrechtliches... Ersatzunionsrecht»⁸² respecto a lo que se ha establecido por el propio art. 136 § 3 TFUE, y a lo permitido, más en general, por el art. 20 TUE en materia de cooperaciones reforzadas⁸³. Naturalmente, una «fuga» nel diritto internazionale»⁸⁴ como ésta no comporta la mera retroacción a un «status quo ante»⁸⁵, sino el emerger de un orden, por así decirlo, anfibia, una parte del cual se coloca en el interior y otra en el exterior del perímetro trazado por el Derecho de la UE⁸⁶. Esta solución se considera por otro lado que no contradice este Derecho según el TJUE, el cual reconduce expresamente el MEDE a la política económica y no a la política monetaria –esta última por sí misma, como se ha dicho, objeto de competencia exclusiva– y yuxtapone (para alguno antepone⁸⁷) a la estabilidad de los precios un «objetivo superior, a saber, el mantenimiento de la estabilidad financiera de la unión monetaria» (STJUE de 27.11.2012, C-370/12, Pringle), que en cierto modo parece englobar, pero en este sentido también supera, la primera «species» de estabilidad. Se trata de un atisbo importante del intento de acercar y, por tanto, de recomponer las dos facetas de la política económica y de la política monetaria, algo sobre lo que se tendrá la ocasión de volver.

Permaneciendo por ahora en el MEDE, éste prevé una serie de órganos, entre los que destaca por su relevancia el Consejo de Gobernadores, compuesto por los Ministros de Economía y Finanzas de los Estados miembros cuya moneda es el euro (como miembros con derecho a voto), con el Comisario europeo de asuntos económicos y monetarios y el Presidente del BCE como observadores. Cada uno de los Estados dispone de un número de votos igual al número de cuotas asignadas en relación con el total del capital desembolsado (art. 4 § 7), de la misma manera que el FMI; lo cual hace que emerja, allí donde hubiera necesidad, la lógica propietaria⁸⁸ que inspira la filosofía de fondo, congénitamente intergubernativa. Es en

82 A. LORZ y H. SABER, «Ersatzunionsrecht und Grundgesetz», *öV*, 2012, p. 575.

83 *Cfr.* M. SCHWARZ, «A Memorandum of Misunderstanding», *CMLR*, 2014, pp. 417 y ss.

84 G. NAPOLITANO, «La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea», Id., *Uscire dalla crisi*, Bolonia, 2012, p. 423.

85 *Cfr.* G. MARTINICO, «The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process», Londres-Nueva York, 2013, p. 39.

86 E. CHITI y P. G. TEXEIRA, «The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis», *CMLR*, 2013, pp. 692 y ss.

87 *Cfr.* Ka. TUORI y Kl. TUORI, «The Eurozone Crisis», *cit.*, p. 132-133.

88 R. CALVANO, «La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea», *Costituzionalismo.it*, 2013, III, p. 8.

un segundo momento, a la luz de la demora que marca la fase de aprobación del TMEDE, cuando en la reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro del 9.12.2011 se decide introducir un procedimiento de urgencia, con el fin de garantizar que el MEDE esté en condiciones de adoptar las decisiones necesarias en todas las circunstancias. Como consecuencia, fue aprobada una modificación de las reglas de voto y, en lugar del consenso (esto es, de la unanimidad), ahora se prevé una mayoría cualificada del 85 por ciento, si «la Comisión y el BCE concluyen que la no adopción de forma urgente de una decisión para conceder o aplicar una asistencia financiera... amenazaría la sostenibilidad económica y financiera de la zona del euro» (art. 4 § 4).

Con este fin, el capital suscrito viene fijado en 700 mil millones de euros (art. 8 § 1), suma que parece considerable respecto a los institutos previos, aunque debe precisarse que el total inicial de las cuotas desembolsadas es de 80 mil millones de euros, mientras que el resto está compuesto por cuotas exigibles (art. 8 § 2). El MEDE puede conceder a un Estado miembro cuya moneda es el euro, que se enfrenta a problemas financieros graves, una línea de «crédito precautoria condicionada» (art. 14), asistencia financiera para la recapitalización de las entidades financieras del propio Estado (art. 15), un préstamo (art. 16), la adquisición de títulos de deuda soberana emitidos en el mercado primario (art. 17) y el desarrollo de operaciones en el mercado secundario (art. 18). Sin embargo, como se había previsto en los precedentes MEEF y FEEF, debe precisarse que el mantenimiento del MEDE se realiza «bajo una estricta condicionalidad» que «pueden adoptar diversas formas, desde un programa de ajuste macroeconómico hasta una obligación de cumplimiento continuo de las condiciones de elegibilidad preestablecidas» (art. 12 § 1), si bien únicamente cuando se presente «indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona euro en su conjunto y de sus Estados miembros» (art. 3).

3.9. En paralelo a la adopción de los mencionados mecanismos de asistencia financiera y (consecuentemente) de estabilidad, el segundo ámbito material de medidas anticrisis adoptadas por la UE se dirige, como se ha anticipado, a la (renovada y reforzada) disciplina presupuestaria de los Estados miembros. Con ello se refiere, siguiendo nuevamente la comunicación COM (2010) 250, al conjunto de medidas dirigidas a evitar y, si es necesario, a sancionar «una política presupuestaria poco rigurosa, una reacción inadecuada frente a los desequilibrios crecientes, deficiencias estructurales y la presentación de información estadística errónea» que, como se ha visto, constituyen la causa eficiente, según la teodicea oficialmente asumida a nivel supranacional, de la crisis griega. Si se exceptúa el escaso y vago Pacto por el euro, aprobado en la reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro

del 11.3.2011 y después renombrado Pacto euro plus en el Consejo europeo del 24-25.3.2011, el instrumento principal desarrollado por la UE en el fatídico otoño de 2011, con el que trazar un «map to fiscal integration»⁸⁹, fue un paquete de actos normativos compuesto por cinco reglamentos y una directiva, comunmente conocido, con una cierta fantasía, como «six pack». Cuatro reglamentos afectan a la supervisión multilateral (art. 121 § 3.2 TFUE) referida a la «evolución económica de cada uno de los Estados miembros y de la Unión, así como la coherencia de las políticas económicas con las orientaciones generales» (art. 121 § 3.1 TFUE), mientras la directiva y el reglamento restante añaden la vigilancia sobre la «evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados miembros» (art. 126, § 2, TFUE), a las cuales se ha hecho ya referencia.

El primer acto normativo del «six pack» es el reg. n. 1173/2011 del Parlamento europeo y del Consejo (del 16.11.2011), sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro. Este se aplica específicamente a los Estados miembros cuya moneda es el euro y da actuación, expresamente, a la «experiencia adquirida y los errores cometidos en el transcurso del primer decenio de la unión económica y monetaria» (considerando n. 3). De ello se consolida la necesidad de prever «sanciones adicionales» (considerando n. 13) susceptibles de asegurar «mecanismos equitativos, oportunos, graduales y efectivos» (considerando n. 14), objeto del propio reglamento. En este sentido destacan las sanciones que afectan no sólo la falta de cumplimiento de los «componentes preventivo y corrector del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) (art. 1 § 1), sino también, sobre la base de la experiencia griega, la hipótesis que funciona como “trait d’union” entre deuda y culpa es, como se ha dicho: la “manipulación de estadísticas” (art. 8). Además, las medidas previstas en el mismo se adoptan según un elaborado procedimiento del que emerge la tensión hacia una cuarta palabra nueva, que es automática y que se seguirá utilizando en adelante. De hecho, la construcción de un depósito con intereses (art. 4) o de un depósito sin intereses (art. 5), y la imposición de multas (art. 6) son todas medidas no sólo per sé incisivas, sino que vienen adoptadas sobre la base de una recomendación de la Comisión Europea, respecto de la cual –nótese– el Consejo de la UE sólo puede intervenir expresamente “ad opponendum”, con una votación por mayoría cualificada inversa (arts. 4 § 2, 5 § 2 y 6 § 2), que recuerda a otros mecanismos análogos adoptados en el seno de la Organización Mundial del Comercio»⁹⁰.

89 A. HINAREJOS, «The Euro Area Crisis and Constitutional Limits to Fiscal Integration», *CYELS*, 2012, p. 244.

90 *Cf.*: W. VAN AKEN y L. ARRIGE, «Reverse Majority Voting in Comparative Perspective», B.

El segundo acto normativo del «six pack» es el reg. n. 1174/2011 del Parlamento europeo y del Consejo (del 16.11.2011), relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos, aplicable únicamente a los Estados miembros cuya moneda es el euro. Este reglamento establece por parte un sistema de sanciones dirigido a garantizar la efectiva corrección de los desequilibrios macroeconómicos en la zona euro. También en este caso, los instrumentos sancionatorios desarrollados pasarían por la constitución de un depósito con intereses (art. 3 § 1) o la imposición de multas (art. 3 § 2), en la línea de lo previsto en el acto normativo anterior.

El tercer acto normativo del «six pack» es el reg. n. 1175/2011 del Parlamento europeo y del Consejo (del 16.11.2011), dirigido al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas. Éste interviene, con el fin de endurecerlo, en el PEC (en particular, en el reg. n. 1466/1997) y dispone, entre otras cosas, una coordinación temporal más intensa de las políticas económicas y presupuestarias de los Estados miembros, denominado Semestre europeo para la coordinación de las políticas económicas y presupuestarias (en adelante SECPM), en virtud de la cual estas últimas se deben alinear con los objetivos establecidos a nivel supranacional con referencia «ai tempi, alle procedure e (in larga parte) ai contenuti»⁹¹. En virtud de este Semestre en los meses de noviembre y diciembre (del año precedente al de los presupuestos que se analizan) la Comisión Europea publica un análisis anual del crecimiento y un informe sobre el mecanismo de alerta, relativo a la situación de cada Estado miembro. Posteriormente, en los meses de enero y febrero el Consejo de la UE, en sus diversas composiciones, discute el análisis anual del crecimiento, formula orientaciones y adopta conclusiones. Después, en el mes de marzo el Consejo Europeo define las orientaciones políticas, mientras la Comisión Europea publica los eventuales exámenes desarrollados. Aún más, en el mes de abril los Estados miembros presentan un programa de estabilidad y convergencia, que contienen la estrategia a medio plazo en materia presupuestaria, y un programa nacional de reforma, el cual contiene un programa de reformas estructurales. A continuación, en el mes de mayo la Comisión Europea valora los programas de los Estados miembros y presenta recomendaciones específicas. En el mes de junio el Consejo de la UE discute estas recomendaciones,

de WITTE *et al.*, *The Euro Crisis and the State of European Democracy*, San Domenico di Fiesole, 2013, pp. 133 y ss.

91 G. RIVOSACCHI, «Il governo europeo dei conti pubblici tra crisi economico-finanziaria e riflessi sul sistema delle fonti», *Oss. fonti*, 2011, I, p. 3.

las aprueba y las envía al Parlamento Europeo para su aprobación posterior. Al final, en el mes de julio el Consejo de la UE adopta las recomendaciones específicas para el Estado miembro. A este intenso cronograma se puede añadir, en el plano sustancial, que el reglamento en cuestión confirma la centralidad de la noción de «objetivo a medio plazo», que ya estaba presente en el PEC. Este indicador consiste en el objetivo para el saldo del presupuesto estructural, que cada Estado miembro se compromete a realizar en un cierto tiempo; el cual, por tanto, «non è una fotografia del reale ma un dispositivo normativo, costruito in modo virtuale»⁹², sin ser nunca, entonces –y siempre está bien recordarlo-, pacífico o «natural». Por otro lado, el recurso a un indicador «country specific» como es el objetivo de medio plazo hace «molto più penetranti ed incisivi i controlli delle istituzioni UE sul sistema contabile e finanziario e sugli assetti macroeconomici dei singoli Stati membri. Con la conseguenza di poter valutare, in prospettiva, gli esiti di ciascuna azione intrapresa e gli effetti macroeconomici potenziali di ogni singola misura adottata dai sistemi di governo e dai Parlamenti nazionali»⁹³.

El cuarto acto normativo del *six pack* es el reg. n. 1176/2011 del Parlamento europeo y del Consejo (de 16.11.2011), el cual establece una disciplina detallada, dirigida a identificar, prevenir y corregir los «desequilibrios macroeconómicos excesivos en la Unión» (art. 1). En cuanto a la identificación de estos desequilibrios, el rol principal lo asume sin lugar a dudas la Comisión Europea, la cual puede valerse de un «mecanismo de alerta» (art. 3) y disponer tanto un «cuadro de indicadores» (art. 4) como un «examen exhaustivo» (art. 5). Las correcciones de los desequilibrios excesivos pasa a través de un «plan de medidas correctoras» (art. 8) que cada Estado miembro para el cual se haya iniciado un procedimiento tiene que activar y que contiene las indicaciones de las «medidas específicas que el Estado miembro en cuestión ha ejecutado o se propone ejecutar» (art. 8 § 1), junto a un «calendario para tales medidas» (art. 8 § 1).

A estos actos normativos se añaden, como se ha adelantado, una directiva y otro reglamento, los cuales intervienen sobre la supervisión de la «evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados miembros» (art. 126 § 2 TFUE). La dir. n. 85/2011 del Consejo (del 8.11.2011) establece normas «detalladas» (*sic*) relativas a las características de los marcos presupuesta-

92 P. DE IOANNA, «È stato opportuno l'inserimento del pareggio strutturale in Costituzione?», ponencia presentata en el Congreso *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact de Roma*, 29-30.10.2014, paper, p. 4.

93 F. BILANCIA, «*Spending review* e pareggio di bilancio», *Dir. pubbl.*, 2014, p. 57.

rios de los Estados miembros. El reg. n. 1177/2011 del Parlamento europeo y del Consejo (de 8.11.2011), por su parte, relativo a la «aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo», modifica también, análogamente al evocado reg. n. 1175/2011, el PEC y, en particular, el reg. n. 1467/1997. Hace así su aparición, especialmente, la fundamental y analítica referencia a la reducción de la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto en la medida del diferencial entre el primero y el valor de referencia (*id est* el 60 por ciento) «en los tres años anteriores a un ritmo medio de una veintea parte al año como referencia» (art. 1).

3.10. La aprobación en otoño de 2011 dentro del perímetro normativo trazado por el Derecho de la UE del conocido como «six pack» no agota, de todos modos, el grupo de medidas adoptadas sobre la (renovada y reforzada) disciplina presupuestaria de los Estados miembros y se acompaña de posteriores instrumentos, tanto de Derecho constitucional como de Derecho internacional, los cuales incidieron sobre este mismo ámbito material. En cuanto a los primeros, habida cuenta de las preocupaciones e incertezas mantenidas por las instituciones supranacionales en orden a la efectividad de las resoluciones en curso de aprobación, se abre paralelamente camino la sugerencia de hacer más rígidos los vínculos presupuestarios de los Estados miembros, y especialmente de los que tienen el euro como moneda, asumiendo la relativa disciplina dentro de los respectivos ordenamientos jurídicos. La idea se encuentra formulada en la ya citada (y criticada) carta escrita «a cuatro manos» por J.-C. Trichet y M. Draghi y dirigida al «Prime Minister» italiano el 5.8.2011, con la frase alusiva «a constitutional reform tightening fiscal rules would also be appropriate», y sedimentada en la sucesiva Declaración de la cumbre euro del 26.10.2011. En esta situación, entre las «medidas complementarias» del «six pack» aparece la propuesta de «adoptar en cada Estado miembro de la zona del euro unas normas de equilibrio presupuestario en términos estructurales que plasmen el Pacto de Estabilidad y Crecimiento en la legislación nacional, preferiblemente de rango constitucional o equivalente, antes de finales de 2012»; previsión que terminó siendo reproducida, como se dirá a continuación, en el TECG.

La solicitud de modificar «ab interno» y, preferiblemente, al máximo nivel normativo la disciplina presupuestaria de los Estados miembros constituye una solución inédita en la historia del proceso de integración supranacional y produce el efecto paradójico de que, como ha sido justamente dicho, «l'UE “entra dalla finestra” nella Costituzione»⁹⁴ a través de la adopción de vínculos y obligaciones externos, es decir en marco de una integración negativa. En tal sentido, sin embargo, si para cual-

94 F. BALAGUER CALLEJÓN, «Crisi economica e crisi costituzionale in Europa», *cit.*, p. 343.

quiera de los Estados miembros tales indicaciones constituyen efectivamente una anticipación de aquello que sucederá, para otros se trata de un impulso que actúa «en paralelo» en relación con lo dispuesto por el propio legislador constitucional y aún para otros se encuentra ante una prospección que opera «como balance» (como Alemania). Parece por tanto indudable, incluso en aquella circunstancia, que entre los Estados miembros haya quien «gioc[a] d'anticipo»⁹⁵ y quien, sin embargo, de forma más o menos torpe juega por detrás, intentando laboriosamente adaptar «ex post» las propias reglas de presupuestos a las solicitudes, si se les quiere llamar así, provenientes de la UE.

3.11. Por lo demás, como se ha adelantado, a las intervenciones de orden supranacional y constitucional dirigidas a preparar una (renovada y reforzada) disciplina presupuestaria de los Estados miembros se añade el recurso a instrumentos de Derecho internacional. El conjunto de estas medidas se coloca, entonces, en el marco de una estrategia más ambiciosa, que encuentra su máxima expresión en las declaraciones realizadas por M. Draghi, Presidente del BCE, el 1.12.2011 ante el Parlamento europeo: «what I believe our economic and monetary union needs is a new fiscal compact, a fundamental restatement of the fiscal rules together with the mutual fiscal commitments that euro area governments have made. Just as we effectively have a compact that describes the essence of monetary policy... so a fiscal compact would enshrine the essence of fiscal rules and the government commitments taken so far, and ensure that the latter become fully credible, individually and collectively».

En este discurso, como se ve, la política monetaria y (un aspecto de) la política económica vienen expresamente unidas y combinadas más allá de lo dispuesto en el Tratado de Lisboa de 2007; y el eslogan de un nuevo pacto presupuestario –en inglés «fiscal compact»– viene inmediatamente asumido por la Declaración de Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro del 9.12.2011 (y, por tanto, un mes antes de la aprobación del «six pack»). En el transcurso de algunas semanas (de febril actividad), entre las líneas de comunicación acordadas por los Estados miembros de la zona euro el 30.1.2012 aparece el TECG, definitivamente suscrito el 2.3.2012 por veinticinco Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE.

Este Tratado resulta único por los perfiles, sea sustanciales como formales, que lo caracterizan. En cuanto a los primeros, se asiste nuevamente –como en el caso del coetáneo TMEDE, del que ya se ha hablado– a un movimiento evidente de vuelta

95 R. BIFULCO, «Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo», Id. y O. ROSELLI, *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, Turín, 2013, p. 142.

del Derecho supranacional al Derecho internacional. Esta solución permite operativamente no sólo superar sin (muchos) daños el manifiesto disenso del Reino Unido y de la República Checa, sino que también evita, en virtud de la previsión de que este Tratado entrará en vigor después de la adhesión de al menos doce de ellos (art. 14, § 2), cualquier otra forma de veto por parte de los concretos Estados miembros que, como es sabido, ha constituido la espada de Damocles de todo el recorrido de ratificación de los tratados, incluido el de Lisboa de 2007.

Sin embargo, la manifiesta separación formal entre el Derecho supranacional y el Derecho internacional no hace que cesen los intensos espacios de superposición material (en particular, con el «six pack», del que el TCEG toma muchas disposiciones) y de integración institucional. En este sentido deben entenderse, en particular, el art. 2 de este Tratado, relativo a su conformidad y compatibilidad con el Derecho de la UE; los arts. 5 § 2, y 6, con referencia al monitoraje y a la comunicación con el Consejo de la UE y con la Comisión Europea; y el art. 8 § 2, en materia del control por el TJUE. A lo que se añade, en el art. 12 § 1, la previsión de reuniones informales de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros cuya moneda es el euro, junto con el Presidente de la Comisión Europea y con el Presidente del BCE, así como la institución –también fuera del marco trazado por el Tratado de Lisboa de 2007– de un Presidente de la Cumbre del Euro, designado en paralelo a la elección del Presidente del Consejo Europeo y por la misma duración.

Si, como se acaba de ver, cualquier institución de la UE en virtud del art. 13 TUE se encuentra en el corazón de la regulación del TCEG y/o viene por este último llamadas, otras, sin embargo, parecen colocadas al margen por el mismo; y se trata precisamente de aquellas directamente (Parlamento Europeo) o indirectamente (Comisión europea) representativas de los ciudadanos de la UE, demostrando el hecho de que el principio «no taxation without representation», hoy, sigue caminos distintos y mucho más accidentados que los tradicionales⁹⁶. Sin embargo, si el rol de la Comisión Europea resulta en cualquier caso determinante en los instrumentos de orden supranacional relativos a la (renovada y reforzada) disciplina presupuestaria de los Estados miembros, como se evidencia incisivamente en el «six pack» antes mencionado, el órgano verdaderamente disminuido es el Parlamento Europeo, el cual no por casualidad adoptó vanamente dos resoluciones críticas el 18.1.2012 y el 2.2.2012.

En realidad, la orientación institucional del TCEG no parece del todo desalinada respecto al marco de la UE. El primero, como se ha reconocido ampliamente

96 Cfr. C. FASONE, «The Struggle of the European Parliament to Participate in the New Economic Governance», *EUIWP*, 2012, XLV, pp. 16 y ss.

por los comentaristas, se inspira de hecho en un fuerte intergubernamentalismo⁹⁷ o interestatalismo⁹⁸, que recuerda a los primeros momentos en el proceso de integración supranacional, en los cuales, como es sabido, «democracy is simply not part of the original vision»⁹⁹. Se trata, por tanto, de una innovación de sabor antiguo, revivida por la persistente circunstancia de que el propio Parlamento Europeo –al igual que, por otro lado, la Comisión Europea– en cuanto institución expresiva de la UE en su conjunto (arts. 14 § 2.1 y 17 § 1 TUE), presenta un serio y, en este momento, un irresoluble problema de «asimetría democrática»¹⁰⁰, allí donde no hay ni puede haber coincidencia entre los representantes y los representados de todos los Estados miembros, de aquellos de los Estados miembros en los que la moneda es el euro y, en definitiva, de aquellos otros Estados miembros que, en cada caso, se suman a los primeros compartiendo concretas medidas (como es el caso del Tratado aquí analizado).

Fijándose ahora en los contenidos del TCEG, este Tratado tiene la ambición, como se ha dicho, de «reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria» (art. 1 § 2), a través de la adopción de un verdadero y auténtico «pacto presupuestario» (art. 1), que pivota sobre la cuestión de que la «situación de las administraciones públicas de cada Parte Contratante será de equilibrio o de superávit» (art. 3 § 1. a). En particular, se afirma que esta regla se considera 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» (art. 3 § 1. b); y se confirma que, en caso de superación de la relación entre deuda pública y producto interior bruto fijada en el 60 por ciento, el Estado excesivamente endeudado deberá reducir su deuda pública a un ritmo medio de una veintava parte al año (art. 4).

Pero no es todo. Entre las disposiciones potencialmente más invasivas del Tratado en cuestión está la previsión de que los Estados miembros «informarán con antelación al Consejo de la Unión Europea y a la Comisión Europea de sus planes de emisión de deuda pública» (art. 6), instrumento que constituye, como es sabido,

97 Cfr. E. CHITI y P. G. TEXEIRA, «The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis», *cit.*, pp. 685 y ss.

98 Cfr. D. THYM, «Euro-Rettungsschirm», *EZWR*, 2011, pp. 167 y ss.

99 J. H. H. WEILER, «The Political and Legal Culture of European Integration», *IJCL*, 2011, p. 686.

100 F. DONATI, «Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea», *Diritto Un. eur.*, 2013, p. 360.

uno de los pocos que ha permanecido a disposición de los propios Estados para «sus políticas económicas» (arts. 2 § 3, 5 § 1, y 121 § 1, TFUE). Por otra parte, como se ha adelantado, el TECG revive la «liaison dangereuse»¹⁰¹ con el TMEDE, al preveer que «la concesión de asistencia financiera en el marco de los nuevos programas en virtud del Mecanismo Europeo de Estabilidad estará condicionada, a partir del 1 de marzo de 2013, a la ratificación del presente Tratado por la Parte Contratante de que se trate» (considerando n. 26). Por último, parece igualmente notable el intento de jurisdiccionalizar la falta de respeto de las normas previstas en el mismo en una doble dirección: por un lado, confiando «ab interno» en los jueces constitucionales, en el momento en el que los nuevos vínculos presupuestarios han sido introducidos de forma vinculante —como se ha visto— en los ordenamientos de los Estados miembros; por otro lado, allí donde el enjuiciamiento resulte «per più versi accidentat[o]»¹⁰², también podrá intervenir el TJUE (art. 8), en los términos y con los efectos previstos por el art. 273 TFUE, iniciándose el proceso no por la Comisión Europea, sino por una o varias partes contrayentes. En el mismo TECG se especifica que «la sentencia del Tribunal de Justicia será vinculante para las partes en el procedimiento» (art. 8 § 1) y se añade que el propio Estado actor puede recurrir por segunda vez, por decirlo de algún modo, sobre la base de su propia apreciación, cuando «considere que otra Parte Contratante no ha adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia», con la posible condena al «pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva adaptada a las circunstancias, que no excederá del 0,1 % de su producto interior bruto» (art. 8 § 2).

Como se ve, el Tratado aquí estudiado cae en el experimentalismo, de medidas inéditas y no previstas en lo proyectado por el Derecho de la UE, del que es expresión «a fortiori» la referencia en el título a la gobernanza¹⁰³; la condicionalidad, que aparece sobre todo del contexto del TECG y del TMEDE, propedeutica y funcional a su imbricación; la reversibilidad, en la medida que este instrumento cubre ámbitos materiales ya regulados, en buena medida, por el Derecho supranacional; la automaticidad, allí donde se dispone textualmente que «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» (art. 3 § 1. e).

3.12. En los meses posteriores a la aprobación del TECG, precisamente el perfil de la automaticidad es objeto de una implementación ulterior, debido a la aproba-

101 G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, Nápoles, 2012, p. 124.

102 G. SCACCIA, «La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio», *Il Filangieri*, 2011, p. 213.

103 Cfr. A. ARIENZO, *La governance*, Roma, 2013, p. 10.

ción en la primavera de 2013 de una pareja de reglamentos, generalmente denominados «two pack», dirigidos a introducir una regulación posterior más rígida de la «supervisión multilateral» (art. 121 § 3.2 TFUE) relativa a la «la evolución económica de cada uno de los Estados miembros y de la Unión, así como la coherencia de las políticas económicas con las orientaciones generales» (art. 121 § 3.1 TFUE). En primer lugar, el reg. n. 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (de 21.5.2013) se dirige ya en el propio título (únicamente) a los «Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades» y prevé para estos una forma de supervisión reforzada (art. 2), y un consiguiente programa de ajuste macroeconómico (art. 7); todo ello con el objetivo primario de evitar que «se produzcan contagios entre un Estado miembro que experimenta o corre el riesgo de experimentar dificultades desde el punto de vista de su estabilidad financiera y el resto de la zona del euro y, de manera más general, la Unión en su conjunto» (considerando n. 3). Este reglamento institucionaliza, si se puede decir así, el ya señalado rol de la Troika, estableciendo que los Estados miembros sujetos a una supervisión reforzada deban «adoptar medidas dirigidas a atajar las causas reales o potenciales de las dificultades» y, con este fin, «tendrá al mismo tiempo en cuenta las recomendaciones que le hayan sido dirigidas» (art. 3 § 1) por estas instituciones.

En segundo lugar, el reg. n. 473/2013 del Parlamento europeo y del Consejo (de 21.5.2013), relativo a las «disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro», añade al SECPEM, del que ya se ha hablado, un «calendario presupuestario común» (art. 4) y un «proyecto de planes presupuestarios» (art. 6), que deberá aportarse antes del 15 de octubre del año precedente al de referencia y que deberá someterse a un dictamen (art. 7 § 1) de la Comisión Europea. Por ello, esta institución interviene en el momento en el que cada presupuesto está todavía en fase de discusión parlamentaria, confirmándose con ello la evolución que se está viviendo hacia un control cada vez más penetrante de los contenidos y no sólo de los valores de los propios presupuestos. Además, en el ámbito del procedimiento de corrección del déficit excesivo los Estados miembros están obligados a presentar un «programa de reforma económica» (art. 9), que contenga «las medidas políticas y las reformas estructurales necesarias para lograr una corrección eficaz y duradera del déficit excesivo» (art. 9 § 1), en el que se «identificará y seleccionará un conjunto de prioridades concretas destinadas a aumentar la competitividad y el crecimiento sostenible a largo plazo y a eliminar las debilidades estructurales del Estado miembro afectado» (art. 9 § 2). Antes, como se ha dicho,

prescripciones similares se habían limitado a los Estados que se beneficiaban de los distintos mecanismos de asistencia financiera; y de ello puede deducirse, por tanto, como también en este caso el reg. n. 473/2013 trata de hacer esas comprobaciones lo más automáticas y generalizadas posibles, en el momento en el que los comentaristas han puesto de manifiesto la forma(liza)ción de un «co-government»¹⁰⁴ en materia de presupuesto de los Estados miembros (o, al menos, de aquellos cuya moneda es el euro).

En este mismo horizonte, en definitiva, las formas más avanzadas y evolucionadas a las que parece tender la (renovada y reforzada) disciplina presupuestaria de los Estados miembros, como ámbito material propio de las medidas anticrisis adoptadas por la UE, asumen la forma de acuerdos de asociación, expresión con la que –a partir del Consejo Europeo del 19-20.12.2013– se compendia todo el sistema de acuerdos contractuales mutuamente convenidos, incorporado en el SECPM. Las conclusiones de aquel Consejo Europeo, en el que no se identifican más que brevemente los capítulos y límites de estos acuerdos, parecen hacer presagiar, aunque entre líneas, en el plano material formas de creciente injerencia por parte de la UE en las políticas económicas de los Estados miembros y «a fortiori» de aquellos cuya moneda es el euro; en el plano formal un «interesting shift from legislation to contract»¹⁰⁵, como estadio extremo del experimentalismo y de la condicionalidad conexas al que parece tender el proceso de integración supranacional en los tiempos presentes.

4. PERSPECTIVAS INÉDITAS

4.1. Como se ha observado hasta el momento, las principales medidas anticrisis adoptadas por la UE cubren un ámbito temporal de tres años –desde mayo de 2010, mes en el que se adoptó la primera decisión de asistencia financiera para Grecia, hasta mayo de 2013, mes en el que se aprobó el «two pack»– ante un horizonte mucho más amplio: en particular, según los datos de Eurostat del primer trimestre de 2008 hasta el tercer trimestre de 2014 Grecia se ha encontrado en recesión todos los años considerados, con una reducción total del 27,2 por ciento, y en ese mismo período el producto interior bruto «pro capite» en igualdad de poder adquisitivo ha descendido de 21.600 a 16.500 euros. Estos datos, en su inmediata y tangible expresividad, hacen de «pendant» en el plano de la economía real al notorio «spread» que

104 F. COSTAMAGNA, «The Impact of Stronger Economic Policy Co-Ordination on the European Social Dimension», M. ADAMS *et al.*, *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, 2014, p. 367.

105 P. CRAIG, *Economic Governance and the Euro Crisis*, *ivi*, p. 28.

en realidad constituye no tanto un elemento sintomático, en términos absolutos, de la salud económico-financiera de un cierto país, sino un formidable indicador de las múltiples líneas de fractura infraeuropeas¹⁰⁶, evidenciando la brecha entre la tasa de interés de los títulos de deuda pública de Alemania y de otros Estados que en cada momento pueden ser tomados en consideración.

Ante un escenario de crisis como éste que, en términos tanto absolutos como relativos, no tiene parangón en Europa desde la Segunda Guerra Mundial hasta hoy, dos son, al mismo tiempo, las medidas objeto de más intensa discusión a nivel supranacional, las cuales reclaman en ambos casos el inédito y imprevisible «ruolo di supplenza della Banca centrale europea»¹⁰⁷ y, con ésta, una vez más, los inciertos límites de las nociones de política monetaria y de política económica. Como se ha visto, de hecho, el presente «intergovernamental moment»¹⁰⁸ sitúa en una posición de una cierta residualidad no sólo al Parlamento Europeo, sino también, aunque en menor medida, a la Comisión Europea, única encargada, como es sabido, de «promover el interés general de la Unión» (art. 17 § 1 TUE). En este juego de escaleras cruzadas entre órganos que suben y órganos que bajan en la polisíntesis¹⁰⁹ que connota la arquitectura del complejo de la UE y que recuerda a un cuadro de M.C. Escher, un «ruolo neogiuseppino»¹¹⁰ que se encuentra actualmente de forma eminente encarnado por aquella «amministrazione funzionale transnazionale di nuovo conio»¹¹¹ que es el BCE, expresión por antonomasia de «apoliticità, neutralità, tecnicità»¹¹². Estos caracteres, según N. IRTI, «confluiscono nella mitologia europea come in una sorte di patria universale, liberatrice dalle asprezze e divisioni della politica»¹¹³.

Sin embargo, a diferencia de la Comisión Europea, el BCE no sólo no es responsable ante nadie, sino que, por un lado, es absolutamente independiente

106 Cfr. U. BECK, *Europa tedesca*, [2012], trad. it. Roma-Bari, 2013, pp. 41 y ss.

107 G. NAPOLITANO y M. PERASSI, «La Banca centrale europea e gli interventi per la stabilizzazione finanziaria», G. AMATO y R. GUALTIERI, *Prove di Europa unita*, Florencia, 2013, p. 42.

108 S. FABBRINI, «The Outcomes of Intergovernmentalism», *The Euro Crisis and the State of European Democracy*, cit., p. 125.

109 S. CASSESE y M. SAVINO, «I caratteri del diritto amministrativo europeo», G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, III ed., Milano, 2011, pp. 186 y ss.

110 Cfr. R. MENASSE, *Der europäischen Landbote*, Viena, 2012, p. 23.

111 C. JOERGES y S. GIUBBONI, «Diritto e politica nella crisi europea», *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 353.

112 N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, [1998], ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009, p. 29.

113 *Ibidem*.

y, por otro, se encuentra apriorísticamente vinculado en sus fines al objetivo principal de mantener la estabilidad de los precios. Si éste, sin alterarse desde su génesis, es el marco ordinamental de referencia¹¹⁴, no puede despertar sorpresa, entonces, que cualquier ampliación de la esfera de intervención de esta institución ponga en tensión el «clivage» entre los dos macrosectores de la política económica y de la política monetaria –cuya segmentación constituye la decisión del sistema de la UE «in subiecta materia»– y, al mismo tiempo, comporta el riesgo de una rastrera «tendency towards monetary policy's politicization»¹¹⁵, que, allí donde se verificase, constituiría en realidad un «quid novi» en el actual panorama supranacional.

4.2. Teniendo en cuenta lo anterior, el primer «thema decidendum» actualmente objeto de controversia se refiere a la posibilidad del propio BCE de intervenir frente a la crisis financiera y económica que vivimos, en particular con medidas en ayuda de los títulos de deuda pública de algunos Estados miembros cuya moneda es el euro. También en este caso, múltiples y variadas son las tipologías de instrumentos adoptadas por este órgano, todas caracterizadas, de nuevo, por un evidente experimentalismo, hasta el punto de poderse concluir, no sin razón, que esta institución se inspiraría, desde el inicio de la crisis hasta el momento, en un esquema teórico-económico reconducible a la nueva macroeconomía clásica, para el período medio-largo, y a la nueva macroeconomía keynesiana, en el corto plazo¹¹⁶.

Una intervención significativa en este campo ya se encuentra, en concreto, en la decisión n. 281/2010 del BCE (de 14.5.2010), con la que ésta instituyó un programa temporal (considerando n. 2) dirigido a adquirir, «en el mercado secundario, instrumentos de renta fija negociables y admisibles emitidos por las administraciones centrales o entidades públicas de los Estados miembros cuya moneda es el euro» (art. 1). El fundamento de este programa, que va en paralelo a los primeros mecanismos de asistencia financiera para Grecia, viene determinado por el propio BCE ante las «fuertes tensiones en determinados segmentos del mercado que dificultan el funcionamiento del mecanismo de transmisión de la política monetaria y, en consecuencia, la aplicación efectiva de la política monetaria orientada a la estabilidad de precios a medio plazo» (considerando n. 2).

114 Cfr. S. BARONCELLI, «The Independence of the ECB after the Economic Crisis», *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, cit., p. 142.

115 Ka. TUORI y Kl. TUORI, «The Eurozone Crisis», cit., p. 186.

116 Cfr. A. VERDE, *Unione monetaria e nuova governance europea*, cit., pp. 295-296.

Un año después, el 4.8.2011 el Consejo directivo del BCE dispuso un Plan de financiación a largo plazo, con término a treinta y seis meses. Este plan se concretó en dos intervenciones indirectas en ayuda de los títulos de deuda pública de los Estados miembros cuya moneda es el euro (el primero de 21.12.2011 y el segundo de 29.2.2012), «sub specie» de préstamos a los bancos solicitantes y ante una garantía consistente en títulos de deuda pública (que también se encontraban notablemente devaluados, como los emitidos «temporibus illis» por Grecia)¹¹⁷; lo cual demuestra el hecho de que, originados claramente por la crisis, primero financiera y luego económica, iniciada en 2008, los problemas del «fallimento del mercato» y del «fallimento dello Stato»¹¹⁸ son (por desgracia) inextricables. Pero sobre esta cuestión se volverá a continuación.

Un año después, el 26.7.2012 M. Draghi, en un discurso pronunciado en Londres ante una amplia platea de financieros, declaró que, «within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough». En coherencia, el Consejo directivo del BCE anunció el 6.9.2012 el posible comienzo de un programa de «operaciones simples monetarias», consistente en una intervención, por así decirlo, semidirecta, en la medida que se orientaba a la adquisición dirigida de deuda pública de algunos Estados miembros cuya moneda es el euro, pero en el mercado secundario y no directamente a su emisión. Parece importante, en estas circunstancias, la explícita indicación de que no habría límites cuantitativos estables «ex ante», y la reafirmación de que uno de los presupuestos necesarios para la dirección del programa consistiría en el respeto de condiciones rigurosas y eficaces conectadas a un adecuado programa del FEEF y del MES, en una demostración repetida de los intensos perfiles de condicionalidad que marcan el conjunto de medidas en cuestión. De esta manera, frente a la manifiesta incapacidad de algunos Estados miembros cuya moneda es el euro, privados de instrumentos de intervención tradicionales como la devaluación competitiva de su propia moneda, para financiarse y refinanciarse a través de sus propios títulos de deuda pública, el BCE termina siendo el «ultimate sector which can “leverage up”»¹¹⁹, aunque permaneciendo como una institución distinta y distante por su finalidad y por la justificación de sus poderes «dal “Federal Reserve”, dalla Banca centrale britannica e dalla Banca centrale giapponese che intervengono direttamente sui mercati per acquistare

117 Cfr. F. CAPRIGLIONE y G. SEMERARO, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani*, Turín, 2012, p. 101.

118 G. NAPOLITANO, «La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea», *cit.*, p. 384.

119 P. COUR-THIMANN y B. WINKLER, «The ECB's Non-Standard Monetary Policy Measures», *cit.*, p. 797.

obbligazioni pubbliche anche allo scopo di promuovere la crescita economica (investimenti e occupazione)»¹²⁰.

Sin embargo, debe recordarse que la mera previsión de una adquisición similar de títulos de deuda pública (incluso en el mercado secundario) por parte del BCE se ha considerado que colisiona con el Derecho supranacional, y especialmente con el art. 123 TFUE, por el Tribunal constitucional federal alemán en su decisión adoptada a propósito del MEDE (BVerfG, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12, del 12.9.2012). El anuncio de la eventual condición de «operaciones simples monetarias» comporta, consecuentemente, el primer reenvío prejudicial efectuado por este juez constitucional ante el TJUE, en el que el primero solicita de forma perentoria al segundo que efectúe un «ultra vires Kontrolle» sobre las actuaciones del BCE (BVerfG, 2 BvR 2728/13 del 14.1.2014). Dejando a un lado, en esta sede, cualquier cuestión relativa a las relaciones contrastantes entre los dos órganos jurisdiccionales –que algunos han definido a través de la dramática escena del juego del conejo de la película «Gioventù bruciata»¹²¹– analizar un par de perfiles de esta «querelle», en el momento en el que se escribe a la espera del pronunciamiento del juez supranacional, parece ciertamente de interés. Por un lado, se asume que el Consejo directivo del BCE habría adoptado el 6.9.2012 una verdadera y auténtica decisión («Beschluss»), cuando, en realidad, se ha tratado más bien de un mero anuncio, aunque difundido «urbi et orbi». Esto podría generar alguna perplejidad en relación con la concreción del «petitum» y con la conexa legitimación para actuar de los recurrentes ante el Tribunal constitucional federal alemán (y de éste, a su vez, para elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE). Por otro lado, se considera que el BCE quiere arrogarse un instrumento típico de política económica y no de política monetaria, circunstancia que se originaría, al mismo tiempo, por la incidencia del programa en cuestión sobre los tipos de interés de los Estados miembros cuya moneda es el euro, por el carácter selectivo de tales «operaciones simples monetarias» y por la combinación de la intervención prevista con el MEDE.

Por último, el 22.1.2015 fue difundida por M. Draghi la noticia de que el Consejo directivo del BCE había decidido iniciar un programa de compra de ac-

120 G. BUCCI, «La banca centrale e il potere economico-monetario», *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, cit., p. 478.

121 M. KUMM, «Rebel Without a Good Cause», *GLR*, 2014, pp. 203 y ss.; MAYER F. C., *Rebels Without a Cause?*, ivi, pp. 111 y ss.

tivos ampliado, consistente en la adquisición en el mercado secundario de títulos de los sectores públicos y privado por valor de 60 mil millones de euros al mes, desde marzo de 2015 hasta al menos septiembre de 2016 y que se desarrollará sobre la base de las cuotas de capital del BCE suscritas por los bancos centrales. Esta masiva entrada de liquidez se caracteriza, bien visto, como una típica medida de política monetaria, estando ante todo dirigida a elevar la tasa de inflación en los Estados miembros cuya moneda es el euro que, como se ha dicho anteriormente, era negativa en el mes de diciembre de 2014. El punto que ha suscitado mayores discusiones también dentro del BCE afecta al tema crucial, al menos en línea de principio, del reparto de las hipotéticas pérdidas, fijado finalmente en el 20 por ciento. Detrás de cada una de tales controversias se cierne, naturalmente, el «spectre of a Transfer Union»¹²².

4.3. Un segundo perfil de intervención, que incide también en el «singleness» de la política monetaria respecto a la política económica, se refiere a la reciente institución de una unión bancaria, a saber, en particular, a la atribución a nivel supranacional al propio BCE de competencias en materia de vigilancia prudencial de los entes crediticios; esto es debido a las intensas y ya antes señaladas interrelaciones entre las finanzas públicas y la finanzas privadas y, consecuentemente, tiene la finalidad principal de evitar las crisis de liquidez y de solvencia del sistema bancario que han contribuido desde el 2008 a la actual coyuntura económica¹²³. El fundamento teórico de una intervención del género puede ser identificado en la asunción también a nivel supranacional, por parte del Grupo de expertos de alto nivel encargado por la Comisión Europea de formular recomendaciones sobre cómo reforzar los mecanismos europeos de vigilancia, de una suerte de «financial trilemma»¹²⁴, de conformidad con el cual no son perseguibles, al mismo tiempo, la estabilidad financiera, la integración financiera y las políticas financieras estatales, debiéndose por consiguiente eliminar (también) estas últimas (las conocidas como propuestas de Laroisière del 2.2.2009).

A finales de 2010 se decide superar el precedente orden institucional en red, que preveía la presencia de un Comité de autoridades de supervisión bancaria, un Comité de Supervisores Europeos de Seguros y Planes de Pensiones

122 M. RUFFERT, «The European Debt Crisis and European Union Law», *CMLR*, 2011, pp. 1791.

123 *Cfr.* P. DE GRAUWE, *Economia dell'unione monetaria*, [IX ed., 2012], trad. it. Bolonia, 2013, p. 206.

124 D. SCHOENMAKER, «The Financial Trilemma», *EL*, 2011, p. 57.

y una Autoridad Europea de Valores Mobiliarios¹²⁵, y se da vida a un Sistema Europeo de Supervisión Financiera (art. 2), articulado en tres autoridades, respectivamente para el sector bancario (Autoridad Bancaria Europea, regulada en el reg. n. 1093/2010 del Parlamento europeo y del Consejo de 24.11.2010), para los seguros y las pensiones (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, regulada en el reg. n. 1094/2010 del Parlamento europeo y del Consejo de 24.11.2010) y para los instrumentos financieros (Autoridad Europea de Valores y Mercados, regulada en el reg. n. 1095/2010 del Parlamento europeo y del Consejo de 24.11.2010). A tales Autoridades, investidas de funciones microprudenciales, se añade una Junta Europea de Riesgo Sistémico, encargada de una competencia de supervisión macroprudencial (reg. n. 1092/2010 del Parlamento europeo y del Consejo de 24.11.2010). La Autoridad Bancaria Europea, según lo previsto en el reg. n. 1093/2010, no desarrolla ninguna función de supervisión propiamente dicha, a la par de las otras dos indicadas, sino que más bien «emitirá directrices y recomendaciones dirigidas a las autoridades competentes o a las entidades financieras» (art. 16 § 1), interviniendo en caso de «infracción del Derecho de la Unión» (art. 17), en «situaciones de emergencia» (art. 18) y para la «solución de diferencias entre las autoridades competentes en situaciones transfronterizas» (art. 19); todo ello para no contravenir las indicaciones dictadas por el TJUE desde su decisión de 13.6.1958, C-9/56, *Meroni*, por la cual no es lícito para el Derecho derivado delegar en órganos auxiliares de las instituciones europeas ninguna función cuyo ejercicio comporte un margen de discrecionalidad que implique una amplia libertad de valoración, y que han sido reafirmadas en la sentencia del TJUE de 22.1.2014, C-270/12, *Reino Unido c. Parlamento y Consejo*¹²⁶.

Acercándose propiamente al ámbito de la supervisión prudencial de las entidades de crédito, supuso un fuerte impacto, en medio de la crisis, el documento titulado *Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria* del 5.12.2012, redactado por el Presidente del Consejo Europeo en estrecha colaboración con el Presidente de la Comisión Europea, el Presidente del Eurogrupo y el Presidente del BCE. Este documento se articula en tres puntos sustanciales –una cuarta parte, dirigida a la legitimidad y responsabilidad democrática, puede ser descartada en cuanto puro ejercicio de retórica supranacional– orientados a un marco presupuestario integrado, a un marco integrado de política económica y, sobre todo, a

125 Cfr. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012, pp. 102 y ss.

126 Cfr. T. PROSSER, *The Economic Constitution*, Oxford, 2014, pp. 163 y ss.

un marco financiero integrado. Hasta hoy, el marco presupuestario integrado y el marco integrado de política económica todavía están por venir y presagian, como se ha dicho, formas inéditas y excepcionales de experimentalismo y de la vinculada condicionalidad. En contra, el marco financiero integrado ha sido objeto de una importante implementación normativa¹²⁷ en 2015, con la consiguiente y «evidente perdita di sovranità da parte degli Stati»¹²⁸ precisamente en un sector intervenido tradicionalmente por éstos en ámbitos como la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

De hecho, a partir del Consejo Europeo del 18-19.10.2012 se planteó la creación a nivel de la UE de una verdadera y propia unión bancaria, cuyo perfil de mayor innovación afecta, sin embargo, la dimensión del «banking supervision, not regulation»¹²⁹, sin incidir sustancialmente en la disciplina jurídica de los servicios financieros. En esta dirección, a la luz de las medidas adoptadas a favor de España y sobre todo de Chipre, se proyectaron tres instrumentos fundamentales¹³⁰ que diferencian de forma explícita la disciplina de los mercados financieros, hasta el momento articulado en un orden regulador altamente descentralizado, de la propia de los entes de crédito¹³¹: la constitución de un Mecanismo único de Supervisión; la preparación de un Mecanismo único de resolución de las crisis; la adopción de una disciplina única relativa a la garantía de los depósitos. Dejando fuera en esta sede, porque resulta de menor relevancia en el plano institucional general, el segundo y el tercer perfil, conviene sin embargo hacer al menos una referencia posterior al Mecanismo único de supervisión, innovación considerada «non meno importante della moneta unica e del vincolo del pareggio di bilancio»¹³².

A este respecto, el art. 127 § 6 TFUE, afirma que se «podrá encomendar al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros». Por tanto, a pesar de los evidentes «short-

127 Cfr. N. MOLONES, «European Banking Union», *CMLR*, 2014, p. 1611.

128 A. PISANESCHI, «Banca centrale europea, vigilanza bancaria e sovranità degli Stati», *Federalismi.it*, 2014, XVII, p. 3.

129 L. QUAGLIA, *The European Union & Global Financial Regulation*, Oxford, 2014, p. 177.

130 Cfr. D. ROSSANO, «La crisi dell'Eurozona e la (dis)unione bancaria», *Federalismi.it*, 2014, VII, p. 24.

131 Cfr. N. MOLONES, *EU Securities and Financial Markets*, III ed., Oxford, 2014, p. 943.

132 S. CASSESE, «La nuova architettura finanziaria europea», *Banca d'Italia. Quaderni di ricerca giuridica*, 2014, LXXV, p. 17.

comings and weakness»¹³³ de esta disposición, se ha optado también a nivel de la UE por una «soluzione “all’italiana”»¹³⁴, pero no en un sentido peyorativo de la expresión: la de asignar al BCE una función de «amministrazione attiva»¹³⁵ también en este crucial sector. Con este fin, el reg. n. 1024/2013 del Parlamento europeo y del Consejo (de 15.10.2013), reconociendo que «la crisis financiera y económica actual ha puesto de manifiesto que la fragmentación del sector financiero puede suponer una amenaza para la integridad de la moneda única y del mercado interior» (considerando n. 2), llama a las instituciones como autoridad de vigilancia. Ello se verifica en presencia del carácter significativo de las bancas vigiladas¹³⁶, elemento en concreto no exento de aspectos problemáticos¹³⁷, a pesar del intento de anclarlo a criterios automáticos, tales que «non comporta[re] l’esercizio di discrezionalità»¹³⁸, y quedando claro el poder del BCE de, «por iniciativa propia, estudiar si una institución tiene una relevancia significativa» (art. 6 § 4).

5. CONSIDERACIONES FINALES

Es ésta una magmática historia cuyos hilos se ha intentado anudar y que continúa ofreciendo, un día tras otro, nuevos y posteriores perfiles de actualidad y de críticas que originan, en el curso de su tratamiento, algunas sincronías curiosas, algunas palabras nuevas y algunas perspectivas inéditas, de las que se ha intentado dar cuenta, aunque de forma inevitablemente breve. La mirada de conjunto que se abre parece en cierto modo dar por descontado aquello que podría ser llamado la paradoja del hipermétrope. En efecto, todas las principales medidas anticrisis adoptadas por la UE se insertan, como se ha hipotetizado al comienzo, en un marco general marcado por la continuidad de las elecciones institucionales adoptadas cuando cristaliza el Tratado de Lisboa de 2007; pero un punto de análisis más

133 G. L. TOSATO, «The Legal Basis of the Banking Union», E. BARUCCI y M. MESSORI, *Towards the Banking Union*, Florencia, 2014, pp. 44-45.

134 F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, Turín, 2013, p. 112.

135 M. MANZINI, «Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla *Banking Union*», *Banca d'Italia. Quaderni di ricerca giuridica*, 2013, LXXIII, p. 14.

136 Cfr. F. CIRAULO, «Il Regolamento UE n. 1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'unione bancaria europea», *Amm. camm.*, 2014, pp. 16 y ss.

137 Cfr. O. CAPOLINO, L. DONATO y R. GRASSO, «Road map dell'unione bancaria europea», G. BRACCHI y D. MASCIANDARO, *Banche e ciclo economico*, Roma, 2013, pp. 217-218.

138 S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Turín, 2013, p. 233.

cercano hace surgir la «diversità delle premesse, delle motivazioni e del disegno»¹³⁹ con respecto a la trama que se encuentra diseñada. En efecto, el reconocimiento a nivel supranacional de una manifiesta «deriva asimmetrica degli effetti della politica monetaria (europea) e delle politiche di finanza pubblica (statali)»¹⁴⁰ ha determinado un verdadero y propio «circumvention of the limits to the competences of the Union»¹⁴¹, «sub specie» de una discusión de algunas decisiones de sistema, como la de la dicotomización entre política económica y política monetaria – hoy ambas han sido reconducidas en las conclusiones del Abogado General P. Cruz Villalón de 14.1.2015 en la ya citada cuestión prejudicial presentada por el Tribunal constitucional federal alemán (C-62/14) dentro de una única y omnicompreensiva política económica general– pero ha provocado también la penetrante atracción de la primera bajo la sombra de la integración negativa. Solo en este sentido, por tanto, y en esta medida parece estar permitido advertir el «avvio di un governo europeo dell'economia»¹⁴², donde, sin embargo, los sustantivos gobierno y economía, privados de cualquier fuerza configuradora, representan una mera y acrítica descripción de lo existente.

En realidad, todo el examen hasta aquí desarrollado debería inducir a una cierta cautela –la «prudencia» que reclaman los clásicos jurídicos– al delinear nuevos y futuros escenarios. Viene así a la memoria, en un intento de trazar el marco general del tema aquí afrontado, la admonición formulada por S. ROMANO en un momento de dramática transición política e institucional, en la que «l'analisi microscopica può essere utile o necessaria, ma non deve mai sostituirsi alla visione sintetica o integrale, che è quella macroscopica. Ed è sempre preferibile incorrere in qualche imprecisione, inesattezza o manchevolezza, guardando dall'alto e dal di fuori, che smarrirsi, per volerlo esplorare senza le dovute cautele, in un labirinto, in cui è facile entrare, ma da cui è difficile uscire»¹⁴³.

Armados con esta admonición, parece lícito proceder a algunas consideraciones finales que permiten al menos, tomando la conocida polémica baconiana, dejar de lado cuantos más «idòla theatri», condición necesaria, aunque no suficiente, para pro-

139 R. ADAM y A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Turín, 2014, p. 662.

140 F. BILANCIA, «Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria», *Riv. AIC*, 2014, II, p. 1.

141 M. DAWSON y F. DE WITTE, «Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis», *MLR*, 2013, p. 826.

142 E. C. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell'economia*, Bolonia, 2013, p. 80.

143 S. ROMANO, *Glissez, mortels, n'appuyez pas*, [1945], ID., *L'«ultimo» Santi Romano*, Milán, 2013, p. 707.

seguir en el análisis. Así, cuando el laberinto de las medidas anticrisis adoptadas por la UE —en el que también para J. HABERMAS parece que crece y no disminuye tanto la «divaricazione tra “policies” e “politics” da cui nasce il deficit democratico»¹⁴⁴ como la «eterodirezione»¹⁴⁵ de las dinámicas institucionales que se están desarrollando— esté lejos de los paradigmas holísticos que, sin embargo, han sido muy utilizados por la doctrina «mainstream» sobre todo en el primer decenio del nuevo siglo y subrayados, en particular, por el «topoi» de la «Constitución europea» y de la metáfora del ordenamiento «verbunden»¹⁴⁶, «multilevel»¹⁴⁷, «composé»¹⁴⁸ o «integrato»¹⁴⁹, según las distintas traducciones, de las que nos ha hablado más que ningún otro I. PERNICE, es fácil darse cuenta; y parece plenamente coherente con esta premisa el pasaje de la orientación intelectual hacia una perspectiva exclusivamente «de iure condendo»¹⁵⁰. En realidad, si las medidas hasta aquí analizadas parecen marcadas por un acercamiento «pointilliste», por el cual el contorno del dibujo parece menos nítido cuanto más se acerca al cuadro, no puede decirse lo mismo de los problemas sin resolver (y quizás, en cierto modo, irresolubles) del proceso de integración europea, los cuales tienen, incluso en un plano histórico y político, un comienzo y una evolución peculiar; por lo que parece más que lícito leer así las crisis gemelas, a saber: la financiera y económica actual y la política e institucional vivida tras el infeliz «affaire» del proyecto de Tratado que adopta una Constitución para Europa en 2005¹⁵¹.

Hoy más que ayer, por tanto, a la crítica del «iperconstitucionalismo»¹⁵² ya formulada en otros tiempos y a las sucesivas observaciones del «disordine cos-

144 J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica*, [2013], trad. it., Roma-Bari, 2014, p. 13.

145 Ivi, p. 25.

146 I. PERNICE, «Bestandssicherung der Verfassungen», R. BIEBER e P. WIDMER, *L'Espace constitutionnel européen*, 1995, pp. 261 y ss.

147 ID., «Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration», E. RIEDEL, *German Reports on Public Law*, Baden-Baden, 1998, pp. 40 y ss.

148 ID. y F. C. MAYER, «De la Constitution composée de l'Europe», *Rev. trim. dr. eur.*, 2000, pp. 631 y ss.

149 ID., «La costituzione integrata dell'Europa», G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, III ed., Roma-Bari, 2005, pp. 43 y ss.

150 Cfr. I. PERNICE, «Domestic Courts, Constitutional Constraints and European Democracy», *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, cit., p. 298.

151 Cfr. N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism in Crisis*, Londres-Nueva York, 2015, p. 1.

152 M. BENVENUTO, «Tecniche argomentative costituzionali ed esiti decisionali antisociali alla Corte di Lussemburgo», *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, cit., p. 218.

tituzionale»¹⁵³ en Europa se suma, frente a la retórica panconstitucional, la más cruda realidad de las medidas aquí afrontadas (y de sus efectos), de las que se originan, en una perspectiva que aquí se ha querido desarrollar en el plano del «ius positum», los signos de una verdadera y auténtica deconstitucionalización del Derecho supranacional y, si se quiere, a partir del mismo, del propio proceso de integración europea. Como ha sido señalado por muchos, en efecto, tras éste se ha corroborado un «game of forces» that may ultimately lead to a de-institutionalization of the EU»¹⁵⁴ y por tanto, en definitiva, hacia un «Ent-Rechtlichung der Währungsunion»¹⁵⁵.

El experimentalismo de las innovaciones institucionales adoptadas, la condicionalidad sobre todo de los mecanismos de asistencia financiera, la reversibilidad de los institutos antes de Derecho supranacional y ahora de Derecho internacional son todos elementos que refuerzan, allí donde se hace necesario, el carácter «sui generis» del proceso de «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», que reclama tercamente el art. 1.2 TUE, y lo alejan ciertamente de los paradigmas propios del Derecho constitucional. Frente a la crisis que se está viviendo, de hecho, «le singole nazioni, ormai concepite come pure monadi, vengono rappresentate come altrettanti soggetti “moralì”, chiamati ad agire nel loro complesso in modo solidale e responsabile»¹⁵⁶, tal y como ocurre típicamente en el orden internacional; allí donde, sin embargo, «non vengono prese in considerazione le relazioni tra classi o le relazioni di potere che attraversano e differenziano al loro interno i singoli stati»¹⁵⁷, las cuales constituyen, por el contrario, una perspectiva no prescindible de cualquier «manière de voir» de la dimensión constitucional.

Solamente la cuestión de la automaticidad, al reducir el espacio de la discrecionalidad de las decisiones políticas y al vincular las instituciones de la UE y las de los Estados miembros con procedimientos y mecanismos consecuentes, parece avanzar en el sentido de una mayor integración, aunque se trate, también en este caso, de una integración marcada por un carácter negativo. En este sentido, basta releer la lucidísima respuesta de M. Draghi a una periodista que el 7.3.2013 le pedía un comentario sobre los inciertos resultados de las elecciones

153 A. CANTARO, *Crisi costituzionale europea e diritto della crisi*, in *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, cit., p. 362.

154 E. CHITI e P. G. TEXEIRA, «The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis», cit., p. 705-706.

155 C. JOERGES, «Recht und Politik in der Krise Europas», *Merkur*, 2012, p. 1015.

156 W. STREECK, *Tempo guadagnato*, cit., p. 113.

157 *Ibidem*.

generales italianas del 24-25.2.2013 y sobre la posible reacción de los mercados, entendida en sentido fatalmente negativo: «I think markets understand that we live in democracies. The euro area comprises seventeen countries. Each country has at least two sets of elections: national and regional. So that makes 34 elections over a time span of about three or four years. That's democracy and it's very dear to all of us. All in all, markets were less impressed than politicians and you. You also have to consider that much of the fiscal adjustment Italy went through will continue on automatic pilot». Afirmaciones similares, si por un lado suscitan inquietantes interrogantes en torno a la omnipresencia de la automaticidad, por otro lado hacen que vuelva a la mente de quien escribe la tercera parte de 2001, *Odisea en el espacio*, cuando el ordenador de a bordo Hal trata de abusar de los astronautas del *Discovery One*. Sin embargo, como se sabe, en esa película de culto el comandante logra al final imponerse sobre la máquina; y esto induce a (re)considerar, para volver a poner los pies en la Tierra, el «irrompere della questione democratica»¹⁵⁸ fuera de toda determinación supranacional o, para decirlo mejor, la fuerza real de los sujetos históricos, como ha sido manifestada, la última vez, con ocasión de las elecciones generales en Grecia el 25.1.2015 y de la consiguiente petición de «rinegoziazione, ristrutturazione e cancellazione del debito»¹⁵⁹.

En conclusión, las medidas anticrisis adoptadas por la UE, en la «histoire de longue durée» del proceso de integración supranacional, continúan representando, a todos los efectos, un «insieme impersonale di regole in cui nessuno si assume la responsabilità»¹⁶⁰; conjunto que encarna, en lo bueno y en lo malo, el carácter (no ya constitucional sino) constitutivo de la «EU brand»¹⁶¹ y –vale la pena repetirlo– el precipitado de su historia y de su política. Si así es, tal y como se entiende, esto exigiría una reflexión jurídica para la consiguiente adecuación, con el abandono de cualquier perspectiva de «Konstitutionalisierung des Völkerrechts»¹⁶² –aquí, por lo que importa, del Derecho de la UE– que ha marcado más de una generación

158 F. BILANCIA, «L'incognita Tsipras e la crisi dell'Austerità», *Men. et. econ.*, 2015, XV, p. 3.

159 A. VITERBO, «I meccanismi per la risoluzione delle crisi del debito sovrano», *Dir. um. dir. int.*, 2014, p. 352.

160 G. PITRUZZELLA, «Chi governa la finanza pubblica in Europa?», *Quad. cost.*, 2012, p. 23.

161 P. CRAIG, «*Economic Governance and the Euro Crisis*», *cit.*, p. 36.

162 J. A. FROWEIN, «Konstitutionalisierung des Völkerrechts», J. DICKE *et al.*, *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System*, Heidelberg, 2000, pp. 427 y ss.

de estudios (y de estudiosos) filosófico-políticos¹⁶³ y jurídico-publicísticos¹⁶⁴, todos unidos, sin embargo, al compartir una matriz común kantiana-kelseniana y un horizonte extendido de «Western globalist»¹⁶⁵. A esta orientación, con la que se ha intentado generosamente anclar el máximo nivel por antonomasia –constitucional, precisamente– la dimensión inter y supranacional¹⁶⁶, las medidas anticrisis adoptadas por la UE oponen la manifiesta, consciente y reiterada ausencia de uno de los frutos más maduros de la reflexión constitucional-democrática del siglo XX: «l'Er-greifung, la cattura costituzionale dell'economico»¹⁶⁷, senza la quale un'economia che non è intensamente e genuinamente «economia politica»¹⁶⁸ se reduce a ideología (o mistificación). Sólo en esta menos magnificente pero más auténtica dimensión, desprovista de cualquier «wishful thinking», el proceso de integración supranacional, con sus luces y sus sombras, «riguardo al resto del mondo... rimane un racconto che può servire da ammonimento»¹⁶⁹.

Resumen

El presente ensayo estudia las reformas más significativas emprendidas en la Unión durante la crisis económica y lo hace con una perspectiva teórica que se centra en destacar los rasgos de experimentalismo, condicionalidad, reversibilidad y automaticidad. Desde estas premisas el estudio se pregunta si estos instrumentos teóricos sirven para comprender el actual (des)acoplamiento del proceso de integración europea respecto de la dimensión constitucional.

Palabras clave: Crisis económica, Unión europea, constitucionalismo, experimentalismo, condicionalidad, reversibilidad y automaticidad

Abstract

This paper analyzes the most significant reforms undertaken in the Unión during the economic crisis. This analysis is done with a theoretical perspective that uses as main tools the ideas of experimentalism, conditionality, reversibility and automatism. From these premises the

163 Cfr. J. HABERMAS, *La crisi dell'Unione Europea alla luce di una costituzionalizzazione del diritto internazionale*, [2011], trad. it. ID., *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012, pp. 33 y ss.

164 Cfr. R. BIFULCO, «La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale», *Scr. Tesaurò*, cit., IV, pp. 2983 y ss.

165 H. BULL, «The State's Positive Role in World Affairs», *Daedalus*, 1979, IV, p. 120.

166 Cfr. C. PINELLI, «The Discourses on Post-National Governance and the Democratic Deficit Absent an EU Government», *ECLR*, 2013, pp. 183-184.

167 M. LUCIANI, «L'antisovrano e le crisi delle Costituzioni», *Scr. Guarino*, Padova, 1998, II, p. 775.

168 K. POLANYI, *La grande trasformazione*, [1944], trad. it. Turín, 2000, pp. 141 y ss.

169 D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, [2011], trad. it. Roma-Bari, 2011, p. 246.

paper wonders if the theoretical instruments allow us to understand the actual (un)fitness of the integration process with the constitutional dimension.

Key words: *Economic crisis, European Union, constitutionalism, experimentalism, conditionality, reversibility and automaticity.*

Recibido: 12 de enero de 2015
Aceptado: 12 de febrero de 2015



LAS INSTITUCIONES EUROPEAS ANTE LA CRISIS ECONÓMICA: ANÁLISIS Y PROPUESTAS PARA POLITIZAR Y DEMOCRATIZAR EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES A NIVEL EUROPEO

CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ*

SUMARIO

1. Consideraciones preliminares.
2. Banco Central Europeo.
3. Consejo Europeo.
4. Consejo de la Unión Europea.
5. Comisión.
6. Parlamento Europeo.
7. Conclusiones y propuestas.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES¹

Para analizar el papel de las instituciones europeas ante la crisis económica partimos de las siguientes consideraciones:

1) El marco institucional europeo es una estructura compleja, caracterizada por la representación y tensión entre intereses comunitarios y nacionales, en un contexto multinivel² (dado que se interrelacionan los diferentes niveles europeo, nacional e infraestatal), y por unas dinámicas de cooperación y/o competencia entre las instituciones.

2) El propio marco institucional establecido por el Tratado de Lisboa favorece el carácter intergubernamental.³ En particular, destacamos a este respecto la inclusión

* Profesora Titular de Derecho Constitucional (UNED).

1 Texto cerrado el día 30 de junio de 2015.

2 I. PERNICE, «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm; F. BALAGUER CALLEJÓN, «Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, 2008, pp. 133-158. Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo multinivel: Derechos fundamentales*, 2ª ed., Sanz y Torres, Madrid, 2014.

3 También ha sido decisiva la Sentencia Pringle en este sentido, como explica M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Los confines de la democracia y la solidaridad. A propósito de las decisiones del Tribunal

del Consejo Europeo como institución europea y la amplia atribución de funciones que le corresponden, que han llevado a un reposicionamiento del resto de Instituciones en este nuevo contexto institucional.

3) El proceso de construcción y reforma del modelo de gobernanza económica europea sigue en marcha. La política monetaria, competencia exclusiva de la Unión, es única, a diferencia de la política económica, sometida a un proceso de coordinación (Título VIII TFUE). Se constata una importante resistencia de los Estados a ceder más parcelas de soberanía en un ámbito tan delicado como la política económica, motivo por el cual el Tratado de Lisboa apenas recogió en su día avances en este sentido, aunque paradójicamente esta tendencia discurre en paralelo con la progresiva toma de conciencia de la necesidad de una mayor unión económica para poder afrontar y superar la crisis. El carácter reciente de las reformas relativas a la gobernanza económica y la certeza de que estamos ante un proceso abierto dificultan obviamente el análisis de las funciones, roles y equilibrios institucionales.

4) A estos factores se añade la complejidad jurídica y funcional del modelo de gobernanza económica adoptado, que obstaculizan la atribución de responsabilidades. Con respecto a la complejidad jurídica, destacamos que en el ámbito económico europeo concurren algunas normas de Derecho derivado, con tratados internacionales en los que participan algunos Estados miembros (cooperaciones reforzadas o integración diferenciada), que se ha revitalizado el método abierto de coordinación, y se recurre a instrumentos de «soft law», destinados a operadores jurídicos diferentes (Estados miembros, Estados firmantes, Eurozona)⁴.

5) Para poder determinar cómo ha actuado cada institución durante la crisis económica (complejidad funcional), además del análisis jurídico resulta también conveniente la aproximación a algunos estudios politológicos. Estos presentan también limitaciones dada la dificultad para establecer las funciones realizadas y la capacidad de influencia concreta de cada Institución en el marco de unas estructuras complejas y opacas. Por ejemplo y como veremos, resulta difícil determinar hasta qué punto ha influido la Comisión en una determinada iniciativa legislativa o res-

Constitucional Federal Alemán de 14 de enero y de 18 de marzo de 2014, que enjuician el marco jurídico-supranacional de las políticas de rescate», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, 2014, pp. 301-336 (320 y 321), «La Sentencia *Pringue* ha abierto la puerta a una potenciación del intergubernamentalismo, facilitando estructuras jurídico-políticas paralelas a la Unión, si bien distintas por cuanto que los elementos supranacionales se debilitan (...)».

4 Tales como las que contienen las conclusiones sobre las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión del Consejo Europeo (art. 121.2 TFUE).

ponde solo a las instrucciones recibidas del Consejo Europeo. Y además hay que analizar no solo el poder de iniciativa o dirección, sino también resultan relevantes las distintas tareas de supervisión, coordinación y otras de cada Institución para poder determinar su papel y su capacidad real de influencia.

6) Por último, resulta preciso tener en cuenta la trascendencia de las tendencias antieuropeístas o de resistencia frente a la integración económica mostrada por países tradicionalmente protagonistas de la construcción europea (Francia, Alemania), así como el descontento de los ciudadanos expresado en los diferentes procesos electorales (paradigmáticamente, el aumento de las fuerzas euroescépticas y radicales en la Eurocámara). Ambos factores generan dinámicas políticas que hay que tomar en consideración para poder comprender en su integridad la relación entre Instituciones en un complejo sistema multinivel.

Teniendo presentes estas consideraciones preliminares, podemos establecer unos rasgos institucionales generales que posteriormente se detallan a lo largo del presente trabajo, a fin de determinar el papel de las Instituciones europeas en el marco de la gobernanza económica. Así, el protagonismo en la gestión de la crisis económica se ha atribuido fundamentalmente al Banco Central Europeo (BCE) y al Consejo Europeo. Con respecto al papel del BCE, debemos partir del reforzamiento que esta Institución experimenta al incluirse como tal en el Tratado de Lisboa, que le atribuye la política monetaria europea. El Banco Central ha optado por un activo papel en defensa del euro, llegando a tomar medidas en los límites del sistema jurídico, validadas por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre el programa OMT,⁵ sobre la que luego volveremos, para salvaguardar lo construido.

Se considera que el Consejo Europeo ha desempeñado asimismo una labor fundamental, dictando la orientación y el rumbo político, presionando en ocasiones incluso en exceso al resto de Instituciones europeas, condicionando así la iniciativa de la Comisión, la adopción de decisiones (también legislativas) del Consejo de la UE y reduciendo las posibilidades de participación del Parlamento Europeo. Este papel protagonista implica una tendencia al reforzamiento del intergubernamentalismo en el marco institucional europeo.

En relación con el Consejo de la UE, hay que destacar la importancia del Ecofin y del Eurogrupo en la gestión de la crisis. Se constata su evolución hacia un órgano ejecutivo respecto al más político Consejo Europeo, reduciendo su papel en cierta medida al de mero brazo ejecutor del mismo.

5 STJUE Gauweiler y otros contra Deutscher Bundestag, de 16 de junio de 2015 (asunto C-62/14).

Respecto a la Comisión Europea, resulta difícil determinar su papel real. Generalmente se ha venido subrayando su pérdida de poder, pero voces autorizadas, a partir de estudios detallados de sus funciones de supervisión y de coordinación, resaltan su papel en la gestión de la crisis. También se ha argumentado que la Comisión no se permite mostrar su verdadero protagonismo en la gestión de la crisis, aunque no ha dudado en alzar su voz comunitaria frente a las actitudes antieuropeístas o respecto a la presión excesiva de los mercados.

Por último, debemos citar el escaso protagonismo del Parlamento Europeo, que sería el gran obviado en la gestión de la crisis económica, aunque haya que reconocer su actitud voluntariosa en pos de una mayor participación, basada en el argumento de que su exclusión lastra el carácter democrático de la Unión y resiente la presencia del interés comunitario en la toma de decisiones.

Realizamos a continuación un análisis, Institución por Institución, del papel de cada una de ellas en la gestión de la crisis, en el marco de los distintos instrumentos normativos que se han ido aprobando y que marcan el desarrollo de la gobernanza económica.

2. BANCO CENTRAL EUROPEO

2.1. *Presentación de la institución. Marco normativo*

En relación con el proceso de unión monetaria, se crea el 1 de junio de 1998 el Banco Central Europeo, que tiene como misión principal la elaboración de una política monetaria única para los Estados que comparten esa moneda común. Con la ratificación del Tratado de Lisboa, el BCE se convirtió en una de las siete Instituciones que rigen la Unión Europea (art. 13 TUE)⁶.

El Eurobanco dirige, pues, y establece la política monetaria de la UE, junto con los bancos centrales nacionales, con la clara misión de garantizar la estabilidad de los precios⁷, que es una de sus principales funciones, además de prestar apoyo a las políticas económicas generales de la Unión para contribuir a la consecución de los objetivos de ésta⁸. En los ámbitos que entren dentro de sus atribuciones, se consultará al Banco Central Europeo sobre todo proyecto de acto de la Unión y sobre

6 Regulado en los arts. 127-133 y 282-284 TFUE, y en el Protocolo adicional anexo al TFUE sobre los Estatutos del SEBC y del BCE, que forma parte de dicho Tratado.

7 Artículos 127.1 y 282.2 TFUE. Artículo 2 de los Estatutos del SEBC y del BCE (Protocolo adicional anexo al TFUE).

8 Art. 282.1, 2 y 5 TFUE.

todo proyecto de normativa a escala nacional (función consultiva), pudiendo emitir dictámenes⁹. Tiene además una importante función normativa y sancionadora¹⁰. Como luego veremos, desde Noviembre de 2014 el BCE desempeña además tareas de supervisión prudencial de las instituciones de crédito y de resolución bancaria.

La independencia del Banco Central y del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) en general queda preservada en el artículo 130 TFUE, lo que supone una opción en favor de la solidez de la moneda común antes que por el control democrático de la toma de decisiones monetarias, que se quiere ajena a la coyuntura política¹¹. Puede considerarse que esta apuesta por la independencia del BCE pone en cuestión la legitimidad democrática de sus decisiones, si bien existen ciertos mecanismos de control de su actividad y de relación con las otras instituciones¹².

En todo caso, se ha criticado el escaso control que existe por parte del Parlamento Europeo. Unos cambios mínimos podrían mejorar el grado de legitimidad democrática sin menoscabo de la independencia del BCE. Así, se ha propuesto una participación más decisiva de la Eurocámara en la adopción de la legislación complementaria (el art. 129.4 TFUE prevé la mera consulta), o en el nombramiento de los miembros del Comité ejecutivo (art. 283.2 TFUE) en los que desempeña un rol meramente consultivo¹³.

2.2. *El Banco Central Europeo durante la crisis económica*

La actuación del BCE durante la crisis económica se ha caracterizado por su intervención, no exenta de polémica, en favor de salvaguardar la existencia del euro, rozando para ello o, según algunos, rebasando los límites de su mandato. Esta actitud quedó claramente plasmada en las tantas veces citadas palabras de Draghi «Whatever it takes» (Todo lo que sea necesario), declarado a finales de julio de 2012¹⁴.

9 Art. 127.4 TFUE.

10 El BCE puede dictar reglamentos, decisiones, recomendaciones y dictámenes (artículos 132 TFUE y 34 de los Estatutos).

11 Una interesante reflexión sobre el enjuiciamiento constitucional de la independencia del BCE en M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 330-331 y notas a pie 34 y 35.

12 El Presidente del Consejo y un miembro de la Comisión están autorizados a participar, con voz pero sin voto, en las reuniones del Consejo de Gobierno del BCE; presentación de informes ante el PE.

13 A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 305.

14 J. DUNKLEY, «Debt crisis: Mario Draghi pledges to do "whatever it takes" to save euro», *The*

Su capacidad de intervención y reacción se ha visto fuertemente condicionada porque se trata del Banco Central de una unión monetaria entre Estados soberanos y en el marco de una unión económica en fase de formación. Se ve obligado por tanto a trabajar en ese constante contexto de tensión marcado por la necesaria colaboración con Estados soberanos reticentes a ceder más parcelas de soberanía en un ámbito tan sensible como el económico¹⁵.

En todo caso, las medidas que el Eurobanco ha venido adoptando sí parecen haber contribuido hasta la fecha a preservar la subsistencia de la moneda única¹⁶. El BCE ha actuado durante la crisis mediante dos grandes tipos de medidas: utilizando en todo su potencial los instrumentos que estaban previstos, y creando, además, y de ahí las críticas recibidas, algunos que no lo estaban. Esta necesidad de dotarse de instrumentos de los que carecía es una muestra de la falta de preparación de las estructuras institucionales para poder afrontar con solvencia una crisis económica de tal magnitud, de modo que se ha venido justificando la necesidad de importantes reformas para lograr una gobernanza económica adecuada.

Respecto a la actuación del BCE durante la crisis, debemos referirnos a una primera línea de actuación destinada a inyectar liquidez de forma masiva al sistema.¹⁷ La mera adopción de estas medidas permitió a los bancos aumentar su liquidez (mediante la ampliación de los plazos de los préstamos de política monetaria desde los 3 meses hasta los 3 años, entre otros), y sobre todo propició un aumento de la confianza en el contexto de una crisis económica en la que tales elementos intangibles parecen también desempeñar un importante papel.

Por otra parte, el Eurobanco ha tomado medidas de expansión monetaria. Con anterioridad a enero de 2015, el BCE había llevado a cabo algunos programas de «quantitative easing» o relajación, expansión cuantitativa (compra masiva de bonos, principalmente públicos, de algunos Estados miembros en el mercado secundario),

Telegraph, <http://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/9428894/Debt-crisis-Mario-Draghi-pledges-to-do-whatever-it-takes-to-save-euro.html> (26.07.2012)

15 J. L. MALO DE MOLINA, «La respuesta del Banco Central Europeo a la crisis», *Boletín Económico*, Banco de España, Julio-Agosto 2013, pp. 115-124 (116).

16 Entre otros, J. L. MALO DE MOLINA, *op. cit.*, p. 115. A. MILLARUELO y A. DEL RÍO, «Las medidas de política monetaria no convencionales del BCE a lo largo de la crisis», *Boletín Económico*, Banco de España, Enero 2013, pp. 89-99 (89).

17 P. COUR-THIMANN y B. WINKLER, «The ECB's non-standard monetary policy measures. The role of institutional factors and financial structure», *European Central Bank, Working Paper Series*, núm. 1528, abril 2013, p. 10.

de forma moderada y con condiciones estrictas¹⁸. El BCE pretendía con ello incidir en los tipos de interés de estos instrumentos, pero sin llegar a asumir directamente la mutualización de riesgos ni provocar la transferencia de rentas entre países. Estos programas se han llevado a cabo ante el riesgo de ruptura o fragmentación de la eurozona.

A partir del verano de 2012 la gravedad e intensidad de la crisis económica llevan al BCE a adoptar mecanismos excepcionales, anunciando un OMT (Programa de Operaciones Monetarias de Compraventa), que contempla la posibilidad de compraventa de bonos soberanos de los países sometidos a expectativas infundadas de abandono del euro. Este Programa de intervención del BCE en los mercados de deuda soberana está sujeto a varias condiciones, entre otros, a la existencia de un programa de asistencia del MEDE (Mecanismo Europeo de Estabilidad), y sigue rodeado de una importante polémica¹⁹. El Tribunal Constitucional alemán, que por vez primera se ha considerado no competente frente al TJUE, elevó una cuestión prejudicial al mismo cuestionando el programa de compra de bonos soberanos del BCE²⁰. Según las Conclusiones presentadas por el Abogado General Cruz Villalón el 14 de enero de 2015, el programa «Outright Monetary Transactions» del BCE es compatible, en principio, con el TFUE, siempre que se cumplan determinadas condiciones: El programa OMT es una medida no convencional de política monetaria que debe respetar determinadas disposiciones del Derecho originario (por ejemplo la prohibición de financiación monetaria de los Estados miembros), y específicamente el principio de proporcionalidad²¹. Resulta necesario, por tanto, para poder completar la evaluación, esperar a conocer las características básicas del Programa OMT anunciado en Comunicado de prensa de 6 de septiembre de 2012.

Para que el Programa OMT mantenga su carácter de medida de política monetaria, el BCE debe abstenerse de participar directamente en el programa de asistencia financiera aplicado al Estado afectado. Además, el Banco debe motivar adecuadamente la

18 J. L. MALO DE MOLINA, *op. cit.*, p. 120.

19 G. PERONI, «The Crisis of the Euro and the New Role of the European Central Bank», en B. DE WITTE, A. HÉRITIER y A. H. TRECHSEL (eds.), *The Euro Crisis and the State of European Democracy*, European University Institute, Florencia, 2013, pp. 183-192 (186).

20 T. PETCH, «The compatibility of Outright Monetary Transactions with EU law», *Law and Financial Markets Review*, Vol. 7, No. 1, enero 2013, pp. 13-21. A. ESTELLA, «¿Es el Programa OMT del BCE ilegal?», <http://blogs.elpais.com/the-screwdriver/2013/06/es-el-programa-omt-del-bce-ilegal.html> 20 de junio de 2013.

21 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=161370&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=22760> (06.02.2015)

adopción de una medida no convencional –como el programa OMT– identificando con claridad y precisión la circunstancia extraordinaria que la justifica. Esta justificación no figura en el referido comunicado de prensa de 2012, de modo que se aplaza a la puesta en marcha del programa la concreción y, por tanto, el análisis tanto del acto jurídico que le dé forma como de su aplicación, que deberán cumplir las mencionadas exigencias de motivación. En principio, el programa OMT se considera necesario y proporcionado en sentido estricto, pues el BCE no asume un riesgo que le lleve necesariamente a un escenario de insolvencia. El Abogado General advierte en todo caso de que esta apreciación se encuentra condicionada a la aplicación efectiva del programa OMT, limitándose su análisis a los elementos contenidos en el comunicado de prensa de 2012. Por tanto, en opinión del Abogado General Cruz Villalón, el programa OMT acordado por el BCE, tal como resulta de los caracteres técnicos expuestos en el comunicado de prensa de 2012, no infringe el principio de proporcionalidad y puede considerarse lícito a condición de que, cuando llegue la hora en que haya de aplicarse, se cumplan estrictamente el deber de motivación y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

Por lo que respecta a la segunda cuestión prejudicial –la prohibición de financiación monetaria prevista en el TFUE (prohibición de adquirir directamente instrumentos de deuda de los Estados miembros)-, el TFUE no prohíbe las operaciones en el mercado secundario (pues de lo contrario se estaría privando al Eurosistema de una herramienta indispensable para el normal desempeño de las funciones ligadas a la política monetaria), pero sí exige que, cuando el BCE intervenga en dicho mercado, lo haga con garantías suficientes que permitan conciliar su intervención con la prohibición de financiación monetaria. En fin, el programa OMT es compatible con el TFUE, siempre y cuando se lleve a efecto en circunstancias temporales que permitan efectivamente que se forme un precio de mercado de los títulos de deuda pública²².

Hasta entonces, había bastado el mero anuncio de la compra masiva de deuda pública para alejar el riesgo de una eventual ruptura del euro. No obstante, el 22 de enero de 2015, el BCE decidió relanzar su programa de compra de activos públicos y privados en el mercado secundario, emitidos por sus Estados miembros (OMT), en cantidades mensuales de 60.000 millones de euros hasta alcanzar un valor total de 1,4 billones de euros en septiembre de 2016²³. Este anuncio se realizó unos días

22 Asunto C-62/14 Peter Gauweiler y otros / Deutscher Bundestag, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-01/cp150002es.pdf>

23 <https://www.ecb.europa.eu/press/html/index.en.html> (06.02.2015); G. DE LA DEHESA, «Expansión monetaria y riesgo compartido», http://elpais.com/elpais/2015/01/22/opinion/1421942644_691635.html;

después de que se dieran a conocer las Conclusiones de CRUZ VILLALÓN, pero sin esperar a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE ni del Tribunal Constitucional Alemán.

En la esperada Sentencia de 16 de junio de 2015 sobre este tema, que tiene por objeto la petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesverfassungsgericht*, el Tribunal de Luxemburgo estima que el programa OMT pertenece al ámbito de la política monetaria, dado que pretende salvaguardar tanto su adecuada transmisión como su unicidad, y está por tanto incluido en las atribuciones del SEBC,²⁴ algo que no queda desvirtuado por el hecho de que el programa OMT pueda también contribuir a la estabilidad de la zona euro (Sentencia Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, apartado 56)²⁵.

El Tribunal considera también que el programa no viola el principio de proporcionalidad, dado que es adecuado para conseguir los objetivos perseguidos y, en última instancia, la estabilidad de precios; no sobrepasa manifiestamente lo que es necesario para alcanzar dichos objetivos; y pondera adecuadamente los diferentes intereses en juego²⁶.

Además, respecto de la prohibición de asistencia financiera del SEBC a un Estado miembro (art. 123.1 TFUE), puede decirse del referido programa anunciado en rueda de prensa que cumple las condiciones, pero que queda sometido a unos requisitos destinados a evitar que las intervenciones del SEBC en los mercados secundarios produzcan un efecto equivalente al de la adquisición directa de bonos soberanos en los mercados primarios²⁷.

Y, por todo ello, el Tribunal confirma en su fallo que «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».

24 Apartados 34 y 47 de la STJUE Gauweiler, C-62/14.

25 Apartado 63 de la Sentencia.

26 Apartados 66 y siguientes de la Sentencia.

27 Apartados 95 y 105 de la Sentencia.

2.3. Transformaciones experimentadas por el BCE como Institución en razón de la crisis

De conformidad con la propuesta de dirección política marcada por el Consejo Europeo, las soluciones a una crisis de tal profundidad y magnitud pasan por el avance hacia una unión bancaria, económica, fiscal, lo que debe ir acompañado de una profundización en la legitimidad democrática, ahondando por tanto también en la unión política²⁸. En esta línea se sitúan las principales novedades que experimenta el BCE a raíz de la crisis, ya que el Eurobanco está siendo protagonista y objeto de importantes reformas.

Una de las grandes novedades radica en el inicio de la construcción de una unión bancaria dentro de un nuevo diseño institucional de la UEM²⁹. Como antes anunciábamos, desde el 4 de noviembre de 2014 el BCE desempeña además tareas de supervisión prudencial de las instituciones de crédito, que hasta ahora correspondían a cada Banco Central o autoridad nacional competente. Ahora esta función se unifica con el fin de garantizar la solidez del sistema bancario al tiempo que procurar aumentar la integración financiera de la eurozona y su estabilidad. Este proyecto de unión bancaria se compone de un MUS (Mecanismo Único de Supervisión), y de procedimientos comunes de reestructuración y resolución bancaria y de garantía de depósitos. El objetivo último de este nuevo poder consiste en que todos los actores puedan recuperar la confianza en el sistema bancario. Esta nueva función se ha atribuido al BCE a partir del artículo 127.6 TFUE y del Reglamento (UE) núm. 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 radicadas en los Estados miembros participantes (Reglamento del Mecanismo Europeo de Supervisión)³⁰. El BCE desempeña estas tareas en el marco de un MUS integrado por el BCE y las autoridades nacionales competentes del área euro. El objetivo es que haya una política homogénea

28 F. TORRES, «The Euro Crisis, Institutional Change and Political Constraints», en B. DE WITTE, A. HÉRITIER y A. H. TRECHSEL (eds.), *The Euro Crisis and the State of European Democracy*, European University Institute, Florencia, 2013, pp. 193-212 (200).

29 A. MILLARUELO y A. DEL RÍO, *op. cit.*, p. 99.

30 Reglamentos 1024/2013 y 468/2014 (Reglamento (UE) n.º 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) (BCE/2014/17). DOUE núm. 287, de 29 de octubre de 2013, pp. 63 a 89.

y estándares fuertes de supervisión de las entidades de crédito, aplicados de forma homogénea en la zona euro. El BCE ha pasado así a supervisar directamente a 3.600 bancos, pertenecientes a 18 Estados miembros, en el marco de un único sistema³¹.

En aplicación del artículo 49.1 del Reglamento MUS, el BCE ha publicado la lista de entidades que va a supervisar en cada país, indicando el motivo de la selección para supervisión directa de la entidad o grupo en cuestión (en función de criterios de tamaño, carácter significativo o valor total de los activos).

El segundo pilar del proyecto de unión bancaria en Europa, el mecanismo único de resolución (MUR), se ha puesto parcialmente en marcha el 1 de enero de 2015.³² Se homogeneizan las normas y procesos para intervenir y liquidar entidades en quiebra, y se crea un fondo de resolución único con aportaciones de todos los bancos de la eurozona. Su ámbito de aplicación es el de los Estados miembros del área euro, pero admite que puedan adherirse al mismo los Estados de la UE que no han adoptado el euro a través de un acuerdo de cooperación estrecha³³.

2.4. *Balance de la gestión del BCE durante la crisis económica*

A modo de síntesis, lo más relevante que podemos señalar respecto al BCE es que ha adquirido un papel protagonista a la hora de afrontar la crisis y que puede afirmarse que ha logrado salvaguardar la existencia de la moneda única. Asimismo, destacamos que el Eurobanco ha optado por una actitud proactiva al tratar de preservar la continuidad de la moneda única, utilizando al efecto algunos de los instrumentos ya previstos en todo su potencial, pero también creando otros nuevos, innovando así a la par que han ido surgiendo las necesidades al efecto. La reciente

31 European Central Bank, Banking Supervision, <https://www.bankingsupervision.europa.eu/home/html/index.en.html>

32 Reglamento (UE) No 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) no 1093/2010.

http://ec.europa.eu/finance/general-policy/banking-union/single-resolution-mechanism/index_en.htm (06.02.2015)

33 European Commission, «A Single Resolution Mechanism for the Banking Union», 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-295_es.htm

F. J. VALERO, «El MUS en acción», <http://blogs.elpais.com/finanzas-a-las-9/2014/11/el-mus-en-acci%C3%B3n.html>, 13 de noviembre de 2014.

Sentencia del Tribunal europeo en el asunto Gauweiler ha venido a respaldar el rumbo adoptado por el BCE durante la crisis económica.

Dicha actitud proactiva del BCE le ha granjeado críticas, especialmente desde Alemania y en particular desde el «Bundesbank», que insiste en la necesidad de adopción de decisiones políticas, que no corresponden al BCE, como solución³⁴, aunque también se han escuchado voces que tildan su actuación a la hora de afrontar la crisis de excesivamente tibia³⁵.

El Banco Central Europeo está siendo protagonista y objeto de importantes novedades y reformas en el marco de la construcción de la gobernanza económica, en especial en lo relativo a la decisión de avanzar hacia la unión bancaria, con la atribución de nuevas facultades de supervisión y de resolución bancaria. Estos primeros pasos en la construcción de una unión bancaria constituyen un hito en el proceso de fortalecimiento de la unión económica y monetaria.

3. CONSEJO EUROPEO

3.1. *Presentación de la institución. Marco normativo*

El segundo gran protagonista institucional frente a la crisis económica ha sido el Consejo Europeo. Esta institución, de dilatada trayectoria práctica, cobra una gran fuerza tras el diseño que de la misma realiza el Tratado de Lisboa, que no se limita solo a incluirla entre las Instituciones de la Unión en el artículo 13 del TUE, sino que además define su papel dentro del esquema institucional en términos muy amplios («dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales»; art. 15.1 TUE). Si bien una regulación de funciones en parecidos términos ya aparecía en el Tratado de Maastricht, cabe destacar que el número y concreción de la regulación de las funciones del Consejo Europeo a lo largo de los Tratados de Unión Europea y de Funcionamiento de la UE y de los diversos Protocolos anexos es tal que cabe hablar de una importante ampliación de poderes del Consejo³⁶.

34 L. DONCEL, Entrevista a Jens Weidmann, Presidente del Bundesbank, 13 diciembre 2014, http://economia.elpais.com/economia/2014/12/12/actualidad/1418410365_956185.html

35 I. FARIZA, Entrevista a Christopher A. Pissarides, Premio Nobel de Economía 2010, 15 diciembre 2014, http://economia.elpais.com/economia/2014/12/14/actualidad/1418585521_329145.html

36 Según la clasificación de A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 195: funciones constitutivas, de orientación y dirección general, funciones institucionales especiales, y fun-

Se añade por otra parte que la toma de decisiones será por consenso «excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa» (15.4 TUE), con la –en la fecha de su aprobación– novedosa figura de un Presidente de la institución con vocación de permanencia, elegido por mayoría cualificada para un mandato de dos años y medio (art. 15.6 TUE).

La atribución de funciones se caracteriza pues por su trascendencia, en la medida que definen el sentido de la dirección política, por su transversalidad y por su falta de concreción, lo que facilita al Consejo Europeo un importante grado de discrecionalidad en su actuación. El Consejo Europeo se erige, pues, en una compleja instancia de poder que viene condicionando el modelo institucional europeo; emerge así como órgano de dirección política y jurídica con potencialidad para cambiar los tradicionales equilibrios institucionales, de tal modo que hoy se contempla como el centro de las decisiones políticas más relevantes de la UE³⁷. De esta manera, el Tratado de Lisboa ha consagrado el método de decisión intergubernamental, permitiendo la participación activa del Consejo Europeo en el diseño de la dirección política y el protagonismo del Consejo de Ministros en la formalización de la cooperación, de tal modo que el procedimiento de decisión se simplifica sobre la base del Consejo Europeo y del Consejo de la UE, dentro de los cuales los Estados miembros encuentran su cauce para expresarse.

El protagonismo del Consejo Europeo ha levantado suspicacias por su marcado carácter intergubernamental, que ha venido a alterar, según algunos, la inspiración predominantemente comunitaria del modelo institucional previo al Tratado de Lisboa, y el delicado sistema de equilibrio entre instituciones que ha tratado de construirse en la UE. Estas reservas han tratado de enfrentarse en la práctica convirtiendo las decisiones del Consejo Europeo en actos del Consejo de la UE, ya dentro del marco netamente comunitario³⁸.

En todo caso, frente a la amenaza, si es que cabe interpretarlo así, de intergubernamentalismo o protagonismo de los intereses nacionales en el sistema, cabe señalar una importante paradoja que ha tenido lugar en las actuaciones del Consejo Europeo: su actuación ha sido en gran medida en favor de la profundización de la

ciones como instancia de solución de conflictos sistémicos.

37 P. DANN, «Die politischen Organe», en A. VON BOGDANDY y J. BAST (eds.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2ª ed., Springer, 2009, pp. 335-386 (370).

38 S. FABBRINI, «The Outcomes of Intergovernmentalism: the Euro Crisis and the Transformation of the European Union», en B. DE WITTE, A. HÉRITIER y A. H. TRECHSEL (eds.), *op. cit.*, pp. 101-128 (108 y 110).

Unión³⁹. Este rasgo se ha puesto especialmente de relieve en relación con la gobernanza económica, como enseguida veremos.

3.2. *La actuación del Consejo Europeo durante la crisis económica y balance de su actuación*

Como decíamos, el Consejo Europeo ha adoptado un papel protagonista en la gestión de la crisis económica. Se trata de una institución cuyo peso específico ha experimentado importantes cambios en los últimos años, y claro ejemplo de ello es el papel que ha venido desempeñando respecto a la gobernanza económica, erigiéndose en foro fundamental de discusión política y de adopción de decisiones al más alto nivel. Hay que citar también, para los Estados de la zona euro, las Eurocumbres, introducidas por el artículo 12.1 del Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza.

La explicación fundamental del protagonismo del Consejo Europeo radica en un factor ya señalado: en el ámbito económico, los Estados no han estado dispuestos, desde la aprobación del Tratado de Maastricht, a avanzar más en la profundización de los métodos comunitarios, exhibiendo una clara resistencia a la cesión de más parcelas de soberanía, y mostrándose partidarios de afrontar los problemas desde la cooperación intergubernamental en un marco flexible (es el caso de Reino Unido, pero también de determinados gobiernos de Francia, Italia o Alemania). El importante cambio de postura de Alemania, tradicionalmente defensora de posiciones más integradoras, guarda sin duda relación con la línea que desde la Sentencia Lisboa de 2009 ha ido marcando el Tribunal Constitucional Federal a través de su jurisprudencia⁴⁰.

La paradoja radica, no obstante, en que dichas resistencias de carácter nacional al método comunitario de integración no excluyen una decidida voluntad de coordinación de las políticas a nivel europeo, lo cual supone un importante desafío para los cauces e instituciones de carácter intergubernamental. Es por tanto el Consejo Europeo la institución que mejor ha podido canalizar estas aspiraciones de los líderes

39 U. PUETTER, «Europe's deliberative intergovernmentalism: the role of the Council and European Council in EU economic governance», *Journal of European Public Policy*, 19:2, marzo, 2012, pp. 161-178 (168).

P. DANN, *op. cit.*, pp. 373-374, quien, como otros autores, señala que a pesar de los temores al aumento del intergubernamentalismo que representa el Consejo Europeo, éste ha contribuido decisivamente a la profundización de la UE.

40 S. FABBRINI, *op. cit.*, en pp. 113, 114 y nota a pie 13.

nacionales, articulando la voluntad de coordinación de políticas al más alto nivel intergubernamental⁴¹.

El Consejo Europeo ha venido definiendo la agenda de trabajo y jugando un papel cada vez más relevante en la política europea, supervisando el trabajo del Consejo, adoptando decisiones de dirección política, e impulsando el cumplimiento de los objetivos europeos desde el ámbito de las políticas nacionales. Como enseguida veremos, esta Institución decidió la reforma del artículo 136 del TFUE, que proporciona una base jurídica al mecanismo europeo de estabilidad para la eurozona. Y también viene impulsando la Unión bancaria. Uno de los factores que explican este protagonismo ha sido la propia voluntad del Consejo Europeo de desempeñar un papel decisivo en el ámbito económico⁴².

3.3. *Relación de las decisiones que el Consejo Europeo ha adoptado o impulsado durante la crisis económica*

El paulatino incremento del papel del Consejo Europeo en el ámbito económico se viene poniendo de manifiesto desde 1994 en adelante, cuando comienzan a sucederse reuniones del Consejo Europeo que incorporan a sus agendas asuntos relativos a la gobernanza económica. Así, se han señalado las reuniones de Essen de 1994 sobre el desempleo, y las cumbres de Luxemburgo de 1997, Cardiff en 1998, y Colonia en 1999, tratándose en ellas asuntos relativos a la aplicación de la UME. De esta manera el Consejo Europeo ponía en la agenda los asuntos económicos como prioridad política de la Unión, y condicionaba la actuación del Consejo y la Comisión, llamados a concretar sus iniciativas⁴³.

Desde el Consejo Europeo de Lisboa de 2000, se reserva una reunión anual a la gobernanza económica. A esto hay que añadir las numerosas cumbres que se han venido convocando para afrontar retos políticos de singular relevancia o situaciones específicas de crisis. En la medida en que este es el principal foro de trabajo, la gobernanza económica ha generado un paquete significativo de «soft-law» o instrumentos no vinculantes de coordinación, que exigen un constante esfuerzo de consenso por parte de todas las partes implicadas.

Entre los grandes hitos de las decisiones impulsadas por el Consejo Europeo podemos citar, en orden cronológico y sin pretensión de exhaustividad, sino de ofre-

41 U. PUETTER, *op. cit.*, p. 162.

42 H. VAN ROMPUY, «The challenges for Europe in a changing world», Discurso impartido en el College of Europe, Brujas, 25 febrero 2010, nota de prensa del Consejo Europeo PCE 34/10, citado por U. PUETTER, *op. cit.*, p. 174.

43 Seguimos a U. PUETTER, *op. cit.*, pp. 168-170.

cer un muestreo significativo, la Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento de 1997, anterior, por tanto, al estallido de la crisis⁴⁴. Esta Resolución proporciona a los Estados miembros, al Consejo y a la Comisión orientaciones políticas para aplicar el Pacto de estabilidad y crecimiento, y alienta a los Estados miembros a seguir políticas presupuestarias saneadas después de entrar en la tercera etapa de la unión económica y monetaria (UEM)⁴⁵. En el Consejo Europeo del 22 y 23 de marzo de 2005, se dio respaldo al acuerdo político de los ministros de Hacienda para una mejor gestión del referido Pacto de estabilidad y crecimiento⁴⁶.

Muy significativa resultó asimismo la modificación del artículo 136 TFUE, añadiendo un apartado 3, por Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro, reforma que resultó validada por la Sentencia Pringle⁴⁷.

En diciembre de 2011, se acordó por el Consejo Europeo profundizar en la unión económica, trabajando en dos direcciones fundamentales: la aprobación de un nuevo pacto fiscal y el reforzamiento de la coordinación de la política económica, por un lado, y el desarrollo de instrumentos de estabilización para poder afrontar desafíos a corto plazo, por otro, con la promoción de la puesta en marcha del Mecanismo Europeo de Estabilidad⁴⁸.

El 2 de febrero de 2012, los Estados de la zona del euro celebraron el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), que está en vigor desde octubre de 2012.

A esto se añade el Tratado sobre Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, Tratado intergubernamental que incluye el llamado

44 Ámsterdam, 17 de junio de 1997. Diario Oficial C 236 de 2.8.1997.

45 http://europa.eu/legislation_summaries/economic_and_monetary_affairs/stability_and_growth_pact/l25021_es.htm (06.02.2015)

http://europa.eu/legislation_summaries/economic_and_monetary_affairs/stability_and_growth_pact/index_es.htm (06.02.2015)

46 European Council Presidency Conclusions of 22-23 March 2005, endorsing and including the ECOFIN Council report of 20 March 2005 on «Improving the implementation of the Stability and Growth Pact» (<http://www.eu2005.lu/en/actualites/conseil/2005/03/23conseileuropen/ceconcl.pdf>)

47 Sentencia del TJUE, asunto C-370/12 (*Thomas Pringle/Government of Ireland, Ireland, The Attorney General*) de 27 de noviembre de 2013.

48 European Council, *Statement by the Euro Area Heads of State or Government*, 9 diciembre 2011.

Fiscal Compact y que está en vigor desde el 1 de enero de 2013. Este Tratado refuerza la disciplina presupuestaria, exigiendo unos presupuestos nacionales equilibrados⁴⁹.

En el marco de la reflexión sobre las medidas necesarias para revitalizar la Unión Económica y Monetaria, el primer Presidente del Consejo Europeo, Herman Van Rompuy, presentó en junio de 2012 un informe denominado «Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria (UEM)»⁵⁰, que proponía la integración financiera, presupuestaria y de política económica para lograr dicho objetivo. En esta misma línea ha trabajado la Comisión Europea aportando en noviembre de 2012 su «Plan director para una Unión Económica y Monetaria profunda y auténtica – Apertura de un debate europeo». A partir de las aportaciones de las distintas instituciones de la Unión Europea, en diciembre de 2012, el Consejo Europeo definió los pasos a seguir para reforzar la UEM, concluyendo y aplicando los acuerdos sobre los paquetes de gobernanza económica y avanzando hacia la unión bancaria. En Marzo del 2013 el Consejo Europeo hace suyas las conclusiones del «Blueprint» (coincidentes con las del Informe Van Rompuy, y con informes previos del Parlamento Europeo) y se compromete a completar la Unión Bancaria con una serie de pasos⁵¹.

Esta relación de intervenciones del Consejo Europeo no pretende, como decíamos, ser exhaustiva pero sí significativa de las decisiones adoptadas o impulsadas por el Consejo Europeo, de modo que podemos subrayar los siguientes rasgos en su actuación:

En primer lugar, destaca el papel protagonista que el Consejo Europeo ha querido tener sobre las grandes decisiones de gobernanza económica. Además, las medidas propuestas o adoptadas por el Consejo Europeo han ido en la línea de profundizar en la Unión Económica y Monetaria, si bien el camino elegido se ha situado a menudo fuera del marco comunitario, promoviendo la firma de Tratados intergubernamentales, que a su vez aspiran en un determinado horizonte temporal a la comunitarización o integración en los esquemas del Derecho de la UE.

49 http://www.eurozone.europa.eu/media/304649/st00tscg26_en12.pdf#page=20 (06.02.2015)

50 H. VAN ROMPUY, en colaboración con J. M. BARROSO, J.-C. JUNCKER, M. DRAGHI, «Towards a genuine economic and monetary Union», 5 diciembre 2012, disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/134069.pdf

51 CONSEJO EUROPEO, «Conclusiones», 24 y 25 de octubre de 2013.

J. AÑOVEROS, «La respuesta de la UE a la crisis», octubre 2013, <http://derecho.esadeblogs.com/2013/10/28/la-respuesta-de-la-ue-a-la-crisis-octubre-2013/>

Por otra parte, hay que señalar que el Consejo Europeo ha trabajado aceptando el marco de la integración flexible o diferenciada⁵², propiciando los métodos flexibles de trabajo y el método abierto de coordinación. Su protagonismo en la gestión de la crisis y el juego institucional que ello ha generado ha propiciado el uso del término de «intergubernamentalismo deliberativo» para describir el modelo y los métodos de trabajo⁵³.

No en vano, el protagonismo del Consejo Europeo está también en conexión con su flexibilidad, que ha proporcionado un ámbito de discusión necesario para afrontar problemas imprevistos y necesitados de una ágil y eficiente labor de coordinación. La elasticidad de sus estructuras y la distinción introducida por su primer Presidente Van Rompuy entre los métodos formales e informales de negociación han facilitado la deliberación y toma de acuerdos entre los Jefes de Estado y de Gobierno⁵⁴.

3.4. *Relaciones con las demás instituciones*

Como resultado de esta actitud protagonista, se han generado una serie de tensiones en el delicado y complejo equilibrio institucional clásico.

Con respecto a la relación con el Consejo de la UE, debemos señalar que el Consejo Europeo ha venido desplazando al mismo con la adopción de relevantes decisiones económicas a través del instrumento de las «conclusiones sobre las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión» (art. 121.2 TFUE), reduciendo al Consejo, junto a la Comisión, a un ejecutor de las mismas, y supervisando su actividad⁵⁵.

Con respecto a la Comisión Europea debemos subrayar que, a pesar de que el artículo 15 del TUE excluye expresamente la función legislativa del Consejo Europeo, tratando así de diferenciar su papel respecto a la misma, lo cierto es que en la práctica el Consejo Europeo y su Presidente han actuado decididamente en

52 S. KURPAS, J. DE CLERCK-SACHSSE, J. I. TORREBLANCA y G. RICARD-NIHOUL, «De amenaza a oportunidad: cómo conseguir que funcione la integración flexible», Documento de Trabajo (DT) 25/2006, Real Instituto Elcano, Octubre 2006. T. BEUKERS, «The Eurozone Crisis and the Legitimacy of Differentiated Integration», en B. DE WITTE, A. HÉRITIER y A. H. TRECHSEL (eds.), *op. cit.*, pp. 7-30.

53 Traducción del término «*deliberative intergovernmentalism*» propuesto por U. PUETTER, *op. cit.*, p. 166.

54 U. PUETTER, *op. cit.*, pp. 166, 168 y 169, y nota a pie 13.

55 Art. 121.2 TFUE.

la programación de la agenda de trabajo de las instituciones («agenda setting»), de lo cual es ejemplo paradigmático el ámbito de la gobernanza económica, de tal modo que cabe hablar de una relación de cooperación competitiva entre ambas instituciones⁵⁶.

La relación con el Parlamento Europeo ha estado especialmente marcada por la tensión frente a lo que se ha considerado una extralimitación en sus funciones por parte del Consejo Europeo. La adopción de decisiones relativas a la gobernanza económica fuera de los marcos normativos e institucionales establecidos ha conllevado un cierto grado de marginación del Parlamento Europeo, que ha venido criticando el excesivo intervencionismo del Consejo Europeo en algunos de sus documentos, denunciando que esta Institución ha multiplicado las reuniones excepcionales, tratando asuntos propios del Consejo de Ministros, inmiscuyéndose en la función legislativa y recurriendo a tratados intergubernamentales para influir en la legislación europea fuera del marco comunitario⁵⁷.

3.5. Conclusiones sobre el Consejo Europeo y su papel durante la crisis económica

El protagonismo del Consejo Europeo en la gobernanza económica no ha sido exclusivamente fruto de la crisis, sino que esta Institución ha utilizado el marco

56 P. BOCQUILLON y M. DOBBELS, «An elephant on the 13th floor of the Berlaymont? European Council and Commission relations in legislative agenda setting», *Journal of European Public Policy*, Volume 21, Issue 1, 2014. P. DANN, *op. cit.*, p. 367. P. PONZANO, C. HERMANIN y D. CORONA, «The Power of Initiative of the European Commission: A Progressive Erosion?», *Notre Europe*, núm. 89, 2012, pp. 42 y 43: «At the end of the nineties, an internal study by the European Commission already showed that the "mandates" to the European Commission numbered between five and ten requests at each session of the European Council. (...) Already in the 1990s, beyond the "mandates" of the European Council, the different configurations of the Council of Ministers added around thirty resolutions per semester, which were likely to include more of these informal "mandates"».

57 E. M. POPTCHEVA, «Parliament's role in anti-crisis decision-making», Library Briefing, Library of the European Parliament, 120397REV1, 2012, p. 2.

Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2013, sobre las relaciones del Parlamento Europeo con las instituciones que representan a los gobiernos nacionales [2012/2034(INI)] <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0599&language=ES&ring=A7-2013-0336>

Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2013, sobre los problemas constitucionales de una gobernanza multinivel en la Unión Europea [2012/2078(INI)] <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0598&language=ES&ring=A7-2013-0372>

normativo diseñado por el Tratado de Lisboa para ocupar un espacio fundamental, que ha puesto en práctica particularmente, por su trascendencia, para afrontar la crisis económica.

Al auge de la institución del Consejo Europeo pueden haber contribuido, además de su decidida voluntad de intervenir, los siguientes factores: la desaparición de los pilares de la Unión, que han permitido que su actividad se extienda sobre la totalidad del edificio europeo, la necesidad de un órgano de dirección política eficiente y el carácter flexible e informal de sus métodos de trabajo, que le han permitido afrontar con éxito situaciones imprevistas de crisis.

No obstante, debemos también subrayar la paradoja de que ha sido esta Institución de marcado carácter intergubernamental la que ha contribuido a profundizar en la Unión, marcando el rumbo de la profundización en la Unión económica y monetaria, a través de la unión fiscal, presupuestaria, bancaria, en definitiva, económica y, en última instancia política.

Si bien es cierto que el papel del Consejo Europeo ha comportado fuertes críticas, sin duda justificadas, por el excesivo recurso al método intergubernamental y el consiguiente déficit de legitimidad democrática, resulta también necesaria la reflexión sobre la viabilidad de los esquemas de funcionamiento en una Europa de 28 Estados miembros.

4. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

4.1. *Marco normativo*

El Consejo mantiene su composición y funciones en el Tratado de Lisboa. Sigue siendo colegislador con el Parlamento Europeo y participa en la aprobación del presupuesto. En este sentido, actúa al modo de una segunda cámara legislativa, al estilo de las segundas cámaras de representación territorial de los Estados compuestos. Como sabemos, se caracteriza por su composición intergubernamental, dando cabida a la representación de los Estados nacionales. Además, desarrolla funciones de ejecución (órgano de ejecución de las decisiones adoptadas por el Consejo Europeo) y de coordinación.

4.2. *Papel en la gobernanza económica*

En el Tratado de Funcionamiento de la UE (arts. 119 a 126) y en varios Protocolos anexos se establecen los principios de la política económica, que fundamentalmente se basa en la coordinación voluntaria, y por tanto en «soft law» o actos no vinculantes, aunque también se contempla el procedimiento legislativo ordinario (art. 121.6 TFUE).

El papel protagonista en la coordinación de la política económica corresponde al Consejo de la UE, según se deduce de la regulación del Título VIII del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el soporte técnico de la Comisión.⁵⁸ En concreto, las posiciones se fijan en el seno del EcoFin (la formación del Consejo que se encarga de la gestión de los asuntos económicos y financieros), que cuenta con el respaldo del Comité Económico y Financiero para el desarrollo de sus trabajos. Los Estados de la zona euro, para los que esta coordinación es especialmente intensa, se organizan en torno al Eurogrupo (art. 137 TFUE y Protocolo 14 anejo al Tratado de Lisboa) y las ya citadas Eurocumbres.

Al Consejo le corresponden además las decisiones sobre los procedimientos de déficit excesivo de los Estados miembros de la eurozona, con posibilidad de imponer multas o sanciones. En el marco del Semestre Europeo, el Consejo adopta formalmente las recomendaciones para los Estados miembros.

Sin embargo, en la práctica, en el marco de un intergubernamentalismo deliberativo, el Consejo Europeo ha venido progresivamente acaparando las decisiones de política económica, que por su trascendencia y efectos de irradiación sobre la política general han preferido adoptar los respectivos Jefes de Estado y de Gobierno, reduciendo al Consejo, junto con la Comisión, a un ejecutor de las mismas, y pasando a supervisar su actividad.

En fin, el Consejo de la UE ha supuesto durante la crisis económica también un centro de deliberación y decisión intergubernamental, posibilitando a los Estados la deliberación y adopción de decisiones, si bien limitado por el empuje del Consejo Europeo y la trascendencia de las decisiones del Eurogrupo.

5. COMISIÓN

La Comisión Europea requiere un análisis en profundidad para poder ir algo más allá de la percepción generalizada de que ha sido una Institución que ha perdido peso político en el marco de la gobernanza económica. Resulta más precisa la afirmación de que ha habido un desplazamiento de su función desde la dirección política hacia una función relacionada con la formulación, implementación y evaluación de programas económicos, lo cual supone también una parte muy relevante del diseño concreto de las políticas que se adopten⁵⁹.

58 Véanse en particular los artículos 121 y 122 TFUE.

59 M. W. BAUER y S. BECKER, «Implementing an ever stricter union: the role of the European Commission in the EU's response to the financial and economic crisis», *2013 EGPA Annual Conference*, PSG XIV: Permanent Study Group XIV, EU Administration and Multi Level Governance,

El Tratado de Lisboa no aporta reformas significativas respecto a las funciones de la Comisión Europea. Como antes decíamos, algunos autores se refieren a la posibilidad de dirección política de forma compartida con el Consejo Europeo⁶⁰. Sin embargo, también se ha señalado que el Tratado de Lisboa, y en especial la posterior gestión de la crisis económica, han podido propiciar la pérdida de peso político de la Comisión (aunque a ello pueden también haber contribuido la gestión concreta de sus Presidentes o miembros), en la medida en que el Tratado de Lisboa consagra una estructura gubernamental con dos cámaras legislativas y dos instituciones de carácter ejecutivo, de tal modo que puede considerarse la Comisión como un órgano ejecutivo técnico del Consejo Europeo, que sería el órgano ejecutivo de carácter político⁶¹.

En concreto, el poder de iniciativa de la Comisión Europea se ha visto limitado por el protagonismo en la dirección política del Consejo Europeo y por la extensión del procedimiento legislativo ordinario (codecisión).

El papel de la Comisión Europea en relación con la gobernanza económica de la UE ha sido tildado de modesto, sobre todo en sus comienzos. No obstante, como decíamos, merecen también atención las conclusiones que cabe extraer de un análisis más detenido de las funciones que corresponden a la Comisión Europea en el nuevo marco de gobernanza económica. Este análisis más pormenorizado se realiza a partir de la premisa de que la función de dirección política no es la única ni la más relevante que hay que sopesar, sino que resulta preciso estudiar el cúmulo de funciones diferentes que a la Comisión le corresponden en relación con la política económica y que permiten afirmar que esta institución continúa desempeñando un papel más relevante de lo que pudiera parecer.

Así, se deben tener en cuenta las siguientes funciones de la Comisión Europea en la gobernanza económica⁶².

- Ayuda a la estabilidad financiera: Propone decisiones sobre la concesión de ayudas (en el seno de la troika, cuyo funcionamiento concreto, en el sentido de asunción de responsabilidades por las decisiones tomadas, resulta difícil de desvelar) (artículo 13(1) del Tratado del Mecanismo Euro-

Edinburgh Scotland – UK, 11-13 September 2013, pp. 1-24 (18 y 19).

P. CALAMIA, «Evoluzione politica delle Istituzioni europee», *Rivista di Studi Politici Internazionali*, núm. 323, julio-septiembre 2014, pp. 331-334 (334).

60 P. DANN, *op. cit.*, p. 370.

61 A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 204.

62 Seguimos el análisis realizado por M. W. BAUER y S. BECKER, *op. cit.*, pp. 5-17.

- peo de Estabilidad); negocia los acuerdos de condicionalidad de las ayudas (artículo 13(2) de dicho Tratado); y supervisa su cumplimiento (artículo 13(7)), en línea con su función de guardiana de los Tratados y gestora de programas europeos.
- Supervisión de la política económica: A fin de prevenir crisis de la deuda, se ha puesto en marcha el procedimiento del Semestre Europeo en 2010 (basado en los artículos 120 y 121 TFUE). El papel de supervisión que en dicho marco le corresponde a la Comisión refuerza su papel. Y lo mismo cabe decir de la función de supervisión que le corresponde en el marco del Pacto Fiscal (Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza), destinado a reforzar la disciplina fiscal e intensificar la supervisión en la zona euro.
 - Coordinación de políticas nacionales: Tanto en el marco de la llamada Estrategia Europa 2020 como para el correcto funcionamiento del Pacto Euro Plus de 2011, a la Comisión le corresponde un papel decisivo como suministrador de información. Y puede instar a los Estados a presentar una revisión de su plan presupuestario en caso de que exista un grave riesgo de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Pacto de estabilidad y crecimiento.
 - Supervisión financiera: A la Comisión le corresponde una función de evaluación en el marco del Sistema Europeo de Supervisión Financiera y de la Unión bancaria (Mecanismo Único de Supervisión y Mecanismo Único de Resolución).

El análisis permite afirmar que la Comisión está experimentando una profunda transformación en las áreas mencionadas. Si bien, más que hablar de recorte de funciones, podríamos referirnos a funciones de implementación que resultan de considerable importancia política. Durante la crisis el papel de la Comisión Europea ha sido –sin duda– limitado, pero las funciones que finalmente se le han atribuido en el marco de la gobernanza económica reformada resultan relevantes.

La Comisión también ha querido participar y pronunciarse sobre el propio proceso de gestión de la crisis: en Noviembre de 2012, presentó el «Blueprint» para una profunda y genuina Unión Económica y Monetaria proponiendo una hoja de ruta para el corto, medio y largo plazo, advirtiendo contra el excesivo recurso a las soluciones intergubernamentales⁶³.

63 European Commission, «A Blueprint for a Deep and Genuine Monetary Union – Launching a European Debate», Communication from the Commission, Bruselas, 28 noviembre 2012.

Con respecto al papel de dicha Institución durante la crisis, su función tradicional ha cambiado, dado que su trascendencia ya no se cifra en la dirección política y en su capacidad de diseño de la agenda política, sino en la aplicación e implementación de las decisiones y procedimientos de política económica. El reto para la Comisión Europea estriba ahora en encontrar su papel y saber cómo usar y aplicar de forma equilibrada sus poderes de negociación, supervisión y coordinación en el marco del Semestre Europeo, sin generar excesivas tensiones a los Estados, pero manteniendo su capacidad de influencia supranacional, en el marco de una Europa compleja, ampliada, y sumida en una crisis no solo económica.

6. PARLAMENTO EUROPEO

El Parlamento Europeo ha logrado ejercer solo un papel muy limitado en la gobernanza económica. Huelga recordar que la Eurocámara, en la medida en que representa directamente a los ciudadanos de los Estados miembros, encarna el principio democrático. El Tratado de Lisboa proclama que el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa (artículos 10 y 11 TUE). Este principio y el de pluralismo político son representados de forma central por el Parlamento Europeo⁶⁴.

Esta perspectiva fundamenta las críticas relativas a las carencias de legitimación democrática que presentan las soluciones dadas a la crisis económica en la medida en que la actuación del Parlamento Europeo (PE) se ha visto reducida a lo siguiente: durante la gestión de la crisis, el PE ha tratado de influir en la adopción de reglamentos e incluso de Tratados, como el Tratado del Mecanismo Europeo de Estabilidad y en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la UEM. Sin embargo, un importante número de acuerdos han sido tomados fuera del marco normativo comunitario, con un protagonismo del modelo intergubernamental de toma de decisiones, el resurgimiento de la integración flexible y del método abierto de coordinación, lo que ha condicionado la marginación de la Eurocámara en la toma de decisiones en algunos casos⁶⁵. Y, a pesar del interés por participar que el Parlamento ha mostrado, puede decirse que ha fracasado en su intento de obtener un peso político significativo en la gobernanza económica, dado que su papel ha

64 J. M. PORRAS RAMÍREZ, «Article 10. Representative Democracy», en H.-J. BLANDE y S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2013, pp. 417-447. P. DANN, *op. cit.*, pp. 354-356.

65 E. M. POPTCHEVA, *op. cit.*, p. 2.

quedado reducido a su participación en los llamados diálogos económicos y a la cooperación interparlamentaria, que como sabemos resulta imprescindible en un sistema multinivel⁶⁶.

En efecto, el PE luchó por conseguir un papel más relevante en el procedimiento del Semestre Europeo y logró asegurarse el derecho a participar en los Diálogos Económicos (introducido con el «Six Pack»). Los Diálogos Económicos permiten al Parlamento Europeo mantener debates con las otras Instituciones de la UE y con representantes nacionales sobre temas económicos, propiciando así la exigencia de responsabilidad ante el Parlamento. Dichos Diálogos permiten al PE cuestionar de forma más intensa que antes a las otras Instituciones europeas, e invitar a los representantes de los gobiernos nacionales a exigirles cuentas de sus actos⁶⁷.

En todo caso, puede afirmarse que el PE ha logrado un cierto papel de supervisión general de los procedimientos y, en comparación con el papel que le correspondía en el anterior Pacto de estabilidad y crecimiento, su posición se ha visto ciertamente reforzada, dado que se le atribuye, entre otros: el derecho a ser informado y consultado en algunos casos; puede invitar a la Comisión, al Consejo y, en caso necesario, al Presidente del Consejo Europeo y del Eurogrupo a la Eurocámara; puede fomentar un intercambio de puntos de vista dentro de sus Comisiones competentes con los Estados miembros afectados por una decisión, recomendación y sanción del Consejo, o por una advertencia de la Comisión. En suma, se trata de un papel de supervisión general y de capacidad de diálogo, pero sin posibilidad de adoptar decisiones.

En este sentido, se echa de menos su participación en la determinación de las prioridades estratégicas, que corresponden en gran medida, como ya hemos comentado, al Consejo Europeo; y, frente a la Comisión Europea, que sí ha logrado aglutinar una serie de funciones de ejecución, es patente su marginación en el desarrollo de los distintos procedimientos. De tal modo que el papel sobre la política presupuestaria y la adopción de reformas estructurales requeridas a la UE se ha adjudicado a las Instituciones que no han sido directamente elegidas por los ciudadanos.

Este papel marginal del PE en la gobernanza económica es uno de los principales argumentos de quienes critican la falta de legitimidad democrática de las decisiones

66 C. FASONE, «The Struggle of the European Parliament to Participate in the New Economic Governance», *European University Institute Working Papers*, RSCAS 2012/45, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO –European Union Democracy Observatory, pp. 17 y ss.

67 M. HALLERBERG, B. MARZINOTTO, G. B. WOLF, «On the effectiveness and legitimacy of EU economic policies», *bruegelpolicybrief*, núm. 4, noviembre 2012, p. 4.

adoptadas para afrontar la crisis económica. En la medida que ello pone en cuestión el clásico principio de intervención del Parlamento en las políticas presupuestarias y fiscales (art. 14 TUE y, en última instancia, «no taxation without representation»)⁶⁸. Dicha falta de legitimidad democrática en la adopción de decisiones puede explicar la resistencia de los ciudadanos ante las políticas de austeridad presupuestaria adoptadas⁶⁹. En general se considera que el PE debería tener un papel más activo.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El punto de partida y cierre del análisis constitucional, como no podía ser de otra manera, es la concepción de la Unión Europea como una organización democrática. A los constitucionalistas nos corresponde enjuiciar el modelo de gobernanza económica, aún en construcción, desde la óptica constitucional, y por tanto, de legitimidad democrática y de respeto a los valores y principios constitucionales europeos e internos. Como nos viene recordando BALAGUER CALLEJÓN⁷⁰, frente a las tesis economicistas, hay que reivindicar una lectura constitucional de la crisis económica, en lugar de una interpretación funcional de la democracia al servicio de otros intereses, sea la eficacia o eficiencia económica, legítimas sin duda, pero que en todo caso deben quedar subordinadas a la preservación de la democracia pluralista y los derechos fundamentales.

A partir del análisis y las reflexiones expuestas, podemos aventurar algunas conclusiones:

Las instituciones han afrontado la crisis económica a partir de la base jurídica del Tratado de Lisboa, pero también forzando en ocasiones los límites de su mandato porque sus instrumentos no eran suficientes para afrontar una crisis de tal magnitud (el caso del BCE), o porque los Estados miembros han querido afrontarla desde el plano intergubernamental, dado que no han estado dispuestos en un principio a ceder soberanía en política económica.

Como resultado de las medidas adoptadas fuera y dentro de los cauces del Derecho de la UE, la gobernanza económica ha experimentado cambios muy relevantes

68 C. FASONE, *op. cit.*, p. 19.

69 E. GUILLÉN, «Las enseñanzas del 15-M (El léxico constitucional frente a la crisis de legitimidad)», en I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, (coord.), *La democracia indignada: Tensiones entre voluntad popular y representación política*, Comares, Granada, 2014, pp. 1-38 (7).

70 F. BALAGUER CALLEJÓN, «Una interpretación constitucional de la crisis económica», *ReDCE*, núm. 19, enero-junio 2013, pp. 449-454.

para afrontar la crisis, afectando también al papel de cada una de las Instituciones⁷¹, a las que se les han adjudicado o no funciones (encomendado así, por ejemplo, labores de supervisión, coordinación y ejecución a la Comisión europea, o marginando al Parlamento Europeo).

Los cambios experimentados en el modelo de gobernanza económica y la voluntad de profundización en la Unión Económica y Monetaria requieren la profundización en la Unión política, de tal manera que las soluciones se adopten exclusivamente en el marco de la Unión Europea, dentro de los procedimientos establecidos; y se refuercen los mecanismos de legitimación democrática en ese necesario contexto de avance hacia la Unión política.

Con estos fines, las propuestas que se han venido planteando y debatiendo son diversas, y pueden agruparse en propuestas de carácter general o amplio alcance y, por otro lado, propuestas concretas. Con respecto a las propuestas de amplio alcance, cabe destacar, sin pretensión de exhaustividad, la necesidad de reformar los Tratados para acoger los cambios que se han venido realizando, pero también la necesidad de reformar las Constituciones nacionales (para permitir la homogeneidad financiera), o, alternativamente, ante la imposibilidad de avance en una Europa de 28 Estados miembros, la formación de un núcleo europeo (una «Kerneuropa») abierta a otros Estados (que implica también una revisión de los Tratados de carácter constitucional)⁷². Asimismo se ha propuesto la conveniencia de celebrar un referéndum paneuropeo, que permitiera legitimar las medidas de reforma de la gobernanza económica y aliviar las tensiones sobre los ejecutivos y legislativos de los Estados miembros frente a una crítica opinión pública⁷³.

Por otra parte, en relación con el marco institucional, se han escuchado también propuestas concretas⁷⁴. La propuesta seguramente más extendida es la de reforzar el

71 M. AZPITARTE, *op. cit.*, p. 312, en relación con la ya citada Sentencia Pringle: «Con todo, el Tribunal Constitucional (alemán) admite que el nuevo apartado tercero del artículo 136 TFUE y el MEDE significan una transformación fundamental de la originaria unión económica y monetaria, pues se separa, aunque sea con intensidad limitada, del principio de autonomía de los presupuestos nacionales».

72 J.-V. LOUIS, «Institutional dilemmas of the Economic and Monetary Union», en *Challenges of multi-tier governance in the EU*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, 2012, p. 7, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201210/20121003ATT52863/20121003ATT52863EN.pdf>

73 A. MANZELLA, «Is the EP legitimate as a parliamentary body in EU multi-tier governance?», en *Challenges...*, *op. cit.* I. PERNICE, «Conclusion: what future(s) for the multi-tier governance?», en *Challenges...*, *op. cit.*

74 M. POIARES MADURO, B. DE WITTE y M. KUMM, «The democratic governance of the euro»,

papel del Parlamento Europeo a la par que el de la Comisión eligiendo al Presidente de la Comisión y a los Comisarios mediante las elecciones a la Eurocámara, presentando cada partido candidatos a dichos puestos (lo que se hizo solo informalmente en las últimas elecciones europeas), politizando así realmente el proceso electoral europeo⁷⁵.

También se debate la unificación del puesto de Presidente de la Comisión con el de Presidente del Consejo Europeo, para incrementar a su vez la legitimación y el control político del Consejo Europeo; la creación de una nueva Comisión del PE que se encargue de los asuntos de la eurozona, compuesta por diputados procedentes de países solo de la eurozona; la sugerencia de que el europarlamentario establezca una relación territorial y personal más estrecha con su circunscripción⁷⁶; y el refuerzo de la cooperación interparlamentaria, ya que no solo el PE, sino también los parlamentos nacionales están llamados a ser cauce de participación de los ciudadanos y fuente de control y legitimidad del sistema mediante su control de la actuación de los gobiernos en el Consejo (arts. 10 y 12 TUE), y actuando asimismo como parlamentos europeos⁷⁷. Por otra parte, se ha señalado la importancia de que la UE se financie a través de impuestos propios⁷⁸. Otro factor relevante es que el reparto competencial entre los distintos planos debe ser transparente y estar sujeto a revisión, para que la exigencia de responsabilidad por la política de la UE pueda ser clara y exigible también en los Estados miembros y en las regiones⁷⁹.

Las propuestas de amplio alcance afectan a la legitimidad de la base del proceso de toma de decisiones, mientras que las sugerencias más concretas están sobre todo destinadas a incrementar la participación del Parlamento Europeo en las decisiones de gobernanza económica, pero también a politizar y democratizar el proceso de toma de decisiones a nivel europeo.

El respeto al Derecho de la Unión Europea, el refuerzo de la legitimidad democrática, la politización del espacio público europeo⁸⁰, con la creación de un espacio pú-

RSCAS Policy Paper 2012/08, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Global Governance Programme, Florencia, 2012, pp. 1-55 (12).

75 M. KUMM, «Democratic challenges arising out of the eurocrisis», p. 33, en *Challenges...*, *op. cit.*

76 I. PERNICE, *op. cit.*, párrafo 8.

77 M. KUMM, *op. cit.*, pp. 33 y 34. I. PERNICE, *op. cit.*, párrafo 10.

78 M. KUMM, *op. cit.*, p. 35.

79 I. PERNICE, *op. cit.*, párrafo 9.

80 P. HÄBERLE, «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio 2004.

blico pluralista de libre discusión⁸¹, el respeto a los derechos fundamentales, también a los derechos sociales, constituyen, pues, los caminos por los que se debería seguir avanzando para reconducir las soluciones a la crisis a los cauces de los que nunca debieron salir, y que son los cauces del Derecho y de una Unión Europea democrática.

Resumen

En este trabajo se analiza el papel de las Instituciones europeas (en concreto, del Banco Central Europeo, Consejo Europeo, Consejo, Comisión y Parlamento) en la gestión de la crisis económica, en el marco de los distintos instrumentos normativos que se han ido aprobando y que marcan el desarrollo de la gobernanza económica. Se estudian tanto la evolución de las normas en este ámbito como la actuación de cada Institución (marco normativo, papel durante la crisis económica, transformaciones experimentadas y balance de su gestión).

El análisis, que sigue la metodología del Derecho Constitucional Europeo, parte de la perspectiva del marco institucional como una estructura compleja, caracterizada por la representación y tensión entre intereses comunitarios y nacionales, en un contexto multinivel, y por unas dinámicas de cooperación y/o competencia entre las instituciones, así como por el carácter intergubernamental propiciado por el Tratado de Lisboa.

Se concluye que los cambios experimentados en el modelo de gobernanza económica y la voluntad de profundización en la UEM requieren la profundización en la Unión política. Al efecto se exponen y analizan propuestas de amplio alcance, que afectan a la legitimidad de base del proceso de toma de decisiones, así como propuestas concretas, destinadas sobre todo a incrementar la participación del Parlamento Europeo en las decisiones de gobernanza económica, pero también a politizar y democratizar el proceso de toma de decisiones a nivel europeo.

Palabras clave: *Gobernanza económica. Banco Central Europeo. Consejo Europeo. Consejo de la Unión Europea. Comisión Europea. Parlamento Europeo. Crisis económica.*

Abstract

This essay analyzes the role of the European Institutions (in particular, European Central Bank, European Council, EU Council, Commission and Parliament) in the management of the economic crisis, in the context of the various legal instruments that have been approved and that mark the development of economic governance. Both the legal evolution in this field as the performance of each institution (legal framework, role during the economic crisis, transformations experienced and balance) are studied.

The analysis, which follows the methodology of the European Constitutional Law, is undertaken from the perspective of the European institutional framework as a complex structure, characterized by the representation and tension between the European and the national

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

interests, in a multilevel context, and a dynamic of cooperation and / or competition among institutions, and of the intergovernmental trend led by the Treaty of Lisbon.

It is concluded that the changes experienced in the economic governance model and the determination of deepening the EMU require deepening political union. Far-reaching proposals, affecting the basic legitimacy of decision-making, as well as specific proposals, aimed mainly at increasing the involvement of Parliament in decisions on economic governance, but also to politicize and democratize the process of decision making at European level, are presented and discussed.

Key words: *Economic governance. European Central Bank. European Council. Council of the European Union. European Commission. European Parliament. Economic crisis.*

Recibido: 12 de enero de 2015

Aceptado: 30 de junio de 2015

LA INCIDENCIA DE LA CRISIS EN LA DISTRIBUCIÓN INTERNA DEL PODER ENTRE PARLAMENTOS Y GOBIERNOS NACIONALES*

SABRINA RAGONE**

SUMARIO

1. Introducción. Crisis económica e integración europea: una mezcla explosiva que socava los equilibrios entre las instituciones nacionales.
2. Los parlamentos ante el ascenso de los gobiernos a nivel europeo e interno.
3. Los (escasos) progresos del papel de los parlamentos.
4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN. CRISIS ECONÓMICA E INTEGRACIÓN EUROPEA: UNA MEZCLA EXPLOSIVA QUE SOCAVA LOS EQUILIBRIOS ENTRE LAS INSTITUCIONES NACIONALES

Enfocar hoy la cuestión de las relaciones entre parlamentos y gobiernos nacionales exige que se tengan en cuenta dos factores, cuya conexión e interdependencia no permiten a veces distinguir qué efectos se deben a uno y qué efectos al otro: el proceso de integración europea y el estallido de la crisis económica, seguido por la adopción de medidas tanto europeas como domésticas para hacerles frente¹.

Por un lado, la integración supranacional no ha conllevado solamente una transferencia de poder legislativo hacia el nivel europeo, sino que ha propiciado un traspaso de competencias internas a favor de los gobiernos, que participan en la fase ascendente y muchas veces en la descendente de formación e implementa-

* Un agradecimiento especial a Adoración Galera Victoria y Enrico Albanesi por sus comentarios y la impagable ayuda en la búsqueda de materiales.

** Senior Research Fellow. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg (Alemania).

¹ Para una introducción a los cambios constitucionales debidos a la crisis económica, se recuerdan aquí X. CONTIADES (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, Ashgate, 2013 y G. CERRINA FERONI, G. F. FERRARI (eds.), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive. Atti del convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo – Firenze, 18 novembre 2011*, Turín, Giappichelli, 2012.

ción de los actos normativos europeos (a través de la aprobación de las normas de ejecución).

Por otro lado, la crisis económica ha impuesto la necesidad de decisiones rápidas, que son más fáciles de alcanzar en el seno de los ejecutivos, tanto en las instituciones supranacionales como en las nacionales. Por ello, la gestión de la crisis a través del método del «Summit» se ha transformado progresivamente en un sistema común de toma de decisiones² y el Consejo Europeo a su vez se ha configurado, en muchas ocasiones, como la sede desde la cual gobernar las emergencias de forma más rápida y eficaz, revalorizando aún más el papel de los gobiernos nacionales³. Y el empleo constante del método intergubernamental naturalmente ha contribuido a reforzarlos⁴.

La influencia directa sobre los parlamentos se ha declinado en distintas formas, desde la consolidación de los presupuestos y los cambios debidos al semestre europeo hasta la aprobación de los memorándum de entendimiento en algunos de los países que han solicitado ayuda financiera.

El influjo de la situación económica en la política estatal y su nexo con las preferencias europeas y de los mercados⁵, además, resulta evidente a la luz de numerosos (y conocidos) casos: entre 2011 y 2012 el fracaso en la administración de la economía conllevó la convocatoria de elecciones anticipadas en Portugal (con la dimisión de Sócrates), Grecia (con la dimisión de Papandreu), España (con la disolución anticipada de las Cortes Generales y el término del gobierno de Rodríguez

2 Véase M. SCHULZ, «Democratic Europe – 10-point Plan to put the EU on a New Democratic Footing. Speech by the President of the European Parliament at the Humboldt University», 2012, disponible en la página www.europarl.europa.eu.

3 Véase M. R. LEPSIUS, «In welchen Krisen befindet sich die Europäische Union?», *Zeitschrift für Politikwissenschaften*, 2013, p.182 ss. En la misma línea, K. AUER, O. HÖING, «Scrutiny in Challenging Times – National Parliaments in the Eurozone Crisis», *SIEPS European Policy Analysis*, 2014, p. 1 ss.

4 Sobre los efectos constitucionales de la crisis económica en perspectiva comparada, véanse en la inmensa bibliografía al respecto, al menos P. K. KJAER, G. TEUBNER, A. FEBBRAJO (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, Hart Publishing, 2011; y K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis, A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

5 Y las consecuencias sistémicas de este fenómeno son cuando menos preocupantes, como lo observa con referencia a la vulneración del principio democrático F. BALAGUER CALLEJÓN, «Una interpretación constitucional de la crisis económica», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2013: «La idea de la democracia como producto se ha visto impulsada con la crisis económica, en la medida en que las decisiones se adoptan con independencia del resultado de los procesos electorales (ya sea inaplicando los programas electorales en el diseño de las políticas de los gobiernos, ya sea mediante el cambio de los propios gobiernos)».

Zapatero) e Italia (con la dimisión de Berlusconi). Si bien puede parecer lógico que a un incorrecto desempeño de las funciones de gobierno (en el ámbito económico y financiero) siga una rendición de cuentas por parte de las instituciones incapaces de solucionar los problemas, lo que se dió en los casos citados no fue exactamente esto. O al menos, no sólo esto. La crisis política se debió también a presiones externas, a una especie de rendición de cuentas supranacional, donde los gobiernos nacionales deben, por un lado, actuar conforme a la voluntad de los electorados respectivos y, por otro lado, cumplir con las expectativas de instituciones monetarias y financieras o incluso de Estados más ricos⁶.

Pero esta es otra historia. Y no vamos a entrar en las cuestiones políticas que tienen que ver con las relaciones entre Estados miembros e instituciones europeas, pues el objetivo del presente trabajo es afrontar la cuestión de los equilibrios internos entre legislativos y ejecutivos. En consecuencia, la perspectiva adoptada en el trabajo es la nacional y las referencias al nivel europeo se harán cuando resulte indispensable para explicar el aumento o la disminución de poderes de los actores estudiados.

Sin embargo, más allá de los casos particulares, este texto va en la misma dirección de aquellos estudios que han demostrado que los equilibrios institucionales a nivel nacional se han visto afectados por la crisis económica en sentido casi unidireccional, es decir, fortaleciendo los gobiernos en detrimento de los parlamentos. Por ello, dividiremos la contribución en dos partes.

En la primera se analizarán los ámbitos donde los legislativos han ido perdiendo funciones de una forma patente (§ 2), estableciendo una fractura argumentativa entre el contexto europeo y el nacional. Una vez explicados los mecanismos y las praxis que han favorecido el ascenso de los ejecutivos en el contexto europeo, nos centraremos en las actividades de los parlamentos relacionadas con la crisis y en el empleo de los actos normativos gubernamentales (los decretos-leyes en particular) en los últimos cinco años. Se hará hincapié así en los cambios que han afectado al sistema de fuentes.

En la segunda parte se estudiarán los pocos ámbitos donde el papel de los parlamentos nacionales se ha visto fortalecido, haciendo especial hincapié en los cambios que derivan de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (§ 3).

Los dos casos de estudio privilegiados van a ser Italia y España, por un lado, porque comparten la misma forma de gobierno y, por otro lado, porque tienen eco-

6 Véase al respecto la reconstrucción de G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2012, p. 18 ss. y la bibliografía citada por el autor.

nomías consideradas relativamente débiles en el contexto de la Eurozona, aunque sólo la segunda haya solicitado ayuda en concreto para la recapitalización de las entidades financieras. Todos los datos serán insertados en un marco comparado, con referencia a los países de la UE y a la actividad desempeñada por los respectivos parlamentos durante la crisis.

En las conclusiones partiremos de un análisis de los resultados relativos a los dos casos de estudio investigados más detenidamente para proponer algunas reflexiones acerca de la creciente asimetría entre Estados miembros y de los peligros que la situación actual parece postular (§ 4).

2. LOS PARLAMENTOS ANTE EL ASCENSO DE LOS GOBIERNOS A NIVEL EUROPEO E INTERNO

El punto de partida de la presente investigación reside en la idea de que la crisis económica ha propiciado el protagonismo de los gobiernos nacionales. Y dicho fenómeno es evidente tanto a nivel europeo como a nivel nacional.

2.1. *El nivel europeo*

Por lo que se refiere al proceso de toma de decisiones en la UE, en general, podríamos decir que éstas se adoptan normalmente en contextos donde los Estados están representados por sus gobiernos. Tradicionalmente ha sido así, aunque a lo largo de las últimas décadas los parlamentos habían conseguido impulsar sus funciones⁷ hasta que por primera vez el Tratado de Lisboa reconoció su papel como actores institucionales de la UE. Además de su participación en los procesos decisorios extraordinarios, se propiciaba su involucración en el día a día de la toma de decisiones.

Sin embargo, en los años de la crisis, el Consejo Europeo se ha transformado, como se decía en la introducción, en el foro más relevante para el debate de las cuestiones económicas y financieras⁸. Y al mismo tiempo los gobiernos de la Eurozona han creado o adaptado instituciones como sus «Summit» específicos, donde los jefes de Estado y gobierno se reúnen antes de las sesiones del Consejo Europeo; el

7 Véanse al respecto M. OLIVETTI, «Parlamenti nazionali nell'Unione europea», *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento V*, Turín, Utet, 2012, p. 485 s. y C. MORVIDUCCI, «Parlamenti nazionali (ruolo nell'UE)», *Enciclopedia del diritto. Annali VII*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 593 s.

8 U. PUETTER, «The European Council – the new centre of EU politics», *SIEPS European Policy Analysis*, 2013.

Eurogrupo como tal se ha transformado en un pilar institucional básico del gobierno económico⁹.

Más concretamente, la evolución del proceso decisorio para deliberar las medidas anti-crisis en la UE ha evidenciado una clara flexibilización de los instrumentos empleados, a menudo situados fuera de la ortodoxia institucional, mediante mecanismos informales, con el método intergubernamental y recurriendo a fuentes de derecho internacional fuera del marco del ordenamiento de la UE¹⁰. En otras palabras, la (supuesta) necesidad de alcanzar acuerdos y soluciones rápidas y prácticas ha llevado a veces a resultados de dudosa validez jurídica.

Los ejemplos podrían ser varios, desde el procedimiento usado para definir el fondo de rescate para Grecia en 2010 hasta la firma del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG) en 2012¹¹. Más allá de la compleja relación

9 Véase al respecto W. WESSELS, O. ROZENBERG (eds.), «Democratic Control in the Member States of the European Council and the Euro zone summits», Estudio del Directorate General for Internal Policies, Policy Department Citizen's Rights and Constitutional Affairs, en www.europarl.europa.eu. Entre las conclusiones fundamentales (*Key Findings*) del estudio, en la sección dedicada a «The rising gap between the executive governance of the EU and parliamentary control», encontramos algunas de las vertientes que estamos explicando: «European Council meetings and Euro summits play an increasingly important role in the governance of the European Union, especially in the context of the on-going financial and economic crisis»; «The meetings of heads of state or government are difficult to control for national parliaments because they are secret and "performative" but also because the adaptation of national parliaments to European legislature was not fitted for that purpose»; «As a whole, national parliaments have adapted to the EU developing specific structures and procedures. Even if there are common trends regarding their Europeanisation, it is possible to differentiate lower chambers both in terms of formal rights and actual practices».

10 Sobre la relevancia de los mecanismos internacionales en la integración económica, véase M. KLEINE, *Informal Governance in the European Union. How Governments Make International Organizations Work*, Ithaca – New York, Cornell University Press, 2013, y, sobre el empleo de los tratados internacionales, B. DE WITTE, «Treaty Games – Law as Instrument and as Constraint in the Euro Crisis Policy», en F. ALLEN, E. CARLETTI, S. SIMONELLI (eds.), *Governance for the Eurozone – Integration or Disintegration*, Philadelphia, FIC, 2012, p. 139 ss.

11 Véanse al respecto, en la amplia literatura, al menos estos estudios que hacen hincapié en la excepcionalidad del acto: P. CRAIG, «The Stability, Coordination and Governance Treaty: principle, politics and pragmatism», *European Law Review*, 2012, p. 31 ss.; S. BARATTA, «Legal Issues of the "Fiscal Compact". Searching for a Mature Democratic Governance of the Euro», en B. DE WITTE, A. HERITIER, A. TRECHSEL (eds.), *The Euro crisis and the state of European democracy: contributions from the 2012 EUDO dissemination conference, cit.*; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos», *Revista de Derecho Comunitario*

de esta última fuente con las europeas comunitarias, cabe destacar que aquí también se revalorizan las sedes informales de coordinación: el art. 12 reconoce las denominadas Cumbres del Euro¹² con carácter al menos semestral «para debatir cuestiones relativas a las responsabilidades específicas que comparten con respecto a la moneda única las partes contratantes cuya moneda es el euro, otras cuestiones relacionadas con la gobernanza de la zona euro y las normas que le son aplicables, así como las orientaciones estratégicas para la dirección de las políticas económicas a fin de aumentar la convergencia en la zona euro».

Sólo una precisión final sobre el desarrollo del proceso decisorio europeo: existen otras instituciones cuyo papel también se ha visto fortalecido, en particular, el Banco Central Europeo y (de forma distinta) la Comisión. Su labor, sobre todo de cara a una normalización de la situación económica, podría contrarrestar o matizar el protagonismo del Consejo Europeo, pero no parece que ello afecte al asunto que estamos tratando.

2.2. *El nivel nacional*

Teniendo presente el papel de los gobiernos nacionales en la arena europea e internacional en tiempos de crisis, es ahora posible afrontar las relaciones entre ejecutivos y legislativos en el nivel nacional.

Hace falta, sin embargo, una precisión preliminar de carácter no jurídico, pero que resulta útil a la hora de explicar el contexto de referencia: los gobiernos no son solamente los que impulsan y codecidan las políticas anti-crisis fuera de las fronteras nacionales, sino que pueden incluso manipular el discurso ideológico en el contexto doméstico. Es decir, los ejecutivos defienden medidas tomadas a nivel europeo o supranacional presentándolas a sus respectivos parlamentos como hechos consumados. Y la doctrina ha demostrado que los parlamentos ratifican dichas decisiones, entre otras razones, o porque están atrapados en la retórica «salva UE» o porque están tan celosos de sus competencias en materia de presupuestos (y económicas en general), que desean ser involucrados en algún momento del proceso decisorio, aunque sea a posteriori¹³.

Europeo, 2012 p. 397 ss. y G. NAPOLITANO, «Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione», *Giornale di Diritto amministrativo*, 2012, p. 461 ss.

12 Se trata de las reuniones de los jefes de Estado y de gobierno de los países de la Eurozona, con el presidente de la Comisión y eventualmente el del BCE.

13 Y ello resulta especialmente claro por lo que se refiere a las medidas de apoyo a la Eurozona y a la salvaguarda de la moneda única, como lo demuestran S. PUNTSCHER RIEKMANN, D. WYDRA, «Representation in the European State of Emergency: Parliaments against Governments?», *Journal of European Integration*, 2013, p. 565 ss. Con referencia a Alemania, Austria e Italia, estos autores afirman

Ahora bien, mientras los gobiernos tomaban decisiones en la arena europea, ¿qué hacían los parlamentos?

Al respecto se pueden traer a colación los datos de un significativo estudio empírico sobre la actividad anti-crisis de las Cámaras Bajas europeas entre 2010 y 2012¹⁴. En dicho ensayo se tienen en cuenta todos los instrumentos a disposición de los parlamentos, desde deliberaciones y resoluciones hasta debates plenarios sobre cuestiones relacionadas con la crisis y opiniones de alerta temprana. Las conclusiones evidencian que los parlamentarios de la Eurozona han dedicado muchos más debates a la crisis que los demás (lo cual resulta lógico si se tiene en cuenta que algunas de las medidas, como el fondo europeo de estabilidad financiera, sólo se les aplican a ellos), si bien no han tomado tantas decisiones como sería de esperar. Y dentro de la Eurozona, si se comparan los legislativos de los miembros deudores con los de los acreedores, se destaca este fenómeno: los primeros han debatido más, pero los segundos han tenido más funciones decisorias.

Más concretamente, los parlamentos de Italia, Alemania, Finlandia y Países Bajos han sido los más activos; mientras que, entre los países que han recibido ayuda financiera, solo el parlamento irlandés ha sido bastante dinámico, a diferencia de los de Grecia, Portugal, Chipre y España¹⁵.

Está claro que los datos tienen que ser contextualizados teniendo en cuenta la involucración ordinaria de estos actores en la política europea y económica en general, pues en algunos casos simplemente se siguen las pautas normales: por ejemplo, el parlamento italiano es clasificado como una asamblea de nivel 3 sobre 4 en términos de europeización, mientras que la española se sitúa en el nivel 1¹⁶. Sin embargo, el hecho de que en

que «despite highly controversial debates, [...] majorities voted in favour of government's legislative proposals» básicamente debido a su «entrapment in the European rescue discourse» (p. 579). Sobre la competencia en materia de presupuestos, que definen como la «joya de la corona de los legislativos», los mismos argumentan que el ansia de mantener el control lleva a los parlamentos a intervenir a pesar de las concesiones en términos de constitucionalidad que ello conlleva en algunos casos.

14 K. AUDEL, O. HÖING, «Scrutiny in Challenging Times – National Parliaments in the Eurozone Crisis», *cit.*, p. 4 ss., incluyen en el texto un total de 993 distintas acciones y elaboran cuatro categorías de referencia: policy shapers, debating arenas, Commission watchdogs y scrutiny laggards.

15 K. AUDEL, O. HÖING, «Scrutiny in Challenging Times – National Parliaments in the Eurozone Crisis», *cit.*, p. 12.

16 Así es en W. WESSELS, O. ROZENBERG (eds.), «Democratic Control in the Member States of the European Council and the Euro zone summits», *cit.*, p. 18. Ya lo dijo P. PÉREZ TREMPES, «La débil “parlamentarización” de la integración en España», en AA.VV., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 401 ss.

dieciséis parlamentos la crisis haya ocupado más del 40% de los debates relacionados con la UE (y en once más del 50%)¹⁷, es indicativo de la relevancia interna de la cuestión.

Pasando al sistema de fuentes del derecho interno a cada país¹⁸, es posible afirmar que el papel normativo de los legislativos se ha visto menoscabado hasta volverse predominantemente un mero rol de ratificación a) de actos gubernamentales y b) de actos internacionales, cuando ello fuere necesario.

En el análisis de la hipótesis sub a), se pueden tomar en consideración los datos contenidos en diversos estudios e informes previos que examinan el empleo de los decretos-leyes en las legislaturas de la crisis.

En Italia, en la última década la conversión de los decretos-leyes ha pasado de ocupar menos del 20% de la actividad normativa total a representar más del 30%¹⁹. Los datos relativos a las fases más graves de la crisis, en particular al final de la XVI legislatura, con el gobierno presidido por Mario Monti (2011-2013), han confirmado el uso excesivo por parte del ejecutivo de todos aquellos instrumentos que le permitían en cierta forma vincular el trabajo parlamentario: cuestiones de confianza, decretos-leyes y maxi-enmiendas en la conversión de los mismos se volvieron elementos casi ordinarios en el día a día de la actividad normativa²⁰.

Las estadísticas relativas a la actual legislatura, la XVII (2013– hoy) demuestran que las leyes de conversión representan casi la mitad del total de las leyes aprobadas por el parlamento italiano. De las 39 leyes de conversión adoptadas hasta septiembre

17 K. AUEL, O. HÖING, «Scrutiny in Challenging Times – National Parliaments in the Eurozone Crisis», *cit.*, p. 10.

18 Véanse al respecto, en perspectiva comparada, I. CIOLLI, «I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari», *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, p. 6 ss.; sobre Italia, N. LUPO, «National and Regional Parliaments in the EU decision-making process, after the Treaty of Lisbon and the Euro-crisis», *Perspectives of Federalism*, 2013 y G. RIVOCCHI, «Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria», *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012.

19 Hay que decir que regular mediante decretos tampoco es una praxis muy novedosa; lo que sí es nuevo, como lo afirma A. RUGGERI, «Crisi economica e crisi della Costituzione», www.giurcost.org, es el contexto: las asambleas legislativas se encuentran sometidas a la necesidad de aceptar los actos aprobados por el gobierno debido a su formidable «cobertura», en virtud de una coyuntura económica que justifica su adopción limitando claramente, cuando no eliminando, cualquier poder de las Cortes en la conversión. Además, en materia de gasto la inmensa mayoría de las decisiones se llevaban tomando mediante decretos-leyes desde hacía tiempo, como lo afirma V. LIPPOLIS, «La centralità del Governo nel sistema politico. Le specificità del caso italiano», *Il Filangieri-Quaderno 2010*, Nápoles, Jovene, 2011.

20 Véase el análisis de R. CALVANO, «La crisi e la produzione normativa del Governo nel periodo 2011-2013. Riflessioni critiche», *Osservatorio sulle Fonti*, 2013, www.osservatoriosullefonti.it.

de 2014²¹, tres se referían a decretos del anterior gobierno Monti; veintidós a decretos del gobierno Letta (abril 2013-febrero 2014) y catorce a decretos del gobierno Renzi; sólo cinco se derogaron y cuatro estaban pendientes de conversión.

Por lo demás, se pueden recordar sintéticamente dos reformas que han afectado al sistema de fuentes y en particular la ley entendida en su configuración clásica.

Por un lado, la implementación del tratado de Lisboa a través de la ley n. 234 de 2012²² ha abierto camino a la posibilidad de una configuración bipartita de la tradicional ley comunitaria²³ entre ley de delegación europea y ley europea. La primera contiene las delegaciones para la trasposición de las directivas y de los demás actos de la UE que exigen el mismo proceso; la segunda contiene las normas de implementación directa de las obligaciones derivadas de la UE. El gobierno tiene que presentar antes del 28 de febrero de cada año el proyecto de ley de delegación europea, y, en su caso, la ley europea²⁴. Asimismo es posible la presentación de otro proyecto de ley de delegación europea (del segundo semestre) antes del 31 de julio, y de otros específicos para implementar actos de la UE que tengan especial importancia política, económica y social (véanse los artículos 29 ss. de la ley citada)²⁵. El protagonismo del ejecutivo en todo el proceso, tanto en la vertiente de la iniciativa como de la implementación, resulta evidente.

21 Los datos se encuentran en el informe del «Comitato per la legislazione», titulado «La produzione normativa nella XVII legislatura. Aggiornamento al 30 settembre 2014», en www.camera.it. Muy útiles también las reflexiones de G. PICCIRILLI, B. CIMINO, S. MORETTINI, «La decretazione d'urgenza in Parlamento», en L. DUILLO (ed.), *Politica della legislazione, oltre la crisi*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 53 ss., donde se analizan las conexiones entre crisis económica y transformación del sistema de fuentes del derecho en el ordenamiento italiano.

22 Titulada «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea».

23 La ley comunitaria, cuya aprobación anual fue prevista por la ley n. 86/1989 y confirmada por la posterior ley n. 11/2005 («Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari»), dándole la iniciativa al ministro para los asuntos europeos, junto con el de exteriores y los demás ministros interesados (véase art. 8 de la ley). El objetivo de la ley era asegurar la adaptación periódica del ordenamiento a las normas comunitarias.

24 La finalidad de esta bipartición consiste en reducir los retrasos en la aprobación parlamentaria de la ley comunitaria anual, retrasos que han llevado a numerosos procedimientos de infracción en contra de Italia. A menudo ello depende de la inclusión, dentro de la ley, de disposiciones que van más allá de la delegación legislativa. La división en dos leyes desea recortar estos retrasos: la ley de delegación europea tendrá como único contenido las delegaciones al gobierno para trasponer directivas y decisiones marco, mientras que la ley europea implementará los actos europeos y los tratados internacionales firmados en las relaciones exteriores de la UE.

25 El gobierno en 2013 y 2014 ha efectivamente aprobado varias leyes: véase www.politicheeuropee.it.

Por otro lado, la reforma constitucional que en 2012²⁶ introdujo el equilibrio presupuestario, entre otros aspectos, reguló una ley especial, reforzada²⁷, en el nuevo art. 81 Const.: las normas sobre la contabilidad pública tienen que ser aprobadas mediante una ley adoptada por mayoría absoluta, con disposiciones sobre el «contenido de la ley de presupuestos, las normas fundamentales y los criterios dirigidos a asegurar el equilibrio entre ingreso y gasto de los presupuestos y la sostenibilidad de la deuda del conjunto de las Administraciones Públicas». La exigencia de dicha mayoría podría así hipotéticamente influir en las relaciones entre parlamento y gobierno. La praxis tendrá que mostrar hasta qué punto dicho cambio puede afectar al equilibrio entre el legislativo y el gobierno, propiciando una suerte de chantaje por parte del primero y/o dificultando el camino hacia la realización de las políticas del segundo²⁸.

En España, el panorama no parece muy distinto. Como ha afirmado la doctrina, «el hecho es que el continuo recurso a esta figura normativa [el decreto-ley] a partir de la IX legislatura, así como en el tiempo transcurrido desde el inicio de la actual (la X) pone de manifiesto una situación de clara descompensación entre la producción legislativa de las Cortes Generales y la procedente del Ejecutivo. Esta última goza de un claro protagonismo que se manifiesta en términos cuantitativos, poniendo de manifiesto la existencia de una situación permanente de urgencia que legitimaría el recurso continuo al decreto-ley»²⁹.

En la IX legislatura, es decir, durante el segundo gobierno del PSOE presidido por Rodríguez Zapatero (2008-2011), se aprobaron los siguientes decretos-leyes: nueve en 2008 (abril-finales de año); catorce en 2009 y 2010 y diecinueve en

26 Ley constitucional n. 1/2012, «Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale».

27 N. LUPO, «La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti», *Il Filangieri. Quaderno 2011*, Nápoles, Jovene, 2012, p. 106 ss., la compara con una ley orgánica.

28 En el primer caso en el que se empleó este instrumento, la ley que desarrolla el art. 81 se «auto-reforzó aún más», por así decirlo, estableciendo una cláusula de derogación explícita por parte de otras, distintas, leyes reforzadas. El art. 1.2 de la ley n. 243/2012 («Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione») establecía que la misma ley podría ser derogada o modificada sólo de forma expresa por una ley posterior aprobada conforme al procedimiento *ex art. 81.6* de la Constitución.

29 A. CARMONA CONTRERAS, «El decreto-ley en tiempos de crisis», *Revista catalana de dret públic*, 2013, p. 5. Sobre este tema, véase también A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, «Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos», *Estudios de Deusto*, 2013, p. 69 ss.

2011³⁰, con lo cual la media al final de la legislatura llegó a ser de 3 decretos cada dos meses. Si se analizan los datos en términos porcentuales (es decir, teniendo en cuenta cuántas leyes orgánicas y ordinarias y cuántos decretos legislativos se han aprobado en esos mismos años), la media empieza en alrededor del 50% en 2008 para luego bajar a un 30% aproximado en 2009, descendiendo aún más en 2010 (cerca del 20%) y subiendo de nuevo en 2011 a un 25%.

Ahora bien, la peculiar situación de ese gobierno que, ante la creciente gravedad de la crisis económica, tenía además que aliarse con distintos partidos para llevar a cabo sus iniciativas (al no disponer de una mayoría absoluta), podría justificar el uso del decreto-ley. No se puede decir lo mismo del posterior gobierno presidido por Rajoy (2011-hoy), que sí dispone de la mayoría absoluta. Su labor empezó con el único decreto-ley aprobado en diciembre de 2011 (el n. 20), que contenía una serie importante de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera dirigidas a reducir el déficit. En 2012, se aprobaron veintinueve decretos-leyes, confirmando de manera evidente «esa temprana preferencia manifestada por el nuevo Ejecutivo hacia el uso de su potestad legislativa de urgencia»³¹ y llegándose a una media de casi cinco decretos cada dos meses. En 2013, el promedio bajó notablemente, pues se aprobaron «sólo» diecisiete decretos-leyes y en 2014, hasta septiembre, se habían adoptado doce. Analizar los datos en términos porcentuales nos da resultados parecidos a los que conseguimos relativamente en la legislatura anterior: del 50% del primer año (2012), la convalidación/conversión de los decretos-leyes pasa a representar alrededor del 30% de la actividad normativa de las Cortes Generales³².

Es necesario recordar ahora un elemento esencial de comparación entre el caso italiano y el español, que reside en cómo los legislativos son involucrados en la aprobación de los decretos-leyes: la Constitución italiana (art. 77) prevé una vigencia provisional de los decretos de 60 días y regula sólo la conversión en ley de los mismos, disponiendo que en caso contrario pierdan efecto; al contrario, la Constitución

30 Los datos se encuentran en www.congreso.es. Hay que destacar que los decretos son relativos a materias muy dispares: más allá de energía y desastres naturales, se ocupan de impulso a las actividades productivas, medidas fiscales, financieras y presupuestarias, incluida la concesión de créditos extraordinarios, reformas y regulación de los entes locales, derecho del trabajo y hasta la sanidad.

31 Así A. CARMONA CONTRERAS, «El decreto-ley en tiempos de crisis», *cit.*

32 Para entender el contexto en el que se desarrolla la actividad política en los últimos años, véase M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «El capitalismo sin mercado financiero y sus consecuencias sobre el Estado constitucional. Crónica política y legislativa del año 2012», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, p. 151 ss. e ID., «En busca del Estado competitivo. Crónica político-legislativa de 2013», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, p. 191 ss.

española (art. 86) establece que los decretos-leyes deben ser sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los diputados en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. Antes de que venza el plazo, el Congreso tiene que pronunciarse expresamente sobre la convalidación o la derogación, aunque todo decreto «se podrá» tramitar como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

Ante una tendencia general a emplear mucho más la convalidación del texto tal y como llega del gobierno, la tramitación parlamentaria de las medidas anti-crisis confirma esta propensión de manera casi total tanto en la IX legislatura³³ como en la X³⁴.

33 Propongo aquí una selección de los decretos-leyes de la IX legislatura cuyo contenido, en mi opinión, parece estar más relacionado con la crisis económica para ver cuál fue su destino: n. 2/2008, «de medidas de impulso a la actividad económica» (convalidado); n. 5/2008, «por el que se autoriza a la Administración General del Estado a formalizar un contrato de garantía con el Banco Europeo de Inversiones y se amplía el límite para el otorgamiento de avales fijado en el artículo 54 de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008» (convalidado); n. 6/2008, «por el que se crea un Fondo para la Adquisición de Activos Financieros» (convalidado); n. 7/2008, «de Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro» (convalidado); n. 9/2008, «por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para dinamización de la economía y el empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación» (convalidado); n. 10/2008, «por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias» (convalidado); n. 2/2009, «de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas» (convalidado y tramitado como proyecto de ley); n. 3/2009, «de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica» (convalidado); n. 9/2009, «sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito» (convalidado); n. 5/2010, «por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal» (convalidado); n. 6/2010, «de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo» (convalidado); n. 8/2010, «por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público» (convalidado); n. 9/2010, «por el que se autoriza a la Administración General del Estado al otorgamiento de avales a determinadas operaciones de financiación en el marco del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera de los Estados miembros de la Zona del Euro» (convalidado); n. 10/2010, «de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo» (Convalidado y tramitado como proyecto de ley); n. 2/2011, «para el reforzamiento del sistema financiero» (convalidado); n. 8/2011, «de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa» (convalidado). Como se ve, de todos ellos, sólo dos decretos fueron convalidados y tramitados como proyectos de ley: el n. 2/2009 y el n. 10/2010.

34 En la X legislatura recordamos: el n. 20/2011, «de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público»; n. 2/2012, «de saneamiento del sector

Esta revalorización del papel normativo del gobierno, por un lado, parece reflejar la exigencia de adoptar medidas en poco tiempo y de manera más efectiva, pero, por otro lado, postula una (preocupante) superación de la lógica natural –es decir, pluralista– que fundamenta el funcionamiento del procedimiento legislativo, en el que se involucra a las minorías.

Por lo que atañe a la hipótesis sub b), es decir, la ratificación de tratados internacionales, en Italia esta función le corresponde al Presidente de la República

financiero»; n. 3/2012, «de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral»; n. 4/2012, «por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales»; n. 6/2012, «de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos»; n. 7/2012, «por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores»; n. 10/2012, «por el que se modifican determinadas normas financieras en relación con las facultades de las Autoridades Europeas de Supervisión»; n. 12/2012, «por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público»; n. 14/2012, «de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo»; n. 16/2012, «de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones»; n. 18/2012, «sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero»; n. 20/2012, «de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad»; n. 21/2012, «de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero»; n. 23/2012, «por el que se proroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo»; n. 24/2012, «de reestructuración y resolución de entidades de crédito»; n. 27/2012, «de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios»; n. 28/2012, «de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social»; n. 1/2013, «por el que se proroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas»; n. 4/2013, «de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo»; n.7/2013, «de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación»; n. 8/2013, «de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros»; n. 9/2013, «por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico»; n. 10/2013, «por el que se conceden créditos extraordinarios en los presupuestos de los Ministerios de Industria, Energía y Turismo y de Defensa y suplementos de crédito para atender obligaciones del Servicio Público de Empleo Estatal»; n. 14/2013, «de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras»; n. 1/2014, «de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas»; n. 3/2014, «de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida»; n. 4/2014, «por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial»; n. 8/2014, «de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia». Todos los decretos mencionados han sido convalidados.

previa autorización parlamentaria³⁵ en los casos del art. 80 de la Constitución, es decir, cuando estas fuentes tengan naturaleza política, o prevean arbitrajes, conlleven modificaciones del territorio, impliquen costes para la hacienda pública, postulen reformas legislativas³⁶.

Entre 2009 y 2014, aparte del tratado de adhesión de Croacia y de los acuerdos internacionales firmados por la UE, el legislativo italiano ha ratificado el TECG³⁷, el Tratado que instituyó el mecanismo europeo de estabilidad³⁸ (ambos de derecho internacional «puro», a pesar de sus conexiones con el derecho de la UE) y la reforma del art. 136 TFUE para la creación de un mecanismo de estabilidad dirigido a salvaguardar la Eurozona mediante medidas de ayuda financiera condicionada³⁹ (de derecho europeo originario). Las Cortes Generales también han tenido que ratificar el TECG⁴⁰, en virtud del art. 93 de la Constitución, que dispone que mediante ley orgánica se autoriza la celebración de aquellos tratados mediante los cuales se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución misma.

A ello podemos añadir que la reciente ley n. 25/2014 califica como acuerdos no normativos, que por lo tanto no requieren participación de las Cortes Generales, los

35 Dicha autorización, conforme al art. 72 de la Constitución, consiste en la aprobación de la ley de ratificación mediante el *iter legis* ordinario.

36 Los demás acuerdos se ratifican «en forma simplificada», es decir, la firma por parte del representante del Estado ya genera el vínculo para el Estado mismo.

37 Ley n. 114/2012, «Ratifica ed esecuzione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria». La aprobación de dicha ley tardó sólo 3 meses desde la transmisión por parte del ministro competente.

38 Ley n. 116/2012, «Ratifica ed esecuzione del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità (MES), con Allegati, fatto a Bruxelles il 2 febbraio 2012».

39 Ley n. 115/2012, «Ratifica ed esecuzione della Decisione del Consiglio europeo 2011/199/UE che modifica l'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, fatta a Bruxelles il 25 marzo 2011».

40 Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio, «por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, el Reino de Dinamarca, 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, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, Hungría, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, firmado en Bruselas el 2 de marzo de 2012».

«denominados Memorandos de Entendimiento o identificados mediante las siglas MOU [...] que instrumentan la asunción de compromisos políticos»⁴¹.

Aunque no podamos en esta sede profundizar en el asunto, sin duda parece aún más compleja la situación en la que se encuentra trabajando el parlamento griego, llamado repetidamente a aprobar los paquetes de actos relacionados con las ayudas financieras (acuerdos con el FMI, el BCE, los memorandos de entendimiento, etc.) como leyes ordinarias⁴², pero con contenido prefijado, no desarrollándose así ningún posible debate de fondo sobre las medidas de austeridad exigidas, sino una mera decisión sí/no⁴³.

3. LOS (ESCASOS) PROGRESOS DEL PAPEL DE LOS PARLAMENTOS

Ahora bien, es el momento de afrontar cuáles son los ámbitos en los que los parlamentos nacionales han fortalecido, más o menos claramente, su papel⁴⁴.

Si es verdad que el proceso europeo de integración en su comienzo no era nada sensible al tema, a lo largo de las décadas, los parlamentos aprendieron a contraatacar reivindicando un rol más relevante tanto a nivel nacional como a nivel europeo⁴⁵ y,

41 Véase el preámbulo de la ley n. 25/2014, «de Tratados y otros Acuerdos Internacionales».

42 Y no con el procedimiento especial previsto por el art. 28.2 para los tratados o acuerdos internacionales que, para servir un importante interés nacional y promover la colaboración con otros Estados, atribuyen algunas competencias previstas en la Constitución a órganos de organizaciones internacionales. Para su ratificación se exige la mayoría de los 3/5 del número total de los diputados. Ex art. 28.3 otras restricciones del ejercicio de la soberanía tienen que ser adoptadas mediante ley votada por mayoría absoluta de los parlamentarios. Sobre este punto, véase la sentencia del Consejo de Estado, n. 668/2012, donde este tribunal argumentó que, aunque el memorándum fue diseñado junto con el BCE, el FMI y la Comisión europea, representaba un programa del gobierno griego para afrontar la emergencia financiera. El hecho de que el memorándum apareciese como anexo a la ley n. 3845/2010 tenía sobre todo fines de publicidad de los plazos y los contenidos del mismo. Al tratarse de un programa, el memorándum no otorgaba ninguna competencia a organismos internacionales, ni tenía efectos directos. Además, aunque fue firmado por Grecia y la Comisión, no se trataría de un acuerdo internacional pues no regulaba obligaciones mutuas ni fijaba sanciones en caso de incumplimiento. El memorándum finalmente no tenía ninguna eficacia obligatoria *ex se*.

43 Es posible encontrar datos al respecto en griego y en inglés en la página del *Crisis Observatory* de la *Hellenic Foundation for European and Foreign Policy*: www.crisisobs.gr.

44 Véase al respecto M. CARTABIA, N. LUPO, A. SIMONCINI (eds.), *Democracy and subsidiarity in the EU National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, Bolonia, Il Mulino, 2013.

45 K. AUER, A. BENZ (eds.), «Europeanisation of Parliamentary Democracy», número mono-

como se decía, el Tratado de Lisboa, con el art. 12 del TUE y los protocolos 1 (sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la UE) y 2 (sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad), representó el ápex de dicho proceso⁴⁶.

Y justamente en los últimos 5 años se superpusieron dos fenómenos: la implementación de las normas innovadoras contenidas al respecto en dicho tratado y la respuesta a la crisis económica.

Por lo que se refiere a la implementación del Tratado de Lisboa, las novedades son numerosas.

En primer lugar, hay que mencionar el control de subsidiariedad en virtud de los artículos 5.3 y 12.b del TUE, que reconoce a los legislativos nacionales una forma de bloqueo del todo independiente del ejecutivo respectivo⁴⁷. Cual-

gráfico del *Journal of Legislative Studies*, 2005; J. O'BRENNAN, T. RAUNIO (eds.), *National Parliaments Within the Enlarged European Union*, Abingdon, Routledge, 2007. Por ejemplo, desde el año 1989, los parlamentarios nacionales y europeos se encuentran cada seis meses en la Conferencia de organismos especializados en asuntos comunitarios (COSAC), a fines sobre todo informativos. El mismo Tratado de Lisboa reguló dicha conferencia (denominándola conferencia de los órganos parlamentarios especializados en asuntos de la Unión) y la posibilidad de someter contribuciones a las instituciones de la UE.

46 El art. 12 del TUE: «Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual:

a) serán informados por las instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea;

b) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad;

c) participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el artículo 70 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad con los artículos 88 y 85 de dicho Tratado;

d) participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados, de conformidad con el artículo 48 del presente Tratado;

e) serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 del presente Tratado;

f) participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea».

47 Al respecto, véanse el art. 8 de la ley n. 234/2012 italiana («Partecipazione delle Camere alla verifica del rispetto del principio di sussidiarietà») y el art. 2 de la ley 24/2009 española, «de modifica-

quier parlamento nacional o cámara puede, en el plazo de ocho semanas desde la transmisión de un proyecto de acto legislativo, emitir un dictamen sobre la incongruencia del proyecto con el principio de subsidiariedad y remitirlo a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Si los dictámenes son emitidos por al menos un tercio (un cuarto en ciertas materias) de los votos atribuidos a los parlamentos nacionales, quien tomó la iniciativa del proyecto tiene que volver a examinarlo y decidir mantenerlo, modificarlo o retirarlo (tarjeta amarilla). El procedimiento de tarjeta roja se impulsa cuando en el procedimiento legislativo ordinario los parlamentos que representen la mayoría de los votos impugnan el proyecto por violación de la subsidiariedad y la Comisión decide mantenerlo.

En 2012 fue emitida la primera tarjeta amarilla (con 19 votos sobre 54), relativa a una propuesta de reglamento presentada por la Comisión sobre el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el ámbito de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios; dicha propuesta fue retirada. En 2013 llegó la segunda tarjeta amarilla (18 votos sobre 56) sobre la propuesta de la Comisión de crear una fiscalía Europea, con el objetivo de investigar y perseguir a los autores de delitos que afecten a los intereses financieros de la UE. Dicha propuesta fue mantenida porque no se consideró contraria al principio de subsidiariedad.

Más allá de estos dos casos en los que se alcanzó la mayoría necesaria, en 2012 la Comisión recibió 70 dictámenes motivados, y en 2013 recibió 88⁴⁸.

En realidad, en las relaciones con la Comisión desempeña un papel esencial el diálogo político⁴⁹, que tiene lugar esencialmente a través de tres modalidades: a) «debates y discusiones bilaterales y multilaterales de carácter general, celebrados a menudo con motivo de las reuniones interparlamentarias»; b) «el intercambio de

ción de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007».

48 Véase el «Informe anual 2013 sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad», emitido por la Comisión el 5 de agosto de 2014: COM(2014) 506, p. 4 ss. Es interesante ver cuáles son los parlamentos más activos: «Al igual que en 2012, el *Riksdag* sueco fue con mucho el parlamento nacional que más dictámenes motivados emitió (9), aunque fueron muchos menos que en ese año (20). El *Bundesrat* austríaco y el *Seimas* lituano emitieron el segundo mayor número de dictámenes motivados (6 cada uno), seguidos de las dos cámaras españolas (el Congreso de los Diputados y el Senado), la *Kamratad-Deputati* maltesa, el *Tweede Kamer* neerlandés y la *House of Commons* del Reino Unido (5 cada uno)».

49 Al respecto, véanse el art. 9 de la ley n. 234/2012 («Partecipazione delle Camere al dialogo politico con le istituzioni dell'Unione europea») y la ley 24/2009 española.

dictámenes por escrito de los Parlamentos nacionales y respuestas de la Comisión»; c) «contactos y reuniones a lo largo del año»⁵⁰.

Por lo que se refiere a las relaciones con los gobiernos nacionales, los parlamentos pueden impulsar el procedimiento para que éstos soliciten que una decisión especialmente importante para los intereses de un Estado miembro se remita al Consejo Europeo (freno de emergencia⁵¹).

Sin embargo, lo que más se propicia es el derecho a la información de los parlamentos, tanto a nivel europeo como estatal. Se les transmiten los libros blancos, los libros verdes, las comunicaciones y el programa legislativo anual, tal y como los proyectos de actos legislativos y las solicitudes de adhesión.

Por lo que atañe a las reformas de los ordenamientos, en Italia, la mencionada ley n. 234/2012 contiene una regulación muy detallada de los mecanismos de consulta e información del parlamento⁵². En primera instancia, se establece que antes de las reuniones del Consejo Europeo el gobierno explique qué posición va a adoptar y, después, informe a los órganos parlamentarios correspondientes sobre los resultados (art. 4). Asimismo se impulsa el deber de información en temas de política exterior y defensa y de transmisión de documentos de la REPER (art. 4.2 y art. 4.3). Además, en el ámbito de los procedimientos regulados ahora por la ley, en virtud del art. 81.6 de la Constitución⁵³, se fija una obligación específica de información sobre la coordinación de las políticas económicas y presupuestarias y el funcionamiento de los mecanismos para la estabilidad financiera (art. 4.4). Igualmente, se prevé un sistema para involucrar al parlamento en las decisiones relativas al ámbito financiero y monetario (art. 5) y se vuelve a detallar la forma en la que éste participa en la formación de los actos normativos de la UE (art. 6).

En España también se asegura a las Cortes Generales información acerca de las reuniones del Consejo Europeo. Si bien ésta no es una novedad en el sistema español⁵⁴, al menos a posteriori, es decir cuando ya la reunión se celebró, la ley 38/2010⁵⁵

50 Véase el «Informe anual de 2013 sobre las relaciones entre la Comisión Europea y los Parlamentos nacionales», emitido por la Comisión el 5 de agosto de 2014: COM(2014)507.

51 Al respecto, véase el art. 12 de la ley n. 234/2012 («Meccanismo del freno d'emergenza»).

52 Véase al respecto la sección «La partecipazione dell'Italia alla formazione e attuazione della normativa europea», *Giornale di Diritto amministrativo*, 2013.

53 Véase el § 2.2.

54 Ley 8/1994, «por la que se desarrolla la Comisión Mixta para la Unión Europea», ya en su versión original.

55 Ley 38/2010, «de modificación de la Ley 8/1994, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para reforzar las funciones asignadas a dicha Comisión Mixta». Véase al respec-

ha ampliado su alcance estableciendo que «a la vista del calendario de reuniones semestrales del Consejo de la Unión Europea, la Mesa de la Comisión Mixta para la UE decidirá los miembros del Gobierno, Ministros o altos cargos, que deban comparecer ante la citada Comisión antes de la celebración de la reunión del Consejo, a efectos de que puedan manifestar la posición del Gobierno en relación a los asuntos incluidos en el orden del día de la reunión del Consejo». La otra novedad introducida en 2010 consiste en que, al final de cada presidencia semestral del Consejo de la UE, el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación o el Secretario de Estado para la Unión Europea comparezcan ante la misma comisión mixta para informarla acerca de los progresos alcanzados.

El problema, frente a normas aparentemente abiertas a la involucración de los parlamentos, reside entonces en la concreta implementación y uso de estos instrumentos. Los parlamentos italiano y español, a pesar de que la praxis ha dado algunas señales positivas⁵⁶, no parecen haber ganado mucho en términos de participación, mientras que sí han visto fortalecido su papel otras asambleas legislativas (sobre ello volveremos en las conclusiones).

Si pensamos en los cambios debidos a la crisis económica, y nos centramos en las reformas constitucionales aprobadas para introducir el equilibrio presupuestario, también encontramos unos pocos elementos reconfortantes en el panorama comparado⁵⁷.

En particular, se reconoce un papel esencial a los parlamentos en lo que se refiere al control sobre el endeudamiento (la reforma constitucional alemana de 2009 ya establecía la involucración del legislativo).

La Constitución española, en su texto posterior a la reforma de 2011, exige la participación del legislativo en varios ámbitos⁵⁸: primero, se encomienda a leyes or-

to F. J. MATÍA PORTILLA, «Un paso en falso (análisis de la ley 38/2010, de 20 de diciembre)», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2012.

56 Por ejemplo, la comisión mixta para la UE Española es involucrada incluso antes de las reuniones del Consejo Europeo, aunque la regulación sólo prevea su participación ex post: D. FROMAGE, «National parliaments and governmental accountability in the crisis: theory and practice», *Perspectives on Federalism*, 2014, p. 154 ss.

57 Para un análisis más amplio de la cuestión con referencias bibliográficas más extensas se nos permita reenviar a S. RAGONE, «Constitutional effects of the financial crisis at European and national level: a comparative overview», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2014.

58 Entre los numerosos estudios de la reforma, remitimos a los siguientes estudios y a las bibliografías citadas allí: E. ÁLVAREZ CONDE, C. SOUTO GALVÁN (coords.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Madrid, URJC, 2012; el número monográfico de *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 29,

gánicas la definición del déficit estructural máximo que el Estado y las Comunidades Autónomas pueden alcanzar según su PIB; a la misma fuente se le demanda la implementación de los principios de la reforma, los mecanismos para calcular el déficit, las sanciones, etc.⁵⁹; el Estado y las Comunidades Autónomas además tienen que ser autorizados mediante ley para «para emitir deuda pública o contraer crédito»; finalmente, el Congreso puede aprobar por mayoría absoluta que se han producido «catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social» para permitir un déficit estructural excepcional del Estado o de las Comunidades Autónomas.

La reforma constitucional italiana de 2012 a su vez les otorga a las dos cámaras por mayoría absoluta el poder de valorar si se han dado eventos excepcionales que justifiquen recurrir al endeudamiento considerando los efectos del ciclo económico (art. 81.2); y fija que mediante ley constitucional se aprueban los principios en los que se enmarca la ley especial mencionada con anterioridad⁶⁰.

2012, «La Reforma Constitucional»; el número monográfico de *Crónica Presupuestaria*, n. 1, 2013; D. LÓPEZ GARRIDO, M. L. MARTÍNEZ ALARCÓN (eds.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, Madrid, CEPC, 2013; J. GARCÍA ROCA, M. A. MARTÍNEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Madrid, Civitas, 2013.

59 Cumplió con este cometido la L.O. n. 2/2012, «de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera». A esta fuente el art. 135.5 de la Constitución española remite para la regulación de «los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará: a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse. b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural. c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria». Véanse A. GALERA VICTORIA, «La Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. La exigencia de estabilidad presupuestaria del sector público», *Revista de Derecho Político*, 2013, p. 255 ss. y V. RUIZ ALMENDRAL, «La nueva Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera», *Revista española de control externo*, 2012, p. 97 ss.

60 Sobre esta reforma, véanse al menos I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, Aracne, 2012; R. BIFULCO, O. ROSELLI (eds.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica: la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Turín, Giappichelli, 2013; C. MOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzione e prospettive*, Padua, Cedam, 2013; AA. VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013*, Milán, Giuffrè, 2014.

Concluyendo este apartado relativo a los cambios en positivo acerca de las funciones de los legislativos, se puede decir ya que la mayoría de ellos se debe a la implementación del Tratado de Lisboa, cuyos avances en muchos casos han sido contrarrestados por la necesidad de aprobar medidas anti-crisis de forma rápida, mediante la deliberación gubernamental. Los mecanismos de control sobre la deuda, al contrario, parecen reflejar dos posibles lógicas: a) el reconocimiento del papel secular de los Parlamentos en la materia presupuestaria; y más aún b) la tendencia a la re-centralización y el aumento de los controles del Estado como respuesta al supuesto despilfarro de recursos por parte de los entes sub-estatales. En suma, no parece que de todo ello se pueda inferir una revalorización del papel de los parlamentos.

4. CONCLUSIONES

La crisis financiera ha conllevado una serie de consecuencias constitucionales de gran calado a nivel nacional, afectando también los equilibrios entre instituciones de los Estados miembros. Y ello se ha debido, al menos en parte, al otro factor que desde el principio del presente texto hemos evidenciado, es decir, la integración europea, en la medida en que la UE está siendo llamada a deliberar en un ámbito típicamente estatal como lo es la función presupuestaria. Función que, además, es tradicionalmente encomendada a los parlamentos.

Si ya de por sí la transferencia de cualquier competencia hacia la arena europea implica una pérdida de funciones para los legislativos nacionales, puesto que en dicha arena los protagonistas suelen ser los gobiernos, esto es todavía más cierto si se contextualiza en la crisis de los últimos años. Aquellos fenómenos que han caracterizado el proceso decisorio a nivel supranacional y que hemos mencionado con anterioridad –método intergubernamental, mecanismos informales, empleo de fuentes internacionales– han debilitado las funciones de los legislativos.

Ahora bien, apliquemos estas ideas a los dos casos que hemos analizado más en profundidad. Tanto en Italia como en España la actuación de los gobiernos nacionales no ha contrarrestado mínimamente estas tendencias generales, llegando al contrario a avalarlas.

Los resultados del examen de la actividad parlamentaria⁶¹ ofrecen un panorama desolador: las Cortes Generales, a pesar de los debates, han tenido pocas funciones decisorias y el parlamento italiano, aunque más activo, ha servido también casi sólo como foro de discusión. La ausencia de poderes decisorios resulta también del aná-

61 K. AUDEL, O. HÖING, «Scrutiny in Challenging Times – National Parliaments in the Eurozone Crisis», *cit.*

lisis de la labor normativa «toutcourt» de ambas asambleas, ya que la convalidación o conversión de fuentes gubernamentales como los decretos-leyes ha ocupado, en la franja temporal de referencia, 2009-2014, entre (al menos) el 20% y el 50%. Y los pocos cambios legislativos o constitucionales que han ido en la dirección de fortalecer su papel no pueden compensar todo lo anterior.

Bien, la pregunta sería ahora si las conclusiones sobre estos dos casos se pueden aplicar a todos los parlamentos europeos, es decir, si se puede hablar de una tendencia general al debilitamiento de los legislativos nacionales. Y la respuesta es más articulada de lo que podría imaginarse a priori.

Los parlamentos europeos no han sufrido las consecuencias de la crisis de manera uniforme, y la fractura entre ellos se está volviendo cada vez más profunda, pues algunos han sido progresivamente marginados a lo largo de los años, mientras que otros han conseguido mantener o hasta fortalecer su posición⁶². El ejemplo más evidente es la cámara baja alemana, el «Bundestag», al que la jurisprudencia constitucional ha defendido constantemente de las amenazas potenciales de pérdida de funciones, llegándose a exigir su participación en los procesos de aprobación de los tratados internacionales relacionados con la crisis, de la concesión de ayudas financieras, entre otros⁶³. El parlamento austríaco a su vez usó la ratificación de la reforma del art. 136 TFUE para asegurarse derechos de codecisión más extensos, obligando al gobierno incluso a conseguir una suerte de mandato previo⁶⁴.

El panorama ante el que nos encontramos está caracterizado pues por una evidente asimetría. Una asimetría que se declina también en términos de países ricos y pobres y/o acreedores y deudores. Y no es una casualidad que los segundos tengan parlamentos más débiles, junto con economías supuestamente más inestables. Así la situación financiera condiciona el funcionamiento de las instituciones nacionales y se hace manifiesto el peligro de parlamentos de «segunda clase» dentro de la UE.

Y la modalidad en que se ha desarrollado el proceso decisorio a nivel europeo no remedia a estas deficiencias. Es más, constituye un peligro de por sí en la medida

62 A. BENZ, «An Asymmetric Two-level Game. Parliaments in the Euro Crisis», en B. CRUM, J. E. FOSUM (eds.), *Practices of Interparliamentary Coordination in International Politics*, Londres, Routledge, 2013, p. 125 ss.

63 Véase O. HÖING, «Differentiation of Parliamentary Powers. The German Constitutional Court and the German Bundestag within the Financial Crisis», in M. CARTABIA, N. LUPO, A. SIMONCINI (eds.), *Democracy and subsidiarity in the EU National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, cit., p. 255 ss.

64 K. AUDEL, O. HÖING, «Scrutiny in Challenging Times – National Parliaments in the Eurozone Crisis», cit., añaden el ejemplo austríaco al más conocido caso alemán.

en que, obviando el denominado método comunitario, los Estados miembros están renunciando al mismo tiempo a todas las garantías que el sistema europeo ofrece en términos de protección de las minorías. Y en este contexto las minorías que parecen ser afectadas son los países más pequeños y más pobres⁶⁵, cuyas instituciones nacionales también son debilitadas al mismo tiempo.

Ninguno de los dos peligros mencionados parece ser, a largo plazo, ni política ni legalmente sostenible.

Resumen

El objetivo del presente trabajo es afrontar la cuestión de los equilibrios internos entre legislativos y ejecutivos. En la primera se analizarán los ámbitos donde los legislativos han ido perdiendo funciones de una forma patente. Una vez explicados los mecanismos y las praxis que han favorecido el ascenso de los ejecutivos en el contexto europeo, nos centraremos en las actividades de los parlamentos relacionadas con la crisis y en el empleo de los actos normativos gubernamentales (los decretos-leyes en particular) en los últimos cinco años. Se hará hincapié así en los cambios que han afectado al sistema de fuentes. En la segunda parte se estudiarán los pocos ámbitos donde el papel de los parlamentos nacionales se ha visto fortalecido, haciendo especial hincapié en los cambios que derivan de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Palabras clave: Crisis económica, Unión Europea, Gobierno, Parlamento

Abstract

The porpoise of this paper is to understand the internal equilibrium between legislative and executive power. In the first part I analyze the areas where the parliaments have clearly lost their powers. Once I take account of the mechanism and the praxis that helped the rise of the executive in the European context, I will show the activity of the parliaments related to the crisis and the use of normative acts of the executives (for all the «decretos-leyes» in the last five years), underlining the changes in the system of sources of law. In the second part I will analyze the rare areas where the national parliaments have experience an increase of power, for all after the Lisbon Treaty.

Key Words: Economic crisis, European Union, Parliament, Executive

Recibido: 12 de enero de 2015
Aceptado: 12 de febrero de 2015

65 M. DAWSON, F. DE WITTE, «Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis», *Modern Law Review*, 2013, p. 818.



LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LAS MEDIDAS DE LA CRISIS ECONÓMICA

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO*

SUMARIO

1. Introducción. La «creación» de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia.
2. La Unión de Derecho y el principio democrático.
3. La Unión de derechos y el mercado interno.
4. La Unión monetaria y la crisis del euro.
5. Control jurisdiccional y MEDE.
6. Los derechos de los ciudadanos frente a los memorándum de entendimiento.
7. Algunas conclusiones. Volver a la Unión de Derecho.

1. INTRODUCCIÓN. LA «CREACIÓN» DE LA UNIÓN EUROPEA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Para evaluar la actitud del TJ ante la crisis económica es necesario subrayar su papel protagonista durante todo el proceso de integración europea. Ya en los primeros Tratados de las Comunidades Europeas se atribuyó competencia al TJ para garantizar el «respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados»¹. Desde sus orígenes, el propio TJ entendió esta obligación en un sentido muy amplio. El alto tribunal de Luxemburgo se erigió en garante del «Derecho» con mayúsculas, en el sentido de que traspasó en no pocas ocasiones el propio ámbito del Derecho europeo positivo y vigente² de los Tratados para convertirse en una suerte de legislador europeo o incluso en un «tribunal constituyente»³ de la Unión. Y es

* Profesor de Derecho constitucional. Universidad de Granada.

1 Ya en el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, en el artículo 31, que ha quedado casi inalterado hasta nuestros días en el actual artículo 19.1 del vigente Tratado de la Unión.

2 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 73 y ss.

3 F. BALAGUER CALLEJÓN, «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.7, 2007, pp. 327 y ss.

que el TJ, especialmente desde los años sesenta, ha venido manifestando a través de su jurisprudencia una determinada comprensión de futuro sobre el proceso de integración, una visión particular sobre la Unión Europea más política que jurídica.

El propio juez Pescatore, juez del TJ durante dieciocho años, señaló que con decisiones capitales como las famosas sentencias *Costa c. ENEL* y *Van Gend and Loos* el TJ se alejó de cuestiones técnico-jurídicas en la interpretación de los Tratados para desarrollar una argumentación basada, más bien, en una determinada «idea de Europa»⁴. Es decir, el TJ ha manifestado en importantes ocasiones una postura más político-constitucional que jurisdiccional, como garante de la integración, produciendo principios generales absolutamente novedosos destinados a configurar la Unión como una Comunidad supranacional.

En mi opinión, la jurisprudencia del TJ de los primeros 30 años (*Internationale*, *Costa*, *Van Duyn*...) tenía un objetivo claro: garantizar la efectividad del Derecho europeo. Ello significaba tratar de desplegar entre los sujetos a los que regulaba (ciudadanos, particulares y Estados) el convencimiento de que el Derecho europeo tenía carácter vinculante y era útil para resolver jurídicamente conflictos sociales en el espacio europeo. La determinación de la eficacia directa del Derecho europeo, la idea de que los ciudadanos podían fundar pretensiones subjetivas en el Derecho europeo, la aparición del principio de primacía, la obligación del juez de aplicar disposiciones europeas frente a las nacionales, la garantía de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho, la posterior extensión de los efectos directos de fuentes como la directiva, el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento, etc., no son sino elementos jurídicos que garantizan, no ya la eficacia de las disposiciones europeas en el ordenamiento de los Estados miembros, sino la propia existencia del ordenamiento europeo. Mediante su jurisprudencia creativa y la producción de principios generales autónomos, el TJ trató de conceder validez al Derecho europeo como nuevo y auténtico ordenamiento jurídico frente a los ordenamientos estatales.

El TJ parecía dejar constancia con su jurisprudencia de que un ordenamiento sólo es válido si es realmente efectivo⁵, esto es, si los sujetos a los que va destinado

4 Así lo expresa PESCATORE: «The reasoning of the Court shows that the judges had "une certaine idée de l'Europe" of their own, and that is this idea which has been decisive and not arguments based on the legal technicalities of the matter», ver P. PESCATORE, «The Doctrine of Direct effect: an infant disease of Community Law», *European Law Review*, n. 8, 1983, p. 157.

5 Ello si entendemos, con BALAGUER CALLEJÓN, que la validez del ordenamiento se asimila a su eficacia o efectividad: «un ordenamiento jurídico es válido si existe, y por tanto, si es realmente efectivo». Me remito a F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, Vol. I., Tecnos, Madrid, 1991, p. 85. Igualmente, en distinción de los conceptos «validez-existencia» y «validez-legitimidad», me remito

lo consideran un conjunto de reglas jurídicas vinculantes, útil para la resolución de conflictos sociales y, en consecuencia, se aferran a sus disposiciones para defender y fundar pretensiones subjetivas ante el juez. Por ello se esmeró en la producción de todo un conjunto de principios de aplicación de las disposiciones europeas que permitieran hacer visible a los ciudadanos la utilidad del Derecho europeo. Principios que fueron reconstruidos a través de una interpretación teleológica y finalista de la propia esencia de la integración: la creación de una «Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa»⁶.

De este modo, el Derecho europeo, gracias a la persistente creatividad jurisprudencial del TJ, ha incrementado sus efectos sobre la realidad social de los ciudadanos europeos garantizando el denominado efecto útil de los Tratados, efecto que ha sido llevado hasta su máximo exponente creando una auténtica Comunidad de Derecho supranacional inédita en el ámbito de las relaciones internacionales, erigida sobre Tratados con naturaleza constitucional⁷.

2. LA UNIÓN DE DERECHO Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Con su jurisprudencia creativa, el TJ logró en momentos clave del proceso de integración diferenciar al ordenamiento europeo del Derecho internacional y del nacional, concediéndole una nueva naturaleza autónoma: supranacional. Como sabemos «de una jurisprudencia reiterada [...] resulta que, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, los tratados constitutivos de la Unión han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales. Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros, así como

a F. MODUGNO, *Legge-ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 146 y ss.

6 R. ALONSO GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Civitas, 3.ª Ed., Navarra, 2006.

7 Aunque el efecto útil ha tenido, como principio, un mayor impacto en la jurisprudencia relativa a la eficacia directa de las directivas (SSTJ *Van Duyn*, 4 diciembre 1974, asunto 41/1974; *Ratti*, 5 abril 1979, asunto 148/1978 y *Becker*, 19 de enero 1982, asunto 8/1981) su origen se encuentra en el principio general de interpretación de los Tratados internacionales en el ámbito del Derecho internacional Público (*effèt utile*), según el cual deben asegurarse los efectos propios de las disposiciones convencionales (*ut res magit vale atquam pereat*).

el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos»⁸. La naturaleza supranacional de la UE ha permitido, esencialmente, impregnar al Derecho europeo con el principio del Estado de Derecho, convertir la Unión Europea en una Unión de Derecho «en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que es el Tratado»⁹. Como expresó de forma contundente el TJ «el Tratado CEE aunque haya sido celebrado en forma de convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una comunidad de Derecho»¹⁰. La consideración de la Unión Europea como comunidad de Derecho implicó equiparar la fuerza de los Tratados constitutivos a la más elevada manifestación del «rule of law» a nivel nacional, es decir, no sólo como principio de legalidad sino también como principio de constitucionalidad¹¹.

Por ello, no es de extrañar que en las últimas décadas el proceso de integración europeo haya pasado a analizarse científicamente con parámetros y una metodología propia del Derecho constitucional. Se aplica por la doctrina, en un sentido crítico, la premisa esencial del Derecho constitucional: un sistema jurídico será constitucional en la medida en que permita la ordenación del poder y lo limite en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pero al aplicar estas premisas, la doctrina ha entendido que es difícil transponer sin más las herramientas conceptuales del Derecho constitucional al ámbito europeo. Estas herramientas son útiles, pero no suficientes para convertir a la Unión en una comunidad constitucional en sentido tradicional. La clave de esta afirmación se encuentra en la constatación de la crisis de Constitución formal que sufre Europa (especialmente señalada en el fracaso del Tratado Constitucional), crisis que se expresa especialmente en el déficit de democracia constitucional que sufre la estructura institucional interna de la Unión. Y es que es cierto que la imposición de límites y derechos al poder de los Estados y los ciudadanos por el ordenamiento europeo entraña en sí la aparición de una comunidad de Derecho a nivel supranacional, pero el problema es a qué tipo de derechos sirve

8 Dictamen del TJ 1/09, de 8 de marzo de 2011, apartado 65.

9 Ya en el año 86 en la STJ *Parti écologiste-Les Verts*, C-294/83, de 23 de abril de 1986.

10 Puede destacarse también, como uno de los primeros reconocimientos por parte de un Tribunal Constitucional del carácter constitucional «en cierto sentido» de los Tratados, la Ordenanza del Tribunal Constitucional Federal Alemán *BverfGE*, 22, 293, *EcuG-Verondnuger*, de 18 de octubre de 1967, ordenanza donde se reconocen los efectos de primacía y eficacia directa, pero considerando que la atribución competencial no es absoluta y pueden existir límites a la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno. El TCFA califica al Tratado CECA como la Carta Constitucional de la Comunidad.

11 L. M. Díez-PICAZO, *La naturaleza de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2009.

esta Comunidad, a favor de quién legisla y qué posiciones jurídicas protege cuando limita la actuación de los Estados.

Es recurrente en la doctrina la crítica, casi unánime, a los mecanismos de participación democrática a nivel europeo. La conclusión mayoritaria es que no existen aún las condiciones materiales ni institucionales necesarias para la aparición supranacional de un verdadero espacio público europeo¹². Ante la inexistencia de un auténtico foro deliberativo, y ante la carencia de suficientes mecanismos de garantía de la participación y protección de las posiciones minoritarias en el proceso deliberativo y legislativo europeo¹³, la doctrina ha tenido que reconocer que el Derecho europeo no ha configurado aun un verdadero espacio de democracia constitucional a nivel supranacional. Si bien se cumple la premisa del principio del Estado de Derecho, aun no se ha evolucionado en el segundo elemento configurador de los modernos Estados Constitucionales de Derecho: el principio democrático¹⁴. De modo que

12 Esencialmente ver J. HABERMAS, *Facticidad y Validez (sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)*, quinta edición, Trotta, Madrid, 2008, especialmente el capítulo dedicado a «Política deliberativa: un concepto procedimental de democracia», pp. 363-406. Igualmente F. BALAGUER CALLEJÓN, «Constitución y ciudadanía en perspectiva europea», en AAVV, *Estudios sobre la constitución española, homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, CEPC, 2009, pp. 1923 y ss.: «ese lugar de encuentro sólo lo podremos residenciar en los espacios constitucionales (europeo, estatal y autonómico) en los que se ordena la convivencia democrática mediante una organización institucional y un sistema de derechos y deberes». P. HÄBERLE, «El Estado Constitucional Europeo», *Cuestiones Constitucionales*, n. 2, 2000.

13 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Del derecho constitucional común europeo a la Constitución europea. ¿Cambio de paradigma en la legitimidad de la Unión?», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, 2005. Para una visión amplia de la evolución democrática en las instituciones europeas, y una crítica a las carencias de mecanismos de democracia constitucional véase particularmente, P. RIDOLA, «La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa», *ReDCE*, n. 3, 2005; W. SADURSKI, «Law's legitimacy and democracy plus», *Oxford journal of legal studies*, vol. 26, n. 2, 2006, pp. 337-409; S. NINATI, *Giudicare la democrazia? Processo politico ed ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea*, Giuffrè, Milán, 2004; P. CRAIG, «The Constitutional Treaty: legislative and executive power in the emerging constitutional order», *EUI Working Paper Law*, n. 7, 2004; E. GUILLÉN LÓPEZ, «El Parlamento Europeo», *ReDCE*, n. 3, 2005, p. 57 y ss. Y recientemente J. M. PORRAS RAMÍREZ, «La arquitectura institucional de la Unión Europea. Consideraciones críticas tras la reforma del Tratado de Lisboa», *Revista de Estudios Políticos*, n. 156, 2012, pp. 125-166.

14 Ver esencialmente M. ARAGÓN REYES, *Constitución, democracia y control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 88, México, 2002, quien pone voz a la idea de que

el éxito del proceso de integración pasará inevitablemente por un desarrollo de los mecanismos de democracia constitucional a nivel interno en la UE, así como de una reflexión profunda sobre la legitimidad de su Derecho.

Esta metodología constitucional apunta nuevas perspectivas de desarrollo de la Unión Europea. Pero el resultado práctico de la crítica democrática al proceso de integración, por desgracia, es más agudo que el debate doctrinal. Si no existen mecanismos suficientes de participación de las minorías políticas de Europa en el proceso decisorio, la tendencia del Derecho europeo vigente, su contenido material concreto, se configura a través de la ideología imperante en Europa: el neoliberalismo¹⁵ que por desgracia parece ser la corriente política mayoritaria, o al menos la que mayor peso tiene en el proceso de deliberación político europeo.

Esta tendencia ideológica del Derecho material europeo se observa especialmente en el hecho de que el proceso de integración política en Europa se ha desarrollado de manera dispar al proceso de integración económica. Se ha remarcado por la doctrina esencialmente la idea de que realmente han sido las necesidades económicas y el ritmo de la construcción del Mercado interior los criterios que han marcado las pautas del proceso de integración y las que han dirigido la producción del Derecho europeo. La creación de una comunidad de Derecho, bajo este prisma, habría respondido a la necesidad exclusiva de crear una estructura jurisdiccional tendente a la regulación de la economía de mercado abierta y la libre competencia en el territorio de la UE, quedando la construcción de un espacio constitucional en un plano meramente auxiliar del objetivo económico principal¹⁶.

Y nuestras peores sospechas se han confirmado en los últimos años. Observamos con terror que el empuje del neoliberalismo como pensamiento único tanto en la construcción europea como en su regulación interna se ha impuesto sobre cualquier otra opción política. Parece que este pensamiento fuese el único verdaderamente válido no sólo para fundar la naturaleza de la Unión, sino también para permitir la eficiencia del mercado interno¹⁷. De manera que la creación de una verdadera Comunidad constitucional democrática de Derecho a nivel supranacional ha quedado en un

una ordenación constitucional del derecho debe basarse en el principio del Estado de derecho, pero en unión inescindible con el principio democrático.

15 Por todos me remito a C. DE CABO MARTÍN, *Dialéctica del Sujeto y dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 106 y ss.

16 Cfr. C. DE CABO MARTÍN, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

17 C. KAUPA, «Maybe not activist enough? On the Court's alleged neoliberal bias in its recent labor cases», en M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR, *Judicial activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2013, p. 56 y ss.

segundo plano como mera herramienta subsidiaria para la consecución de los fines del libre mercado. Pero aún en los últimos años el TJ, en plena crisis del Euro, parece que antepone la supervivencia de la libre competencia y la economía de mercado incluso a los propios principios del «rule of law», la propia comunidad de Derecho.

3. LA UNIÓN DE DERECHOS Y EL MERCADO INTERNO

Es ya un lugar común de la doctrina la constatación de la deriva de los derechos fundamentales de la Unión en meros derechos garantes del mercado.

Como sabemos, fue también el TJ el que a través de una jurisprudencia creativa y constante construyó el principio de garantía de los derechos fundamentales en la Unión Europea¹⁸. Desde las posiciones del TJ se ha construido en Europa, progresivamente, una Unión de Derechos fundamentales con procedimientos de garantía a escala supranacional, que ha culminado con la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa (art. 6.1 TUE).

Esta progresiva construcción jurisprudencial tuvo un fundamento claro en su origen. La garantía de los derechos resultó como una necesidad para salvaguardar el principio de primacía¹⁹, elemento esencial de la autonomía y efectividad del ordenamiento europeo. El motivo principal de la construcción del sistema de la garantía de derechos a nivel europeo tuvo como principal motor evitar el desarrollo de la famosa doctrina de los contralímites de los Tribunales constitucionales frente al principio de primacía. El TJ, al arrogarse la competencia exclusiva para controlar el Derecho europeo desde la perspectiva de los derechos fundamentales, impedía que los Tribuna-

18 G. CÁMARA VILLAR, «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *ReDCE*, n. 4, 2005

19 Entre la inabarcable bibliografía me remito a PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Nápoles, Jovene, 2007, pp. 1 y ss. Utilizado comúnmente por la doctrina, ver también M. CARTABIA, «El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 22, 2007. Clásicos resultan J. H. H. WEILER, «Methods of protection: towards a second and Third generation of protection», en A. CASSESE, A. CLAPHAM, y J. WEILER, (Eds.). *Human Rights and the European Community: Methods of protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 555 y ss.; y J. COPEL, y A. O'NEIL, «The European Court of Justice: Taking rights seriously?», *Common Market Law Review*, n. 29, 1992, p. 669. En doctrina española, sólo a título de ejemplo, A. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 74-76; M. PI LLORENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, espec. pp. 23 y ss.

les constitucionales pudiesen determinar de forma unilateral la inconstitucionalidad de las disposiciones europeas, y garantizaba al mismo tiempo su aplicación uniforme en todos los Estados miembros²⁰.

Fundamentar en la primacía del Derecho europeo la garantía de los derechos fundamentales en la Unión Europea fue sin duda una genialidad²¹, si atendemos al silencio de los Tratados sobre este aspecto y al completo olvido de los derechos en el desarrollo de la integración europea. Pero este fundamento pretoriano debió haber desaparecido tan pronto como los derechos fueron positivizados entre los valores de la Unión Europea (actual art. 2 TUE) y posteriormente como auténticos derechos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Pues, en mi opinión, seguir situando el fundamento de la protección de los derechos fundamentales en el principio de primacía no es hoy un dato histórico ni trivial. Observar los derechos fundamentales en Europa desde la base de la primacía conlleva una desactivación de su valor, pues podría tener como resultado que, en caso de conflicto entre éstos y el Derecho europeo o el nacional, el contenido de los derechos de la Carta se ponderase no ya sobre la base de otros derechos fundamentales (particularmente los derechos constitucionales de los Estados) y con la finalidad de sustanciar su contenido y límites, sino desde el mero objetivo de satisfacer la aplicación prevalente de las reglas europeas sobre las disposiciones constitucionales nacionales. Es decir, la CDFUE alteraría su objetivo prioritario (la garantía de los derechos de los ciu-

20 Destacan concretamente el fundamento del principio de primacía en la protección de los derechos J. H. H. WEILER, J., «Methods of protection: towards a second and Third generation of protection», *cit.* pp. 555 y ss. También B. SICILIA OÑA, *Derechos fundamentales y Constitución europea*, Ararteko, Vitoria, 2006, p. 28. El riesgo de deformidad en la aplicación del Derecho europeo y la relativización de la primacía es denominada como «reestatalización» del ordenamiento comunitario por A. CHUECA SANCHO, «Los derechos fundamentales en la Unión Europea», Bosch, Barcelona, 1999, pp. 74-76. Monserrat PI LLORENS, expone que: «[es] poco razonable pensar que el TJ no fuese consciente de la importancia del tema de los derechos fundamentales. Probablemente la preocupación del TJ por defender la autonomía del Derecho comunitario en un momento en que el principio de primacía no estaba consolidado, explique mejor por qué se mostró cauteloso en este tema y no recogió las consideraciones apuntadas por los abogados generales en aquel momento», consideraciones que decían encontrar en el Derecho «escrito» de la Unión suficientes argumentos para proteger derechos fundamentales expresos y concretos (M. PI LLORENS, *op. cit.* p. 23). Igualmente, G. CÁMARA VILLAR, *op. cit.*, p. 16. Por último K. ALTER, *Stablishing the Supremacy of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 110 y ss.

21 Casi es una obligación la cita de la STJ *Internationale Handellsgesellschaft* de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70.

dadanos) para servir de herramienta a la eficacia del Derecho europeo en el ámbito estatal independientemente de que sus resultados se aproximasen en mayor o menor medida a la protección del ciudadano o al reconocimiento de la dignidad humana.

Por desgracia, en los últimos años el TJ parece insistir sobre esta fundamentación de los derechos en la Unión: la garantía de los derechos como principios generales de la Unión y la propia CDFUE tienen la finalidad de proteger la aplicación uniforme del Derecho europeo, y no necesariamente a los ciudadanos. Así se ha expuesto recientemente en el controvertido asunto *Melloni*, en el que el TJ afirma que el nivel de garantía de los derechos fundamentales de los Estados (según el artículo 53 de la Carta) no puede afectar «al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»²². Y recordando esta afirmación, más recientemente el asunto *Julián Hernández* (C-198/13) de 10 de julio de 2014: «ha de recordarse que la prosecución del objetivo de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión, tanto en relación con la acción de la Unión como con la aplicación del Derecho de la Unión por los Estados miembros, está motivada por la necesidad de evitar que una protección de los derechos fundamentales que pudiera variar según el Derecho nacional aplicado afectara a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»²³.

Esta jurisprudencia ha dado como resultado que el TJ vuelva a una argumentación sobre la garantía de los derechos propia de los años setenta. El TJ fundamenta la garantía de los derechos en la UE en la primacía y la eficacia del Derecho europeo sobre el nacional. Apartándose de toda consideración de los derechos desde el prisma del reconocimiento de la dignidad humana como fundamento objetivo del sistema jurídico o desde la simple protección de la parte más débil²⁴.

En mi opinión, el TJ se retrotrae a los fundamentos originarios de la idea de la garantía de derechos en la Unión basados, por un lado, en la imprescindible uniformidad aplicativa del Derecho, y por el otro, en que los derechos fundamentales de la Unión se erigen a partir de la conversión de las libertades fundamentales del mercado en derechos fundamentales²⁵. Es un clásico ya referirse a las sentencias

22 Párrafos 61, Sentencia 26 de febrero de 2013, C-399/11.

23 Párrafo 47. Véanse en el mismo sentido STJ de 6 de marzo de 2014, asunto *Siragusa*, C-206/13, apartados 31 y 32.

24 Sobre la fundamentación de los derechos y sus garantías me remito por todos a L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2009.

25 La posibilidad de aplicar directamente las disposiciones de los Tratados se ha ido afirmando de forma amplia sobre las llamadas «libertades fundamentales» en base a la imposición de prohibiciones

Viking, Laval y Rüffert²⁶, como expresiones relevantes de la destrucción del Estado social mediante la aplicación de las libertades del mercado, pues han permitido al TJ resolver conflictos entre libertades fundamentales y derechos sociales, mediante un test de proporcionalidad en el que han pesado más sobre el fiel de la balanza los argumentos basados en la libertad del mercado «altamente competitiva» (art. 2.3 TUE) que aquellos basados, como se pregona en los Tratados, en el fomento de «la justicia y la protección sociales» o la «cohesión social» (arts. 2.3 párrafos segundo y tercero). El resultado de la aplicación indolente de los derechos fundamentales en el marco del mercado ha decantado una comprensión neoliberal del mercado interno por parte del TJ: esto es, la libertad del mercado (de establecimiento) es el mecanismo esencial para conseguir un mercado interno eficiente²⁷, rechazando de plano la propia relatividad de esta ideología y las posiciones económicas alternativas²⁸.

En este sentido el papel que juega el TJ en los conflictos del mercado interno, su posición ideológica, deja a un lado la cuestión de los derechos fundamentales para centrarse en la idea de la libertad del mercado. Esta es la aplicación del Derecho que realiza en los últimos tiempos. La primacía del Derecho europeo es la primacía de las libertades del mercado y ésta idea no escapa ni tan siquiera cuando los Estados

incondicionales a los Estados (obligaciones de tipo negativo), su eficacia se despliega tanto en sentido vertical como horizontal. Ver sobre la libre circulación de mercancías SSTJ *Salgoil*, 19 de diciembre de 1968, C-13/68 o *Eunomia di Porro* de 26 de octubre de 1971, C-18/71; sobre competencia ver *Flavia Manghera* de 3 de febrero de 1976, C-59/75; sobre libre circulación de trabajadores ver *Rutili* de 28 de octubre de 1975, C-36/75; sobre no discriminación por razón de sexo ver STJ 27 de marzo de 1974, C-127/73. Ver particularmente la máxima de la Sentencia *Lutticke*, C-57/65, párrafo 7 en la que se expone que «La obligación, impuesta a los Estados miembros por el Tratado CEE, que no se acompañe de condición alguna ni (se encuentre) subordinada, en su ejecución o sus efectos, a la emanación de procedimiento alguno por parte de los Estados o de la Comisión, es jurídicamente perfecta y, consiguientemente, apta para producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y sus ciudadanos. Una obligación del género se integra en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros con efecto imperativo y respecta directamente a sus ciudadanos a los que atribuye derechos individuales que los jueces nacionales deben tutelar».

26 SSTJ respectivamente, de 11 de diciembre de 2007, C-438/05; de 18 de diciembre de 2007, C-341/05; de 3 de abril de 2008, C-346/06;

27 Para un análisis de las posiciones teóricas del ordoliberalismo alemán me remito a H. PEUKERT, «Walter Eucken (1891-1950) and the Historical School», en P. KOŁOWSKI, *The theory of Capitalism in the German Economic Tradition: Historism, Ordoliberalism, Critical Theory, Solidarism*; Berlín, Springer, 2000, pp. 93 y ss.

28 C. KAUPA, «Maybe not activist enough? On the Court's alleged neoliberal bias in its recent labor cases», *op. cit.* p. 56 y ss.

han tratado de acercarse a la concepción de los derechos desde parámetros puros como la dignidad humana. El TJ ha dejado claro en los últimos tiempos que el único fundamento de la aplicación de los derechos fundamentales en la Unión es el principio de primacía, y no principios universales como el de la dignidad humana que sí fundamentan la aparición de otros sistemas de protección de Derechos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Efectivamente cuando los Tribunales constitucionales de los Estados han tratado de discernir el contenido de los derechos de la Carta y sus límites en el ámbito europeo aferrándose a las interpretaciones resultantes del CEDH y el Tribunal Europeo de derechos Humanos (TEDH) la respuesta del TJ ha sido tajante: el CEDH no tiene primacía, y no puede desaplicarse una norma nacional en base al Convenio, sino en base al principio de primacía del Derecho europeo en el que no se encuentra aquel²⁹.

De este modo la comprensión utilitarista de la CDFUE (útil a la construcción de un mercado donde imperan reglas uniformes mediante el principio de primacía) por el TJ se impone a toda otra interpretación sobre el fundamento de los derechos y sus garantías en el ámbito europeo.

Los derechos fundamentales en la Unión Europea valen en la medida en que no interfieran en una economía de mercado libre fundada sobre la libre competencia (primacía del Derecho material).

Podría considerarse injusto acusar al TJ de imponer tales fundamentos sobre los derechos. Un observador indulgente comprendería que el sistema de control de los derechos fundamentales en la UE se construyó precisamente gracias a la interpretación amplia del TJ sobre el principio de primacía, y que este simple hecho ya es plausible. También se podría añadir que la jurisprudencia del TJ no es más que el resul-

29 Ver la STJ *Åckerberg*, de 26 de febrero de 2013, C-617/10, párrafo 44: «Por lo que se refiere, en primer lugar, a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre el Derecho nacional y el CEDH, debe recordarse que, si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales –como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3-, y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión. En consecuencia, el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional. Véase, igualmente STJ de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, C-571/10, apartado 62. Y de nuevo STJ, de 11 de septiembre de 2014, C-112/13, *A v B*».

tado directo del contenido del Derecho positivo europeo, y que si se pudiera señalar algún culpable de la comprensión mercantilista de los derechos fundamentales en la Unión debería apuntarse a los propios gobiernos de los Estados y las instituciones europeas, productoras del Derecho europeo y los Tratados. Todo ello es cierto, pero también lo es que, aunque no sea muy ortodoxo desde un punto de vista jurídico, el TJ ha sido hasta la fecha el adalid del activismo judicial en Europa, y cuando ha sido necesario en pro de la integración, no ha rehusado una interpretación creativa de los Tratados, cuasi-legislativa o constituyente (Costa c. ENEL y Van Gend en Loos son los máximos exponentes). La pregunta es ¿por qué no separarse ahora de la literalidad del derecho positivo de la Unión para reconstruir una verdadera Comunidad de derechos fundamentales?

En realidad, el TJ está jugando un papel completamente activo en los últimos tiempos en el ámbito de las medidas anti crisis, y una visión estricta nos conduciría a pensar que se ha separado más de lo necesario del texto de los Tratados para amparar las medidas de rescate de Estados de la Eurozona. Pero esta ampliación de sus competencias y la flexibilidad de sus interpretaciones de nuevo han amparado una visión neoliberal dejando a un lado toda cuestión relacionada con la ciudadanía o los derechos. Dicho de otro modo, en momentos de urgencia el TJ no ha tenido inconveniente en derribar límites competenciales precisos de las instituciones europeas a favor de su intervención. Ha actuado más allá de sus competencias y más allá del propio Derecho vigente, como garante del Derecho con mayúsculas.

Si observamos la jurisprudencia reciente no sería extraño pensar que el TJ no sitúa actualmente los derechos de los ciudadanos o el estado de bienestar entre los elementos centrales del proceso de integración. La garantía de la efectividad del Derecho europeo, hoy por hoy, reside para el TJ en la supervivencia del Euro.

4. LA UNIÓN MONETARIA Y LA CRISIS DEL EURO

Sólo desde los años noventa la idea de la integración político constitucional europea adquirió realmente relevancia en el Derecho positivo. Hasta entonces el modelo de integración europea, desde las primitivas Comunidades, había prosperado a partir de la consagración de los intercambios como objeto de la reconstrucción y la expansión económica europea (Art. 2 TCEE). Intercambios que se estructuraron y regularon sobre la base de la consagración de las cuatro libertades fundamentales y el principio de libre competencia. Este marco inaugural ha continuado completándose mediante la reforma progresiva de los Tratados. Por ejemplo, con el Acta Única europea, se ampliaron las competencias legislativas de las instituciones para armar

el mercado interno sobre una regulación común. Con el Tratado de Maastricht se consolidó la Unión Económica y Monetaria (UEM). Y finalmente con el Tratado de Lisboa se ha tratado de hacer efectiva la cuarta libertad fundamental: la libre circulación de capitales³⁰.

Pero dentro del modelo de integración económica también ha habido disparidades evolutivas. La UEM se ha desarrollado de manera descompensada. Mientras que la cesión de competencias a la Unión por parte de los Estados en materia monetaria supone el elemento fuerte del conjunto, las disposiciones sobre los procedimientos de coordinación de las políticas económicas son aún el elemento débil³¹, pues establecen meros mecanismos de supervisión de los Estados, manteniendo estos su competencia en materia macroeconómica y presupuestaria con escasos procedimientos de coordinación y control por parte de la UE. Esta descomposición ha provocado graves problemas para la ejecución de políticas macroeconómicas estatales en momentos de fluctuación económica, pues sin las herramientas monetarias los estados no han podido hacer frente al endeudamiento excesivo, el déficit presupuestario, el desequilibrio en la balanza de pagos o el deterioro del comercio³².

Los Tratados sólo establecían tres herramientas para combatir estos riesgos, herramientas que se basan en el fomento de una política financiera y presupuestaria disciplinada (o sana como prefieren llamarla) por parte de los Estados: 1). La prohibición de la corresponsabilidad financiera (art. 125 TFUE); 2). La prohibición de acceso privilegiado a la financiación mediante entidades de crédito o el BCE (art. 123 TFUE); 3). Como único mecanismo corrector el art. 122 TFUE establece una posibilidad de financiación con cargo al presupuesto de la Unión, en casos extraordinarios (de donde apareció el Mecanismo MEEF y el «Greek Loan Facility»).

Estos mecanismos de Derecho originario (aunque acompañados posteriormente de una prolija legislación derivada) no han sido sin embargo eficaces para hacer frente a situaciones abiertas de crisis económicas como la que ha vivido Europa en los últimos 10 años. Para vencer a la crisis de la Zona Euro en 2011 el Consejo Europeo decidió crear un mecanismo de financiación permanente, el Mecanismo europeo de Estabilidad (MEDE), con el que compensar las deficiencias de financiación

30 Para una exposición del proceso de construcción de la integración económica me remito a D. CHALMERS, *et al.*, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 45-50.

31 M. LÓPEZ ESCUDERO, «Las interminables reformas de la gobernanza económica de la zona euro», *Revista General de Derecho Europeo*, n. 27, 2012.

32 D. CHALMERS, *op. cit.* pp. 45 y ss.

de los estados. Se ideó como una institución financiera internacional y se trató de vincularlo al Derecho de la Unión Europea. Para ello se efectuó la primera reforma del Tratado de Lisboa mediante la Decisión 2011/199/UE de reforma del art. 136 TFUE, a través del procedimiento simplificado³³.

La aparición de este mecanismo suscitó importantes dudas sobre tres aspectos esenciales: el procedimiento de reforma del Tratado, su compatibilidad con las prohibiciones establecidas en el Derecho originario en relación a la prohibición de corresponsabilidad financiera de los Estados, y su compatibilidad con los derechos fundamentales de la Unión y sus garantías. Todas estas dudas se han resuelto en la Sentencia Pringle³⁴, con la que el TJ ha dado el visto bueno al mecanismo de estabilidad y que pese a todo ha suscitado un amplio debate³⁵ sobre la efectividad de la integración europea y su desmoronamiento.

Sobre la decisión del TJ merece la pena destacar, como haremos a continuación, el papel que ha jugado el TJ como garante del Derecho y los Tratados, en el que una vez más se ha convertido en auténtico actor político de la integración, afirmando su competencia de control incluso del poder de reforma de los Tratados, que lo ha conducido a valorar no ya sólo el procedimiento de reforma, sino el propio contenido de la reforma. Como se observará, ahora el TJ se convierte de nuevo en un órgano cuasi constituyente de la Unión... donde expresará su verdadera postura ante la integración y la crisis económica.

4.1. *Control material del poder de reforma de los Tratados por el TJ*

En primer lugar, en la STJ Pringle merece destacarse la manera en que el TJ aborda la cuestión fundamental: la reforma del artículo 136 TFUE mediante el procedimiento simplificado. El TJ alude a que en el procedimiento simplificado de reforma de los Tratados existen límites formales precisos (Art. 48.6 TUE) que deben ser examinados. Tal y como señala el Tratado una reforma simplificada sólo puede afectar a la «tercera parte» del mismo, y en ningún caso podrá «aumentar las competencias de la Unión». Es decir, dado que el procedimiento de reforma no puede

33 «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».

34 STJ de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12.

35 Resuelto en Pleno con 27 jueces en el que han participado hasta 12 Estados miembros, la Comisión, el Parlamento, el Consejo Europeo (por primera vez) y el Sr. Pringle.

afectar ni a los principios de la UE, las disposiciones de aplicación general, la ciudadanía de la Unión ni las disposiciones sobre prohibición de discriminación, el TJ se erigirá en garante tanto de los aspectos procedimentales de la reforma como del propio contenido material de la misma, llegando incluso a interpretar las disposiciones del Tratado MEDE³⁶.

El control del TJ pone en el centro de la cuestión una premisa: aunque el Tratado MEDE constituye una fuente de Derecho internacional público firmado entre Estados soberanos, ni los Estados ni las instituciones pueden soslayar a través de este mecanismo sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. Es decir, «los Estados miembros tendrán libertad para establecer un mecanismo de estabilidad como el MEDE, siempre, no obstante, que ese mecanismo respete en su funcionamiento el Derecho de la Unión»³⁷. Para ello prestará especial importancia a tres asuntos. Dado que las disposiciones de aplicación general del Tratado y el TUE no pueden ser modificados por la reforma simplificada, el MEDE no puede suponer una alteración del reparto competencial establecido en los Tratados, esto es, no puede alterar la división competencial en materia económica o monetaria, no puede soslayar la prohibición de corresponsabilidad financiera (125 TFUE), ni provocar un aumento de competencias a las instituciones, especialmente una nueva atribución competencial a la Comisión o al BCE.

36 Dado que el procedimiento de reforma simplificado es un procedimiento formal establecido en los Tratados, el TJ tiene el deber de garantizar el «respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados» (art. 19 TUE), pues para ello se le ha dotado de competencia para «pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión» [art. 267. b) TFUE]. Por tanto, como señala el propio Tribunal, en este caso sí tendría competencia para controlar una Decisión de reforma de los Tratados, en tanto que «acto adoptado por una Institución» y no por una Convención o Conferencia Intergubernamental, como en el caso de la reforma ordinaria. Recuérdese que tras el Tratado de Lisboa el Consejo Europeo es ya una «Institución de la UE» figurante en el listado del artículo 13 TUE. El Tribunal de Luxemburgo sería competente, pues, para controlar si se ha respetado el procedimiento formal de la reforma. Ver los párrafos 30-37 de la STJ *Pringle*. Pero como señala el propio Abogado General Kokott en las conclusiones de la STJ, los límites materiales impuestos por el artículo 48.6, suponen el parámetro de validez de la reforma, mediante una suerte de «jerarquización del Derecho primario de la UE», de modo que «una disposición del Tratado adoptada siguiendo el procedimiento simplificado de revisión del artículo 48 TUE, apartado 6, debe ser imperativamente interpretada de tal manera que se tengan en cuenta los límites de dicho procedimiento». Apartados 58 y 60 de las Conclusiones del AG de 26 de octubre de 2012 en el mismo asunto.

37 Párrafos 68 y 69, así como 121 de la STJ, igualmente los apartados 68 y 69 de las Conclusiones del AG. Véase también la STJ de 15 de enero de 2002, *Gottardo*, C-55/00.

4.2. *La distinción entre la política económica y la integración monetaria*

La reforma simplificada del Tratado no puede afectar al reparto de poder en la UE, esto es, al reparto competencial de los artículos 2 a 5 del TFUE. En estas disposiciones los Tratados conceden competencia exclusiva a la Unión en materia monetaria a través de las funciones del BCE y el SEBC, consistentes, esencialmente, en mantener la estabilidad de los precios fijando el tipo de interés en la Zona euro. Pero, tal y como argumenta el TJ, en materia macroeconómica los Estados sólo han atribuido competencia a la UE para coordinar la política económica. Para el TJ ni el MEDE ni el nuevo artículo 136 TFUE alteran este reparto, pues el nuevo mecanismo al tratar de «garantizar la estabilidad de la Zona euro en su conjunto» no implica que transfiera competencias sobre el euro sino que avanza en la coordinación de las políticas macroeconómicas. Es decir, el MEDE es un sistema de coordinación de políticas económicas, y no altera la competencia exclusiva en materia monetaria de la Unión. Como alega el TJ, «los Estados son libres de crear fuera del marco de la Unión europea nuevos mecanismos complementarios de coordinación macroeconómica».

Como ha observado la doctrina, el TJ realiza una interpretación muy sutil sobre la naturaleza económica o monetaria de los sistemas de ayuda financiera de los Estados, pues el ejercicio de tales competencias suele permanecer en un área gris. Por ello esta interpretación debe reputarse un tanto forzada³⁸.

Incluso asumiendo que el MEDE es un mecanismo de coordinación de política económica no exclusivo de la Unión, estas políticas no pueden en ningún modo contravenir las políticas de coordinación que se realizan en el marco de la Unión (arts. 120 a 126 TFUE). Pues, repetimos, el MEDE no puede servir de parapeto para que los Estados se aparten de las obligaciones de los Tratados europeos. Por tanto, las políticas de coordinación económica en el marco del MEDE no pueden contravenir dos prohibiciones expresas del TFUE en esta materia: la prohibición de corresponsabilidad financiera del artículo 125 TFUE y la prohibición de financiación privilegiada de los Estados del artículo 123 TFUE (un Estado no puede

38 Por ejemplo, HINAREJO considera que el MEDE es un mecanismo de la política monetaria europea pero que no traspasa sus límites («no encroaching»). Por ello la toma de decisiones en el MEDE responde a un «área gris». En A. HINAREJOS, «The Court of Justice of the EU and the legality of the European Stability Mechanism», *The Cambridge Law Journal*, Vol. 72, n. 2, 2013, pp. 237 y ss. Igualmente, como señala Paul Craig, este argumento, por lo sutil, se hace «un poco tenso», en P. CRAIG, «Pringle: legal reasoning, text, purpose and teleology», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 53, 2013, p. 5.

asumir la deuda soberana de otro, ni puede financiarse sino a precio de mercado). Pero el Tratado MEDE tiene precisamente la utilidad de establecer un mecanismo alternativo de financiación de los Estados de la Zona euro frente a la crisis de deuda soberana, mecanismo imprescindible para atajar el aumento desorbitado del interés al que se financiaban los países del sur en los mercados de deuda. Pese a esta obviedad el TJ considerará que el MEDE no vulnera tales prohibiciones y haciendo acopio de nuevo de un relativismo hermenéutico muy propio de su jurisprudencia situará en primer plano, como garantía de compatibilidad entre el mecanismo de financiación y las prohibiciones del Tratado, los tristemente famosos Memorándum de entendimiento (MoU)³⁹.

Como afirma el TJ el nuevo art. 136 TFUE permite a los Estados crear un mecanismo alternativo de financiación para salvaguardar la Zona Euro en su conjunto y siempre bajo estrictas condiciones macroeconómicas. Estas estrictas condiciones macroeconómicas suponen que cuando un Estado requiera de un sistema de financiación alternativo al de los mercados privados de deuda, éste tendrá que firmar un compromiso internacional denominado memorándum de entendimiento en el que se establecerán estrictos requisitos de política macroeconómica que condicionarán en todo momento la ayuda financiera. Estas condiciones del MEDE, como alude el TJ, tienen la misma finalidad que las prohibiciones de financiación privilegiada y de corresponsabilidad financiera: fomentar una política presupuestaria sana y responsable por parte de los Estados⁴⁰. Por tanto, la ayuda financiera, al quedar condiona-

39 Véase el artículo 13.3 y ss. del Tratado MEDE: «Si se adopta una decisión en virtud del apartado 2, el Consejo de Gobernadores encomendará a la Comisión Europea negociar con el miembro del MEDE en cuestión –en coordinación con el BCE y, cuando ello sea posible, conjuntamente con el FMI– un Memorándum de Entendimiento en el que se defina con precisión la condicionalidad asociada al instrumento de asistencia financiera. El contenido del Memorándum de Entendimiento reflejará la gravedad de las deficiencias que habrá que abordar y el instrumento de asistencia financiera elegido. Paralelamente, el Director Ejecutivo del MEDE preparará una propuesta de acuerdo de servicio de asistencia financiera para su aprobación por el Consejo de Gobernadores, la cual incluirá los términos financieros y las condiciones y los instrumentos elegidos. El Memorándum de Entendimiento será plenamente compatible con las medidas de coordinación de la política económica previstas en el TFUE, en particular con cualquier acto del Derecho de la Unión Europea, incluido cualquier dictamen, advertencia, recomendación o decisión que se haya dirigido al miembro del MEDE en cuestión».

40 Como señala el TJ en los párrafos 135 y 137 de la STJ, las disposiciones del Tratado tienen como objetivo asegurar que los Estados miembros observen una política presupuestaria sana, y «garantizar que, cuando contraigan deudas, los Estados miembros permanezcan sujetos a la lógica del mercado, la cual debe incitarles a mantener una disciplina presupuestaria». Sobre esta interpretación de las prohibicio-

da, no permite a los Estados relajar su política presupuestaria sana y es compatible con las prohibiciones del Tratado.

De nuevo, como observamos aquí, el TJ realiza una esforzada interpretación de los Tratados y de la finalidad de las prohibiciones en la política económica para encajar el MEDE en el conjunto del proceso de integración. Una postura que el propio Abogado General considera «un mal menor» para salvaguardar el efecto útil de los Tratados, es decir, para salvar la Zona Euro a costa de una manipulación hermenéutica, pues las prohibiciones son claras y precisas: los Estados no pueden financiarse por ningún mecanismo extraño al propio mercado de deuda⁴¹.

4.3. *Las estrictas condiciones macroeconómicas y la Troika*

Dilatando al máximo los límites interpretativos de las disposiciones del Tratado, el TJ dispone que el MEDE no constituye una vulneración del Derecho europeo ni directa ni indirectamente. Pues el TJ, primero, crea una fina línea de separación entre las políticas económicas y monetarias salvando una posible vulneración del régimen competencial de la Unión. Segundo, acude al sentido teleológico de las prohibiciones de financiación privilegiada y de corresponsabilidad financiera de los Estados, y aúna el objetivo de tales disposiciones y de los MoU como un todo en la estimulación de una política presupuestaria sana por parte de los Estados en situación de crisis. Y, como ahora veremos, tercero, considerará que precisamente el Memorándum de entendimiento garantiza a su vez que las condiciones del MEDE serán compatibles y estarán coordinadas con las propias competencias de política económica de la Unión.

nes del Tratado me remito a U. HÄDE, «Legal evaluation of an European Monetary Funds. Challenges facing European Monetary Union», *Intereconomics*, n.2, 2010, pp. 69-72, quien ya antes del propio MEDE consideró, frente a la crisis, las deficiencias del sistema europeo y la necesidad de restringir la prohibición del artículo 125 TFUE. En contra se había posicionado J. PIRKORN, «Legal arrangements in the Treaty of Maastricht for the effectiveness of the EMU», *Common Market Law Review*, 1994, pp. 263 y ss.

41 Véanse los apartados 145 y 146 de las Conclusiones del AG: «Frente a ello podría aducirse que la prohibición del artículo 125 TFUE, apartado 1, segunda frase, pierde todo su sentido si se prohíbe a los Estados miembros asumir directamente compromisos pero les resulta fácil eludir esa prohibición a través de una asunción indirecta». Coincido plenamente con esta tesis en la medida en que la interpretación del artículo 125 TFUE no puede hacer que las prohibiciones que en él se establecen queden absolutamente vacías de contenido. Ahora bien, no ocurre así. La exclusión de responsabilidad y la prohibición de asunción de compromisos, tal como están reguladas en el artículo 125 TFUE, apartado 1, segunda frase, primera parte, tienen también un efecto útil si se aplican conforme al contenido normativo manifestado en su tenor.

Como establece el propio MEDE, cuando los organismos internacionales del Mecanismo de estabilidad acepten conceder una ayuda financiera a un Estado miembro, la Comisión europea se encargará de pactar, junto al BCE y al FMI (si fuese posible), un Memorándum de entendimiento sobre la condicionalidad asociada a la ayuda financiera en el marco del MEDE y velarán por el cumplimiento del mismo. Concretamente, el Tratado MEDE establece que el MoU «será plenamente compatible con las medidas de coordinación de la política económica previstas en el TFUE, en particular con cualquier acto del Derecho de la Unión Europea, incluido cualquier dictamen, advertencia, recomendación o decisión que se haya dirigido al miembro del MEDE en cuestión» (art. 13.3 párrafo segundo).

Conforme a este precepto el TJ considerará que ni la Comisión Europea ni el BCE adquieren nuevas competencias en virtud del MEDE, sino que actúan (dentro de las posibilidades otorgadas por los Tratados) en garantía del cumplimiento del Derecho europeo y la compatibilidad de los instrumentos del MEDE. Pues las recomendaciones de coordinación de la política económica son dictadas por los mismos poderes reales que finalmente aprueban los Memorándum de Entendimiento, el Consejo de Gobernadores del MEDE en el que se representan los Estados y la Comisión europea.

La vinculación entre instituciones en el Tratado MEDE permite al TJ afirmar que la reforma del TFUE respeta y respetará el Derecho de la UE pues las «condiciones estrictas» que avalan la ayuda financiera en el MEDE garantizan, a su vez, su compatibilidad con las medidas de coordinación de la política económica previstas en los Tratados. Como dice el propio TJ, los Tratados no impiden que los Estados puedan crear un mecanismo de financiación entre ellos, siempre que se garantice que «cuando contraigan deudas, los Estados miembros permanezcan sujetos a la lógica del mercado, la cual debe incitarles a mantener una disciplina presupuestaria sana» que garantizará la Comisión mediante la supervisión del MoU.

Como se observa entonces en toda la argumentación de la Sentencia, el TJ ha vuelto a su tradicional actitud de activismo judicial. Mediante una interpretación amplia de los Tratados ha permitido ahora el encaje comunitario del MEDE en una situación en la que estaba precisamente en juego la propia integración europea. La crisis de la Zona Euro ha supuesto un varapalo sobre las políticas económicas y monetarias de la Unión, y el TJ era muy consciente de que oponerse al nuevo mecanismo financiero mediante una interpretación literal de los Tratados habría dejado a Europa «a la deriva»⁴². Como afirma Jean-Victor LOUIS acerca de la flexibilización

42 Un maravilloso resumen de esta «deriva» económica en G. HEWITT, *Europa a la deriva*, Alianza Editorial, Madrid, 2013, pp. 31 y ss.

interpretativa desarrollada por el TJ en disposiciones como el artículo 125 TFUE, «el Tribunal se ha esforzado en desarrollar, sin caer en un pragmatismo oportunista, un razonamiento susceptible de conciliarse con unos textos elaborados sin la conciencia de la posibilidad de una crisis de tal relevancia práctica»⁴³.

Por tanto, desde una postura integracionista y pro-europea no podríamos sino aplaudir al papel político que ha vuelto a jugar ahora el TJ. Pero atención, porque el MEDE aunque ha solucionado en parte los problemas de la crisis de deuda soberana en algunos Estados, sin embargo ha sido la causa principal de la reciente pérdida de legitimidad de la Unión y de las razonables críticas ciudadanas sobre el proceso de integración. Sobra decir que los supervisores del cumplimiento del MOU, el BCE, el FMI y la Comisión, forman lo que hoy se denomina en el argot político la «Troika». La participación de la Comisión tanto en la coordinación de políticas económicas (a través del Consejo) en el marco de la Unión, como en la firma del MoU es la pieza clave que permite al TJ fallar sobre la compatibilidad del MEDE y los Tratados. Una idea que parece clara en la Sentencia Pringle, pero que ha sido negada por el TJ apenas los MoU han comenzado a producir efectos muy negativos sobre los derechos de los ciudadanos y las políticas sociales de los Estados.

5. CONTROL JURISDICCIONAL Y MEDE

El TJ expresamente se refiere a la competencia de la Comisión en la negociación con el Estado para el establecimiento de las condiciones estrictas que permiten la asistencia financiera del MEDE. Estas condiciones estrictas son en la actualidad el momento álgido de las políticas de recortes sobre el gasto público y tienen una incidencia directa sobre los derechos de los ciudadanos⁴⁴. El planteamiento inicial que debemos hacernos en este punto es el siguiente: si la Comisión y los Estados miembros se encuentran vinculados, en su actuación en el marco del MEDE, al Derecho de la UE: ¿qué instrumentos de control existen para prevenir

43 J. V. LOUIS, «La Sentencia Pringle», *Revista General de Derecho Europeo*, Iustel, n. 29, 2013.

44 A modo de ejemplo, en relación con el Memorandum de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial y Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012, firmado por el Gobierno de España para la recapitalización de las entidades financieras españolas en la crisis del Euro, me remito al comentario de la influencia de éste sobre los derechos de los preferentistas españoles de J. M. LÓPEZ JIMÉNEZ, «El arbitraje de preferentes: una medida para evitar la fuga de clientela no prevista en el Memorando de Entendimiento», *Diario La Ley*, n. 31, 8163, Sección Documento on-line, de 4 Oct. 2013.

una vulneración del Derecho de la UE? Y particularmente ¿cómo garantizar que la actuación de los Estados y las Instituciones se ajuste a los derechos fundamentales? Esta cuestión nos conduce al análisis de las funciones que el MEDE atribuye al propio TJ.

El Tratado MEDE establece que las controversias entre Estados se resolverán a través del Consejo de Gobernadores que dirige el mecanismo de estabilidad. El recurso frente a la decisión de este órgano se someterá al TJ en virtud, directamente, del artículo 273 del TFUE⁴⁵. El TJ insiste hasta en dos ocasiones en que su competencia para resolver controversias en el ámbito MEDE está relacionada con el objeto de los Tratados de la Unión y se fundamenta en el artículo 273 TFUE⁴⁶. Con esta insistencia enmarca, en mi opinión, la afirmación más importante de la Sentencia en clave constitucional: «un litigio ligado a la interpretación o a la aplicación del Tratado MEDE también puede tener por objeto la interpretación o la aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión. En efecto, en virtud del artículo 13, apartado 3, de ese Tratado, el Memorándum de Entendimiento que se negocia con el Estado miembro solicitante de un apoyo a la estabilidad debe ser plenamente compatible con el Derecho de la Unión y en particular con las medidas adoptadas por la Unión en el ámbito de la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros. Por tanto, al menos en parte, las condiciones a las que se somete la concesión de tal apoyo a un Estado miembro serán determinadas por el Derecho de la Unión»⁴⁷.

Destaca particularmente porque el TJ entra con todas sus fuerzas en el ámbito de las competencias de los Estados en las relaciones internacionales en el que yace el MEDE y lo absorbe hacia el ámbito del Estado de Derecho, de la comunidad de Derecho, donde parece prometer que en la interpretación del MEDE y la resolución de controversias entre Estados aplicará el Derecho de la UE y, quizás, todo el acervo comunitario. Esta puerta abre la posibilidad de control de los Memorándum de Entendimiento del MEDE, de las políticas macroeconómicas impuestas a cambio de asistencia financiera que, como hemos dicho, son las que están incidiendo directamente en la vida de los ciudadanos en momentos de crisis. Los Estados, y sus poderes públicos, siguen sometidos al Derecho europeo como sistema supranacional que limita su poder de actuación en el marco de la globalización, de la crisis económica global.

45 Artículo 37 del Tratado MEDE.

46 Párrafos 170 y 173 de la Sentencia.

47 Párrafo 174 de la Sentencia

Si a primera vista esto podría entenderse como un triunfo de la comunidad de Derecho en la aplicación del MEDE, inmediatamente constatamos algunos extremos de la Sentencia que limitan las posibilidades de control jurisdiccional de los mecanismos, y sobre todo de las consecuencias, de la asistencia financiera: 1) Los sujetos activos y pasivos legitimados para intervenir en el procedimiento jurisdiccional del TJ (para la interpretación del MEDE, la resolución de conflictos entre Estados y...) de control de los Memorándum son las Partes Contratantes: exclusivamente los Estados miembros de la zona del euro⁴⁸; 2) Y peor aún, los derechos fundamentales de la Unión, es decir, la CDFUE, no se aplica como parámetro del control de validez de los Memorándum de entendimiento. El Tribunal de Justicia es categórico: «conforme al artículo 51, apartado 1, de la Carta, las disposiciones de ésta se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. En virtud del apartado 2 de ese mismo artículo, la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados». En este sentido, los Estados que actúan en el marco del Tratado MEDE, no aplican el Derecho de la Unión, y, por tanto, no se encuentran vinculados por la Carta. Por tanto, desde la perspectiva del Derecho europeo, los derechos fundamentales no pueden oponerse ni al establecimiento del MEDE ni a las estrictas condiciones macroeconómicas.

En principio, el último resquicio constitucional del modelo supranacional de Derecho parece disiparse en apenas un párrafo de la sentencia, reconvirtiendo el argumento esencial del TJ durante toda la argumentación Pringle: los Estados que actúan en el ámbito del MEDE no pueden menoscabar las obligaciones del Derecho europeo, pero sí la Carta. Como el propio Parlamento británico ha señalado, la UE subraya primero las virtudes del Estado de Derecho, pero luego no lo aplica en la práctica⁴⁹

La duda que nos surge es, si los Estados miembros no están sujetos a la CDFUE en el marco del MEDE, ¿tampoco las instituciones de la Unión Europea? Es decir, si la actuación de la Comisión europea en la supervisión y firma del MoU suponía

48 Art. 5 del Tratado MEDE

49 Ver el Informe de la Cámara de los Comunes sobre la ratificación del TCEG, European Scrutiny Committee-Sixty-Second Report Treaty on Stability, Coordination and Governance: impact on the eurozone and the rule of law, Cámara de los Comunes, 27 de marzo de 2012. Para una crítica doctrinal me remito a D. ORDÓÑEZ SOLÍS, «De cómo enfrentarse a la crisis financiera superando obstáculos constitucionales europeos: la sentencia Pringle», *Revista General de Derecho Europeo*, n. 29, 2013.

una garantía para el TJ de la compatibilidad entre el MEDE y el Derecho europeo ¿también la Comisión europea se encuentra exenta de las obligaciones de la Carta de derechos? Una lectura atenta del art. 53 de la CDFUE nos llevaría automáticamente a pensar que no, que los MoU se encuentran sujetos al control de su compatibilidad con los derechos fundamentales porque son precisamente estipulados por las instituciones europeas, siempre sujetas a la Carta.

Mantuve en junio del año pasado precisamente esta premisa, pero en noviembre me di cuenta de que me había equivocado⁵⁰.

6. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LOS MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO

En una reflexión previa a este ensayo consideré que el TJ se había visto obligado a reinterpretar en la sentencia Pringle los Tratados de este modo por la necesidad imperiosa de salvar el euro. Si el euro caía, caía Europa como mecanismo efectivo de resolución de conflictos globales. El Derecho europeo como ordenamiento autónomo y supranacional perdería toda efectividad y, por ende, dejaría de existir en la práctica de cara a los ciudadanos, es decir, perdería toda legitimidad. Por tanto, el TJ había jugado sus cartas de manera coherente con su tradicional actitud jurisprudencial. Por ello quise leer entre líneas en la Sentencia Pringle y considerar que el TJ, pese a aferrarse al art. 53 de la CDFUE, había también marcado el camino a seguir a los ciudadanos dejando una puerta abierta para realizar una suerte de «judicial review» de los MoU y evitar la discrecionalidad de las Instituciones en el marco del MEDE. Lo explicaré brevemente en tres puntos:

1. El TJ repite durante toda la Sentencia un mantra: los Estados y las Instituciones siguen sujetas a las obligaciones de los Tratados europeos, pese a que trasladen la coordinación económica al ámbito internacional.

2. Ello podría interpretarse como una suerte de jerarquización de los Tratados de la Unión sobre el MEDE, y por ende, de la propia CDFUE. Pero dado que en aquel momento se trataba de admitir o no la validez de la reforma, y por tanto del MEDE (cosa que realmente no importaba mucho dado que el MEDE ya se había ratificado y se trataba simplemente de su vinculación a la Unión) parecía comprensible que el TJ se aferrase a la cláusula del artículo 53 CDFUE

50 Permítase el reenvío a A. AGUILAR CALAHORRO, «La Sentencia Pringle en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 101, 2014, pp. 337 y ss.

para darle aire al mecanismo de financiación y evitar declarar la antijuricidad de la reforma.

3. No obstante, siguiendo el argumento del art. 53 CDFUE del TJ, las instituciones europeas sí se encontraban vinculadas plenamente a la Carta, incluso a los derechos fundamentales como principios generales del Derecho europeo. De modo que al ser el Memorándum producto de la supervisión y el impulso de la Comisión, dado que el BCE también se encontraba implicado, la aprobación de las condiciones estrictas establecidas en los Memorándum y la actuación de la Comisión quedaban sujetas al control de conformidad con la CDFUE por el TJ.

Estas conclusiones, no eran en aquel momento nada ingenuas. Así lo había expresado el propio Abogado General: «la compatibilidad de la actuación de los Estados miembros en el marco del MEDE con el Derecho de la Unión –como muestra también el presente litigio– está sometida, con arreglo al procedimiento habitual del artículo 267 TFUE, a control por parte del Tribunal de Justicia y de los órganos jurisdiccionales nacionales. A este respecto, conforme al artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, los Estados miembros deben establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva, al menos en relación con la ejecución de las condiciones a nivel nacional»⁵¹. Ello permitiría a los ciudadanos acudir en garantía de sus derechos mediante reenvío prejudicial al TJ para que valorase la actuación de la Comisión en el ámbito MEDE conforme a la Carta y los derechos.

Repito. Parece que me equivoqué en gran parte. Durante todo el mes de noviembre de 2014 el TJ ha dictado más de 12 Autos de inadmisión en sentido contrario a los argumentos que acabo de exponer. Y resultan francamente sorprendentes e incoherentes⁵².

Se trata de diversos recursos directos de nulidad y recursos de responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión por daños y perjuicios a diversas empresas y particulares chipriotas. Se recurren las actuaciones de la Comisión y el Consejo de la Unión (Eurogrupo), así como del BCE, como actores principales de los Memorándum de entendimiento firmados entre el MEDE y Chipre con motivo de la quiebra técnica de las entidades financieras de este Estado. Tales Memorándum fueron pactados con motivo de la financiación de Chipre para recapitalizar su banca en 2013. Previamente a su firma definitiva se había alcanzado un proyecto

51 Párrafo 194 de las Conclusiones del AG.

52 Citaré a título de ejemplo algunos autos de inadmisión del TJ: T-290/13, 291/13, 292/13, 293/13, 294/13, 290/13, 321/13, 331/13, 293/13, 329/13, 328/13, 332/13, 330/13, 354/13, todos ellos de las fechas 10 de noviembre de 2014, 16 de octubre de 2014, y 17 de julio de 2014.

de Memorándum en el Eurogrupo y con la Comisión europea, en la que instaban a Chipre a establecer impuestos sobre depósitos bancarios. Mediante Ley de 22 de marzo de 2013 Chipre, dando cumplimiento a las negociaciones con las Instituciones europeas, concedió al Banco Central Chipriota competencia para dictar decretos de reestructuración (en un sentido amplísimo) de las deudas y obligaciones de los depósitos bancarios, particularmente de aquellas entre entidades bancarias y de éstas con particulares. Dos bancos (BoC y Lăiki) a través de un Decreto se recapitalizaron mediante los depósitos de particulares no asegurados por la ley chipriota (aquellos mayores de 100.000 euros), acciones y fondos de bonos, y tras su adquisición operaron nuevas transacciones con la finalidad de seguir prestando sus servicios bancarios. Posteriormente, y una vez comprobado por la Comisión la predisposición de Chipre a adoptar las medidas propuestas, se firmó el MoU y se otorgó un nuevo instrumento de financiación por el MEDE para Chipre.

De entre todos ellos analizamos a título de ejemplo el asunto FIALTOR⁵³. En este litigio una empresa que perdió parte de sus depósitos bancarios como consecuencia de estas medidas, planteó un recurso por daños extracontractuales frente a las instituciones de la Unión (responsabilidad extracontractual recogida en el art. 340 párrafo 2 del TFUE) y solicitó la nulidad de los actos. Recurrió las actuaciones del BCE y la Comisión como partes del MEDE (art. 13) y responsables directos de la redacción del Memorándum. Concretamente, el particular solicitó o bien una compensación económica o bien medidas cautelares frente a la reestructuración de sus fondos bancarios, invocando una clara vulneración del derecho a la propiedad del artículo 17 CDFUE. Es decir, invocó ante el TJ la incompatibilidad entre el MoU (estipulado por la Comisión y el BCE) y la Carta de derechos fundamentales de la UE.

La respuesta del TJ a éste y el resto de los litigios es desalentadora. El TJ inadmítirá las demandas mediante autos de noviembre de 2014, considerando que la conducta no es imputable a la Comisión ni a ninguna institución de la UE, y citando Pringle determinará que las competencias de la Comisión y del BCE en el marco del MEDE no otorgan ningún poder de decisión propio a estas instituciones sino que las medidas y los Memorándum son responsabilidad exclusiva del MEDE, organismo internacional exento del cumplimiento de la Carta⁵⁴. Tal y como establece, «una acción de reparación de daños dirigido contra la UE y basado en la mera ilegalidad de un acto o conducta que no ha sido adoptado por una institución de la Unión Europea

53 Auto del TJ de 10 de noviembre de 2014, T-294/13.

54 Auto del TJ de 10 de noviembre de 2014, T. 294/13, apartado 161.

o por sus funcionarios debe ser inadmitido, pues la adopción del Memorándum de entendimiento no se origina ni por el BCE ni la Comisión. El TJ no tiene jurisdicción para considerar un recurso de responsabilidad extracontractual por la ilegalidad de las disposiciones de un Memorándum»⁵⁵. Tampoco admite el recurso directo de nulidad pues, según alega, los daños no se han producido por una institución europea⁵⁶.

De modo que la contradicción es patente. Si en los argumentos de Pringle el TJ consideró que la intervención de la Comisión en el momento del establecimiento de las condiciones estrictas de acceso a la financiación de los Memorándum era precisamente la garantía de que no existiría una contradicción entre éste y las políticas europeas, ahora se remarca que el Memorándum, sin embargo, sólo constituye un instrumento internacional del que no es responsable la Comisión sino que es producto del acuerdo entre un Estado y el MEDE.

No obstante, en el auto FIALTOR, el TJ sí entrará a conocer sobre un aspecto: examinará si la Comisión ha omitido su obligación de control de compatibilidad entre el Memorándum y el Derecho europeo, es decir, aunque lo omite, podría referirse a la CDFUE. Pese a todo inadmitirá la demanda por daños considerando que conforme a su jurisprudencia sólo sería imputable el daño a la institución si se cumplen tres requisitos: a) que exista un daño efectivo (que lo hay y parece reconocerse implícitamente en el auto); b) que el daño sea consecuencia de un acto ilegal de las instituciones (extremo sobre el que no se pronuncia); c) y finalmente que exista un nexo causal entre el acto de la institución y el daño producido⁵⁷. En relación con éste último requisito el TJ se acogerá a la idea de que el Memorándum había sido firmado después del Decreto del Banco Central de Chipre de reestructuración de los depósitos bancarios y que, en consecuencia, no existe nexo causal entre el acto de la institución –que no es tal como se ha dicho antes dado que el MoU es responsabilidad del MEDE, y no de la Comisión– y la reestructuración de los depósitos bancarios. Dicho de otro modo, sin entrar a valorar la legalidad o no del acto, el TJ despacha el recurso aduciendo que realmente fue Chipre quien produjo el propio daño, pues el MoU aún no había sido firmado.

Como hemos dicho esta argumentación se repetirá en todas las decisiones del TJ sobre el rescate chipriota inadmitiendo las demandas de los ciudadanos y empresas chipriotas contra el Memorándum y la actuación de las instituciones. Tristemente el TJ está

55 Ver apartados 47 y 48 del presente auto. Igualmente, Auto de 4 de julio de 2013 asunto C-520/12 P *Diadikasia Symvoulo Epicheiriseon v Commission and Others*, párrafos 35 a 38

56 FFJJ 56-60 del Auto *Fialtor*, *cit.*

57 T-137/07 Asunto *Portela*

utilizando la doctrina Pringle como cita recurrente en sus sentencias para determinar la inaplicación de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea en litigios entre ciudadanos e instituciones de la Unión. Concretamente afirma que «el solo hecho de que una norma nacional guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencia no puede integrarla en el ámbito de aplicación de la Unión» y lo mismo se dispone en relación con el artículo 4 del TUE donde los derechos fundamentales se muestran en forma de principios generales del Derecho⁵⁸. En el caso de los MoU y los mecanismos de financiación el TJ exime de responsabilidad a las instituciones de la Unión y omite su control de conformidad de los actos de las instituciones con la CDFUE.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES. VOLVER A LA UNIÓN DE DERECHO

Como se observa, el TJ ha jugado un papel decisivo a la hora de amparar el MEDE. Se ha erigido en supremo garante de los límites materiales a la reforma de los Tratados y en sumo intérprete del Tratado MEDE. Ha marcado límites en el ámbito competencial de la Unión distinguiendo entre la política económica y la monetaria, y ha flexibilizado al máximo las prohibiciones expresas en el marco de las políticas económicas de los Estados para encajar en el Derecho originario el nuevo art. 136 TFUE y los mecanismos de financiación del MEDE.

Por un lado, su papel ha sido imprescindible en la lucha contra la crisis de deuda soberana de los Estados de la zona Euro, y no es de extrañar que todos los diarios europeos hayan seguido cada una de las decisiones del TJ como noticias de primer orden durante la crisis. Lo cierto es que gracias a estos mecanismos de financiación la crisis del Euro ha podido combatirse, y que parte de la doctrina ha apoyado las medidas adoptadas pues se trataba no sólo de salvar al Euro, sino de salvar el proyecto de integración europea y la efectividad de este ordenamiento autónomo como mecanismo supranacional para regular conflictos globales como la crisis económica mundial⁵⁹. No respaldar los mecanismos de financiación y de rescate, probablemente, hubiese supuesto el final de la Unión Monetaria. Desde esta perspectiva el TJ no ha hecho sino seguir su senda de reconstrucción y garantía de la efectividad del Derecho europeo.

58 Ver STJ de 10 de julio de 2014, C-198/133, asunto *Julián Hernández*; y Conclusiones del AG Jääskinen de 17 de julio de 2014, C-354/13, asunto *FOA*.

59 En sentido favorable DE WITTE, considera que los mecanismos internacionales como el MEDE han demostrado ser útiles a sus objetivos. B. DE WITTE, «The Court of Justice Approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle», *Common Market Law Review*, n. 50, 2013, pp. 805-843. También «Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences», *Arena Working Paper*, n. 4.

Pero la actitud del TJ en los asuntos relacionados con el MEDE ha terminado, por otro lado, de desarmar la propia idea de la Unión Europea como ente supranacional. Se ha desmantelado el carácter de comunidad de Derecho de la Unión Europea, pues el TJ ha hecho una inexplicable dejación de funciones en el control del ejercicio del poder supranacional de las instituciones, concediendo plena inmunidad a la Comisión y el BCE en la redacción y supervisión de los Memorándum de entendimiento. Ha omitido cualquier cuestión relativa a la fiscalización de las actuaciones de las instituciones y los Estados en relación con los derechos fundamentales.

El TJ ha reforzado la efectividad del proceso de integración y el Derecho europeo al precio de expulsar del terreno dialéctico a los ciudadanos y sus derechos como sujetos privilegiados del Derecho de la Unión. En sus sentencias el lenguaje de los derechos ha terminado por desaparecer para situar en primer plano los conceptos de efecto útil de los Tratados, división competencial en la Unión Europea y objetivos de la Unión monetaria.

La naturaleza institucional de la Unión, el peso de los Gobiernos de los estados en las instituciones, y la posterior ratificación de las decisiones en materia macroeconómica han desarmado a la Unión europea de su último valor: la Unión de Derecho. Y el TJ asiste impertérrito a esta opción de descomunitarizar la política económica y financiera de los Estados y los controles supranacionales.

En mi opinión, la jurisdicción del TJ en garantía del Derecho no puede basarse exclusivamente en la definición de ámbitos competenciales (política económica y monetaria, MEDE y Derecho de la Unión, Estados e instituciones de la Unión). Si observamos en términos constitucionales el proceso de integración, la labor del TJ de garantía del Derecho frente al poder no puede consistir en una simple ordenación de los ámbitos competenciales (de los poderes) estatales y europeos a nivel supranacional, sino que requiere hacerlo en garantía de los derechos de los ciudadanos para que podamos hablar de un orden supranacional con tintes constitucionales. La ordenación constitucional del Derecho requiere de la reordenación y limitación del poder (establecimiento de límites competenciales) pero con el objetivo de la garantía de derechos de los ciudadanos, concepto que ha desaparecido de la dialéctica del TJ.

El problema democrático de Europa no está en la indefinición de quién tiene el poder o dónde reside (lo que es absurdo en el marco de la globalización financiera y el capitalismo) sino en cómo afecta a los ciudadanos⁶⁰.

60 Cfr. P. ELEFTHERIADES, «Democracy in the Eurozone», en W. G. RINGE y P. HUBER (eds.), *Legal Challenges arising out of the Global Financial Crisis: Bail-outs, The Euro, and Regulation*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

Es imprescindible que el TJ entre de lleno a controlar la actuación de las instituciones europeas en el marco de los mecanismos de financiación y rescate, y que altere su jurisprudencia sobre quiénes son los responsables de los Memorándum de entendimiento. Ahora se le presenta una buena opción para ello.

Observemos muy brevemente la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán al TJ, el 14 de enero de 2014⁶¹, que recientemente ha contestado el Abogado General Pedro Cruz Villalón el 14 de enero de 2015⁶². Me remito a ellas porque estas cuestiones ponen en entredicho la decisión Pringle. Siguiendo los postulados del TJ, el TCFA ha entendido que la reciente OMT activada por el BCE, la adquisición de deuda pública de los Estados de la eurozona en los mercados secundarios bajo determinadas condiciones, sí supone ahora una invasión de la política económica de los Estados y la Unión europea. Y que como el propio TJ dispuso, si bien el artículo 123 TFUE no prohíbe que los Estados se financien mediante el MEDE, sí quedó claro que esta prohibición se hacía expresa respecto del BCE. El TCFA se pregunta si la decisión del BCE supondrá un acto «ultra vires», ya no sólo desde la perspectiva de la democracia constitucional interna, sino especialmente desde el punto de vista del Derecho europeo.

El Abogado General, aun tratando de salvar el programa del BCE, propondrá, en mi opinión, al TJ que se desvincule de la pasividad mostrada hasta ahora y sitúe la cuestión en sus estrictos términos. Concretamente el AG, en primer lugar, sitúa las cuestiones en la manera en que debería haberlo hecho el TJ en la sentencia anterior: nos enfrentamos a «situaciones de emergencia ante la posibilidad de que se produzca una desintegración de la zona euro». Y eso es importante para dar el visto bueno o no a los programas, pero siempre desde la perspectiva de que la interpretación del TJ sobre los mecanismos de rescate debe situarse sobre lo excepcional. Tras elaborar una nueva interpretación, más laxa, sobre los límites de la política económica y monetaria, propone al TJ que reconozca la responsabilidad de la Comisión en el marco del MEDE. Es decir, señala la importancia de las instituciones en el momento de la negociación y establecimiento de Memorándum. Considera, particularmente sobre el BCE pero también lo extiende a la Comisión de manera expresa, que las instituciones no pueden ser al mismo tiempo «titular de un derecho de crédito basado en un título de deuda pública de un Estado y supervisor y negociador de un programa de asistencia financiera aplicado al mismo Estado». Es decir, no se puede jugar al mismo tiempo como supervisor y como actor privado. Las instituciones no pueden

61 BVerfG, 2 BvR 1390/12.

62 Asunto C-62/14, OMT.

ser al tiempo juez y parte del programa OMT o del MEDE. De manera que el AG considera que las medidas del BCE sólo serán compatibles en el caso de autos con el Derecho de la UE si éste sale de la Troika⁶³.

En mi opinión el AG propone al TJ unos términos absolutamente necesarios para reconducir, por un lado, la crisis de deuda soberana, y por otro, no renunciar a la Unión de Derecho y la fiscalización de los actos de las instituciones.

Quizás estos términos permitan al TJ devolver al sistema su apariencia de Derecho: reconocer el papel que juegan la Comisión y el BCE en la Troika, flexibilizar los términos de las competencias hacia una mayor solidaridad y declarar que la rebaja efectuada en el control de comunitariedad de los actos de las instituciones se ha debido a una situación de emergencia en la que impera el principio de cooperación leal entre Estados, tal y como hace el AG.

Eso sí sería jurisprudencia creativa y devolvería su razón de ser a la UE.

Resumen

El artículo analiza el cambio de actitud del Tribunal de justicia desde sus orígenes hasta la crisis económica. Se trata de señalar que el Tribunal ha pasado a lo largo de las décadas de una actitud activa centrada en el reconocimiento del Derecho europeo como ordenamiento jurídico efectivo hasta la actitud actual en que la efectividad se centra en el funcionamiento del mercado europeo. La nueva actitud de la Corte se observa a través de sentencias y autos recientes relacionados con la creación del MEDE y los mecanismos de rescate económicos, poniendo de manifiesto que los fundamentos de Van Gend and Loos y Costa c. Enel han entrado en crisis y está en peligro la propia Unión de Derecho.

Palabras clave: Tribunal de Justicia, crisis económica, Mecanismo europeo de Estabilidad, Pringle, Chipre, OMT, Van Gend en Loos

Abstract

In this paper we analyze the change of attitude of the European Court of Justice from its origins to the economic crisis. It is noted that the Court has passed over the decades from an active attitude focusing on recognition of European law as an effective legal system to the current attitude that focuses on the effective operation of the European market. The analysis is critical with current situation and last case law in which it is revealed that the founda-

63 Me remito a los apartados 143-151 de las Conclusiones del AG, en éste último apartado señala: «En suma, y desde la perspectiva que se acaba de analizar, considero que el programa OMT debe ser considerado una medida de política monetaria, siempre y cuando el BCE se abstenga, llegado el caso, de aplicar dicho programa, de toda intervención directa en los programas de asistencia financiera acordados en el marco del MEDE/FEEF».

tions of Van Gend en Loos and Costa c. Enel has entered into crisis endangering the Union based on Rule of law.

Key words: *European Court of Justice, economic crisis, European Stability Mechanism, Pringle, Cyprus, OMT, Van Gend en Loos*

Recibido: 12 de enero de 2015
Aceptado: 12 de febrero de 2015





Artículos





TRATADOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: SU IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO*

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

BRUNO DENIS VALE CASTRO***

SUMARIO

1. Introducción.
2. El Brasil frente al sistema internacional de protección de los derechos humanos.
3. Jerarquía de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos: la Enmienda constitucional nº 45/04 y sus implicaciones.
4. Tratados de protección de derechos humanos y sus efectos en el ordenamiento interno: la doctrina del Supremo Tribunal Federal de Brasil.
5. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de los derechos humanos se ha consolidado dentro de las temáticas más relevantes de la agenda internacional del Brasil contemporáneo. En el Estado brasileño la prevalencia de los derechos humanos es un principio de derecho internacional, consciente de que se trata de una preocupación de máximo interés para la comunidad internacional, lo que explica que se ha tomada por la Constitución de 1988 como una cuestión global. Por ello, a lo largo de su proceso de democratización, Brasil pasó a adherirse a los más importantes instrumentos internacionales de reconocimiento de los derechos humanos, aceptando expresamente la legitimidad de las preocupaciones internacionales y disponiéndose al diálogo con las instancias internacionales sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas.

En la interacción ente el derecho internacional y el derecho interno, los grandes beneficiarios son las personas protegidas. En este contexto, el derecho internacional y el derecho interno interactúan y se auxilian mutuamente en el proceso de expansión y fortalecimiento de la protección de los derechos del ser humano¹. Median-

* Traducido del portugués por Augusto Aguilar Calahorra.

** Profesor asociado de la Universidad Federal de Maranhão (Brasil).

*** Becario de investigación de la Universidad Federal de Maranhão (Brasil).

te esta interacción, Brasil asume ante la comunidad internacional la obligación de mantener y desarrollar el Estado democrático de derecho y de proteger, incluso en situaciones de emergencia, un núcleo de derechos básicos e inderogables, aceptando que tales obligaciones sean fiscalizadas y controladas por la comunidad internacional, mediante un sistema de monitorización por parte de los órganos de supervisión internacional.

Toda Constitución ha de ser comprendida como unidad y como sistema que privilegia determinados valores sociales. El Texto fundamental de 1988 señala el valor de la dignidad humana como el centro de esta unidad de sentido². Es en el principio de la dignidad humana donde el ordenamiento jurídico encuentra su propio sentido, constituyendo su punto de partida y su punto de llegada para la hermenéutica constitucional contemporánea³. Se consagra así la dignidad humana como verdadero «metaprincipio» orientador tanto del derecho internacional como del derecho interno⁴. Entretanto, ante el surgimiento de nuevas esferas normativas –ordenamientos internacionales–, surgen cuestiones sobre la relación, la forma de incorporación, el lugar y la jerarquía que ocupan esos ordenamientos frente a los ya existentes ordenamientos jurídicos internos.

En este sentido, el análisis de la interacción y las dinámicas de los procesos de incorporación de los tratados internacionales de protección de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno es de fundamental importancia para asegurar la dignidad de la persona humana y disminuir las diferencias y desigualdades sociales.

Por eso, este artículo tiene como objetivo general analizar el impacto en el ordenamiento jurídico interno de los Tratados internacionales de protección de los derechos humanos provocan, una vez ratificados, sobre todo en lo concerniente a su

1 A. A. CANÇADO TRINDADE, «A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos», *Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília*, v. 46, núm. 182, jul./dic. 1993. p. 53.

2 La apertura de las constituciones a los valores y principios es un fenómeno que se intensifica especialmente tras la Posguerra Mundial, y así es captada por Canotilho: «O direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios». Véase «A "principalização" da jurisprudência através da Constituição», *Revista de Processo*, núm 98, p. 84.

3 Sobre la hermenéutica constitucional contemporánea y especialmente sobre la construcción de una hermenéutica jurídica emancipatoria, ver L. LUIZ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004.

4 Para comprender la cuestión ver I. W SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004.

proceso de incorporación, jerarquía y dinámica de protección de la dignidad de la persona, considerando los cambios producidos por la Enmienda Constitucional nº 45/04. Se realizará también un análisis crítico de la posición alcanzada por el Supremo Tribunal Federal sobre la cuestión.

2. EL BRASIL FRENTE AL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El sistema internacional de protección de derechos humanos expresados en los tratados y convenciones internacionales tiene como fuente un ámbito científico muy reciente denominado «derecho internacional de los derechos humanos» nacido a mediados del siglo XX como respuesta a las atrocidades del nazismo en la Segunda Guerra Mundial⁵.

El derecho internacional de los derechos humanos puede ser concebido como un sistema de normas internacionales, procedimientos e instituciones desarrollados para promover el respeto de los derechos humanos en todos los países, en el ámbito mundial, e implementar la concepción de que toda nación tiene la obligación de respetar los derechos humanos de sus ciudadanos⁶. En este contexto, cobra fuerza la idea de que la protección de los derechos humanos no debe reducirse al dominio exclusivo del Estado, es decir, no debe restringirse exclusivamente a la competencia de la jurisdicción nacional.

Esta concepción, a su vez, apunta a la percepción de que la noción tradicional de soberanía absoluta del Estado pasa por un proceso de relativización en la medida en que se admiten ahora las intervenciones en el plano nacional de formas de control de la responsabilidad internacional en pro de la protección de los derechos humanos. Además, se concibe de manera indiscutible la idea de que, en la condición de sujeto de derecho, el individuo debe tener derechos protegidos en la esfera internacional. Por ello, la forma en la que el Estado trata a sus nacionales no es más un problema únicamente de jurisdicción doméstica, sino también internacional⁷.

5 F. PIOVESAN, «Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da Constituição brasileira», en L. N. C. BRANT, (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 2011.

6 R. B. BILDER, «An overview of international human rights law» en HANNUM, Hurst (Editor), *Guide to International human rights practice*, 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

7 El concepto surge a partir de la Posguerra, en 1945, la Organización de las Naciones Unidas y en 1948 con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, consolidándose la afirmación de una ética universal, al consagrar un consenso sobre valores de cuño universal.

Con la aprobación de la Declaración Universal de 1948 y la concepción contemporánea de los derechos humanos introducida por ella —derechos humanos como la consolidación de una ética universal y de consenso sobre los valores a seguir por los Estados—, se empieza a desarrollar el derecho y todo el sistema internacional de protección de los derechos humanos mediante la adopción de innumerables tratados internacionales destinados a la protección de los derechos fundamentales.

En lo que concierne a Brasil y su posicionamiento relativo a ese sistema internacional de protección de derechos humanos, a partir de 1988 se institucionaliza un régimen político democrático y se introduce también un indiscutible avance en la consolidación legislativa de las garantías y los derechos humanos fundamentales. Con la promulgación de la llamada constitución ciudadana, los derechos humanos ganarán notable relevancia, pues la consolidación de las libertades fundamentales y de las instituciones democráticas del país transformó sustancialmente la política brasileña sobre los derechos humanos, posibilitando un progreso significativo en el reconocimiento de obligaciones internacionales en este ámbito.

Es necesario destacar que sólo a partir del proceso de democratización del país, comenzado en 1985, el Estado brasileño pasó a ratificar relevantes tratados internacionales de derechos humanos. El marco inicial del proceso de incorporación de tratados internacionales de derechos humanos por el derecho brasileño fue creado mediante la ratificación en 1989 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes y, a partir de entonces, comenzaron a incorporarse otros importantes instrumentos internacionales de protección de derechos humanos al derecho Brasileño, bajo la égida de la Constitución Federal de 1988⁸.

A partir de la Carta Magna de 1988, importantes tratados internacionales de derechos humanos fueron ratificados por Brasil. De entre ellos merecen destacarse : a) Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, de 20 de julio de 1989; b) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, el 28 de septiembre de 1989; c) Convención sobre derechos del niño, el 24 de septiembre de 1990; d) Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, el 24 de enero de 1992; e) Pacto Internacional de los derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 24 de enero de 1992; f) Convención Americana de Derechos Humanos, el 25 de septiembre de 1992; g) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el 27 de noviembre de 1995; h)

8 F. PROVESAN, «Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da Constituição brasileira», en BRANT, L. N. C (coord.), *Direito Internacional Contemporâneo*, Curitiba: Juruá, 2011.

Protocolo de la Convención Americana referente a la Abolición de la Pena de Muerte, el 13 de agosto de 1996; i) Protocolo de la Convención Americana referente a los derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el 21 de agosto de 1996; j) Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, el 15 de agosto de 2001; k) Estatuto de Roma, que crea el Tribunal Penal Internacional, el 20 de junio de 2002; l) Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el 28 de junio de 2002; m) Protocolo Facultativo de la Convención de derechos del niño sobre la participación de los niños en conflictos armados, el 27 de enero de 2004; n) Protocolo Facultativo sobre la Convención sobre los derechos de los niños, sobre venta, prostitución y pornografía infantil, también de 27 de enero de 2004; o) Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, el 11 de enero de 2007; y p) Convención sobre derechos de las personas con deficiencias y sus protocolos facultativos, de 10 de julio de 2009.

Es clara la relación dialéctica entre el proceso de democratización de Brasil y el proceso de incorporación de relevantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, pues si bien el proceso permitió la ratificación de tratados de derechos humanos, también dicha ratificación permitió el fortalecimiento del proceso democrático por medio de la ampliación y refuerzo del universo de los derechos asegurados. Así, según J. A. LINDEGREN ALVES⁹: «Com a adesão aos dois Pactos internacionais da ONU, assim como ao Pacto de São José, no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias à sua integração ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Internamente, por outro lado, as garantias aos amplos direitos entronizados na Constituição de 1988, não passíveis de emendas e, ainda, extensivas a outros decorrentes de tratados de que o país seja parte, asseguram a disposição do Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente às obrigações internacionais por ele contraídas».

Considerando todo lo expuesto hasta el momento, parece claro que los tratados y convenciones internacionales garantistas de derechos humanos ocupan un lugar destacado y una posición central en el orden constitucional vigente desde el prisma de las garantías de los nacionales y residentes en el país. En este sentido deben señalarse los arts. 4º, II, de la Constitución Federal de 1988 que establece la prevalencia

9 L. J. A. ALVES, *Os direitos humanos como tema global*, São Paulo: Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

de los derechos humanos como principio fundamental de la República Federal de Brasil en sus relaciones internacionales y el art. 5º, § 2º, que establece que los derechos fundamentales por ella asegurados no excluirán aquellos derivados de los tratados internacionales de los que Brasil forme parte.

Desde este punto de vista, parece importante, aunque sea brevemente, analizar la jerarquía de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico interno; es decir, la interacción entre el derecho brasileño y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el país. Esto es lo que pretendemos hacer en el siguiente epígrafe.

3. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL N° 45/04 Y SUS IMPLICACIONES

Dada la revalorización y la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos, sobre la égida de la Constitución de 1988, Brasil pasó a formar parte de las principales convenciones internacionales de derechos humanos. En este sentido, reconociendo que la misión de protección de las personas no se agota en el plano nacional, la Constitución de 1988 tomó en el ámbito de los derechos y garantías fundamentales la forma de una Constitución abierta¹⁰. De este modo, a los derechos fundamentales se suman los derechos humanos derivados de los tratados internacionales, que con el mismo estatus jurídico constitucional, amplían los derechos fundamentales inicialmente consagrados¹¹.

Es importante destacar en este punto de la exposición que el valor de la dignidad humana, tal y como pone de relieve Flávia PIOVESAN (2011), fue inmediatamente elevado a principio fundamental de la Constitución de 1988, en los términos del art. 1º, III e impuesto como núcleo básico e informador del ordenamiento jurídico brasileño, siendo parámetro de valoración, interpretación y comprensión del sistema constitucional instaurado en 1988.

Tras la extensa declaración de derechos enunciada en el art. 5º, la Carta de 1988 establece que los derechos y garantías expresados en la Constitución «no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacio-

10 F. PIOVESAN, «A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro», *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, núm. 42, p. 03-106, 1994.

11 D. M. REIS, «Controle de Supralegalidade: reflexões sobre a superioridade hierárquica das normas internacionais de direitos humanos», en BRANT, L. N. C (coord.), *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba, Juruá, 2011.

nales en que la República Federativa de Brasil sea parte». De esta manera, a la luz de esta disposición, los derechos fundamentales pueden ser divididos en tres grupos distintos: a) los derechos expresados en la Constitución; b) los derechos implícitos, derivados del régimen y los principios adoptados por la Carta constitucional; y c) los derechos expresados en los tratados internacionales suscritos por Brasil. La Constitución Brasileira de 1988 innova así, al incluir entre los derechos constitucionalmente protegidos los derechos enunciados en los tratados internacionales firmados por Brasil. Y de esta manera, al efectuar tal incorporación, la Carta de 1988 atribuye a los derechos internacionales una jerarquía especial y diferenciada, similar a la de la norma constitucional¹².

Destacamos con Flávia PIOVESAN¹³ que: «por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos derechos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos derechos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos derechos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos derechos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de derechos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado jus cogens (direito cogente e inderrogável)».

Es necesario recalcar que, en tanto que los tratados internacionales tienen fuerza jerárquica infraconstitucional, en los términos del art. 102, III, «b» del texto (que admite la presentación de un recurso extraordinario de inconstitucionalidad de los tratados), los derechos enunciados en tratados internacionales de protección de los derechos humanos ostentan naturaleza de norma constitucional. Por eso, podemos llegar a la conclusión de que el derecho brasileño opta por un sistema mixto de regulación de los tratados, un régimen aplicable a los tratados de derechos humanos y otro aplicable a los tratados internacionales.

No obstante, debe añadirse que además de la concepción de la naturaleza constitucional de los tratados de derechos humanos (concepción defendida por este trabajo) y de la concepción que, por el contrario, confiere a los tratados un estatus paritario al de la ley federal (posición mayoritaria del Supremo Tribunal Federal), destacan otras

12 F. PIOVESAN, «Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da Constituição brasileira», en BRANT, L. N. C. (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba, Juruá, 2011.

13 Et all.

dos corrientes doctrinales. Una de ellas sostiene que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía supraconstitucional, mientras que la otra corriente defiende la jerarquía infraconstitucional, pero suprallegal, de los tratados de derechos humanos.

En opinión de Agustín GORDILLO¹⁴, para quien los tratados de derechos humanos tienen jerarquía supraconstitucional, «a supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e de imperatividade. Estamos, em suma, ante um normativismo supranacional. Concluimos, pois, que as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do derecho interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional. Não duvidamos de que muitos intérpretes resistirão a considera-la derecho supranacional e supraconstitucional, sem prejuízo dos que se negarão a considerá-la sequer derecho interno, ou, mesmo, derecho».

Por otro lado, encontramos además la corriente doctrinal que considera la jerarquía infraconstitucional, pero suprallegal, de los tratados de derechos humanos. A este respecto, merece la pena destacar la opinión del Magistrado del Supremo Tribunal Federal de Brasil Sepúlveda Pertence con ocasión de la sentencia RHC 79.785-RJ de mayo de 2000, que trataba sobre el alcance interpretativo del derecho a la doble instancia jurisdiccional previsto por la Convención Americana de Derechos Humanos. El Magistrado se manifestó de este modo en su voto particular: «Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cit., Inf. STF 48)».

En relación a la doctrina del Supremo Tribunal Federal, hasta muy recientemente, mantenía la idea de que todos los tratados, independientemente de que versasen sobre derechos o no, tenían estatus de norma ordinaria, discutiendo sobre si, por lo tanto, podrían ser derogados o no por leyes ordinarias contrarias posteriores, lo que obviamente generaba innumerables problemas internacionales.

Así, en síntesis, existen cuatro corrientes sobre la jerarquía de los tratados de los derechos humanos que sostienen: a) la jerarquía supraconstitucional de tales tratados; b) la jerarquía constitucional; c) la jerarquía infraconstitucional, pero suprallegal y d) la paridad entre tratado y ley federal (doctrina jurisprudencial mayoritaria del STF)¹⁵.

14 A. GORDILLO, *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1993

15 F. PROVESAN, «Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da Constituição brasileira», en BRANT, L. N. C (coord.), *Direito Internacional Contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 2011.

En este sentido, en respuesta a la polémica doctrinal y jurisprudencial concerniente a la jerarquía de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, la Enmienda Constitucional n° 45/04, introduciendo el § 3° en el art. 5° de la Constitución Federal de 1988, establece que aquellos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por cada Cámara del Congreso nacional, en dos rondas, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales¹⁶.

Con la aprobación de la Enmienda Constitucional n° 45/04 se despejaron las dudas sobre la peculiaridad de los tratados sobre derechos humanos y se confirmó también su posición jerárquica en relación a los demás tratados. Pero, ¿qué ocurrió con los tratados ratificados antes de la enmienda? Cabe señalar que estos poseen características que los convierten en materialmente constitucionales (con estatus constitucional) y por esa razón es preciso observar en ellos las mismas consecuencias que se desprenden de los tratados material y formalmente constitucionales, a saber: no pueden ser objeto de denuncia por parte del Presidente de la República; b) sirven de parámetro de control de constitucionalidad; y c) prevalecen sobre la ley ordinaria, independientemente del criterio cronológico. Dado que albergan disposiciones, principios y valores que se encuentran en consonancia con un texto constitucional, aunque fuera de él, forman lo que BIDART CAMPOS llamó el bloque de constitucionalidad¹⁷. Todo ello destinado a garantizar mejor y de manera real la protección de la dignidad humana.

Desde esta perspectiva, ¿qué impacto ha tenido en el ordenamiento jurídico interno la creciente ratificación de tratados internacionales de protección de derechos humanos y los ya ratificados a tenor de la reforma producida por la Enmienda Constitucional n° 45/04? Esto es lo que trataremos de explicar a continuación.

4. TRATADOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y SUS EFECTOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO: LA DOCTRINA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL

Conforme a lo apuntado, el posicionamiento doctrinal consistente en reconocer a la norma internacional sobre derechos humanos jerarquía constitucional y

16 P. R. B. RAMOS, «Direito Constitucional e Ordem Internacional», en RAMOS, P. R. B.; RAMOS, E. M. B.; FREIRE, A. R. S. *O Direito no século XXI. Estudos em homenagem ao Ministro Edson Vidigal*, Santa Catarina: Edit. Obra Jurídica, 2008.

17 C. D. A. MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

aplicación inmediata no contó con la adhesión del Poder judicial, especialmente del Supremo Tribunal Federal, guardián último de los derechos y garantías fundamentales. Para Daniela MURADAS REIS¹⁸, la resistencia, por parte del STF, al reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos de paridad constitucional deriva del dilatado repertorio jurisprudencial de la Corte.

Sin embargo, como afirma Celso LAFER¹⁹, con la Enmienda Constitucional 45 y la consecuente introducción del art. 5.º, § 3º se encarnó la clara opción de producir una norma interpretativa destinada a cerrar las controversias jurisprudenciales y doctrinales sobre el art. 5.º, § 2.º, de la Constitución de 1988.

Debe señalarse que, desde luego, se despeja la idea de que, en virtud del § 3.º del art. 5.º de la Carta de 1988, todos los tratados internacionales de derechos humanos ya ratificados serían recepcionados como leyes federales, pues no habrían obtenido el quórum cualificado de tres quintos exigido por el aludido párrafo. Pero los tratados de protección de derechos humanos ratificados anteriormente a la Enmienda Constitucional 45 de 2004 contaron con una amplia mayoría en la Cámara de Diputados y en el Senado Federal, excediendo, incluso, el quórum de tres quintos de los miembros de cada Cámara. No obstante no fueron aprobados en dos rondas de votación, puesto que aún no estaba previsto.

Conviene recordar que, en virtud del art 5º, § 2º, todos los tratados de derechos humanos, independientemente del quórum obtenido en su aprobación, son materialmente constitucionales, componiendo el bloque de constitucionalidad.

Pues bien, centrándonos en el impacto de los dos tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno y las decisiones jurisprudenciales ante la Enmienda Constitucional 45/04, debe destacarse la decisión del Superior Tribunal de Justicia RHC 18799, cuyo relator fue el Magistrado José Delgado, de mayo de 2006: «(...) o § 3º do art. 5.º da CF/88, acrescido pela EC 45, é taxativo ao enunciar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionales”. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quórum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante

18 D. M. REIS, «Controle de Supralegalidade: reflexões sobre a superioridade hierárquica das normas internacionais de direitos humanos», en BRANT, L. N. C (coord.), *Direito Internacional Contemporâneo*, Curitiba: Juruá, 2011.

19 C. LAFER, *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, São Paulo: Manole, 2005

a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionales concernentes a derechos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assinados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional. Não se pode escantear que o § 1º supra determina, peremptoriamente, que “as normas definidoras dos derechos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionales em que o Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição (§ 3º do art. 5º), a qual possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção (...) não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo derecho aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a derechos humanos»²⁰.

Esta sentencia revela la hermenéutica que debe ser aplicada a los derechos humanos, inspirada por una lógica y racionalidad material, al afirmar la primacía de la sustancia sobre la forma²¹.

Merece enfatizarse también el valioso voto particular del Magistrado Celso de Mello respecto del impacto del art. 5.º, § 3.º y de la necesidad de actualización jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal, en la sentencia HC 87.585-8 de 12 de marzo de 2008, sobre la problemática del arresto civil del depositario infiel²². A la luz del principio de la máxima efectividad constitucional, advirtió el «Ministro» Celso de Mello que «o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades constitucionales e dos derechos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionales subscritos pelo Brasil». En su voto, destacó esa alta misión, confiada a los jueces y Tribunales, como una de las más expresivas funciones

20 RHC 18799, Recurso Ordinario de Habeas Corpus, fecha de la sentencia: 09.05.2006, DJ 08.06.2006.

21 En sentido contrario, se destaca la RHC 19087, Recurso Ordinario en Habeas Corpus, fecha de la sentencia: 18.05.2006, DJ 29.05.2006 del Superior Tribunal de Justicia, siendo el relator el Min. Albino Zavascki. El argumento de la sentencia, se inspiró en una lógica y racionalidad formal, afirmando la primacía de la forma sobre la sustancia al no considerar la jerarquía constitucional material en detrimento de lo formal en relación al Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos), pacto ratificado anteriormente en EC 45/04.

22 F. PROVESAN, «Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da Constituição brasileira», en BRANT, L. N. C (coord.), *Direito Internacional Contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 2011.

del Poder judicial, siendo deber del Poder Público, especialmente de los jueces y Tribunales, respetar y promover la efectividad de los derechos humanos garantizados por las Constituciones de los Estados nacionales y asegurados por las declaraciones internacionales, «em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos derechos básicos da pessoa humana».

En otro momento, el 3 de diciembre de 2008, el Supremo Tribunal Federal, por unanimidad, negó el Recurso Extraordinario 466.343, extendiendo la prohibición de prisión civil por deuda, con fundamento en la Convención Americana de derechos Humanos (art. 7.º, § 7.º), la cual prohíbe la prisión civil por deuda, salvo en caso de incumplimiento de pensión alimenticia. Es importante destacar que la Constitución de 1988, en el art. 5.º, LXVII, aunque establece la prohibición de la prisión civil por deudas, exceptúa las hipótesis de depositario infiel y deudor de pensión alimenticia. Así, la comprensión unánime por el Supremo Tribunal Federal concedió prevalencia al valor de la libertad, en detrimento del valor de la propiedad, considerando, de esta forma, que la prisión civil por deuda en Brasil se encuentra restringida a la hipótesis de incumplimiento voluntario e inexcusable de la pensión alimenticia. El Supremo Tribunal Federal acordó conferir a los tratados de derechos humanos un régimen especial y diferenciado, distinto del régimen jurídico aplicable a los tratados tradicionales. Sin embargo, no terminó de fijar lo referente a la jerarquía atribuida a los tratados de derechos humanos, permaneciendo la división entre la tesis de la suprallegalidad (la visión del ordenamiento jurídico como una pirámide en la que la Constitución asume el punto de vista más elevado) y la tesis de la constitucionalidad de los tratados de derechos humanos (el ordenamiento jurídico como un trapecio en el que la Constitución y los tratados de derechos humanos asumen el lugar más elevado), siendo la primera tesis mayoritaria, y vencidos los Magistrados Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Grace y Eros Grau, que conferirían a los tratados de derechos humanos estatus constitucional.

Flávia PIOVESAN destaca que la decisión RE 466.343 constituyó una decisión paradigmática, desplegando una fuerza catalizadora sobre la jurisprudencia nacional, a fin de asegurar a los tratados de derechos humanos un régimen privilegiado en el sistema jurídico brasileño, propiciando la incorporación de parámetros de garantía internacionales en el ámbito doméstico.

No obstante, los tratados y convenios internacionales ratificados por Brasil antes de la Enmienda Constitucional n. 45/04, aunque no se sujeten al procedimiento indicado de la aprobación en dos rondas en cada Cámara del Congreso

Nacional con quórum de tres quintos, no pueden quedar sujetos al estado de ánimo del poder judicial, que no puede considerarlos jerárquicamente inferiores a las normas constitucionales. Incluso ante la aparente omisión de la Enmienda Constitucional n. 45/04 en relación a esos tratados pretéritos, la realidad es que la Enmienda parece tener presente a todos los tratados de derechos humanos independientemente de su ratificación en el pasado, presente o futuro, dejando claro que a partir de su promulgación todos los tratados sobre derechos humanos deberían ser amparados por el estatus constitucional por medio del procedimiento antes indicado, aunque prevalezca en Brasil la perspectiva monista nacionalista, en razón del dogma de la supremacía constitucional. Esta visión ha sido, no obstante, superada hace algunos años por los países europeos que integran la Unión Europea, donde la legislación supranacional posó el estatus antes reservado al texto constitucional.

El presente trabajo concibe que la tesis de que la disposición del art. 5º, § 3º, introducida en el ordenamiento jurídico brasileño por la Enmienda Constitucional 45, reconoce de modo explícito la naturaleza materialmente constitucional de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, reforzando la existencia de un régimen jurídico mixto, que distingue los tratados de derechos humanos de los demás tratados internacionales. Además de ello, esta disposición expresa la evolución de la relevancia social, política y jurídica de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el Estado brasileño, reflejando el prisma técnico-jurídico de la inequívoca atribución por parte del ordenamiento jurídico de la máxima efectividad de los tratados internacionales sobre derechos humanos, observados evidentemente los requisitos constitucionales. Así, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil, considerando su estatus constitucional, formando parte del bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico doméstico (en relación a aquellos ratificados antes de la EC n.º 45 de 2004) y los tratados de derechos humanos ratificados después de la EC n.º 45 (material y formalmente constitucionales) despliegan su eficacia en todo el ordenamiento jurídico interno como cualquier otra regla constitucional.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Desde el proceso de democratización del país y en particular a partir de la Constitución Federal de 1988, Brasil adoptó importantes medidas en pro de la incorporación de instrumentos internacionales destinados a garantizar los derechos humanos, hecho que suele requerir de cambios y adecuaciones en el ordenamiento

jurídico interno frente al carácter diferenciado de los tratados y convenciones de derechos humanos que, dada su particular naturaleza, ocuparía un lugar especial en el ordenamiento jurídico, de modo que su internacionalización, por medio del proceso de ratificación previsto en la Constitución, tienen el poder de paralizar la eficacia jurídica de cualquier disposición normativa infraconstitucional que entre en conflicto con tales tratados y convenios.

Con la aprobación de la Enmienda Constitucional nº 45/04 se despejaron las dudas sobre la peculiaridad de los tratados sobre derechos humanos y se confirmó su posición jerárquica superior en relación a los demás tratados.

En relación a los tratados ratificados antes de la referida Enmienda, se ha subrayado que estos poseen características que los convierten en materialmente constitucionales y por esa razón es preciso considerarlos como poseedores de las mismas consecuencias de los tratados material y formalmente constitucionales, a saber: no pueden ser objeto de denuncia por el Presidente de la República; b) sirven como parámetro de control de constitucionalidad; y c) tienen prevalencia sobre la ley ordinaria, con independencia de criterio cronológico alguno. Todo ello para garantizar la mejor y más real efectividad de la protección de la dignidad humana.

La innovación introducida por la Enmienda Constitucional nº 45/04 viene a ampliar y reforzar el debate respecto a la jerarquía e impacto de las normas internacionales de garantía de derechos humanos en el ámbito interno, pues permite al Supremo Tribunal Federal la revisión de su jurisprudencia mayoritaria hasta el momento desarrollada sobre el tema, que equiparaba los tratados de derechos humanos a las leyes ordinarias, sin distinción entre aquellos y los tratados tradicionales de naturaleza comercial.

La necesidad de revisión jurisprudencial de la materia por parte del Supremo Tribunal Federal ha sido recalcada por sus propios Magistrados. Destáquese la advertencia del Magistrado Gilmar Ferreira Mendes, en cuyo voto a la sentencia RE 466.343, de 22 de noviembre de 2006 afirmó: «tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitadas criticamente. (...) Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltados primordialmente à proteção do ser humano».

Se presenta, por tanto, al Supremo Tribunal Federal la urgente necesidad de reconstruir una comprensión interpretativa más adecuada y coherente con el creciente proceso de internacionalización de los derechos humanos. Compete a la Corte Constitucional, por tanto, el desafío de reafirmar su vocación de guardián de la Constitución y, a partir de una interpretación evolutiva, avanzar en la defensa de la fuerza normativa constitucional de los tratados de derechos humanos, confiriendo la máxima efectividad a los derechos.

Pese a todo, lo cierto es que no parece que competa al poder judicial defender la necesidad de reconocer el carácter materialmente constitucional de los tratados sobre derechos humanos firmados antes de Enmienda Constitucional n. 45/04, para garantizar su perfecta aplicabilidad. Sin embargo, sí puede defenderse que en caso de duda sobre la naturaleza de tales tratados o convenios debería darse la oportunidad de someterlos a la apreciación del Congreso para garantizar formalmente su nuevo estatus antes de cualquier decisión. Esta postura forma parte de una nueva etapa que podría denominarse como diálogo institucional.

Resumen

El artículo realiza un análisis del impacto en el ordenamiento jurídico interno de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos tras su ratificación por el país considerando los cambios producidos por la Enmienda Constitucional n.º 45/04. La Enmienda Constitucional n.º 45/04 despejó las dudas sobre la peculiaridad de los tratados sobre derechos humanos y también confirmó su posición jerárquicamente superior en relación a los demás tratados, adquiriendo la virtud de paralizar la eficacia jurídica de cualquier disposición normativa infraconstitucional que entre en conflicto con tales tratados y convenios. En cuanto a los tratados internacionales de protección derechos humanos ratificados antes de la EC n.º 45, poseen características que los convierten en materialmente constitucionales y por esa razón deben ser observados del mismo modo que los tratados material y formalmente constitucionales.

Palabras clave: *Tratados de Derechos humanos. Jerarquía de las normas. Impacto interno.*

Abstract

The study makes an analysis the impacts on domestic legal system that the international treaties for the protection of human rights cause to be ratified by the country considering the changes brought by Constitutional Amendment 45/04. The Constitutional Amendment 45/04 dismissed the doubts about the peculiarity of the human rights treaties and also confirmed its higher hierarchical position in relation to other treaties, having the power to paralyze the legal effectiveness of any normative provision or infraconstitutional that conflict with such treaties and conventions. As regards the international treaties of human rights pro-

tection ratified before the Constitutional Amendment no. 45, they possess characteristics that make them materially constitutional and for this reason it is necessary to see them holding the same consequences of treated material and formally constitutional.

Key Words: *Human Rights Treaties. Hierarchy of norms. Internal Impact.*

Recibido: 3 de marzo de 2015
Aceptado: 9 de septiembre de 2015

LOS NUEVOS INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA ECONÓMICA EUROPEA Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES EN GRECIA (PERIODO 2009-2015)

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ*

SUMARIO

1. Crisis y nuevos instrumentos de gobernanza económica.
2. Reformas en la legislación interna y consecuencias sobre las condiciones sociales en Grecia.
3. Conclusiones.

1. CRISIS Y NUEVOS INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA ECONÓMICA

La existencia en la UE de una fuerte integración financiera o interbancaria y la insuficiencia de los mecanismos jurídicos previstos en la normativa comunitaria, hizo que el estallido de la crisis y la quiebra económica de algunos países de la eurozona dispararan todas las alarmas y fuera seguida de una reacción rápida y de la adopción de medidas extraordinarias. Con el objetivo de rescatar los Estados con problemas y, sobretudo, evitar su posible propagación a los otros, desde el 2009 en adelante comenzó a producirse un proceso de reformas del Derecho comunitario. Estas reformas se orientaron a la adopción de nuevas normas en el marco de la eurozona que persiguieran tal objetivo. En este sentido, hemos de referirnos a dos tipos diferentes de medidas, coincidentes en el tiempo.

Por un lado, se han adoptado reformas del gobierno económico de la UE utilizando los mecanismos internos propios del derecho comunitario. Nos referimos aquí, básicamente, a la modificación del art. 126 TFUE y a la adopción del Protocolo no. 12 de sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, del semestre europeo, el «Six-Pack» y el «Two-Pack».

Por otro lado, se han ido aprobando nuevos mecanismos de gestión de la crisis en el seno de los países de la zona euro, mediante normas ajenas al Derecho Comunitario.

* Profesor de Derecho Constitucional. Universitat de València.

rio, aunque estrechamente vinculadas con la UE. Nos referimos aquí, principalmente, al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG) y al Tratado constitutivo del Mecanismo Europea de Estabilidad (MEDE), mecanismo que sustituye a la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF) y el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (MEEF).

Todo este conjunto de normas impusieron obligaciones a los Estados que se han traducido en modificaciones de sus legislaciones nacionales y desastrosas consecuencias sociales para la población.

2. REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN INTERNA Y CONSECUENCIAS SOBRE LAS CONDICIONES SOCIALES EN GRECIA

En octubre de 2009, el nuevo gobierno socialista de Yorgos Papandreu anunció que los datos macroeconómicos de la contabilidad estatal habían sido falsificados durante los últimos años. Su revisión elevó drásticamente la deuda pública y el déficit exterior y la reacción del mercado financiero fue aumentar los diferenciales de los bonos griegos y bajar las calificaciones de crédito. Con la pérdida de acceso a los mercados financieros internacionales y ante la imposibilidad de hacer frente a su deuda pública, el Parlamento griego adoptó la Ley 3833/2010, de 15 de marzo, sobre la protección de la economía nacional – Medidas de emergencia para hacer frente a la crisis fiscal (FEK A '40/15-3-2010), mediante la que se empiezan a hacer recortes sociales con el objetivo de limitar gasto público. No obstante, y ante la gravedad de la situación económica, dos meses más tarde, en mayo de 2010, el país se vio obligado a pedir ayuda económica a la UE.

En este contexto, Grecia ha ido perdiendo toda capacidad de decisión sobre su economía y se encuentra sometida a los dictados provenientes de agentes externos:

Por un lado, como Estado miembro de la UE Grecia debe aceptar y aplicar las recomendaciones llegadas del Consejo de la UE que le exige el cumplimiento del art. 126 TFUE y de las recomendaciones adoptadas en el marco de los semestres europeos, bajo amenaza de sanción.

Por otro lado, como condición para recibir ayuda económica el país se encuentra obligado a implementar los Planes de Ajuste económico establecidos en los respectivos memorándums de entendimiento firmados con sus prestamistas.

Ambos elementos tendrán unas consecuencias desastrosas para los mecanismos de bienestar y protección social en el país helénico, sin embargo, el presente trabajo se detendrá sólo en el segundo de estos elementos: los llamados «rescates económicos» y sus memorándums de entendimiento.

2.1. *Las obligaciones impuestas a Grecia fruto del primer «rescate» económico: el Memorándum I y la legislación que lo implementa*

Ante la imposibilidad de hacer frente a su deuda pública, Grecia acordó, en mayo de 2010, con los Estados miembros de la eurozona y el FMI un préstamo económico de 110 mil millones de euros. Como contrapartida, Grecia se comprometía a adoptar un programa de austeridad conformado por reformas estructurales de la economía griega, con el objetivo de reducir el déficit al 3% PIB en tres años (2014)². Estas medidas que se pactaron en dos memorándums de entendimiento, un Memorando de Política Económica y Financiera y un Memorando de Entendimiento sobre Condiciones Específicas de Política Económica, denominados con el nombre de Memorándum I³.

Las medidas a adoptar establecidas en el Memorándum I se dividen en tres ámbitos: La política fiscal; reformas fiscales estructurales; y, otras reformas estructurales (reformas del mercado laboral, reformas del mercado de productos y reformas del sector financiero)⁴. Veamos algunas de las medidas propuestas e implementadas en cada uno de estos ámbitos.

2.1.a. *La política fiscal: reducción salarial, limitación de la contratación pública y privatizaciones*

Con respecto a la política fiscal, el Programa de Ajuste económico preveía una política de ajuste macroeconómico muy grande centrada sobre todo en el recorte de gasto público, principalmente, salarios y contratación pública⁵. Según datos de

2 El desembolso de la ayuda se haría dosificadamente previa comprobación de cumplimiento de las condiciones establecidas. El calendario previsto fue el desembolso de 38 millones de euros en 2010, 40 millones de euros en 2011, 24 millones de euros en 2012, y 8 millones de euros en 2013.

3 Existen diferentes autores que ponen en cuestión la constitucionalidad del proceso de aprobación en Grecia del Memorándum I, sobre ello, *vid.* G. KATROUGALOS, «The paraconstitution of the Memorandum and the other way», *NomikoVima*, 2011.

4 *Vid.* *The Economic Adjustment Programme for Greece*, Occasional papers 61, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, Comisión Europea, Mayo 2010.

5 El art. 3, párrafo 4.6 y 4.8 de la Ley 3845/2010 estableció otro recorte más de un 3% en los salarios públicos, una reducción de los complementos salariales en un 8%, así como la supresión de la paga extraordinaria de Pascua, verano y navidad y su sustitución por una única paga extra de 1.000 euros para los trabajadores que ganan un salario inferior a los 3.000 euros brutos mensuales [esta medida fue meses después consolidada y desarrollada por la Ley N° 3847 de 11 de mayo de 2010 (FEK A'67/11/05/2010)]. Posteriormente, la Ley 3899/2010, de 17 de diciembre de 2010, sobre «Medidas financieras y fiscales para la ejecución del Programa» (FEK 212/17-12-2010), introduce nuevas reduc-

la OCDE del 2014, el salario real en el sector público ha caído en un -1.9% anual desde 2009⁶. Esta reducción del salario fue acompañada, en los meses siguientes, de un aumento de la jornada laboral. La Ley 3979/2011, de 16 de junio, sobre la gobernanza electrónica y otras disposiciones, extendió el horario de trabajo en el sector público de las 37,5 horas semanales, fijadas por convenio colectivo, a 40 horas.

En cuanto a la contratación en el sector público, aunque como hemos señalado, la Ley 3833/2010 había introducido ya una tasa de reposición del 20% de los trabajadores jubilados en la función pública (un empleado contratado por cada cinco salidas), aunque con excepciones (maestros, enfermeras, policías, militares, etc.) y la reducción en un 30% de la contratación sobre la base de contratos de derecho privado y los contratos de colaboración externa en el sector público en 2010, la Ley 3899/2010 de 17 de diciembre, sobre Medidas financieras y fiscales para la ejecución del Programa, suprimió todas las excepciones a la cuota de contratación en el sector público y redujo aún más la contratación de personal a través de contratos de derecho privado y los contratos de colaboración externa por un 15% adicional. Posteriormente, la Ley 3986/2011, de 1 de julio de 2011, sobre Medidas urgentes para la Aplicación de la mitad de período fiscal marco sobre la estrategia, que introdujo una estrategia fiscal revisada con un nuevo marco de tiempo (2012-2015), redujo todavía más las cuotas para la contratación de empleados públicos establecido por las Leyes 3833 y 3899 y limitado la celebración de contratos de derecho privado en el sector público por un 50% adicional para 2011 y en un 10% adicional hasta 2015. Según datos del propio Ministerio de Reforma Administrativa y E-Governance, creado en 2011 mediante Decreto Presidencial 65/2011, durante el período 2009-2013 el número de empleados del sector público de Grecia se redujo en 267.095. En 2009, había 952.625 empleados públicos que en 2013 se habían reducido a 675.530. Un porcentaje de ellos se jubiló, pero la gran mayoría estaban trabajando en contratos que no fueron renovados⁷.

Asimismo, el Programa de Ajuste económico impuso un importante plan de privatizaciones. Con este fin, y mediante Ley 3986/2011, de 30 de junio, de Medidas urgentes para la aplicación de la Estrategia Fiscal a medio plazo 2012-2015, se creó el Fondo de la República Helénica de Activos de Desarrollo (HRADF), una

ciones en los salarios de las empresas públicas y extendió la prohibición de negociación de aumentos salariales en el sector público hasta 2011, prohibición que había sido introducida por primera vez por la Ley 3833 para el año 2010.

6 OECD Employment Outlook 2014 (<http://www.oecd.org/greece/EMO-GRC-EN.pdf>) (todas las páginas web citadas en este artículo han sido consultadas en octubre de 2015).

7 Vid. <http://www.ydmed.gov.gr/>

Sociedad Anónima que tiene el Estado griego como accionista único, aunque en su consejo de administración asisten observadores de la Comisión europea y representantes de los países prestamistas de la eurozona, y cuyo fin es la administración, negociación y venta a privados de los activos que el Estado pone a su disposición⁸. De junio de 2011 a marzo de 2014 se realizaron ventas por valor de 4,9 billones de euros de los cuales se habían cobrado 2,9 billones⁹.

2.1.b. *Reformas fiscales estructurales: reforma de las pensiones, reformas en el sistema y la administración tributaria, en el derecho presupuestario y en el Sistema Nacional de Salud*

En lo referente a las llamadas reformas fiscales estructurales se establece una profunda modificación del sistema de pensiones. La Ley 3845/2010 de 8 de julio, sobre el Nuevo Sistema de Seguridad Social y disposiciones relevantes (FEK A'115/08.07.2010) estableció una fuerte reducción en las pensiones¹⁰. Además, la ley de 2010 limitó la financiación de la seguridad social por parte del Estado sólo a la pensión básica de bienestar y aumentó la edad normal de jubilación a los 65 años, incrementándose a partir de 2020 de manera lineal al aumento de la esperanza de vida. El aumento de la edad de jubilación de las mujeres en el sector público se ha

8 A partir de 2011, Grecia pone a la venta a través del HRADF la gestión de las carreteras, aeropuertos, puertos, la banca estatal (Banco nacional de Grecia, Banco ALPHA, Piraeus Bank, etc.), la compañía de correos (ELTA), compañías de agua, petróleo, electricidad y telefonía, la lotería nacional, etc. En el primer trimestre de 2012, el HRADF había vendido, entre otros, terrenos de varios millones de hectáreas en las islas de Rodas y de Corfú; el International Broadcasting Center, construido para las Olimpiadas de 2004 en Atenas; varios edificios públicos; etc.

9 Hellenic Republic Asset Development Fund. Asset Development Plan. Progress report. June 2014: <http://www.hradf.com/sites/default/files/attachments/20140618-progress-report-june-2014-en.pdf>

10 Respecto de los menores de 55 años impuso una aminoración de un 40% de la cifra que supere los 1.000 euros, mientras que para los que superen esa edad y cobren una pensión por encima de 1.200 euros, la reducción impuesta fue del 20% de la cifra que supere esa cuantía. Además, la norma suprimió las pagas extraordinarias de Pascua, verano y navidad de los pensionistas, sustituyéndolas por una única paga extraordinaria de 800 euros para las pensiones mensuales inferiores a los 2.500 euros brutos. Las pensiones superiores a 1.400 euros brutos mensuales se redujeron en un promedio de 8%, a partir de 2010, mientras la norma reformista obligó en paralelo, mediante su art. 3.8, a la cancelación y sustitución de todas las disposiciones de los convenios colectivos contrarias a esta medida. Esta misma ley 3845/2010 estableció que, a partir del 1 de enero de 2015, empezaría a regir un sistema basado en la existencia de un derecho a una pensión básica de bienestar (que el art. 2 de la ley fija en 360 euros) completada por una pensión financiada por el presupuesto de los fondos de la seguridad social a través de las contribuciones de los trabajadores y los empleadores.

aplicado de manera progresiva siendo de 60 años a 31 de diciembre de 2010 e incrementándose a partir de esta fecha un año cada año hasta alcanzar los 65 en 2015. Por último la reforma eliminó también los incentivos a la jubilación anticipada, en concreto, las prestaciones de jubilación se reducirán en un 6% anual para las personas que se jubilen entre las edades de 60 y 65 años con un período de cotización inferior a los 40 años.

De nuevo con el objetivo de reducir el gasto en pensiones, la Ley 4024/2011 sobre Disposiciones de Pensiones, escala salarial uniforme – Sistema de evaluación, reserva laboral y otras disposiciones para la aplicación de Mediano Plazo Fiscal estrategia marco 2012-1015, introdujo recortes del 40% en aquellas pensiones cuya cantidad estuviera por encima de los 1.000 euros recibidas por personas de menos de 55 años de edad, y del 20% en las pensiones también superiores a 1.000 euros recibidas por personas mayores de 55 años de edad. A la vez, introdujo reducciones en las pensiones complementarias.

A pesar de estos recortes, una mirada a los datos ofrecidos por el Eurostat¹¹ o por otros estudios acerca de la pobreza en el país¹² (medida en términos de ingresos), muestra cómo las personas de más de 60 años son los que, en comparación con otros grupos sociales, menos han visto empeorada su situación en términos de ingresos¹³.

Más allá de la cuantía de las pensiones, el Memorándum I también recomendó que se realizara una reforma del sistema y la administración tributaria tendiente a mejorar su eficacia y a la lucha contra el fraude, la cual se llevó a cabo mediante la aprobación de la Ley 3943/2011 de lucha contra la evasión fiscal, dotación de personal a los organismos de auditoría y otras disposiciones competencia del Ministerio de Hacienda, de 29 de marzo. Al mismo tiempo, la Ley 3996/2011, de 5 de agosto, sobre la «Reforma de la Inspección de Trabajo (SEPE)», amplió las funciones de control de la inspección de trabajo sobre el trabajo no declarado.

En la misma línea fueron las reformas en el derecho presupuestario que se plasmaron en la adopción de la Ley Orgánica de la Gestión Fiscal 3871/2010, que introdujo

11 <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tesp-n060&plugin=1>

12 M. MATSAGANIS y C. LEVENTI, «Poverty and Inequality during the Great Recession in Greece», *Political Studies Review*, Vol. 12, 2014, p. 211.

13 Ello se debe a que aquellas personas mayores de menores ingresos fueron las que sufrieron pérdidas de ingresos más bajas, sin embargo, ello no significa que estos no hayan empeorado en sus condiciones sociales, los recortes en otros ámbitos como por ejemplo la atención sanitaria, los cuales no se tienen en cuenta a la hora de medir la pobreza, han planteado fuertes costes y barreras de acceso para este grupo fuertemente dependiente de la sanidad.

un nuevo marco para la elaboración, ejecución y seguimiento del presupuesto del gobierno con el objetivo de introducir una nueva filosofía en la gestión de los recursos públicos que dejara atrás la vieja concepción de presupuestos pensados anualmente para avanzar hacia el concepto de programación presupuestaria plurianual, estableciendo a la vez, límites máximos de gasto vinculantes para cada ministerio y reforzando el papel de la Oficina General de Contabilidad (GAO) en el seguimiento de las estadísticas de las finanzas públicas y la planificación y el control presupuestario.

Esta modificación fue completada meses más tarde con la aprobación, mediante Ley 3985/2011 de 29 de junio, de la llamada Estrategia fiscal a medio plazo (2012-2015), en la cual se incluyen, entre otros aspectos, un catálogo de empresas *sujetas* a privatización. La reducción del gasto público implicó una reducción de la actividad prestacional de la Administración pública que se ha traducido en recortes en numerosos de los servicios sociales básicos como la sanidad.

Idéntico sentido tuvieron las medidas en materia de sanidad, que perseguían reducir el gasto público en este campo por debajo del 6% del PIB. Éstas tomaron inicialmente la forma de un aumento de los co-pagos para las consultas médicas ambulatorias y servicios de diagnóstico, de 3 a 5 euros¹⁴ (con algunas excepciones para los grupos vulnerables); y de recortes de gasto público en productos farmacéuticos aumentando la participación de los pacientes en el co-pago para ciertos medicamentos que de 2008 a 2014 ha aumentado en un 10% o más dependiendo de la enfermedad. En 2014 entraron en vigor también nuevas tasas para prescripciones (1€ por receta) y un cargo adicional de 25€ por hospitalización, aunque esta última fue finalmente cancelado una semana después fruto de la creciente presión pública y parlamentaria¹⁵.

Además se adoptaron medidas de exclusión de un listado de medicamentos de la financiación del Sistema Nacional de Salud, la introducción de la receta electrónica la cual permite un mayor control sobre el número de recetas que llevan a cabo los médicos favoreciendo la reducción de prescripciones y la prescripción por principio activo con el fin de aumentar el uso de genéricos. El objetivo fijado por la Troika fue reducir el gasto farmacéutico de 4,37 billones de euros en 2010 a 2,88 billones en 2012 (objetivo que se cumplió), y a 2 billones en 2014¹⁶. Las consecuencias de esta

14 Decisión ministerial conjunta Y4a/oik.165114; Ministerio de Salud y Solidaridad Social, Circulares Y4a/oik. 1329/4.1.2011; Y4a/oik. 4456/14.1.2011.

15 A. KENTIKELIS, M. KARANIKOLOS, A. REEVES, M. MCKEE y D. STUCKLER, «Greece's health crisis: from austerity to denialism», *The Lancet*, Volume 383, No. 9918, pp. 748-753.

16 European Commission, *The Economic Adjustment Programme for Greece; second review-autumn 2010*. European Economy Occasional Papers, 2010, p. 72

reducción son evidentes. Debido a retrasos en el reembolso de farmacias que están acumulando deudas¹⁷ muchas farmacéuticas han reducido los suministros a causa de facturas pendientes de pago y bajos beneficios, lo que hace que algunos medicamentos no se puedan conseguir¹⁸. A la vez, muchos pacientes deben ahora pagar por adelantado y esperar para su posterior reembolso por los fondos de seguro; por ejemplo, un estudio¹⁹ mostró que, en la provincia de Acaya, el 70% de los encuestados dijeron no tener suficientes ingresos para adquirir los medicamentos prescritos por sus médicos.

Asimismo, se produjo el establecimiento de una vigilancia o control estricto sobre las cuentas de los hospitales y la actividad de los médicos en lo relativo a las consultas (fijándoles un número mínimo de pacientes por médico), hospitalizaciones, prescripción de medicamentos, remisión a otros médicos, etc.; y se procedió a una reformulación del sistema de financiación de los hospitales adoptando un sistema basado en el coste por GRDs. La aprobación de Ley 3918/2011 de reformas estructurales en el sistema de salud, de 15 de febrero, conllevó más cambios estructurales²⁰.

Todas estas reformas en el sistema de salud no fueron consideradas suficientes para los prestamistas internacionales que, a finales de 2010, ya habían creado un grupo de trabajo formado por expertos «independientes» en contacto permanente con la Comisión europea, el BCE y el FMI, que iban formulando de manera permanente nuevas recomendaciones como la reducción del número de personal administrativo y médicos contratados por el EOPPY, una reorganización más profunda de la red de hospitales griegos, la ampliación de las tasas de cotización de los regímenes de seguros de salud específicos a fin de igualar todas las tasas de contribución EOPYY, etc.

17 E. KARAMANOLI, «Debt crisis strains Greece's ailing health system», *The Lancet*, Vol. 378, 2011, pp. 303-304

18 E. SUKKAR y H. SMITH, «Panic in Greek pharmacies as hundreds of medicines run short», *The Guardian* (London), Feb 27, 2013. <http://www.guardian.co.uk/world/2013/feb/27/greece-blames-drug-companies-shortages>.

19 G. MANTZOURANIS, A. BITA, A. KATSANAKI, *et al.*, «The pharmaceutical behaviour of Greek patients during the economic crisis», *Elegeia: Primary Health Care*, Vol. 24, 2012, pp. 27-37.

20 Entre otros aspectos, la ley ha posibilitado la gestión privada de los centros de salud. La ley establece que la adquisición de suministros (bienes y servicios) de salud se planificará a nivel regional a través del desarrollo de Programas Regionales de Bienes y Servicios. Estos programas deben ser aprobados por el Comité de Coordinación de la Contratación Pública (CCP), que es el responsable de designar al órgano encargado de la contratación de bienes y servicios y el mecanismo de licitación para cada tipo de adquisición. La ley otorga al CCP la posibilidad de designar como órgano de contratación y, por tanto, de gestión de los bienes y servicios de salud, a empresas privadas, con el fin, señala la ley, de conseguir «economías de escala y una mayor eficiencia».

A través de todo este conjunto de medidas de austeridad, el presupuesto de los hospitales públicos se redujo en un 26% entre 2009 y 2011²¹, una caída sustancial teniendo en cuenta que los gastos deberían haber aumentado de acuerdo con los estabilizadores automáticos²². En un momento de creciente demanda ella ha provocado un aumento de las cargas de trabajo del personal y un crecimiento de las listas de espera²³. Además, los efectos se hacen especialmente evidentes en las zonas rurales con escasez de medicamentos y equipamiento²⁴.

Estos recortes han tenido consecuencias importantes en la salud de la población. A modo de ejemplo, los programas de prevención y tratamiento para el consumo de drogas ilícitas (reparto de jeringuillas y preservativos) afrontaron grandes recortes, en un momento de creciente necesidad asociada a las dificultades económicas. Coincidiendo con ello, el número de nuevas infecciones por el VIH entre consumidores de drogas aumentó de 15 en 2009 a 484 en 2012²⁵ y los datos preliminares para 2013 sugieren que la incidencia de la tuberculosis en esta población se ha más que duplicado en comparación con 2012²⁶.

Fruto de ello, en su primer acto al final de junio de 2013, Adonis Georgiadis, el nuevo Ministro de Salud (el cuarto en un poco más de un año), mediante el decreto N° GY/39A sobre restricción de la transmisión de enfermedades infectocontagiosas, rescató una controvertida ley que estipula las pruebas obligatorias para las enfermedades infecciosas bajo vigilancia policial para los usuarios de drogas, prostitutas e inmigrantes²⁷. El Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA

21 OECD.OECD Health Data 2013. <http://www.oecd.org/health/health-systems/oecdhealth-data.htm>

22 A. KENTIKELINIS, M. KARANIKOLOS, A. REEVES, M. MCKEE y D. STUCKLER, *op. cit.*

23 A. KENTIKELINIS, M. KARANIKOLOS, I. PAPANICOLAS, S. BASU, M. MCKEE y D. STUCKLER, «Health effects of financial crisis: omens of a Greek tragedy», *The Lancet*, Vol. 378, 2011, pp. 1457-1458; T. HYPHANTIS, «The depression of mental health care in general hospitals in Greece in the era of recession», *Journal of Psychosomatic Research*, Vol. 74, 2013, pp. 530-532; T. TRIPSA, M. KALPAXOGLU, A. PAPAMANOLI, M. SARIDI, M. REKLEITI, y K. SOULIOTIS, «Recording and evaluation of issues encountered in the use of public health services in Greece», *Hellenic J Nurs Sci.*, Vol. 4, 2013, pp. 27-39.

24 I. SILIGIANNI, E. ANASTASIOU, M. ANTONOPOULOU, et. al., «Greek rural GP's opinions on how financial crisis influences health, quality of care and health equity», *Rural Remote Health*, Vol. 13, 2013, p. 2528.

25 European Centre for Disease Prevention and Control and Who Regional Office for Europe. HIV/AIDS surveillance in Europe 2012. European Centre for Disease Prevention and Control, Stockholm, 2013.

26 G. SPALA, *Epidemiological data for tuberculosis in Greece*, Hellenic Centre for Disease Control and Prevention (KEELPNO), Athens, 2013.

27 The Lancet, «HIV testing in Greece: repeating past mistakes», *The Lancet*, Vol. 382, 2013, p. 102.

ha pedido la derogación de la controvertida ley, ya que «podría servir para justificar acciones que violan los derechos humanos»²⁸.

Además de todo lo anterior, al unir salud y desempleo surge otra preocupación importante que es la erosión de la cobertura de salud. En Grecia la cobertura del seguro médico social está relacionada con el estatus de trabajador, con un nuevo grupo de desempleados entre 29 a 55 años que quedan, en consecuencia, cubiertos por un máximo de 2 años. El rápido aumento del desempleo desde 2009 (de 7,7% en 2008 a 24,3% en 2012²⁹) hace que un número cada vez mayor de personas se esté quedando sin seguro médico. Aquellos que no tienen seguro son elegibles para algún tipo de cobertura de salud después de que se les realice un «test de recursos», pero los criterios de comprobación de recursos no se han actualizado para tener en cuenta la nueva realidad social³⁰. Estudios del 2013³¹ estimaron que cerca de 800.000 beneficiarios potenciales se habían quedado sin prestaciones por desempleo ni cobertura en salud. Ello explica el reciente surgimiento en varios centros urbanos del país de clínicas sociales (centros de atención primaria atendidos por médicos voluntarios)³² o el que la ONG Médicos del mundo haya incrementado enormemente sus operaciones en el país helénico³³.

2.1.c. *Otras reformas estructurales: reformas del mercado laboral, del mercado de productos y del sector financiero*

Finalmente, en el campo de las llamadas «otras reformas estructurales», el Memorándum exigía la realización de una reforma del mercado laboral, del mercado de productos y del sector financiero.

Respecto a la reforma del mercado laboral, se llevaron a cabo cambios importantes tanto en la vertiente individual como colectiva del derecho del trabajo mediante la introducción de más de diez nuevas normas que modificaron la legislación laboral vigente.

28 UNAIDS. *UNAIDS urges Greek authorities to repeal Sanitary Decree*, UNAIDS, 2013. <http://www.unaids.org/en/resources/presscentre/pressreleaseandstatementarchive/2013/july/20130731greece>.

29 M. MATSAGANIS y C. LEVENTI, *op. cit.*, p. 211.

30 M. MATSAGANIS, «Reeling under pressure? The welfare state and the crisis in Greece». *AUEB Working Paper Series*, Vol. 1231, 2012, pp. 1-22.

31 N. MALKOUTZIS y Y. MOUZAKIS, *We need to talk about unemployment*. Kathimerini (Athens), May 30, 2013. http://www.ekathimerini.com/4dcgi/_w_articles_wsite3_1_30/05/2013_501692.

32 Z. ADAWI, *Greece in sickness and in debt*. BBC World Service. 2013. <http://www.bbc.co.uk/programmes/p01bn6m8>.

33 Médecins du Monde, *Access to healthcare in Europe in times of crisis and rising xenophobia*, Médecins du Monde/Doctors of the World International Network, Paris, 2013.

Por un lado y respecto de la vertiente individual, sobre la base del primer memorando incorporado vía la citada Ley 3845/2010, el Parlamento griego introdujo las primeras previsiones concernientes al empleo y la remuneración de los jóvenes trabajadores con la finalidad de promover su inserción al mercado de trabajo dado el ascenso de la tasa de desempleo juvenil. En los meses siguientes, se adoptaron otras leyes (Ley 3863/2010 y 3986/2011) y reformas³⁴ regulando el mismo objeto. Como puede observarse por las estadísticas, las normas fracasaron en su intención de controlar el ascenso del desempleo y la pobreza juvenil. Mientras la tasa de desempleo juvenil referente a las personas menores de 25 años era en el país de un 21,9% en 2008, en 2014 había pasado a ser de un 52,3%³⁵. En 2012, un 11,5% de los jóvenes de 18 a 29 años y un 13% de la población de 30 a 44 años estaba por debajo del umbral de la extrema pobreza, cifrada por el autor del estudio³⁶ en 224 euros mensuales, cantidad mínima cuantificada en este año para poder acceder en el país a la canasta básica de bienes para una vida digna.

La nueva legislación post-memorandum introdujo asimismo otras modificaciones en la vertiente individual del derecho laboral como, por ejemplo, nuevas formas flexibles de trabajo³⁷, reducción de la remuneración de las horas extras³⁸, abaratamiento del despido por vía de la reducción de la indemnización por despido³⁹, modificación de la regulación referida al período de prueba⁴⁰ o la modificación del umbral de trabajadores fijado para considerar la existencia de un despido colectivo⁴¹.

34 Para un estudio detallado de estas reformas, *Vid.* S. YANNAKOUREOU, C. TSIMPOUKIS, «Las reformas laborales en Grecia tras la crisis económica (2010-2012)», *RGDTSS*, Iustel, No. 34, 2013, pp. 13-14.

35 <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tsdec460>

36 M. MATSAGANIS y C. LEVENTI, *op. cit.*, p. 211.

37 A modo de ejemplo podemos citar la Ley 3846/2010, de 11 de mayo de 2010, *sobre medidas de seguridad del empleo*, que modificó la regulación de una amplia gama de formas flexibles de empleo (teletrabajo, trabajo a tiempo parcial, las agencias de trabajo temporal, trabajo de rotación, etc.).

38 Sobre ello, *vid.* I. KOUKLADIS, *Labour Law – Individual labour relations and the law of work flexibility*, Sakkoulaseds, 6.ª edición, Athens-Thessalonik, 2012, pp. 855-870.

39 Sobre ello, *vid.* A. GUAMÁN y A. NOGUERA, *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 137-138.

40 Respecto al «período de prueba», el art. 17, párrafo 5a) de la Ley 3899/2010, que modifica el art. 1 de la Ley 2112/1920, establece que «todo contrato de trabajo de duración indefinida incluye un período de prueba de 12 meses, durante el cual el contrato puede extinguirse sin causa y sin indemnización, salvo que exista pacto en contrario». Por esta vía se asimila conceptualmente el primer año de un contrato de trabajo indefinido con un período de prueba, durante el cual el empresario puede finalizar el contrato sin restricción alguna (S. YANNAKOUREOU y C. TSIMPOUKIS, *op. cit.*, p. 26).

41 Para facilitar la extinción masiva de contratos de trabajo y reducir el coste laboral de las empresas se lleva a cabo también una modificación del umbral de trabajadores fijado, en límites mensua-

Por lo que se refiere a las reformas operadas en la vertiente colectiva del Derecho del trabajo, destacan cambios en la negociación colectiva. Las recomendaciones del memorándum apostaban por la descentralización de la negociación colectiva en detrimento de la negociación sectorial, invirtiendo la primacía y reconociendo la posibilidad de que los convenios de empresa puedan regular «in peius» lo establecido en el convenio sectorial. Ello se implementó a través de la Leyes 3845/2010 y 4024/2011⁴².

Teniendo en cuenta que el 95% del total de empresas en Grecia son pequeñas y medianas empresas, la descentralización de la negociación colectiva implica un debilitamiento enorme del poder de los sindicatos. Los empresarios afectados por la recesión económica están facultados para ajustar salarios y otras condiciones de trabajo a las necesidades específicas de la empresa, estando en la práctica liberados de la aplicación de los términos contenidos en los convenios colectivos sectoriales⁴³.

También en la vertiente colectiva del derecho del trabajo, la Ley 3871/2010, de 17 de agosto de 2010, sobre Gestión Financiera y Responsabilidad canceló y sustituyó todos los laudos arbitrales emitidos por la Organización para la Mediación y Arbitraje (OMED) que habían concedido aumentos salariales para 2010 y el primer semestre de 2011 (art. 51). Ésta establece también que para el período del 1 de julio de 2011 al 31 de diciembre de 2012 han de limitarse los aumentos salariales a los previstos en el EGSSE, esto es, un porcentaje igual a la tasa media de inflación de la zona euro.

Paralelamente a la reforma del mercado laboral, las «otras reformas estructurales» impuestas por el Memorándum I incluían una reforma del mercado de productos, la cual obligaba a la adopción de legislación en todos los sectores para la aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior⁴⁴, que establece la liberalización de servicios, garantizando el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios así como la libre circulación de los servicios⁴⁵.

les, para considerar que un despido es colectivo. El art. 74 de la Ley 3863/2010 aumentó los umbrales de los despidos colectivos de 4 a 6 trabajadores despedidos en las empresas de más de 20 trabajadores y del 2 al 5% en las empresas que emplean a más de 150 personas.

42 Vid. G. THEODOSSIS, «Deregulating working terms through company level collective agreements», *EErgD*, 2012, pp. 1283-1290; S. YANNAKOUROU, «Derogation in pejus through company collective labour agreements after law 4024/2011», *Epitheorisis Ergatikou Dikaïou* [Labour Law Review] (Special volume in Memoriam of Prof. Athanasios Kardaras), 2012, pp. 1160 y ss.

43 S. YANNAKOUROU y C. TSIMPOUKIS, *op. cit.*, p. 40.

44 Diario Oficial L 376 de 27.12.2006.

45 De acuerdo con el art. 2.2 de la Directiva, quedan excluidos de la misma: los servicios finan-

Lo anterior fue acompañado de una reducción de los requisitos para la creación de empresas, reduciendo las cargas administrativas mediante la Ley 3982/2011 de simplificación de las licencias de actividades profesionales y técnicas de fabricación, parques empresariales y otras disposiciones, de 7 de junio, con el objetivo de atraer inversiones al país⁴⁶.

En materia de energía, las condiciones fijan la liberalización del sector y la racionalización de las tarifas al consumidor⁴⁷. La Ley 4001/2011, aprobada por el Parlamento griego el 2 de agosto, adaptó la legislación nacional al denominado «Third Energy package» de la UE creado para liberalizar el mercado de gas y electricidad en el interior de la UE y proceder a la privatización de las grandes empresas griegas estatales de electricidad (PPC) y de gas (DEPA-DESFA), lo que se ha traducido en un encarecimiento progresivo de los precios para la población. A modo de ejemplo, el precio de la electricidad era de 0,125 euros/kwh para los hogares y 0,105 para la industria en 2011; de 0,139 euros/kwh para los hogares y 0,118 para la industria en 2012; y de 0,156 euros/kwh para los hogares y 0,125 para la industria en 2013⁴⁸.

Asimismo, la Ley 3920/2011, de 3 de marzo, sobre la «Reforma, Reestructuración y Desarrollo del Transporte Urbano» reestructuró el sistema de transporte urbano en Ática, abolió todos los convenios colectivos en vigor, e impuso la obligación de renegociar, en un plazo no superior a 30 días, los nuevos convenios colectivos con las dos organizaciones más representativas en cada una de las nuevas empresas

cieros; las redes de telecomunicaciones; los transportes; los servicios de salud; las actividades de juego; algunos servicios sociales así como algunos específicos del sector jurídico.

En este contexto el Parlamento griego aprobó la Ley 3959/2011 de protección de la libre competencia, de 12 de abril. Pero, además, el Programa de ajuste pedía una profundización de los principios de la Directiva para sectores como el turismo, la educación y la venta al por menor y, en una fase posterior, a las profesiones reguladas para las cuales hasta el momento no se habían previsto planes de liberalización (auditores, abogados, farmacéuticos, ingenieros, arquitectos), profesiones que, siguiendo tales directrices, fueron liberalizadas mediante Ley 4038/2012, aprobada en el Parlamento griego el 31 de enero.

46 En este sentido, el gobierno griego aprobó el plan «The Business Friendly Greece Action Plan» consistente en 80 políticas destinadas a eliminar las barreras y obstáculos para la inversión en Grecia, a implementar durante el período 2011-2012.

47 En cuanto al transporte, el memorándum refleja la necesidad de poner fin a las grandes pérdidas en el sector ferroviario mediante la aplicación de las Directivas la UE para establecer un mercado común abierto a los competidores en este sector y proceder a la privatización de los ferrocarriles y aeropuertos regionales.

48 [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Half-yearly_electricity_and_gas_prices,_first_half_of_year,_2011%E2%80%9313_\(EUR_per_kWh\)_YB14.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Half-yearly_electricity_and_gas_prices,_first_half_of_year,_2011%E2%80%9313_(EUR_per_kWh)_YB14.png).

creadas. De no lograrse acordar un nuevo convenio, las condiciones de empleo quedarían establecidas por la ley. A la vez, esta ley también prohíbe el recurso unilateral al arbitraje para esta negociación en particular.

Y en lo que se refiere a la reforma del sector financiero, el Memorándum establece como objetivo primordial la garantía de las condiciones de liquidez de los bancos. En este sentido, permite en primer lugar, una posible ampliación en la duración y el tamaño del entonces vigente paquete de 28 mil millones de euros de apoyo del Gobierno a los bancos previa aprobación por parte de la Comisión europea. En segundo lugar, el Banco de Grecia podrá proporcionar liquidez, en circunstancias extraordinarias, a aquellos bancos con problemas temporales para adquirir liquidez en el mercado. Y, en tercer lugar, en el anexo del Memorándum se establece la creación del *Fondo Helénico de Estabilidad Financiera*, entidad creada en julio de 2010 bajo la Ley 3864/2010, cuyo objetivo es el mantenimiento de la estabilidad del sistema bancario griego. Para ello podrá conceder ayudas de capital a los bancos, monitoreando y evaluando como estas entidades usan y gestionan los activos provenientes del fondo⁴⁹. El capital del Fondo ascendió a 10 mil millones de euros, provenientes del rescate de 110 mil millones de euros que Grecia recibe de los Estados miembros de la eurozona y el FMI.

Como hemos señalado antes, el desembolso de la ayuda se hacía dosificadamente previa comprobación de cumplimiento de las condiciones establecidas. De acuerdo con ello, una misión conjunta de la Troika (Comisión Europea, BCE y FMI) se desplazaba periódicamente a Atenas para hacer un seguimiento y comprobación de la correcta ejecución de las reformas para así proceder al siguiente desembolso. A raíz de estas visitas, se llevaron a cabo una revisión y actualización permanente de las condiciones fijadas en el Programa de ajuste económico original impuesto a Grecia. Concretamente, se llevaron a cabo cinco revisiones (septiembre de 2010⁵⁰, diciembre de 2010⁵¹, marzo de 2011⁵², 20 de junio 11⁵³, septiembre-octubre de 2011⁵⁴). De manera conforme con los resultados de estas revisiones, los memorándums se revisaron sucesivamente y se comunicaron nuevas versiones actualizadas a la Troika a través de nuevas cartas de intención, firmadas por el Ministro de Hacienda y el Gobernador del Banco de Grecia. Una revisión a fondo del programa se realizó el 1 de julio de 2011, cuando

49 Sobre este, *vid.* <http://www.hfsf.gr/en/index.htm>.

50 http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2010/pdf/ocp68_en.pdf.

51 http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2010/pdf/ocp72_en.pdf.

52 http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2011/pdf/ocp77_en.pdf.

53 http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2011/pdf/ocp82_en.pdf.

54 http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2011/pdf/ocp87_en.pdf.

el Parlamento aprobó la Ley 3986/2011 sobre Medidas urgentes para la implementación de la Estrategia fiscal a medio plazo 2012-2015 (FEK 152/01.07.2011). Esta estrategia fiscal a medio plazo introdujo nuevas medidas de austeridad con un plan de aplicación revisado y un nuevo horizonte temporal de 2012 a 2015. El 25 de octubre, el Parlamento aprobó la Ley 4024/2011, de 27 de octubre, que introdujo medidas adicionales para la aplicación de la estrategia fiscal a medio plazo 2012-2015.

2.2. *Las obligaciones impuestas a Grecia fruto del segundo «rescate» económico: el Memorándum II y la legislación que lo implementa*

A pesar de la aplicación del primer programa, la recesión económica en el cuarto trimestre de 2011 era mucho más profunda de lo que las autoridades europeas esperaban. La contracción económica se debía a una caída significativa de la demanda interna y a una pérdida de dinamismo de las exportaciones. La renta disponible de los hogares se vio afectada por el aumento del desempleo y las medidas fiscales. Además, la inestabilidad social y política generó una gran incertidumbre sobre el resultado de las elecciones parlamentarias previstas para ese año 2012, lo que dio lugar a una aceleración de las salidas de capital y las dudas sobre si Grecia tendría capacidad para aplicar el Programa de ajuste económico.

En este contexto, se produce la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona euro y las instituciones de la UE, de 21 de julio de 2011, que en su punto 2 establece la necesidad de un segundo programa de ajuste económico para Grecia.

Todo ello llevó al gobierno griego a firmar, en febrero-marzo de 2012, un segundo rescate de 130 mil millones de euros adicionales para los años 2012-2014. Al igual que el anterior, el desembolso del préstamo se hizo por tramos y estaba condicionado a la aplicación de otro paquete de austeridad, el llamado segundo programa de ajuste económico, pactado en el denominado Memorándum II⁵⁵.

La aprobación de la asistencia financiera entre la FEEF, Grecia y el Banco de Grecia, así como del Memorándum de entendimiento acordado entre la Comisión europea, Grecia y el Banco de Grecia, fueron adoptadas por el Parlamento griego a través de la Ley 4046/2012, de 14 de febrero, y la Ley 4060/2012, de 20 de marzo.

En este Memorándum II, se analiza el cumplimiento de las medidas de política acordadas en el marco del primer programa, señalando su insuficiencia y la

55 Si bien la financiación del primer rescate procedió de préstamos bilaterales con Estados miembros de la eurozona y el FMI, la financiación de este segundo préstamo se hace a través de la FEEF, en funcionamiento desde agosto de 2010, y el FMI.

necesidad de revisar algunos de los objetivos fijados y profundizar en las reformas estructurales, además de conceder más dinero para la recapitalización de los bancos en situación de dificultades. Siguiendo el mismo esquema utilizado para el Memorándum I, veamos algunas de las reformas adicionales que introduce este segundo programa de ajuste económico.

2.2.a. *La política fiscal: reducción, control y seguimiento del gasto público*

Mediante el segundo Programa se revisan ligeramente los objetivos de gasto público, aunque manteniéndose muy parecidos a los establecidos por el primer programa. Para lograr tales objetivos el gobierno se comprometió a reducir los gastos, en ese mismo año 2012, en un 1,5% PIB, introduciendo nuevos recortes a través de un presupuesto complementario, esto es un presupuesto de ajuste que el Gobierno presenta al Parlamento a mitad de año para introducir medidas que no estaban contemplados en el presupuesto del año. Ello se hizo mediante la Ley 4081/2012 de reducción del Gasto Público, regulación de las cuestiones de control financiero y otras disposiciones, de 20 de septiembre), así como que otros actos legislativos o leyes aprobadas.

Entre otras medidas, se adoptaron las siguientes: una reducción del gasto farmacéutico que ascendió, como mínimo, a 1.080 millones de euros en el año 2012 mediante el aumento de los copagos y otros mecanismos; una reducción en el pago de horas extras para los médicos en los hospitales, por lo menos 50 millones de euros; una reducción de los tenientes de alcalde en los ayuntamientos con el objetivo de ahorrar, al menos, 30 millones de euros, reforma que fue implementada mediante Ley 4071/2012 sobre Disposiciones sobre el Desarrollo Regional, Gobierno Local y Administración Descentralizada, de 9 de abril; una reducción de 270 millones de euros en los gastos de funcionamiento del gobierno central y el gasto destinado a procesos electorales; una reducción de los subsidios a los residentes en zonas remotas y a entidades hasta, al menos, 190 millones de euros; etc.

Esta reducción de gasto público y el perfeccionamiento de los mecanismos de control y seguimiento sobre el gasto público, se han ido actualizando y adaptando mediante la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado para 2013⁵⁶, la Ley 4093/2012 de aprobación de la estrategia fiscal a medio plazo 2013-2016, de 7 de noviembre (revisada y actualizada por la Ley 4127/2013, de 18 de febrero), así como en los presupuestos para 2014.

56 Ley 4095/2012, de 31 de octubre.

2.2.b. *Reformas fiscales estructurales: nuevas privatizaciones, racionalización de la administración y contratación pública, reducción de los programas sociales y profundización de las reformas en sanidad y pensiones*

En cuanto a las reformas fiscales estructurales podemos hacer referencia a diversos aspectos. Respecto a las privatizaciones, el plan establecido en el primer programa no había podido cumplirse y por tanto, los ingresos recogidos por el Estado mediante esta vía estaban por debajo de lo previsto. En este contexto, el segundo programa de ajuste económico mantiene el objetivo de recaudar 50 billones de euros en ingresos por privatizaciones, aunque se revisa el calendario, ampliando los plazos de tiempo. Los objetivos de ingresos anuales se revisan estableciendo la previsión de recaudar, por lo menos, 5,2 mil millones de euros a finales de 2012; 9,2 mil millones a finales de 2013; 14 mil millones a finales de 2014; y 19 mil millones a finales de 2015. Aunque el ritmo de privatizaciones aumentó⁵⁷, sin embargo, las cifras continuaban estando muy por debajo de las planificadas.

La reforma fiscal cuya aprobación había estado inicialmente prevista para septiembre de 2011 se había retrasado y el nuevo programa establecía la necesidad urgente de aprobarla. En este sentido, el Memorándum II establecía como prioridad una reforma de los impuestos, el fortalecimiento de la administración tributaria y la lucha con la evasión fiscal⁵⁸.

Respecto a la reforma de la administración pública, el segundo Programa señalaba que se está en buena dirección y anima a seguir el proceso de «racionalización» de la administración en los distintos niveles de gobierno del Estado, proceso que debe realizarse de manera coordinada con el plan de reducción del empleo público.

En materia de contratación pública, el segundo programa de ajuste valoraba muy críticamente la escasa aplicación de las medidas destinadas a la reducción del empleo público en el programa anterior. En este sentido, se ha establecido como

57 Si en marzo de 2014, como hemos señalado antes, habían realizado ventas por valor de 4,9 billones de los cuales se habían ingresado 2,9, en diciembre del mismo año el valor total de transacciones realizadas había subido ya a un valor de 7,7 billones de euros de los que se habían recibido 3,1 billones (HRADF, Asset Development Plan – December 2014:

<http://www.hradf.com/sites/default/files/attachments/20141211-adp-december-2014-en.pdf>).

58 Diferentes leyes han sido adoptadas para dar cumplimiento a este mandato: el 11 enero de 2013, el Parlamento aprobó la Ley 4110/2013 sobre la fiscalidad de las rentas y cuestiones relativas a la Secretaría de Hacienda; meses más tarde se aprueba la Ley 4144/2013, de 9 de abril, destinada a perseguir el trabajo «en negro», personas que realizan un trabajo mientras cobran el subsidio de desempleo; el 28 abril aprueba la Ley 4152 de medidas urgentes para la implementación de las Leyes 4046/2012, 4093/2012 y 4127/2013, a través de la cual se introducen reformas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, el impuesto de transmisión de bienes inmuebles y el IVA; la Ley 4174/2013 sobre procedimientos tributarios, de 25 de julio; etc.

condición la obligación del Gobierno de tener que cumplir su compromiso de reducir el empleo público, como mínimo, en 150.000 puestos de trabajo durante el período 2011-2015⁵⁹. Para llevar a cabo estas medidas, el nuevo programa obliga a poner en inmediato funcionamiento la Autoridad Única de Contratación Pública (SPPA), como nuevo organismo central para la coordinación de la política de contratación pública y para el seguimiento y planificación de la misma, cuya entrada en vigor, aun y estar ya prevista, no se había llevado a cabo por el Gobierno griego⁶⁰.

Asimismo, en materia de programas sociales, el segundo programa afirma la existencia de una mala focalización de los programas sociales ya que, según éste, una amplia gama de beneficios sociales son asignados sin medios de pruebas a determinados grupos de la sociedad que no se encuentran en situación de aguda dificultad social. En este sentido el Programa de ajuste afirma que «hay bastante margen para generar ahorros adicionales en esta área»⁶¹.

En cuanto al sistema sanitario, a pesar de reconocer los esfuerzos y avances en la reforma del sistema, el programa establecía como necesaria la adopción de mayores esfuerzos para aumentar su «eficiencia» y «rentabilidad». El Gobierno se comprometió a reducir el gasto farmacéutico público alrededor del 1% del PIB. Concretamente, mediante la Ley 4052/2012⁶², la Ley 4093/2012⁶³ y varios decretos ministeriales, se aumentaron

59 Para ello el Gobierno debe aplicar estrictamente la regla numérica del 1:10 por la que sólo una de cada diez empleados que salen del sector público deben ser reemplazado por un nuevo empleado (tasa de reposición); reducir la contratación laboral; y, transferir a la situación de «reserva laboral» a 15 mil trabajadores del sector público que tengan contratos de derecho privado, trabajadores que recibirán durante 12 meses el 60% de su salario base sin trabajar, período después del cual serán reincorporados si hay puestos de trabajo o despedidos.

60 Todo ello se lleva a cabo a través de la Ley 4109/2013, sobre abolición y fusión de las entidades jurídicas de la Administración Pública y el sector público en general, de 9 de enero.

61 Sobre las medidas implementadas para generar ahorro en este campo, *vid.* E. PSYCHOPOULOU, «Welfare rights in crisis in Greece: the role of fundamental rights challenges», en C. KILPATRICK, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights Challenges*, EUI Working Paper LAW, Florencia, 2014, No. 05, p. 8.

62 Ley 4052/2012 mediante la que se otorga competencias a los Ministerios de Salud y Solidaridad Social y de Trabajo y Seguridad Social para la aplicación de las disposiciones de la Ley «Aprobación del Proyecto de Acuerdo de Servicio de Asistencia Financiera entre el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, la República Helénica y el Banco de Grecia, aprobación del proyecto de Memorando de Entendimiento entre la Comisión Europea, la República Helénica y el Banco de Grecia, y otras disposiciones urgentes para la reducción de la deuda pública y el rescate de la economía nacional» y otras disposiciones, de 29 de febrero.

63 Ley 4093/2012 de aprobación de la *estrategia fiscal a medio plazo 2013-2016*, de 7 de noviembre.

los copagos farmacéuticos y limitó el número de medicamentos exentos de copago; se restringió la entrada de medicamentos no genéricos en la lista de medicamentos financiados por el Sistema Nacional de salud; se disminuyeron los costos de funcionamiento de los hospitales; se limitó la emisión de recetas de medicamentos de marca no pudiendo superar el 15% del conjunto de recetas por médico; se disminuyeron los gastos administrativos y de personal médico a través de la reducción del número de empleados EOPYY y médicos contratados; y se redujo el número de consultas o pruebas médicas reembolsables. En febrero de 2014, de acuerdo con lo estipulado en el memorándum de entendimiento, el gasto público en salud en Grecia era ya menor que el que hacía cualquiera de los otros miembros de la Unión Europea antes del año 2004⁶⁴.

En materia de pensiones, el Gobierno se comprometió a una serie de medidas de racionalización con efecto desde el 1 de enero de 2013, aprobadas mediante la citada Ley 4093/2012 de aprobación de la estrategia fiscal a medio plazo 2013-2016, de 7 de noviembre⁶⁵. Además, la Ley 4051/2012 de 28 de febrero, sobre disposiciones relativas a las pensiones y otras disposiciones urgentes para la aplicación del Memorando de Entendimiento de la Ley 4046/2012, había ampliado las reformas al área de las pensiones complementarias. Esto es, en el incremento de la pensión que varias personas recibe por conceptos diversos (por conyugue a cargo, viudedad, etc.) o que reciben determinados funcionarios públicos en compensación por retribuciones no percibidas. Las condiciones impuestas por el Memorándum II exigen una reducción inmediata de las prestaciones por pensiones complementarias y una revisión en profundidad de su funcionamiento. Posteriormente, la Ley 4111/2013 de 14 de enero de 2013 contiene también, entre muchos otros aspectos, disposiciones relativas a las pensiones.

2.2.c. *Otras reformas estructurales: profundización en la disminución de los costes de producción y flexibilización de las formas de trabajo*

En este ámbito, el segundo Programa establece una profundización en las reformas laborales para continuar disminuyendo los costes de producción y flexibilizar las

64 D. STUCKLER y S. BASU, *The body economic: why austerity kills*, Basic Books, New York, 2013.

65 Entre las medidas adoptadas había: una reducción de las prestaciones de pago único para diferentes categorías de empleados públicos; recortes progresivos en todas las pensiones mensuales superiores a 1.000 euros; la eliminación de todos los bonos de temporada (a excepción de las personas con discapacidad grave); un aumento de la edad legal de jubilación de 65 a 67 años; la eliminación de los beneficios especiales de pensiones para los sindicalistas; una disminución de las pensiones de los cargos políticos de confianza; o la introducción de criterios más estrictos para tener derecho a determinadas pensiones destinadas a categorías sociales específicas.

formas de trabajo. Concretamente, esta segunda ola de reformas se plasma entre otras medidas en: mayor facilidad de establecimiento y ámbito de acción de las Empresas de Trabajo Temporal; reducción de los costes del despido⁶⁶; reducción de los salarios⁶⁷; eliminación de cláusulas de permanencia favorables a los trabajadores en las empresas privadas⁶⁸; reducción de la duración y de la ultraactividad de los convenios colectivos; eliminación del recurso unilateral al arbitraje y limitación del ámbito de aplicación del arbitraje laboral⁶⁹. Asimismo, se adoptaron otras medidas de fomento de la inversión.

Paralelamente a todas estas reformas en el ámbito laboral, el Memorándum recomienda seguir avanzando en la concesión de facilidades a los empresarios y la adopción de medidas para favorecer la apertura de empresas y fomento de la inversión, mediante la reducción de las cargas de licencias y administrativas de las empresas iniciada a través de la citada Ley 3982/2011 y la aprobación por parte del gobierno del «The Business Friendly Greece Action Plan» para el período 2011-2012. En este sentido y para seguir profundizando en tal dirección, el Parlamento aprobó la Ley 4072/2012, de 22 de marzo (revisada por la Ley 4155/2013), a través de la cual se crea en el país una nueva forma corporativa o tipo de empresa denominada *Compañía de Capital Privado* (IKE) mucho más simple y flexible que las existentes (las llamadas EPE y AE)⁷⁰. Posteriormente, se

66 Vid. A. GUAMÁN y A. NOGUERA, *op. cit.*, p. 151.

67 Sobre ello, Vid. S. YANNAKOUROU y C. TSIMPOUKIS, *op. cit.*, p. 11.

68 Otros aspectos que se reforma es el de las cláusulas de permanencia establecidas en la legislación interna de muchas grandes empresas en Grecia y que constituían un obstáculo a la posibilidad de despido. Frente a ello, la Ley 4046/2012, anexa al segundo Memorando, y los arts. 5.1 y 5.2 de la Decisión del Consejo de Ministros 6/2012, estipulan, en primer lugar, que cualquier contrato de trabajo que, de acuerdo con la reglamentación laboral interna, finalice al alcanzar una determinada edad no será considerado como un contrato de trabajo determinado, sino que aquéllos se transformarán, en palabras del segundo memorando, en contratos de duración indefinida, sometidos a la regulación laboral general (Ley 2112/1920 y 3198/1955). Asimismo, estas normas derogaron cualquier otro tipo de cláusulas de permanencia establecidas en la regulación interna laboral de cualquier empresa privada.

69 Con la intención de dificultar todavía más la negociación y adopción de nuevos convenios colectivos, se introdujeron también reformas en el procedimiento y el contenido de los servicios de arbitraje laboral. Vid. S. YANNAKOUROU y C. TSIMPOUKIS, *op. cit.*, p. 46-47.

70 Su especificidad y diferencia con las anteriores es que el capital mínimo para crearla es de 1 euro, a diferencia de las anteriores formas que exigían un capital mínimo de 4.500 euros; que tendrá una duración determinada fijada en la escritura de su constitución y que si no se define será de 12 años, pudiéndose prorrogar; que su escritura de constitución puede ser en cualquier idioma oficial de la UE; que se puede presentar la escritura de constitución en cualquier municipio del país, pudiendo luego trasladarse a cualquier otro estado miembro de la UE; etc.

aprueban otras leyes con el mismo objetivo como la Ley 4146/2013 de creación de un entorno favorable para el Desarrollo de las Inversiones Estratégicas y privadas, de 10 de abril.

Todas estas reformas establecidas en el segundo Programa de Ajuste económico se han ido revisando constantemente tanto por la Comisión Europea como por el FMI, que han ido aprobando revisiones permanentes del Programa. La Comisión Europea llevó a cabo una primera revisión del Programa en diciembre de 2012⁷¹, una segunda en mayo de 2013⁷², una tercera en julio de 2013⁷³ y una cuarta en abril de 2014⁷⁴. Por su lado, el FMI lleva a cabo una primera y segunda revisión en enero de 2013⁷⁵, una tercera en junio de 2013⁷⁶, una cuarta en marzo de 2014 y una quinta en junio de 2014⁷⁷.

Aunque el Programa recomendaba explícitamente llevar a cabo una reforma constitucional donde se constitucionalizara, como se había hecho en España en 2011, el carácter prioritario del pago de la deuda, ésta no se ha llegado a adoptar en Grecia.

2.3. *Las obligaciones impuestas a Grecia fruto del tercer rescate económico y por el Memorándum III*

En diciembre de 2014 finalizó el segundo rescate. No obstante, dos meses antes de su fin, el Eurogrupo descartó que Grecia pudiera hacer una salida limpia del programa de asistencia financiera de la UE y el FMI, y dio por hecho un tercer rescate⁷⁸. Al finalizar el año, el Eurogrupo concedió una prórroga de 2 meses del rescate, hasta febrero, tiempo en que debería negociarse y firmar el tercer rescate.

El 25 de enero de 2015 se celebran elecciones parlamentarias en el país helénico. El partido ganador fue la Coalición de la Izquierda Radical (SYRIZA), quedándose a dos escaños de la mayoría absoluta, con 149 escaños de 300. No obstante, Tsipras tomó pose-

71 http://crisisobs.gr/wp-content/uploads/2013/03/ocp123_en.pdf.

72 <http://crisisobs.gr/wp-content/uploads/2013/05/second-programme.pdf>.

73 <http://crisisobs.gr/wp-content/uploads/2013/07/Third-r-second-pr.pdf>.

74 http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2014/pdf/ocp192_en.pdf.

75 <http://crisisobs.gr/wp-content/uploads/2013/01/cr1320.pdf>.

76 <http://crisisobs.gr/wp-content/uploads/2013/06/cr13153.pdf>.

77 <http://crisisobs.gr/wp-content/uploads/2014/06/cr14151.pdf>.

78 Según datos publicados por la oficina de estadística helena ELSTAT, al finalizar el 2014 el déficit del estado griego era de 6.356 millones de euros, equivalente al 3,5% del PIB, y la deuda pública se situaba en el 177,1% del PIB (317.094 millones) (Fuente: RTVE, *Cronología de la crisis de Grecia*: <http://www.rtve.es/noticias/20150917/cronologia-crisis-grecia/329528.shtml>).

sión del cargo de primer ministro de Grecia un día después, luego de pactar un gobierno de coalición con el partido Griegos Independientes (ANEL). La prioridad del nuevo Gobierno era negociar con la troika una reestructuración de la deuda griega y una modificación de las reformas estructurales exigidas por los acreedores europeos. A partir de este momento empiezan las negociaciones entre el nuevo Gobierno griego con el Eurogrupo.

En febrero, tras terminar la primera prórroga y con las negociaciones en curso, Grecia y el Eurogrupo acuerdan prorrogar en cuatro meses más el actual marco de financiación al país. Durante este tiempo, en el que se llevan a cabo intensas negociaciones, Grecia cumple todas las obligaciones de la deuda con sus acreedores internacionales⁷⁹, a la vez que, a nivel interno, el nuevo Gobierno da un giro de 180 grados en la orientación ideológica de la legislación, aprobando leyes que revierten varias de las medidas de austeridad aprobadas por los gobiernos conservadores anteriores⁸⁰.

Paralelamente, la situación económica sigue empeorando⁸¹. Además, a punto de vencer la prórroga de la financiación el 30 de junio y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre el Gobierno griego y el Eurogrupo, los días 26 y 27 de junio Alexis Tsipras, con la intención de presionar al Eurogrupo para que rebaje sus exigencias y acepte la

79 A principios de marzo, Atenas paga al FMI 348 millones de euros correspondientes al segundo tramo del préstamo que debe abonar a este organismo internacional. El día 16 del mismo mes le paga otros 547 millones y el día 20 paga otros 330 millones más. En abril, Grecia abona 459 millones de euros al FMI. En junio, Grecia agrupa los pagos pendientes al FMI a final de mes (Fuente: RTVE, *op. cit.*).

80 El 28 de abril el Parlamento aprueba la Ley «Regulación de asuntos relativos a la cadena pública, Radio Televisión Griega SA y modificación del artículo 48 de la Ley 2190/1920 y otras disposiciones» que establece la reapertura de la radiotelevisión pública que el Gobierno del conservador de Andonis Samarás había cerrado dos años atrás. Asimismo, el 6 de mayo el Parlamento aprueba un Proyecto de Ley denominado «Democratización de la Administración, lucha contra la burocracia y corrección de las injusticias» que prevé la readmisión de todos los trabajadores del sector público cuyos despidos fueron declarados inconstitucionales. Concretamente, son unos 4.000 empleados entre los que se encuentran las limpiadoras despedidas del Ministerio de Finanzas, profesores de secundaria, guardias escolares y médicos del sistema público de salud. El Gobierno espera contratar a otros 11.000 funcionarios este año, proyecto con el que recoge una promesa del Ejecutivo anterior, liderado por el conservador Andonis Samarás. Durante los cinco años de crisis el número de funcionarios se ha reducido en 350.000, la mayoría de ellos debido a las jubilaciones. De los 930.000 empleados a principios de 2010 se pasó a 570.000 a finales de 2014 (Fuente: RTVE, *op cit.*).

81 ELSTAT confirma que la economía griega volvió a entrar en recesión en el primer trimestre del año 2015, cuando el PIB se contrajo un 0,2% respecto al cierre de 2014. Además, la inversión empresarial retrocedió un 7,5%, las exportaciones cayeron un 0,6% y las importaciones se redujeron un 0,7%. El BCE publicó que en abril se aceleró la retirada de depósitos de los bancos griegos, que perdieron 5.600 millones de euros, lo que dejó el nivel de depósitos en el mínimo de los últimos 11 años (139.400 millones, frente a los 145.000 millones que había al final de marzo (Fuente: RTVE, *op cit.*).

propuesta griega, anuncia y aprueba en sesión extraordinaria del Parlamento, la convocatoria de un referéndum sobre el acuerdo de rescate con las instituciones para el 5 de julio. La pregunta es si o no a la última propuesta de los acreedores sobre las condiciones al rescate. Con una participación del 62,5%, el 61,3% de los griegos da un no rotundo y respalda la posición del gobierno en referéndum. Sin embargo, 7 días después, el 12 de julio, y contradiciendo la voluntad expresada en las urnas, el Gobierno de Tsipras decide unilateralmente aceptar las condiciones del Eurogrupo para el tercer rescate.

2.3.a. *El acuerdo entre Grecia y el Eurogrupo de 12 de julio de 2015*

Como respuesta al referéndum, el Eurogrupo obliga a Grecia a firmar un acuerdo mediante el cual se exige al país heleno a aprobar un conjunto de leyes de manera inmediata en los días siguientes, como condición previa para poder iniciar las negociaciones sobre el tercer rescate⁸². Concretamente, se le obliga a llevar a cabo en 48 horas, antes del 15 de julio, una reforma del IVA, una reforma del sistema del sistema de pensiones, la independencia de la oficina estadística (Elstat) y la puesta en marcha de la autoridad fiscal (Consejo presupuestario) de control del déficit público prevista en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la UEM, introduciendo recortes de gasto automáticos en caso de desviaciones con respecto a los objetivos de superávit presupuestario.

Asimismo, antes del 22 de julio, debe haberse realizado una reforma del Código de Procedimiento Civil que revise los procedimientos y disposiciones del sistema de justicia civil y puede acelerar de manera significativa los procesos judiciales y reducir sus costes⁸³, y la aprobación de una ley que lleve a cabo la trasposición a la legislación griega de la directiva europea de Recuperación y Resolución Directiva de la Banca (BRRD), que se refiere a la reestructuración y saneamiento de los bancos.

Finalmente, el acuerdo exige el respaldo del Parlamento griego a un conjunto de compromisos. En particular, proceder en el ámbito energético a la privatización del operador de la red de transporte de electricidad (ADMIE), así como a abrir a la competencia privada algunos sectores públicos cerrados, como por ejemplo el servicio de ferrys; presentar, antes del 20 de julio, un plan de modernización de la administración griega y

82 El documento del acuerdo puede encontrarse en:

<http://www.consilium.europa.eu/es/search/?q=eclaraci%C3%B3n%20de%20la%20Cumbre%20del%20Euro%20Bruselas,%2012%20de%20junio%20de%202015>.

83 El nuevo Código entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2016. Las autoridades implementará el nuevo Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con los requisitos establecidos en las disposiciones transitorias del art.1 (apartado noveno) de la Ley 4335/2015 y la hoja de ruta para la aplicación del nuevo Código de Procedimiento Civil aprobada en septiembre de 2015.

adelgazamiento del coste de la estructura del Estado; proceder en el ámbito del mercado de trabajo a un examen y adaptación de la regulación referente a negociación colectiva, derecho de huelga y despido colectivos a las directivas de la UE correspondientes; llevar a cabo reformas en el mercado de consumo para adaptarlo a las recomendaciones del volumen I de Herramientas para la Evaluación de la Competencia de la OCDE, lo que obligará a abrir los pequeños locales los domingos, modificar el sistema de rebajas, y regular la apertura de panaderías, farmacias, etc.; o elaborar un programa de privatizaciones de escala considerablemente mayor y con una mejor gobernanza, para ello se transferirán activos griegos de valor a un fondo independiente supervisado por las instituciones europeas, que monetizará los activos mediante privatizaciones y otros medios. El acuerdo establece, además, que de los 50.000 millones de euros que se generarán durante la vigencia del tercer «rescate» fruto de las privatizaciones, 25.000 millones se utilizarán para la amortización de la recapitalización de los bancos y otros activos, y el otro 50 % de cada euro restante (es decir, el 50 % de 25.000 millones) se utilizará para reducir la tasa de endeudamiento en relación con el PIB, y el 50 % restante se utilizará para inversiones.

De conformidad con el acuerdo, sólo tras adoptarse estos cambios legislativos urgentes y compromisos, los Gobiernos de la Eurozona podrán dar mandato a la Comisión Europea, el BCE y el MEDE para que negocien con Grecia un nuevo memorando de entendimiento que reúna las condiciones del tercer rescate.

Este acuerdo entre Grecia y el Eurogrupo fue aprobado el 15 de julio en el Parlamento griego con el voto en contra de 39 diputados de Syriza, lo que condujo a una remodelación del Ejecutivo para sustituir a los miembros díscolos.

2.3.b. *El tercer «rescate» y el Memorándum III*

Tras cumplir con el acuerdo, empiezan las negociaciones para el tercer rescate. El 19 de agosto de 2015, Grecia y la Comisión Europea en nombre del MEDE, firman un nuevo Memorándum de entendimiento para el período 2015-2018⁸⁴. Mediante el mismo, Grecia recibirá un préstamo de 86.000 millones de euros a desembolsar durante los tres años señalados, a cambio el Gobierno griego deberá implementar un programa de reformas que se estructuran en cuatro pilares: restauración de la sostenibilidad fiscal (Sección 2 del Memorándum); salvaguarda de la estabilidad financiera (Sección 3); políticas estructurales para mejorar la competitividad y el crecimiento (Sección 4); y, Estado moderno y Administración Pública (Sección 5).

⁸⁴ El texto puede verse en: http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/pdf/01_mou_20150811_en.pdf.

2.3.b.i. *Restauración de la sostenibilidad fiscal*

El primer pilar establece que Grecia debe tener como objetivo prioritario a mediano plazo alcanzar un superávit del 0,75% del PIB para 2015, del 2% para 2016 y del 3,5% para los ejercicios de 2017 y 2018. Para ello, el Gobierno deberá adoptar una segunda fase de reformas en el sistema de pensiones⁸⁵, un incremento del IVA⁸⁶, mayor recaudación en otros impuestos⁸⁷, aumentar la eficiencia⁸⁸ y constreñir el gasto de gestión de la Administración pública⁸⁹ y fortalecer la lucha contra la evasión fiscal

85 La reforma busca ahorrar entre un 0,25% y un 0,5% del PIB en 2015 y un 1% a partir de 2016. Como medidas, se prevé «desincentivar la jubilación anticipada» entre otras con la inclusión de penalizaciones a este tipo de retiro y la eliminación gradual de los derechos anteriormente existentes de retirarse antes de la edad legal de jubilación. Un aumento progresivo hasta el año 2022 de la edad de jubilación a los 67 años o a un mínimo de 62 años siempre que se cumplan 40 años de trabajo cotizado. El programa contempla también la eliminación gradual del subsidio para las pensiones más bajas (EKAS). El EKAS se eliminará a finales de 2019. La reforma comenzará en marzo de 2016 con 20% de los beneficiarios con mayor renta. Asimismo aumentan las cotizaciones sociales de los pensionistas del 4% al 6% y se aumentará para las pensiones complementarias. Asimismo, se reduce el umbral de salario o pensión inembargable y elimina el 25% del salario o pensiones inembargables.

86 Se pretende unificar los tipos actuales a uno general del 23%, que incluye restaurantes y catering (actualmente pagan el 13%). Establecer un tipo reducido del 13% para alimentos básicos, energía, hoteles y agua. Y un tipo superreducido del 6% para medicamentos, libros y teatro. El descuento de IVA que gozan las islas del mar Egeo se eliminará a partir de este año 2015 en las islas más ricas y que reciben mayor número de turistas, excepto las islas más remotas.

87 Para ello se suprimirá gradualmente (en dos etapas: octubre de 2015 y octubre de 2016) la devolución del impuesto especial sobre el gasóleo para los agricultores; se incrementará el impuesto sobre tonelaje; se establecerá un impuesto sobre los anuncios de televisión; incremento de los impuestos sobre el juego; se incrementa la tasa del impuesto sobre la renta que pasa de un 11 a un 15% para los ingresos inferiores a 12.000 euros anuales y de un 33 a un 35% para los ingresos superiores a los 12.000 euros;

88 En enero de 2016 se debe haber aprobado el marco legal que permita la transposición de las nuevas directivas de la UE sobre contratación pública y concesiones (2014/23, 2014/24, 2014/25). Otras medidas previstas son reducción de la plantilla y contratación del ejército de 100 millones de euros en 2015 y de 400 millones en 2016. Asimismo, en sanidad el memorándum establece que para octubre de 2015, las autoridades podrán restablecer a modo de prueba un copago de 5 euros por las visitas hospitalarias o adoptar medidas equivalentes. También llevarán a cabo una evaluación mensual/trimestral de la capacidad del sector público, por región y por especialidad, evaluando las necesidades de apertura de proveedores privados de salud por región. Y para junio de 2017, desarrollaran un plan de pre-aprobar remisiones a proveedores del sector privado sobre la base de la electrónica historia clínica de los pacientes.

89 Para el control del gasto público el Gobierno debe poner en marcha una autoridad fiscal (Consejo presupuestario) independiente de control del déficit público.

mediante la aprobación de una nueva Ley Penal sobre la evasión y el fraude que modifique la vigente Ley Penal Especial 2523/1997 y cualquier otra legislación pertinente, y reemplace los arts. 55, apartados 1 y 2 del Código Fiscal de Procedimiento, con miras a modernizar y ampliar la definición de fraude fiscal y la evasión a todos impuestos.

Además para lograr estos objetivos de déficit, el Gobierno adoptará en octubre de 2015, una Ley de Medidas urgentes para la aplicación de la Estrategia Fiscal a medio plazo 2016-2019 que incluya el paquete de medidas a adoptar. El memorándum fija que el Gobierno deberá destinar al menos el 30% del superávit generado a la reducción de la deuda del país, además otro 30% del superávit deberá destinarse a cumplir con las obligaciones pendientes de pago de los anteriores gobiernos.

2.3.b.ii. *Salvaguarda de la estabilidad financiera*

Este segundo pilar insta a Grecia a iniciar de inmediato, a través del HFSF⁹⁰, un proceso de recapitalización de los bancos que debe ser completado antes de finales de 2015. Se establece un programa de más de 25.000 millones de euros destinado a la recapitalización de los bancos viables y a asumir los costes de la resolución o cierre de bancos no viables. El memorándum establece específicamente que la recapitalización se desarrollará con el fin de preservar la gestión privada de los bancos recapitalizados y para facilitar las inversiones privadas estratégicas, así como que el Gobierno no intervendrá en la gestión, toma de decisiones y operaciones comerciales de los bancos, que continuarán operando estrictamente de acuerdo con los principios del mercado. Asimismo, se fija la obligación al Gobierno de adoptar medidas para resolver el problema del gran número de prestamistas morosos de los bancos (PYMES, prestamistas domésticos, grandes empresas, etc.). De manera coordinada con los bancos, el Gobierno deberá haber adoptado para junio de 2016 medidas que contribuyan a solventar este problema que pone en peligro la estabilidad de los bancos.

2.3.b.iii. Políticas estructurales para mejorar la competitividad y el crecimiento

El tercer pilar fija la necesidad de adoptar reformas para la flexibilización del mercado laboral que deben empezar, como primer paso, por revertir la legislación aprobada por Syriza en los últimos meses en el art. 72 de la Ley 4331/2015, de 2 de julio de

90 El Memorándum modifica el método de nombramiento de los miembros del HFSF. Concretamente, se conformará un Comité de Selección compuesto por seis miembros expertos independientes, de los cuales tres serán nombrados por las instituciones de la UE.

2015⁹¹. También se establece la liberalización de los mercados de productos señalando que «la apertura de los mercados es esencial para crear oportunidades económicas»⁹² y el inicio de un proceso de reformas de la legislación sobre el uso del suelo (ley del catastro, ley forestal, etc.), que deben estar aprobadas para junio de 2016, para facilitar la inversión, agilizar y acortar los procesos de planificación urbanística.

El punto 4.4 del memorándum empieza diciendo «las privatizaciones ayudan a hacer la economía más eficiente y a reducir déficit público» y señala que para preservar el proceso de privatización en curso y mantener el interés de los inversores en las ofertas clave, el Gobierno griego se compromete a continuar con el programa de privatización que debe aportar ingresos anuales para 2015, 2016 y 2017, de 1,4 mil millones de euros, 3.7 mil millones y 1,3 mil millones de euros, respectivamente. Concretamente, se adjunta el Plan de Desarrollo de Activos aprobado por el HRA-DF el 30 de julio de 2015 como anexo del memorando, constituyendo parte integrante del mismo. A la vez, se indica que al margen del HRADF y de conformidad con el acuerdo firmado entre el Gobierno de Tsipras y el Eurogrupo el 12 de julio de 2015 para poder empezar a negociar el tercer «rescate», se crea un nuevo fondo independiente (el «Fondo») encargado de gestionar la venta de valiosos activos griegos. El Fondo se establece en Grecia y será gestionado por las autoridades griegas bajo la supervisión de las instituciones europeas pertinentes. Se crea un grupo de trabajo para que identifique para diciembre de 2015 los bienes que gestionará el nuevo Fondo de privatizaciones.

91 El Memorándum establece que el gobierno pondrá en marcha en octubre de 2015 un proceso de consulta dirigido por un grupo de expertos independientes para revisar una serie de estructuras existentes del mercado de trabajo, incluidas el despido colectivo, la huelga y la negociación colectiva, teniendo en cuenta las mejores prácticas a nivel internacional y en Europa. Apoyo adicional al proceso de consulta descrito anteriormente estará a cargo de las organizaciones internacionales, incluida la OIT. La organización, términos de referencia y los plazos se acordarán con las instituciones. Tras la conclusión del proceso de revisión, las autoridades regularán los marcos normativos del despido colectivo, la huelga y la negociación colectiva en línea con las mejores prácticas en la Unión Europea.

92 Concretamente se fija la implementación de los paquetes de recomendaciones I y II de la OCDE en materia de competencia (excepto para productos farmacéuticos de venta libre, comercio dominical, material de construcción y determinados productos alimenticios); la liberalización mediante Decreto Presidencial de profesiones de acceso restringidas como las de notario, agente judicial o ingeniero civil, así como del alquiler turístico; eliminar las cargas no recíprocas en la prestación de servicios; y la creación de una comisión inter-ministerial para preparar legislación que reduzca, siguiendo las recomendaciones del Banco Mundial, los requisitos burocráticos en materia de licencias de inversión en actividades de poco riesgo.

2.3.b.iv. *Estado moderno y Administración pública*

En diciembre de 2015 se definirá, en colaboración con la Comisión Europea, una estrategia integral de reforma de la Administración pública griega para tres años. Los principales elementos de esta estrategia serán: la reorganización de las estructuras administrativas; la racionalización de los procesos administrativos; optimización de los recursos humanos; el fortalecimiento de la transparencia y la rendición de cuentas; la administración electrónica; y una estrategia de comunicación.

Entre las medidas que se establecen destaca la de llevar a cabo lo que llaman una despolitización de los altos cargos de la Administración. Con el asesoramiento de expertos internacional coordinados por la Comisión Europea, se iniciará un proceso de selección de nuevos gerentes que terminará a finales de 2016. Concretamente se elegirán nuevos Directores Generales en diciembre de 2015 y nuevos Directores en mayo de 2016. La contratación de estos gerentes se basará en el mérito y la competencia y pretende desvincular las decisiones técnicas de las decisiones «políticas» para lograr mayor eficacia en la gestión. Ello se acompañará de la emisión, en noviembre de 2015, de una nueva legislación de evaluación de la actividad de todos los empleados públicos para construir una cultura orientada a los resultados.

En octubre de 2015, el Gobierno fijará, dentro de la nueva Estrategia Fiscal a medio plazo 2016-2019, nuevos techos salariales y de nivel de empleo público⁹³ que permitan lograr los objetivos fiscales y asegurar la tendencia decreciente de la masa salarial en relación al PIB durante el período 2016-2019.

2.4. *Convocatoria de elecciones y nuevo Gobierno*

La firma del tercer «rescate» recibió la oposición de una parte del propio partido de Gobierno, incluidos 25 de los diputados, lo que dejaba a Tsipras sin el control de la mayoría en el Parlamento. Con el fin de sacarse de encima a la oposición interna y volver a controlar la mayoría parlamentaria, el 20 de agosto, Tsipras dimite de su cargo y convoca a nuevas elecciones. El objetivo era presentar nuevas listas para renovar los diputados y excluir a los 25 diputados disidentes.

93 Para diciembre de 2015, las autoridades van a introducir un nuevo programa de movilidad permanente. Mediante este se llevará a cabo una descripción de todos los trabajos existentes vinculada con una base de datos en línea que incluirá todas las vacantes existentes. La decisión final sobre movilidad de los empleados será tomada por cada servicio de que se trate. Con ello se pretende «racionalizar» la asignación de los recursos, así como la dotación de personal a través del Gobierno General.

Las elecciones se celebraron el 20 de septiembre de 2015. El sector crítico de Syriza abandona el partido y crea uno nuevo llamado Unidad Popular. Tsipras gana las elecciones con un 35.46% de los votos, cuatro escaños menos que en las anteriores, pero suficientes para reeditar la coalición de Gobierno con ANEL de las anteriores elecciones de enero de 2015. Unidad Popular no obtiene representación.

El 21 de septiembre de 2015, Alexis Tsipras conforma el nuevo gobierno cuya función es implementar los acuerdos establecidos en el Memorándum III.

3. CONCLUSIONES

La implementación de las medidas señaladas y sus efectos sobre las condiciones sociales ha tenido para Grecia consecuencias importantes a nivel de su ordenamiento jurídico constitucional, a nivel político y a nivel social.

A nivel jurídico, a la coexistencia entre ordenamiento jurídico estatal y comunitario, se le suma durante estos últimos años los Acuerdos de Servicio de Préstamo y los memorándums como nueva fuente del derecho interno. Aunque no está muy clara la naturaleza jurídica de estos documentos, incluso se ha llegado a afirmar que no crean obligaciones jurídicas para los Estados firmantes⁹⁴, podemos sostener que su cumplimiento es obligatorio en el ámbito político. El principio de buena fe, ubicado en el centro del derecho internacional, dicta que los Estados firmantes del acuerdo deben cumplir con el Memorándum, en virtud del compromiso asumido como Estado soberano. Ello ha provocado la conversión de la Constitución, en los aspectos básicos del Estado social, en una estructura colgada en el vacío.

La Constitución continua vigente en el interior del país, como un producto legislativo más que compite en una especie de darwinismo jurídico con los otros ordenamientos (derecho comunitario y memorándums) que son los que, finalmente, se terminan imponiendo. La Constitución, por tanto, se incumple en los supuestos básicos del Estado social recogidos en ella. Todo ello se incumple tanto a través de una clara omisión constitucional como mediante las medidas y políticas que los Gobiernos han implementado en aplicación de los otros ordenamientos jurídicos (derecho comunitario y memorándums) que coexisten con la Constitución.

A nivel político, el proceso de imposición de obligaciones de reducción del gasto público y una férrea disciplina presupuestarias al Estado, desde instancias supranacionales, ha implicado un desmontaje del pluralismo político que viene dado por una despluralización o eliminación de las instituciones participativas y representativas.

94 *Vid.* Dictamen 668/2012 del Consejo de Estado griego.

La imposición de la estabilidad presupuestaria, la limitación del déficit público y de la capacidad de endeudamiento de las distintas administraciones conlleva una despluralización político-ideológica de las instituciones representativas. Limitar el déficit implica reducir el papel que los gobiernos y los parlamentos pueden jugar para mejorar la actividad económica, el nivel de empleo de sus países o la política de seguridad social, esto es, para implementar políticas sociales de redistribución de la riqueza (pensiones, sanidad, educación, etc.). El establecimiento de una política económica que limita el gasto público implica, en definitiva, que cualquier proyecto político-económico progresista alternativo al neoliberalismo se sitúe fuera de lo permitido, deviniendo sancionable. Ello supone desvirtuar absolutamente el reconocimiento del pluralismo político establecido en la Constitución, pues limita de modo extraordinario la propuesta, defensa y puesta en práctica, por parte de ningún partido político, de otras políticas económicas que no sean neoliberales. Las dificultades con las que el gobierno de Syriza se encuentra son claro ejemplo de ello.

Además, la despluralización ideológica no sólo se produce en el interior de las instancias institucionales de la política, las instituciones de gobierno, sino también en el otro gran espacio público de participación: el trabajo. La introducción de las reformas señaladas anteriormente en uno de los elementos característicos de fuerza de los sindicatos, la negociación colectiva, ha supuesto la aniquilación de uno de los propios actores tradicionales del conflicto y mediación en este ámbito como son los sindicatos. Con su paulatina anulación como sujeto antagonista, el pacto social se diluye y las posibilidades de aglutinar las demandas de la fuerza de trabajo se evaporan.

A nivel social, las reformas adoptadas han procedido a dinamitar los elementos constitutivos y centrales del modelo de bienestar de este país. De las clasificaciones que los politólogos (Titmuss, Sping Andersen, etc.)⁹⁵ han hecho del Estado social, Grecia se engloba en el llamado modelo de bienestar latino-mediterráneo. Un modelo tardío caracterizado por los bajos niveles de gasto social, que se habría configurado tras las transiciones políticas y cuyos rasgos definitorios comunes son⁹⁶:

En primer lugar, un modelo de relaciones laborales con altas tasas de cobertura de la negociación colectiva pero poca sindicación, con influencia del modelo conti-

95 Nos remitimos aquí a las clasificaciones hechas por: P. MIRAVET, *Estado social, empleo y derechos. Una revisión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; C. OCHANDO, *El Estado de bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Ariel, Barcelona, 1999.

96 Sobre ello, *vid.* J. ADELANTADO (ed.), *Cambios en el Estado de Bienestar*, Icaria/UAB, Barcelona, pp. 70-72.

mental en cuanto a la densidad regulativa alta del mercado laboral y la sectorialización de la negociación colectiva.

En segundo lugar, un sistema de seguridad social contributivo, muy vinculado a la condición de trabajador, y de reparto, gestionado por instituciones públicas autónomas y con intensidades de protección altas centradas en grupos determinados.

En tercer lugar el establecimiento de modelos universales de salud y educación financiados por la vía impositiva con niveles de gasto per cápita por debajo de la media comunitaria, con roles públicos débiles en materia de exclusión social.

Y por último, en cuarto lugar, un impacto muy relevante de las políticas sociales y de cohesión de la UE, tanto en lo relativo a la entrada de fondos estructurales como, y sobre todo, en lo tocante al progresivo ajuste de las políticas estatales a los diseños comunitarios.

La implementación de las recomendaciones derivadas del sistema de Gobernanza Europea así como de los distintos Memorandos afecta de manera directa a estos rasgos característicos y está provocando una mutación radical en ellos. En efecto, las medidas adoptadas han desmantelado de manera irreparable los pilares constitutivos y definitorios del modelo griego de protección y servicios sociales⁹⁷. Lo cual es desastroso en un escenario donde amplias capas de la población tienen una fuerte dependencia de los mecanismos públicos de protección social (según datos de 2012, el casi 40% de la población griega vivía con una cantidad de ingresos por debajo de los 622 euros mensuales, reducción generalizada que no fue en ningún momento compensada por una caída de los precios; y donde el casi 30% de los desempleados ingresaban menos de 224 euros mensuales)⁹⁸.

Resumen

La implementación de los llamados mecanismos de gobernanza económica europea, esto es el sistema de instituciones y procedimientos establecido para lograr los objetivos de los tratados de la UE en el ámbito económico, la reducción del déficit público y la estabilidad presupuestaria de los Estados, está teniendo en Grecia, país especialmente sacudido por la crisis, consecuencias desastrosas para el bienestar social de la población. El presente artículo analiza la legislación interna mediante la que Grecia ha adoptado las condiciones establecidas por los mecanismos de gobernanza económica europea y sus consecuencias en las condiciones sociales de la población del país.

97 Para un estudio más detallado, *vid.* M. MATSAGANIS, «The Welfare State and the Crisis: The Case of Greece», *Journal of European Social Policy*, 21 (5), 2011, pp. 501-13.

98 M. MATSAGANIS y C. LEVENTI, *op. cit.*, p. 215.

Palabras clave: Grecia, austeridad, gobernanza económica, condiciones sociales.

Abstract

The implementation of the so-called European economic governance mechanisms, this is the system of institutions and procedures established to achieve the objectives of the EU treaties in the economic field, reducing the public deficit and budgetary stability of states, is having in Greece, a country particularly affected by the crisis, disastrous consequences for the social welfare of population. This article analyzes the domestic legislation through Greece has adopted the conditions set by the mechanisms of European economic governance and its impact on the social conditions of the country's population.

Key words: Greece, austerity, economic governance, social conditions.

Recibido: 7 de diciembre de 2014

Aceptado: 1 de octubre de 2015

LA VIDA FAMILIAR DE LOS DETENIDOS Y LOS RECLUSOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

MERCÈ SALES JARDÍ*

SUMARIO

1. Introducción.
2. El control de las injerencias estatales en la vida familiar. De los detenidos y los reclusos.
3. El nacimiento de un derecho al respeto de la vida familiar para los detenidos y los reclusos.
4. Derechos derivados de la protección de la vida familiar de los detenidos y los reclusos.
5. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Los reclusos y los detenidos, por razón de su condición, sufren restricciones en su vida familiar. El derecho al respeto de su vida familiar se ve mermado por la obligada separación de la familia que toda detención e internamiento en prisión comporta. No obstante, el derecho al respeto de la vida familiar de los detenidos y los reclusos puede verse afectado no únicamente por una separación familiar exigida y a toda luz normal, sino también por las condiciones de la detención o la reclusión. A veces, si durante la detención y el posterior interrogatorio no se permite contactar con la familia, o el lugar de reclusión se encuentra muy alejado del domicilio familiar, se limitan las visitas familiares o se someten a condiciones muy restringidas, el derecho al respeto de la vida familiar del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos puede estar en peligro. El Tribunal de Estrasburgo reitera en su jurisprudencia al respecto que aunque toda detención regular y en su caso posterior reclusión comporta, por su misma naturaleza, una restricción a la vida privada y familiar del interesado, es esencial para el respeto de la vida familiar que la administración penitenciaria ayude a los detenidos y encarcelados a mantener un contacto con su familia cercana¹.

* Profesora lectora de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Barcelona.

¹ En este sentido, véase, entre otras, *Messina c. Italia*, sentencia de 28 de septiembre de 2000 § 61; *Ouinan c. Francia*, demanda núm. 13756/88, decisión de la Comisión de 12 de marzo de 1990.

Examinaremos por ende, como el Alto Tribunal ha tratado a lo largo de su jurisprudencia el derecho al respeto de la vida familiar de los detenidos y los presos, centrándonos en este ámbito específico y sin ahondar en otros aspectos también abordados por el mismo Tribunal. Para ello, sucintamente, veremos cómo el Tribunal controla las vulneraciones estatales del derecho al respeto de la vida familiar de los detenidos y reclusos y cuáles son las normas que utiliza para ello. En segundo lugar, examinaremos cuándo y cómo se introduce el derecho al respeto de la vida familiar de los detenidos y reclusos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A continuación, analizaremos los diferentes aspectos protegidos por la jurisprudencia en materia de respeto de la vida familiar, el derecho a comunicar el lugar de detención a los familiares, el derecho a tener contacto telefónico con ellos o a ser visitado, a asistir a sus funerales, formar una familia, mantener relaciones íntimas y gozar de los derechos parentales.

2. EL CONTROL DE LAS INJERENCIAS ESTATALES EN LA VIDA FAMILIAR. DE LOS DETENIDOS Y LOS RECLUSOS

El Tribunal de Estrasburgo controla las injerencias estatales en materia de vida familiar teniendo en cuenta tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como otras normas del Consejo de Europa. Además, no duda en referirse a normas de ámbito internacional y, cuando los Estados parte lo son también de la Unión Europea, destacará normas comunitarias en el ámbito del litigio².

2 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara que «aunque cualquier detención regular comporta por su naturaleza una restricción a la vida privada y familiar del interesado. Es, sin embargo, esencial para el respeto de la vida familiar que la administración penitenciaria ayude al detenido a mantener un contacto con su familia próxima», entre otras, en la sentencia *Messina c. Italia*, de 28 septiembre de 2000. Véase también la Resolución sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución (DO núm. C 098 de 9-4-1999, p. 0299). En ellas se «pide enérgicamente que se tome en consideración el entorno familiar de los condenados, favoreciendo, en particular el encarcelamiento en un lugar próximo al domicilio de su familia y fomentando la organización de visitas familiares e íntimas mediante el acondicionamiento de locales específicos, ya que los cónyuges y los hijos desempeñan una función muy positiva en la enmienda, la responsabilización y la reinserción civil de los presos, a no ser que existan motivos justificados y precisos en contra (posible complicidad en los delitos, asociaciones de tipo mafioso, formas especiales de terrorismo, etc.); pide además que cuando ambos cónyuges se encuentran privados de libertad y, salvo que razones de tratamiento y seguridad lo desaconsejen, se fomente su plena convivencia, estableciéndose al efecto departamentos de carácter mixto». Asimismo, el Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea Libro, COM/2004/0334 final, en el que se insiste sobre la importancia de mantener en la medida de lo posible los vínculos familiares de los presos.

En lo referente a la vida familiar de los detenidos y los presos, el Tribunal se refiere siempre al artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia» y se sirve de otras normas relacionadas.

El Consejo de Europa cuenta en la actualidad con un amplio número de Recomendaciones en relación con el ámbito penitenciario. Entre ellas cabe destacar las Normas penitenciarias europeas de 2006³. Sus antecedentes los encontramos en las Reglas mínimas europeas para el tratamiento de los reclusos de 1973⁴, que nacieron para adaptar a nivel europeo las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos de 1955⁵ y las Normas penitenciarias europeas de 1987⁶.

Las Reglas penitenciarias europeas de 2006 son una revisión de las anteriores y han incorporado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷. De su contenido cabe destacar la Norma 24, «Contactos con el exterior», que establece que los reclusos tienen derecho a contactar con su familia, en sentido amplio, y las autoridades penitenciarias han de realizar los esfuerzos necesarios para hacerlo posible. Este contacto se establece a través de cartas, llamadas telefónicas y visitas, aunque también pueden utilizarse medios electrónicos. Además, cualquier restricción debe ser proporcionada y debe autorizarse mínimamente algún tipo de contacto. Las modalidades de visitas deben permitir que los detenidos y reclusos puedan

3 Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas penitenciarias europeas, Consejo de Europa, 11 de enero de 2006.

4 Resolución (1973)5 del Comité de Ministros, estableciendo el Conjunto de Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Consejo de Europa, 19 de enero de 1973.

5 Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

6 Recomendación 87(3) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas penitenciarias europeas, Consejo de Europa, 12 de febrero de 1987.

7 Véase a este respecto el comentario de las normas penitenciarias europeas en: Documentos de trabajo, Consejo de Europa. Comentario a las normas penitenciarias europeas, Àmbit social i criminològic, Centre d'estudis jurídics i formació especialitzada, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya. 2010. Disponible en:

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/EPR/EPR%20commentary%20Spanish.pdf>

Y también, MAPELLI CAFFARENA, B. «Una nueva versión de las normas penitenciarias Europeas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 08-r1, 2006.

desarrollar las relaciones familiares de la manera más normal posible. Deben ser informados del fallecimiento o la enfermedad grave de sus familiares cercanos y si las circunstancias lo permiten podrán ser autorizados (escortados o libremente) por razones humanitarias a visitar a un pariente enfermo, a asistir a sus funerales o a asistir al nacimiento de un hijo. Además, la familia deberá ser informada inmediatamente cuando se produzca una detención, se realice un traslado a otro establecimiento o cuando el detenido o el recluso sufran una enfermedad o herida grave, incluyendo, si se produce, la información de transferencia en un hospital.

Aun cuando el Tribunal controla las injerencias estatales en la vida familiar de los detenidos y los presos examinando los hechos individualmente, sigue un procedimiento estándar para medir el alcance de las actuaciones por parte de la administración del Estado. En primer lugar, el Tribunal decide si los hechos en cuestión entran en el ámbito material del derecho al respeto de la vida familiar; seguidamente el Tribunal analiza la base legal y la necesidad de la injerencia, y posteriormente controla su proporcionalidad.

En referencia a la base legal, la actuación estatal debe estar prevista por la ley, entendiendo ésta en sentido formal y material⁸, es decir, además de la regla general y permanente elaborada por el poder legislativo también se considera ley cualquier norma de derecho positivo vigente⁹ en el orden jurídico estatal independientemente de la fuente de la cual emane. Al mismo tiempo, la ley debe ser una ley de calidad. Así, el Tribunal considera que una ley es de calidad cuando, además de tener una base en derecho interno¹⁰, es una ley accesible, precisa, previsible y compatible con la preeminencia del derecho.

También, como dispone el artículo 8.2, del Convenio¹¹, las injerencias estatales deben ser necesarias en una sociedad democrática, ya que la democracia es el

8 F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F. coll. «Droit fundamental», 12 ed., Paris, 2015, p. 154.

9 M. MELCHIOR, «Rapport sur la jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention», en *Jornadas: Jurisprudencia europea en materia de derechos humanos*, Bilbao, 17-20 setiembre 1990, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991, pp. 205.

10 Por ello, las medidas en litigio deberán fundarse sobre el derecho interno. Entre otras, Johansen c. Noruega, sentencia de 7 de agosto de 1996, § 53.

11 Artículo 8.2 «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una Sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la Seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

valor que se encuentra en el corazón del «orden público europeo» y sus principios iluminan «el derecho europeo de los derechos humanos»¹². Consecuentemente las injerencias deben perseguir un fin legítimo que es examinado por el Tribunal. Si éste considera que la injerencia estatal era necesaria en una sociedad democrática, entendiendo como necesaria, la existencia de una necesidad social imperiosa en acuerdo con los valores democráticos de las sociedades modernas, la injerencia podrá ser justificada.

Una vez examinada la base legal de la injerencia y su necesidad en una sociedad democrática, el Tribunal comprueba la proporcionalidad entre los medios utilizados y la finalidad que se pretende conseguir¹³. Esta comprobación se lleva a cabo analizando todas las actuaciones del Estado, que no pueden ser demasiado invasoras y han de guardar un justo equilibrio entre el interés general y los intereses del individuo. A veces, este control de la proporcionalidad, si el asunto lo permite, se flexibiliza a través del denominado «margen de apreciación nacional». Este principio jurisprudencial creado por el Tribunal está vinculado al principio de subsidiariedad del que gozan los Estados como primeros garantes de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio. El margen de apreciación nacional permite que los Estados actúen con discrecionalidad y gocen de un cierto margen de actuación en aquellos asuntos en el que el Tribunal entiende que los órganos estatales están mejor posicionados para resolver los hechos litigiosos. Para ampliar o restringir el margen de apreciación nacional, el Tribunal tiene en cuenta diversos elementos como son: la precisión de la disposición que los demandantes consideran violada, la naturaleza del derecho concernido, la finalidad legítima de la restricción, las circunstancias en que se produce y la existencia de un denominador común en los derechos internos de los Estados¹⁴. Para concluir si existe o no un denominador común, el Tribunal recurre al principio de consenso europeo que es una construcción jurisprudencial consistente en buscar en el derecho y las prácticas internas de los Estados, sus compromisos internacionales y la realidad social una especie de denominador común en la materia litigiosa. Para realizarlo, el Tribunal contrasta las situaciones existentes en los diversos Estados miembros y ayudándose de estudios comparados intenta

12 F. SUDRE, *op. cit.*, p. 158.

13 A este respecto véase: T. FREIXES, «Las consecuencias de la integración de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el constitucionalismo multinivel», en M. SALES (Coord.). *El sistema multinivel de los derechos fundamentales en Europa. 50 aniversario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2011.

14 J. P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. «Connaissance du droit», 1997, p. 47.

encontrar un estándar común. En aquellas materias en las que no existe un consenso europeo claro el Tribunal considera que las diversidades jurídicas de los Estados miembros del Convenio deben respetarse y cuando del asunto examinado por el Tribunal se desprende que existe un balance razonable amplía el margen de apreciación del Estado. Al contrario, cuando el Tribunal considera que existe un consenso europeo en la materia, el margen de apreciación nacional se restringe¹⁵.

Por lo tanto, podemos concluir que el Tribunal, cuando controla las injerencias estatales¹⁶ al derecho al respeto de la vida familiar, exige que exista una base legal de calidad, que sean necesarias en una sociedad democrática y proporcionales a la finalidad perseguida. A veces, cuando considera que no existe un consenso europeo claro o el balance de la acción estatal es razonable, flexibiliza su control y deja un margen de apreciación más amplio al Estado.

3. EL NACIMIENTO DE UN DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR PARA LOS DETENIDOS Y LOS RECLUSOS

En un primer momento, los asuntos concernientes a los detenidos y reclusos fueron tratados exclusivamente por la Comisión¹⁷ sin llegar a ser examinados por el Tribunal y el respeto a la vida familiar fue relegado a un segundo plano. Sin embargo, a principios del siglo XXI, «el derecho a la vida familiar de los detenidos entró

15 V. COUSSIRAT-COUSTERE, «Article 8 § 2» in L. E. PETTITI, E., DECAUX, P. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Economica*, 1995, p. 341.

16 Cuando se enjuicia una injerencia estatal también se controla la actuación del poder público. Según F. BALAGUER, «Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional», *ReDCE*, núm. 1, Enero-Junio 2004, 25-46. «...el enjuiciamiento de las actuaciones lesivas de los derechos se produce siempre mediante el control de los poderes públicos nacionales y, por tanto, aplicando una lógica a veces distinta (la del CEDH) a la del propio ordenamiento enjuiciado (de ahí que el TEDH haya reconocido al principio de subsidiariedad como un principio esencial que debe respetar a la hora de enjuiciar la actividad de los poderes públicos nacionales)».

17 La Comisión Europea de Derechos Humanos fue creada con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el Convenio de 1950 y tenía como principal función admitir a trámite los asuntos presentados y hacer una primera función de selección. Los individuos no tenían acceso directo al Tribunal y acudían a la Comisión que examinaba formal y materialmente la petición y decidía sobre su admisión y posterior análisis por el Tribunal. El Protocolo núm. 11 de 1994, que reestructura la organización del Tribunal, suprimió la Comisión y estableció la posibilidad de que los individuos pudieran acudir directamente al Tribunal. No obstante, debido a la tardía ratificación de este protocolo la Comisión continuó ejerciendo sus funciones hasta 1999.

en la jurisprudencia del Tribunal» con la sentencia Messina¹⁸ del año 2000. En este caso, el demandante, un mafioso condenado por tráfico de drogas, alega una violación del artículo 8 CEDH debido a las restricciones de las visitas de su familia y al modo como se efectúan. De forma clara, el Tribunal reconocerá, por primera vez, que el recluso, privado de libertad, tiene también derecho al respeto de la vida familiar y analizará la posible violación de este derecho. Para ello, el Tribunal establece un principio que aplicará a todas las sentencias posteriores en este ámbito, a saber, que «toda detención regular según el artículo 5 de la Convención comporta por su naturaleza una restricción de la vida privada y familiar del interesado. No obstante, es esencial para el respeto de la vida familiar que la administración penitenciaria ayude al detenido a mantener un contacto con sus familiares cercanos»¹⁹. Por lo tanto, analizará si el demandante, que se encuentra sometido a un régimen especial de detención, que implica limitaciones al número de visitas familiares (no más de dos al mes) y que impone medidas de vigilancia de estos encuentros (los detenidos se encuentran separados de los visitantes por una pared acristalada), ha sufrido un menoscabo a su derecho al respeto de la vida familiar.

En primer lugar el Tribunal «estima que estas restricciones constituyen una injerencia en el ejercicio del demandante a su derecho al respeto de la vida familiar, garantizado por el artículo 8.1 del Convenio»²⁰. Seguidamente, analiza la base legal de la injerencia, y considera que cumple con una finalidad legítima prevista en el artículo 8.2 del Convenio, la defensa del orden y la seguridad pública y la prevención de las infracciones penales. En cuanto a su necesidad, el Tribunal recuerda «que para que esta tenga un carácter necesario en una “sociedad democrática” una injerencia debe fundamentarse sobre una necesidad social imperiosa y particularmente debe ser proporcional a la finalidad legítima pretendida»²¹. Por consiguiente, el Tribunal examina el régimen carcelario especial al que se encuentra sometido el recluso y tiene en cuenta que este régimen proviene de la naturaleza específica del fenómeno de la criminalidad organizada de tipo mafioso, donde las relaciones familiares tienen un papel primordial ya que los miembros de la mafia pueden utilizar los contactos de los reclusos con la familia para continuar con su actividad criminal en el interior o el exterior de la prisión. Además, la mayoría de Estados parte del Convenio también cuentan con regímenes de seguridad especiales para los reclusos peligrosos. En

18 Messina c. Italia, sentencia de 28 de septiembre de 2000.

19 Messina c. Italia, sentencia de 28 de septiembre de 2000, § 61.

20 *Ibid.*, § 62.

21 *Ibid.*, § 65.

consecuencia, las medidas restrictivas que le fueron impuestas tenían una finalidad legítima y eran proporcionales ya que aunque existieron restricciones a las visitas familiares también se le autorizó varias veces a recibir visitas tanto de su esposa como de sus hijas. Por lo tanto, considerando las circunstancias del encarcelamiento el Tribunal concluye que no hubo violación del artículo 8 CEDH ya que las restricciones efectuadas se realizaban de conformidad con su régimen de penitenciario.

Se tendrá que esperar hasta el año 2002 para que el Tribunal declare por primera vez una violación del derecho al respeto de la vida familiar en la prisión. Así, en la sentencia Ploski²², que examinaremos posteriormente, el Tribunal considera una violación del derecho al respeto de la vida familiar el hecho de que las autoridades no permitan que el demandante, en régimen de prisión provisional por hurto, asista al entierro de sus padres.

A partir de estas dos sentencias, el Tribunal entra de lleno a examinar las injerencias en el respeto a la vida familiar de detenidos y reclusos y en la actualidad su jurisprudencia al respeto ya es extensa, lo que nos permite establecer una línea jurisprudencial en este ámbito.

4. DERECHOS DERIVADOS DE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA FAMILIAR DE LOS DETENIDOS Y LOS RECLUSOS

A través de su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha ido estableciendo una serie de derechos en relación con la protección de la vida familiar de los detenidos y los reclusos que permiten determinar hasta qué punto y en qué condiciones las injerencias estatales pueden ser toleradas y cuándo éstas van más allá de lo razonablemente permitido. Derechos como el de comunicarse y ser visitado por sus familiares, asistir a los funerales de sus parientes cercanos, crear y continuar en la medida de lo posible con la vida familiar y mantener vínculos jurídicos con sus hijos son analizados por el Tribunal que desgaja una línea directriz sin olvidar el análisis casuístico.

4.1. *Derecho a comunicarse y a ser visitado por sus familiares*

Como ya hemos señalado, es esencial para el respeto de la vida familiar de los detenidos y los reclusos que la administración penitenciaria les permita comunicarse y mantener contactos con su familia cercana²³. Por ello, a lo largo de su jurisper-

22 Ploski c. Polonia, sentencia de 12 de noviembre de 2002.

23 En este sentido, véase, entre otras, Messina c. Italia, sentencia de 28 de septiembre de 2000 § 61; Ouinas c. Francia, demanda núm.13756/88, decisión de la Comisión de 12 de marzo de 1990.

dencia el Tribunal examina diversas injerencias en este ámbito y establece que es fundamental que los detenidos puedan comunicar a sus familiares el lugar de la detención y que en la medida de lo posible puedan tener contacto telefónico con ellos. Además, los reclusos en prisión provisional o definitiva deben poder continuar con sus relaciones familiares ya sea telefónicamente o siendo visitados periódicamente.

Para una mejor comprensión, en primer lugar trataremos los casos relativos a los detenidos, y posteriormente los de las personas en prisión provisional. Finalmente analizaremos como los reclusos ya condenados de forma firme deben poder gozar de la posibilidad de continuar la vida familiar, teniendo en cuenta las condiciones de su reclusión.

4.1.a. *La necesidad de que un detenido pueda comunicar su situación*

Cuando una persona es arrestada por la policía y detenida, el hecho de que sus familiares o allegados puedan conocer su detención y las consecuencias que conlleva es a nuestro parecer indispensable en un Estado de derecho.

En varios asuntos relativos al arresto y la detención de personas, el Tribunal se ha debido pronunciar sobre estos extremos. En estos casos, su postura ha sido clara: una privación total de contacto con la familia de resultados de una detención viola el derecho al respeto de la vida familiar.

Así, en la sentencia Sari y Colak²⁴, los demandantes se quejan de haber sido privados de todo contacto con su familia durante su detención, que duró más de siete días. El Tribunal considera que «cuando una persona es arrestada, el hecho de poder comunicar rápidamente con su familia puede revestir una importancia capital. La desaparición inexplicada de un miembro de la familia, aunque sea durante un breve periodo, puede causar una fuerte angustia. Ahora bien, en este litigio, los demandantes se encontraron detenidos de forma incomunicada durante más de siete días, con toda la angustia que esto supone para ellos y para sus familias. Además, debido a la falta de contacto con sus parientes, no pudieron gozar de todos los derechos previstos en derecho interno. En defecto, en el momento de los hechos, de una ley que regulase la cuestión de contactos entre las personas detenidas y su familia o personas exteriores, el Tribunal considera que en las circunstancias del caso, una detención con incomunicación durante más de siete días es contraria

También ver: S. ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

²⁴ Sari y Colak c. Turquía, sentencia de 4 de abril de 2006 (sentencia definitiva 4 de junio de 2006).

al Convenio. Por este motivo concluye unánimemente que existe una violación del artículo 8»²⁵.

También, con los mismos argumentos, condena en la sentencia Uçar²⁶ al Estado turco por haber impedido durante nueve días que un detenido contactará con su familia. En este caso, el Sr. Uçar fue raptado por cuatro hombres armados que se hicieron pasar por policías que lo torturaron. Un mes después, fue entregado a la policía que lo detuvo por estar en posesión de un documento de identidad falso, que según el demandante, el padre de la víctima, le fue colocado por sus raptos. Nueve días después de su detención se ordenó su ingreso en prisión provisional y quince días más tarde fue encontrado colgado en su celda. Desde su desaparición, el padre del Sr. Uçar intentó encontrar a su hijo y en ningún momento se le informó de su detención, sólo se le contactó cuando ingresó en prisión provisional. El Tribunal considera que el arresto durante nueve días del Sr. Uçar debía haberse comunicado al demandante, que desde hacía más de un mes había denunciado la desaparición de su hijo. Además, no existía en derecho turco ninguna disposición legal que regulara los contactos entre una persona detenida y los miembros de su familia, lo que supone una violación del artículo 8.2 del Convenio.

El Tribunal se pronuncia en este mismo sentido en la sentencia El-Masri²⁷, donde un ciudadano alemán de origen libanés alega haber sido víctima de una operación de entrega secreta durante la cual fue detenido, aislado, interrogado y torturado durante veintitrés días en la capital de Macedonia y posteriormente puesto en manos de agentes de la CIA que lo condujeron a un centro de detención secreto en Afganistán donde fue torturado y encarcelado durante más de cuatro meses. El Tribunal examina los hechos y concluye que se han violado varios artículos del Convenio. También declara que se ha violado gravemente su derecho al respeto de su vida privada y familiar garantizado por el artículo 8, ya que durante todo el tiempo que duró su detención y encarcelamiento no pudo tener ningún contacto con su familia que además desconocía su paradero.

Por lo tanto, podemos concluir que durante el arresto y posterior detención de un presunto delincuente su familia debe poder saber de su paradero y las autoridades estatales, ya sea la policía o el juez de instrucción o, en su caso, las autoridades penitenciarias deben garantizar la comunicación con sus familiares.

25 *Ibid.*, § 36.

26 Uçar c. Turquía, sentencia de 11 de abril de 2006.

27 El-Masri c. Antigua República Yugoslava de Macedonia, sentencia de 13 de diciembre de 2012.

4.1.b. *Los derechos familiares de las personas ingresadas en prisión provisional*

Cuando se decreta prisión provisional la situación en sí misma produce, sin lugar a dudas, efectos restrictivos para el desarrollo de la vida familiar, aunque la naturaleza temporal de la medida puede suavizar parcialmente la restricción de los derechos familiares.

No será hasta el 2002 cuando, en la sentencia Lavents²⁸, por primera vez el Tribunal de Estrasburgo se pronunciará sobre el derecho al respeto de la vida familiar de una persona en prisión provisional. En este asunto, el Tribunal considera, refiriéndose a la jurisprudencia establecida en la sentencia Messina²⁹, que la prohibición de las visitas de la esposa y la hija del demandante, un empresario acusado de estafa, durante su detención, periodo de prisión provisional y arresto domiciliario por enfermedad grave constituye una injerencia en su derecho al respeto de la vida familiar y establece que «una prohibición absoluta de visitas no se puede justificar si no es por circunstancias excepcionales»³⁰. Por lo tanto, condena a Letonia por violación del artículo 8 CEDH.

El Tribunal continúa esta línea jurisprudencial en la sentencia Nowicka³¹, afirmando que las restricciones de las visitas deben ser proporcionadas y en consecuencia toda restricción absoluta de visitas atenta contra el derecho al respeto de la vida familiar. En este asunto, a la demandante, acusada de difamación, el Tribunal le ordenó someterse a dos exámenes psiquiátricos. Como consecuencia de su negativa a efectuarlos ingresó en prisión provisional. Durante su encarcelamiento, sólo se le permitió recibir la visita de su hija una vez al mes y finalmente el Tribunal de resultados de un examen psiquiátrico en un centro especializado decidió archivar el asunto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que las restricciones de las visitas familiares durante su reclusión de ochenta y tres días a razón de una sola visita al mes no son proporcionadas ni tienen ninguna finalidad legítima, lo que es contrario al derecho al respeto de la vida familiar. Por este motivo, declara violado el artículo 8 del Convenio.

Igualmente en las sentencias Kornakovs³², Moisejevs³³ y Estrikh³⁴, el Tribunal considera que existe una violación del artículo 8 CEDH.

28 Lavents c. Letonia, sentencia de 28 de noviembre de 2002.

29 Messina c. Italia, sentencia de 28 de septiembre de 2000.

30 *Ibid.*, § 141.

31 Nowicka c. Polonia, sentencia de 3 de diciembre de 2002.

32 Kornakovs c. Letonia, sentencia de 15 de junio de 2006.

33 Moisejevs c. Letonia, sentencia de 15 de junio de 2006.

34 Estrikh c. Letonia, sentencia de 18 de abril de 2007.

En el asunto Kornakovs³⁵, el demandante, que se encuentra en prisión provisional por robo a mano armada con violencia, se queja de la prohibición de recibir visitas de sus familiares durante el periodo de prisión provisional ya que sólo se le permitió ver a su familia una vez y no existía una garantía legislativa en relación con las visitas familiares que eran autorizadas discrecionalmente por la autoridad encargada del asunto. En cambio, los reclusos condenados sí podían recibir visitas, lo que estaba previsto legalmente. Él mismo fue autorizado a ser visitado con normalidad una vez recaída sentencia firme de prisión. El Tribunal considera que el hecho de que sólo se le autorizara una visita de sus familiares durante el periodo de prisión provisional –y eso tres años después de ser encarcelado– no es proporcional ni indispensable, constituyendo una medida que solamente en circunstancias excepcionales se podría justificar. El Tribunal declara que «no encuentra ningún elemento fáctico susceptible de justificar una negativa absoluta de visitas familiares, después de un período semejante de aislamiento; por consiguiente, no está convencido que la aplicación de una medida tan estricta sea verdaderamente indispensable para alcanzar las finalidades legítimas que se habrían de conseguir. La injerencia litigiosa no era pues “necesaria en una sociedad democrática”, como lo establece el artículo 8.2 del Convenio»³⁶.

Igualmente, en el asunto Moisejevs³⁷, que el Tribunal trata conjuntamente con el anterior, el demandante, que también se encuentra en prisión por robo a mano armada con violencia, se queja de la prohibición casi total de recibir visitas de sus familiares. El Tribunal señala que entre la última visita autorizada de su compañera y la negativa de permitir otra pasaron más de dos años. La demanda de visita de sus padres fue rechazada después de pasar casi seis años en prisión sin ningún contacto con ellos. Por lo tanto, teniendo en cuenta que, como ya estableció el Tribunal repetidamente, sólo circunstancias excepcionales pueden justificar una prohibición absoluta de las visitas familiares, el derecho al respeto de la vida familiar del demandante se considera violado³⁸. Además, en este asunto, el Tribunal condena también al Estado letón por infracción del artículo 13³⁹ del Convenio en combinación con

35 Kornakovs c. Letonia, sentencia de 15 de junio de 2006.

36 Ibid., § 135.

37 Moisejevs c. Letonia, sentencia de 15 de junio de 2006.

38 Moisejevs c. Letonia, sentencia de 15 de junio de 2006, § 155.

39 Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo. «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

el artículo 8 CEDH. El Tribunal recuerda que debe existir en derecho interno un recurso efectivo ante una instancia nacional para poder reclamar la violación de un derecho contenido en el Convenio⁴⁰. En este caso, en el momento en que los hechos se produjeron, no existía en derecho letón ninguna disposición que permitiera un recurso contra una decisión tomada por el juez competente rechazando una solicitud de visita, ya fuera presentada por el mismo recluso o su familia. En consecuencia, el Tribunal concluye que se ha violado el artículo 13 CEDH debido a la inexistencia de un recurso en derecho interno que hubiera permitido al demandante impugnar las negativas litigiosas de las visitas familiares⁴¹.

En la sentencia *Estrikh*⁴², también contra Letonia, el demandante alega que se ha violado el derecho a su vida familiar debido a que se le prohibieron las visitas de larga duración de sus familiares durante todo el periodo de su retención y fue expulsado posteriormente del territorio letón. En este caso, el demandante llegó a Letonia, como miembro de las fuerzas armadas de la ex-URSS instaladas en el territorio letón. Durante su estancia, vivió en pareja con una mujer letona de la que tuvo un hijo. Después de la retirada de las fuerzas armadas de Letonia, continuó viviendo en el país con un permiso de residencia temporal, aunque posteriormente abandonó el país y durante cinco años entró tres veces en Letonia con un visado. Cuando éste expiró, continuó instalado en Letonia en situación irregular. La policía lo detuvo como sospechoso de haber perpetrado un robo y fue detenido y puesto en prisión provisional durante cuatro años en una prisión donde las visitas familiares de larga duración estaban prohibidas. Posteriormente, fue declarado culpable y condenado a una pena de cuatro años y seis meses. A su liberación se le expulsó a Rusia antes de que el recurso que presentó contra esta decisión se resolviera. El Tribunal examina si la prohibición de las visitas familiares de larga duración, durante el periodo de prisión provisional, era conforme a derecho y para ello aplica el llamado «test de la previsibilidad» a la norma que permitió la prohibición de estas visitas. En primer lugar, examina si existía una base legal, seguidamente si ésta era accesible y finalmente si el interesado podía prever razonablemente las consecuencias que tendría la aplicación de la norma. Las visitas se prohibieron en acuerdo a una norma legal, pero esta norma había sido impugnada ante el Tribunal Constitucional letón que concluyó que las disposiciones transitorias de la misma no fueron publicadas adecuadamente de tal manera que no se podían considerar públicas y consecuentemente no eran

40 *Moisejevs c. Letonia*, sentencia de 15 de junio de 2006, § 157.

41 *Ibid.*, §157 a 162.

42 *Estrikh c. Letonia*, sentencia de 18 de abril de 2007.

accesibles. Por lo tanto, en este caso, el único criterio que cumplía el Estado letón era el primero, ya que existía una base legal aplicable en el momento de su ingreso en prisión provisional y el Tribunal considera que ello implica que la limitación de las visitas de larga duración no contaba con una normativa adecuada lo que es contrario a las exigencias del artículo 8.2 del Convenio.

En la sentencia Klamecki⁴³, el demandante es inculcado por estafa en 1995 e ingresa en prisión provisional; posteriormente en 1998 es liberado y finalmente en 1999 condenado a tres años de prisión. Mientras estaba en régimen de prisión provisional se le prohibió durante un año cualquier tipo de contacto con su mujer y la correspondencia con ella fue censurada. El Tribunal examina las restricciones impuestas al demandante en relación con las visitas de su esposa y aunque señala que éstas estaban previstas legalmente y perseguían la finalidad legítima de defensa del orden público y prevención de las infracciones penales, excedieron los límites de lo que es necesario en una sociedad democrática para cumplir esta finalidad. Por lo tanto, el Tribunal considera que las autoridades no han encontrado un equilibrio justo entre la necesidad de asegurar la obtención de pruebas y el derecho del demandante al respeto de su vida familiar y condena al Estado polaco por infracción del artículo 8 CEDH.

En la sentencia Wegera⁴⁴, el demandante ingresó en prisión provisional por cuatro estafas graves en 2004. Durante los dos años que duró esta situación se le restringieron los contactos con su esposa y sus cuatro hijos. El Tribunal, al examinar la demanda, recuerda que la situación en que se produce la injerencia debe preverse por ley y por lo tanto, como ya se ha señalado anteriormente, debe tener una base normativa en derecho interno que tenga unas características determinadas, como accesibilidad y claridad. En este caso, la disposición de la norma interna al amparo de la cual se restringieron las visitas familiares, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional polaco en 2009 ya que consideraba que era contraria al derecho a la protección de la vida privada y familiar, al principio de proporcionalidad contemplados en la Constitución polaca y al artículo 8 de la Convención. El Tribunal observa que el Tribunal Constitucional polaco argumentaba que la disposición no era suficientemente clara y dejaba un margen de apreciación amplio a las autoridades penitenciarias lo que afectaba la protección necesaria para los individuos en una sociedad democrática. Por lo tanto, no existía en el momento de producción de los hechos una ley interna que tuviera la cualidad de ley en el sentido establecido

43 Klamecki c. Polonia, sentencia de 3 de abril de 2003.

44 Wegera c. Polonia, sentencia de 19 de enero de 2010.

por el artículo 8.2 del Convenio. Por este motivo, el Tribunal declara que existió una violación del derecho al respeto de la vida familiar durante el tiempo que duró la prisión provisional.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial considera, en la sentencia *Lucera*⁴⁵, que la imposibilidad por parte del demandante, acusado de chantaje, de reunirse con su esposa durante trece meses no era indispensable y habría sido posible establecer disposiciones especiales, como por ejemplo, vigilar las visitas por un agente si se pensaba que el intercambio de información con su esposa podría interferir en la instrucción. Igualmente, en la sentencia *Ferla*⁴⁶ en la que el demandante, acusado de golpear y herir gravemente a su vecino, no había sido autorizado, durante su prisión provisional, a mantener visitas con su esposa debido a que ella podía ser citada como testimonio de cargo, sin prever soluciones como la vigilancia u otras medidas, el Tribunal concluye que existe una violación del artículo 8 CEDH.

En el asunto *Gülmez*⁴⁷, a resultas de un proceso disciplinario durante su estancia en prisión, al demandante se le prohíbe recibir visitas de su familia durante casi un año. El Tribunal examina la base legal que lo preveía y considera que la norma reúne formalmente las características adecuadas para ser considerada una norma aplicable, aunque el hecho de que ésta no indique con precisión cuales son los hechos punibles y las penas aplicables, dejando a las autoridades internas un gran margen de maniobra, no satisface el criterio relativo a la «cualidad de la ley», lo que conlleva una violación del artículo 8 del Convenio.

En el asunto *Moisseïev*⁴⁸, el demandante, director adjunto de la dirección del Ministerio de Asuntos Exteriores, fue detenido en 1998 por divulgar informaciones clasificadas a un agente de los servicios de inteligencia de un país extranjero, acusado de espionaje constitutivo de alta traición y puesto en prisión provisional. En 2001 fue declarado culpable y condenado. Ante el Tribunal, el Sr. Moisseïev alega que mientras estuvo en prisión provisional las visitas a sus familiares fueron restringidas injustificadamente. Durante ciertos periodos el demandante no fue autorizado a recibir visitas y cuando pudo recibirlas éstas se limitaron a dos encuentros mensuales de una hora durante los cuales estaba separado de su familia por una reja y una pared acristalada. El Tribunal considera que la prohibición de las visitas no puede ser considerada como «prevista por la ley» ya que la legislación aplicable autorizaba a la

45 *Kucera c. Eslovaquia*, sentencia de 17 de julio de 2007.

46 *Ferla c. Polonia*, sentencia de 20 de mayo de 2008 (definitiva el 20 de agosto de 2008).

47 *Gülmez c. Turquía*, sentencia de 20 de mayo de 2008 (definitiva el 20 de septiembre de 2008).

48 *Moisseïev c. Rusia*, sentencia de 9 de octubre de 2008 (definitiva el 6 de abril de 2009).

autoridad competente un poder discrecional ilimitado en materia de visitas familiares y no definía las circunstancias necesarias para rechazarlas. Por lo tanto, tampoco satisfacía la exigencia de previsibilidad necesaria en una ley de calidad. Además, durante los periodos en que se le autorizaron las visitas éstas fueron restringidas sin razón alguna a dos mensuales sin tener en cuenta los hechos delictivos. El Tribunal no considera adecuado que se limite tan severamente el derecho a recibir visitas familiares, más aún cuando la mujer del demandante no era testimonio de cargo y su hija era menor. Las consideraciones de seguridad aplicables a los vínculos familiares criminales se han considerado justificadas en el caso de organizaciones mafiosas italianas pero en este asunto no tienen lugar de ser. La medida ha ido más allá de lo que sería necesario en una sociedad democrática en relación con la defensa del orden público y la prevención de las infracciones penales. Finalmente, el Tribunal considera que la instalación de una reja y una pared acristalada no estaba prevista legalmente y que la aplicación de esta medida durante más de tres años y medio sin que existiera un riesgo para la seguridad es desproporcionada. Por lo tanto, condena unánimemente a Rusia por infracción del derecho a la vida familiar.

El Tribunal también se ha tenido que pronunciar sobre casos de discriminación entre regímenes penitenciarios. Así, en la sentencia *Laduna*⁴⁹ el demandante alega que existe una diferencia de trato injustificada respecto a las visitas familiares que pueden recibir las personas que se encuentran en prisión provisional y las personas condenadas. En este supuesto, las personas que estaban en régimen de prisión provisional tenían derecho sólo a ser visitadas por sus familiares durante treinta minutos al mes y las que ya cumplían una condena firme tenían derecho a dos horas de visitas. Además, la frecuencia de las visitas y el tipo de contactos de los reclusos condenados de forma firme dependía del nivel de seguridad de la prisión a diferencia de las personas en prisión provisional que se regían por el mismo régimen independientemente de las razones de su ingreso en prisión y de las consideraciones relativas a la seguridad. Cuando examina el asunto, el Tribunal considera que las disposiciones de la ley sobre detención en vigor en Eslovaquia a tenor de la cual los derechos de los detenidos pueden restringirse para garantizar la seguridad y el orden público no justifican que se limiten más estrictamente los derechos de las personas en prisión provisional que los reclusos que cumplen una condena firme. Asimismo, subraya que estas medidas ya habían sido criticadas por el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes en sus informes sobre Eslovaquia en 1995, 2000 y 2005. Además, recuerda que aunque se pueden restringir

49 *Laduna c. Eslovaquia*, sentencia de 12 de diciembre de 2011.

de forma individual los derechos de una persona en prisión provisional por motivos de seguridad o en razón de la necesidad de proteger los intereses legítimos de la instrucción, esto no implica que las restricciones se apliquen a todas las personas en esta situación sino que se debe tener en cuenta los casos individualmente y, por ejemplo se pueden crear diferentes categorías de reclusión o imponer restricciones particulares. El Tribunal se refiere a instrumentos internacionales como el Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos y las Reglas penitenciarias europeas de 2006. Respecto a estas últimas recuerda que expresamente establecen que, salvo cuando exista una razón específica que se oponga, las personas que se encuentren en prisión provisional deben poder recibir visitas y ser autorizadas a comunicar con su familia y otras personas en las mismas condiciones que los reclusos condenados firmemente. Por lo tanto, el Tribunal concluye que existe una violación del artículo 14 combinado con el artículo 8, ambos del Convenio, ya que las restricciones impuestas al demandante en materia de visitas eran desproporcionadas.

En otro orden de cosas, en el asunto Van der Heijden⁵⁰, los hechos en cuestión son la negativa de eximir de testimonio en un procedimiento penal a una mujer que ha compartido durante muchos años la vida de un acusado. El demandante alega que existe una discriminación entre su situación, una relación estable de convivencia durante quince años con dos hijos, y los matrimonios y parejas de hecho registradas que pueden beneficiarse del derecho a negarse a testimoniar. El Tribunal considera que no existe violación y que la diferencia permite comprobar de forma objetiva los vínculos con el sospechoso que voluntariamente escogió no registrar oficialmente su unión de hecho y consiguientemente las consecuencias jurídicas de su elección, es decir, estar excluido de la esfera de vínculos familiares «protegidos» a los que se aplica la dispensa de la obligación de prestar testimonio. En estas condiciones, el Tribunal decide que la injerencia no es desproporcionada y no existe discriminación alguna.

En resumen, el Tribunal considera al enjuiciar los recursos de reclusos en régimen de prisión provisional que solamente circunstancias de especial gravedad pueden justificar que se restrinjan las visitas de los familiares.

4.1.c. *El derecho al respeto de la vida familiar de los reclusos condenados de forma firme*

El Tribunal también ha tenido que examinar la prohibición prolongada de contactos o la restricción de éstos entre los reclusos condenados de forma firme y sus familiares, especialmente en lo que se refiere a las visitas y llamadas telefónicas y ha

50 Van der Heijden c. Países Bajos, sentencia de 3 de abril de 2012.

tenido que establecer hasta qué punto estas prohibiciones o restricciones atentan contra el derecho al respeto de la vida familiar.

En este sentido cabe destacar los asuntos Poltoratski, Kouznetsov, Nazarenko, Dankevitch, Aliev y Khokhlitch⁵¹, que son tratados conjuntamente por el Tribunal. En estos asuntos todos los demandantes fueron condenados por asesinato, excepto el Sr. Aliev que lo fue por crimen organizado e intentos de asesinato. A todos se les condenó a pena de muerte, que fue conmutada por cadena perpetua cuando se abolió la pena de muerte en Ucrania. En relación con el artículo 8 CEDH, los demandantes alegan esencialmente que han sufrido restricciones en lo referente a las visitas de sus familiares y a su correspondencia con ellos. Además, también se les limitó el número de paquetes de comida, vestimenta y otros enseres, así como el contacto con el mundo exterior a través de la televisión y la radio. El Sr. Aliev se queja también de no haber podido mantener relaciones íntimas con su esposa.

El Tribunal al examinar los hechos señala que estas restricciones constituyen una injerencia por parte de una autoridad pública en el ejercicio del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar así como a su correspondencia y recuerda, como ya hizo anteriormente, que esta injerencia debe ser prevista legalmente, perseguir un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzar dicho fin. Además, para que esta injerencia sea considerada como prevista legalmente la ley debe ser accesible para la persona concernida y ésta debe poder prever sus consecuencias. En el periodo que media entre septiembre de 1997 y julio de 1999 las condiciones de prisión de los demandantes en el corredor de la muerte eran reguladas por una Instrucción interna que no había sido publicada y por lo tanto no era accesible al público. Esta instrucción fue reemplazada por unas Disposiciones temporales de fecha 11 de julio de 1999 que sí fueron publicadas y además ampliaban los derechos de los reclusos condenados a muerte. El Tribunal, no obstante, considera que hasta julio de 1999 la injerencia no estaba prevista legalmente y consecuentemente existe una violación del artículo 8 del Convenio.

En relación con la negativa de las autoridades penitenciarias de permitir que el Sr. Aliev mantenga relaciones íntimas con su esposa, ésta no constituye una injerencia en relación con el artículo 8 ya que según el Tribunal puede justificarse en

51 Poltoratski c. Ucrania, sentencia de 29 de abril de 2003, Poltoratski c. Ucrania, sentencia de 29 de abril de 2003, Kouznetsov c. Ucrania, sentencia de 29 de abril de 2003, Nazarenko c. Ucrania, sentencia de 29 de abril de 2003, Dankevitch c. Ucrania, sentencia de 29 de abril de 2003, Aliev c. Ucrania, sentencia de 29 de abril de 2003 y Khokhlitch c. Ucrania, sentencia de 29 de abril de 2003.

relación con la defensa del orden público y la prevención de las infracciones penales prevista en el artículo 8.2 del Convenio.

Asimismo, en la sentencia Argenti⁵², referente a un criminal condenado a cadena perpetua, el Tribunal considera que no existe violación del artículo 8 en lo concerniente a las restricciones de las visitas familiares del demandante. En este asunto, el demandante, al que se le aplica un régimen restrictivo de contactos a razón de su pertenencia a una organización criminal mafiosa, sólo puede ver a sus familiares una vez al mes y en condiciones especiales de seguridad. El Tribunal resuelve este asunto de forma escueta refiriéndose a la sentencia Messina⁵³ y citándola recuerda que el régimen especial previsto por la ley italiana no infringe el artículo 8 del Convenio ya que su objetivo es romper los vínculos entre las personas encarceladas y su entorno criminal de origen para que estas no mantengan contactos personales con estructuras de organizaciones criminales mafiosas, donde las relaciones familiares tienen habitualmente un papel primordial⁵⁴. El Tribunal lo deja claro y lo repite en todas las sentencias en que los detenidos tienen vínculos mafiosos. De esta manera, en el asunto Gallito⁵⁵, el Tribunal vuelve a referirse a la sentencia Messina, y concluye nuevamente que no hay violación del derecho al respeto de la vida familiar cuando las restricciones efectuadas son debidas al carácter mafioso y peligroso del preso.

Además, el Tribunal considera que, en cada caso particular, se deben examinar, además de las normas al amparo de las cuales se ha dictado la restricción, las condiciones de los detenidos y su grado de peligrosidad. Dos sentencias contra los Países Bajos, la sentencia Van der Ven⁵⁶ y la sentencia Lorse⁵⁷ y otros, nos sirven de ejemplo.

El primer demandante, el Sr. Van der Ven, fue condenado a quince años de prisión por homicidio voluntario, homicidio involuntario, violación y tráfico de estupefacientes. El segundo, el Sr. Lorse, también fue declarado culpable de tráfico de estupefacientes y condenado a quince años de prisión. Además, por hechos relacionados también con el tráfico de drogas, fue condenado a una pena de seis años de prisión en Bélgica. Los dos demandantes se quejan de la falta de relaciones huma-

52 Argenti c. Italia, sentencia de 10 noviembre 2005 (sentencia definitiva del 10 de febrero de 2006).

53 Messina c. Italia, sentencia de 28 de septiembre de 2000.

54 Argenti c. Italia, sentencia de 10 noviembre 2005 § 28 que cita la sentencia literalmente la sentencia Messina c. Italia, sentencia de 28 de septiembre de 2000, § 66.

55 Gallico c. Italia, sentencia de 28 de junio de 2005.

56 Van der Ven c. Países Bajos, sentencia de 4 de febrero de 2003.

57 Lorse y Otros c. Países Bajos, sentencia de 4 de febrero de 2003.

nas durante su estancia en una prisión de alta seguridad. Las visitas, generalmente, sólo se llevaban a cabo a través de una mampara de cristal y únicamente una vez al mes se permitía que el cónyuge, los padres y los hijos les visitaran sin mampara de separación, aunque el único contacto físico autorizado era el de un apretón de manos al empezar y finalizar la visita. Además, los reclusos antes de la visita debían someterse a un cacheo. Ambos demandantes alegan que este régimen, tan estricto, había alterado su estabilidad psicológica. El Tribunal recuerda, como ha señalado en todas las resoluciones referentes a la vida familiar de los detenidos y los reclusos, que su situación, por su misma naturaleza, implica una restricción a la vida familiar de los interesados. No obstante, estas restricciones se deben examinar. Al hacerlo señala que las restricciones estaban previstas por la ley y perseguían un fin legítimo, a saber, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales contempladas en el artículo 8.2 del Convenio. El régimen de esta prisión de alta seguridad tiene como objeto, entre otros, que los reclusos no puedan evadirse. Considerando los delitos cometidos, la huida de los demandantes presentaba un riesgo grave para la sociedad. Por lo tanto, visto que las visitas no se prohibían arbitrariamente y que sólo eran controladas minuciosamente, en estos dos asuntos la restricción de contactos de los reclusos con la familia no constituía según el Tribunal una violación al derecho al respeto de la vida familiar, teniendo en cuenta su régimen de reclusión en una prisión de alta seguridad.

Igualmente, en la sentencia Öcalan⁵⁸, el demandante, fundador de la organización ilegal PKK (Partido de los trabajadores del Kurdistán) se queja de su condena a perpetuidad y de las condiciones de su detención, especialmente su aislamiento social y las restricciones impuestas para poder comunicarse con su familia. En este caso, debido a su régimen especial de encarcelamiento en una prisión de alta seguridad se le ha restringido el número de visitas de su familia. Con la excepción de las visitas de sus parientes de primer grado, el resto tuvo que desarrollarse en una sala de visitas a través de un teléfono con un dispositivo de separación. Estas medidas se regulan legalmente para los reclusos considerados peligrosos, persiguen un fin legítimo, es decir la defensa del orden y la seguridad pública, y el Gobierno alega que el Sr. Öcalan podría utilizar las comunicaciones con el exterior para contactar con miembros de su partido. El Tribunal considera que teniendo en cuenta el régimen especial de detención en el que se encuentra el demandado y el hecho de que las autoridades penitenciarias hayan autorizado que le visite la familia una vez por

58 Öcalan c. Turquía núm. 2, sentencia de 18 de marzo de 2014 (definitiva el 13 de octubre de 2014).

semana y pueda comunicarse telefónicamente con ella, no hay violación del artículo 8 del Convenio.

Sin embargo, no sólo la restricción de las visitas o las condiciones en que éstas se desarrollan pueden enturbiar el desarrollo del derecho al respeto de la vida familiar en la prisión. Condiciones como la distancia geográfica también se deben tener en cuenta, algo que dos sentencias recientes del TEDH confirman.

En la sentencia *Khodorkovskiy y Lebedev*⁵⁹, los demandantes alegan que su encarcelamiento en una prisión a miles de kilómetros de su domicilio habitual les ha privado de tener contacto con su familia. El Tribunal admite que esta situación entra en el ámbito de aplicación del derecho al respeto de su vida privada y familiar, reconoce que esta injerencia es legal y que persigue un fin legítimo, a saber, la prevención del crimen y la protección de los derechos y libertades de otros, pero cuando examina la necesidad de esta injerencia en una sociedad democrática, el Tribunal considera que el hecho de no tener en cuenta el interés de los reclusos para mantener algunos vínculos familiares y sociales y enviarles a miles de kilómetros de su familia viola su derecho al respeto de la vida privada y familiar.

Igualmente, en la sentencia *Vintman*⁶⁰, los hechos en cuestión son la negativa de transferir un recluso de una prisión a otra más próxima a su domicilio para permitir que su madre anciana y con problemas de salud pueda visitarlo ya que la prisión está situada a más de 700 km de su domicilio, requiriendo un viaje de entre 12 y 16 horas. El Tribunal considera que aunque la injerencia está prevista legalmente y persigue un fin legítimo, el de prevenir la sobrepoblación penitenciaria y el mantenimiento de la disciplina, es desproporcional ya que cerca del domicilio del recluso existen numerosas prisiones de las mismas características donde podría cumplir su condena. En ningún momento se tuvo en cuenta la situación personal del demandante y su interés en mantener sus lazos familiares. Por tanto, la injerencia no se justifica y se considera que ha existido una violación del artículo 8 del Convenio. El Tribunal también examina la violación del artículo 8 combinado con el artículo 13, ambos del Convenio, y llega a la conclusión que la ausencia de todo recurso efectivo que hubiera permitido al demandante impugnar la imposibilidad de obtener un traslado en la prisión más próxima a su domicilio conlleva una violación de estos dos artículos.

Por otro lado, es necesario facilitar al máximo los contactos entre los familiares y la prohibición de hablar en una lengua determinada puede ser determinante para

59 *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*, sentencia de 25 de julio de 2013.

60 *Vintman c. Ucrania*, sentencia de 23 de octubre de 2014.

ello. En el asunto Nusret Kaya y Otros⁶¹, a los demandantes encarcelados se les prohibió por parte de la administración penitenciaria que conversaran telefónicamente con sus parientes en lengua kurda. El Tribunal considera que la restricción impuesta a las comunicaciones telefónicas de los demandantes con sus familiares, motivada por el hecho de querer expresarse en kurdo, es susceptible de ser considerada como una injerencia en el ejercicio de su derecho al respeto de la vida familiar. La cuestión no tiene que ver con la libertad lingüística de los demandantes, sino que lo que está en juego es la posibilidad de mantener un contacto real con su familia. A este efecto, el mismo Tribunal menciona las recomendaciones en el marco de las Reglas penitenciarias europeas de 2006⁶² que consideran esencial que la administración ayude a los reclusos a mantener un contacto con su familia cercana⁶³. Además, recuerda que el derecho interno turco posibilita que los reclusos tengan contacto telefónico con el mundo exterior y que estas conversaciones puedan por razones de seguridad ser controladas por la administración penitenciaria. Asimismo, ninguna norma interna prohibía expresamente que se usaran otras lenguas que no fueran el turco, aunque la administración penitenciaria podía verificar si la persona con la cual los reclusos querían comunicarse conocía o no la lengua turca. El problema era que de forma general e indiferenciada la norma se aplicaba a todos los reclusos independientemente de toda apreciación individual de las exigencias que en cuestiones de seguridad podían necesitar los reclusos. Además, el kurdo es una de las lenguas habladas corrientemente en Turquía y se usa en el ámbito familiar. Por lo tanto, el Tribunal considera que la injerencia en el derecho de los demandantes de mantener una conversación telefónica en turco con sus allegados no puede ser considerada como necesaria. Cabe destacar, que posteriormente el artículo del Reglamento en cuestión fue modificado, de manera que sólo se requiere una declaración en la cual se diga que no se conoce la lengua turca. En base a estas consideraciones, el Tribunal concluye que existe violación del artículo 8 del Convenio.

En el asunto Petrov⁶⁴, el Tribunal debe examinar una discriminación en relación con la vida familiar de un recluso. En este caso, el demandante se queja de no estar autorizado a llamar a su compañera, con la que tiene un hijo, desde la cabina

61 Nusret Kaya y otros c. Turquía, sentencia de 22 de abril de 2014.

62 Recomendación (2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas penitenciarias europeas, de 11 de enero de 2006.

63 *Ibidem*, par. 24.1. «Los reclusos estarán autorizados a comunicarse tan a menudo como sea posible –por carta, teléfono u otros medios de comunicación– con su familia, terceros y representantes de organismos exteriores, así como a recibir visitas de las personas mencionadas».

64 Petrov c. Bulgaria, sentencia de 22 de mayo de 2008.

telefónica de la prisión, contrariamente a los reclusos casados. En este asunto, el Tribunal juzga inaceptable que los reclusos casados y los no casados con una vida familiar estable gocen de un trato diferente en lo concerniente a la posibilidad de mantener los lazos familiares durante su encarcelación y concluye que existe una violación del artículo 14 combinado con el artículo 8, ambos del Convenio.

En base a lo anteriormente examinado, podemos afirmar que cuando el Tribunal examina las restricciones en el derecho al respeto de la vida familiar de los reclusos condenados de forma firme continua manteniendo que en la medida de lo posible los contactos con la familia deben propiciarse. Sin embargo, matiza y permite que estos contactos se restrinjan cuando los reclusos se someten a un régimen especial por razones de seguridad.

4.2. *Derecho a asistir a los funerales de sus parientes*

Las relaciones familiares no se limitan a los contactos presenciales o telefónicos en prisión. También hechos como la asistencia a los funerales de los parientes o la posibilidad de despedirse adecuadamente de un pariente cercano moribundo han de ser considerados como formando parte del derecho al respeto de la vida familiar.

En la sentencia Ploski⁶⁵, anteriormente citada, el Tribunal considera una violación del derecho al respeto de la vida familiar el hecho de que las autoridades no permitan que el demandante, en régimen de prisión provisional por hurto, asista al entierro de sus padres. En este caso, el Sr. Ploski, que había perdido a sus padres con un mes de diferencia, había pedido dos veces que se le permitiera asistir a sus entierros respectivos. Aunque las solicitudes de asistencia a los entierros se acompañaban de declaraciones favorables de los vigilantes y se certificaba que su conducta en la prisión era ejemplar, no se le permitió asistir. El Tribunal examina los hechos y teniendo en cuenta que el delincuente no cumplía una pena por un delito violento, considera que se podría haber autorizado al interesado a asistir a los entierros con escolta policial, para evitar todo riesgo de fuga. Para el Tribunal la negativa de autorizar al demandante a asistir a los entierros de sus padres no se considera necesaria en una sociedad democrática, no corresponde a una necesidad imperiosa y no es proporcional a la finalidad perseguida, por lo que unánimemente declara que ha existido una violación al derecho al respeto de su vida familiar.

En la sentencia sobre el asunto Lind⁶⁶, el Tribunal considera el hecho de que

65 Ploski c. Polonia, sentencia de 12 de noviembre de 2002.

66 Lind c. Rusia, sentencia de 6 de diciembre de 2007.

el demandante, binacional ruso y neerlandés inculpado de tentativa de atentar contra el Estado, que se encontraba en régimen de prisión provisional, no haya podido despedirse telefónicamente de forma adecuada de su padre agonizante constituye una violación del artículo 8 CEDH. En este asunto, el demandante pidió beneficiarse de un permiso temporal para despedirse de su padre, lo que le fue denegado. El Tribunal estima que el hecho de no haberle acordado un permiso temporal para poder acudir a La Haya al lecho de muerte de su padre, afectado de un cáncer en fase terminal que había pedido que se le practicara una eutanasia, lo que le permitía saber el día de su muerte, no conlleva una violación. En cambio, sí que lo constituye el no haber podido despedirse telefónicamente de él de forma adecuada ya que solo se le permitió hablar en ruso y durante menos de un minuto, aunque la embajada de los Países Bajos había intercedido reiteradas veces y hasta pagado la llamada telefónica.

Vistas estas sentencias, las autoridades han de procurar en la medida de lo posible que los lazos familiares en momentos delicados puedan anudarse y si no existen razones de seguridad imperiosas los reclusos han de poder despedirse o acudir a los funerales de sus parientes adecuadamente.

4.3. *El derecho a crear y continuar con la vida familiar*

Aunque nadie duda que el encarcelamiento dificulta la creación y más aún la continuación de una vida familiar en condiciones de normalidad, el Tribunal se ha pronunciado tanto sobre la posibilidad de contraer matrimonio en prisión como de tener descendencia.

En lo que respecta a la creación de un vínculo familiar y aunque el artículo 8 no se alegue, debemos mencionar la sentencia *Frasik*⁶⁷ y la sentencia *Jaremowicz*⁶⁸ en las que la negativa a autorizar que un recluso se case en la prisión es considerada por el Tribunal como una violación del artículo 12 del Convenio. En el primer asunto, el Sr. *Frasik* ingresó en prisión provisional a consecuencia de una denuncia planteada por una mujer con la que había tenido una relación de cuatro años, que le acusaba de haberla violado y pegado. Más tarde, la víctima pidió que el demandante fuera liberado porque se habían reconciliado y querían casarse. El Juez denegó al demandante la autorización de casarse en prisión, ya que ello podía impedir que la víctima testimoniara contra él. Además consideraba que la prisión no era un sitio adecuado

67 *Frasik c. Polonia*, sentencia de 5 de enero de 2010.

68 *Jaremowicz c. Polonia*, sentencia de 5 de enero de 2010.

para casarse. Posteriormente, el demandante fue condenado a una pena de prisión y el Tribunal Supremo confirmó la condena, aunque declaró que la negativa a no autorizar al demandante el derecho a casarse en prisión era contrario al artículo 12 del Convenio. El Tribunal europeo considera que la decisión de contraer matrimonio ya sea en libertad o en prisión es una cuestión estrictamente privada y personal y las autoridades nacionales sólo deben asegurarse que el matrimonio se celebra según se regula en derecho interno, sin ir más allá. Por lo tanto, el Tribunal Europeo suscribe la apreciación del Tribunal Supremo polaco según el cual la injerencia en el derecho del demandante a contraer matrimonio era desproporcionada y arbitraria. En consecuencia, declara una violación del artículo 12 CEDH.

En el asunto *Jaremowicz*⁶⁹ el demandante, que cumplía condena firme en prisión, solicitó autorización de recibir visitas de una reclusa, reclusa primero en la misma prisión que él y más tarde transferida a otra prisión. Los dos solicitaron al tribunal regional la autorización de contraer matrimonio, pero éste la denegó por considerar que los interesados se habían acercado ilegalmente en prisión y que su relación era muy superficial ya que sólo se enviaban mensajes, a menudo sin contacto visual. Más tarde, el director de la prisión autorizó el matrimonio. El Tribunal examina diversos aspectos, en primer lugar la exigencia de que los reclusos necesiten una autorización previa para casarse lo que no se considera contrario al artículo 12. Como ya hemos subrayado y tal como el Tribunal no deja de repetir, las restricciones a la vida conyugal, privada y familiar son inherentes a la privación de libertad, las autoridades benefician de un margen de discrecionalidad y deben tener en cuenta no solo el interés personal que persigue el recluso sino también el mantenimiento del orden y la seguridad de la prisión. No obstante, en este caso el rechazo de las autoridades no estaba relacionado con la seguridad de la prisión o la prevención de las infracciones penales sino con la naturaleza y calidad de la relación entre el demandante y su novia. En consecuencia, teniendo en cuenta que las autoridades del registro civil sólo pueden determinar si existen obstáculos legales para el matrimonio y la decisión de contraer matrimonio es un asunto estrictamente privado y personal, la medida en cuestión no puede justificarse porque no persigue una finalidad legítima. No existe diferencia alguna entre la situación jurídica de las personas en libertad y las reclusas en cuanto a la elegibilidad para casarse, y más allá de las cuestiones legales las autoridades no pueden inmiscuirse en los deseos de un individuo de contraer matrimonio. Por tanto, el Tribunal considera que se violó el artículo 12 CEDH.

69 *Jaremowicz c. Polonia*, sentencia de 5 de enero de 2010.

En lo concerniente a la posibilidad para los reclusos de tener descendencia, en el asunto Dickson⁷⁰, aunque en la sentencia dictada por la Sala se había llegado a la conclusión de que no existía ninguna violación del artículo 8 CEDH, la Gran Sala en apelación concluye que el hecho de que los demandantes no puedan recurrir a la inseminación artificial para tener un hijo viola el artículo 8 CEDH. En este asunto, el Tribunal considera que el artículo 8 se puede aplicar a la petición de los demandantes ya que la negativa de poder proceder a una inseminación artificial concierne a su vida privada y familiar, nociones que incluyen el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos. Además, observa que nada impide que la segunda demandante, que se encuentra en libertad, pueda ocuparse de su hijo eventualmente concebido hasta la liberación de su marido⁷¹.

El Tribunal nuevamente deja claro que las decisiones relativas a contraer matrimonio o tener descendencia son cuestiones de índole privada y personal. Las autoridades nacionales sólo deben velar porque el matrimonio se celebre conforme al derecho interno, mientras las autoridades penitenciarias deben procurar que la celebración o la procreación no perjudique las condiciones de seguridad de la prisión.

4.4. *Los derechos parentales de los presos*

En relación con las medidas de tutela y acogida de los hijos, el Tribunal en la sentencia Sabor y Pircalab⁷², así como en la sentencia Iordache⁷³, concluye que la privación de los derechos parentales como consecuencia automática de una condena de prisión viola el derecho al respeto de la vida familiar.

En el asunto Sabor y Pircalab, los demandantes, periodistas rumanos, son acusados y condenados por haber escrito una serie de artículos que se consideraron difamatorios. El primer demandante, el Sr. Sabou, fue condenado a diez meses de prisión y se le retiraron automáticamente sus derechos parentales. El Sr. Sabou vivía

70 Dickson c. Reino Unido, sentencia de 18 de abril de 2006.

71 A este respecto ver: H. CODD, «Regulating Reproduction: Prisoner's Families, Artificial Insemination and Human Rights», *European Human Rights Law Review*, núm. 1, 2006, p. 29 y ss. Y el comentario a la sentencia de C. QUESADA ALCALÁ, «Los límites de la prisión: fecundación in vitro y el derecho a la vida privada y familiar (Sentencia Dickson c. Reino Unido, Asunto núm. 44362/04, de 4 de diciembre de 2007)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 15, 2008.

72 Sabou y Pircalab c. Rumanía, sentencia de 28 de septiembre de 2004 (definitiva el 28 de diciembre de 2004).

73 Iordache c. Rumanía, sentencia de 14 de octubre de 2008 (definitiva el 14 de enero de 2009).

con su pareja y dos de sus hijos y durante su estancia en prisión tuvo otro hijo. El demandante alega que la prohibición de ejercer sus derechos parentales infringe el derecho al respeto de su vida familiar. Además alega que no ha dispuesto de ningún tipo de recurso efectivo que le permitiera denunciar la violación de su derecho al respeto de su vida familiar, lo que infringiría los artículos 13 y 8 del Convenio. El Tribunal recuerda que el interés del menor debe primar sobre toda otra consideración y que solamente un comportamiento particularmente indigno puede justificar que una persona sea privada de sus derechos parentales teniendo en cuenta el interés superior del menor. La infracción por la que se condenó al Sr. Sabou no tiene nada que ver con cuestiones relacionadas con la autoridad parental y en ningún momento se había alegado una falta de cuidados o malos tratos de su parte. En derecho rumano la prohibición de ejercer los derechos parentales es una pena accesoria que se aplica automáticamente a toda persona que cumple una pena de prisión, sin control judicial y sin tener en cuenta el tipo de infracción cometida o el interés del menor. Por lo tanto, el Tribunal concluye que se ha violado el artículo 8 del Convenio. Igualmente, en relación con el artículo 13 combinado con el artículo 8, ambos del Convenio, el Tribunal considera que el hecho de que no exista ningún recurso efectivo para oponerse a esta medida automática de privación de los derechos parentales es contrario al Convenio.

Asimismo, en la sentencia Iordache⁷⁴, el demandante, que fue condenado a veinte años de prisión por el homicidio de la pareja de su ex mujer, alega que la retirada de la patria potestad como pena accesoria a su condena penal atenta contra el derecho al respeto de su vida familiar y que además no había dispuesto de ningún recurso efectivo ante la jurisdicción nacional para revisar esta situación. Según alega el Gobierno, este asunto difiere del anterior por la gravedad de los hechos que se le imputan y porque el homicidio se perpetró delante del hijo del demandante. No obstante, el Tribunal no es de la misma opinión y considera que la aplicación de la prohibición total y absoluta del ejercicio de los derechos parentales sin ningún control judicial y sin tener en cuenta ni el tipo de delito ni el interés del menor no responde a la exigencia primordial del interés del menor que debería primar en todos los asuntos que le conciernen. Además, el demandante no pudo intervenir de forma efectiva en ninguna decisión en relación con su hijo, ni cuando su madre pidió una tutela, ni posteriormente cuando fue trasladado a España. Por lo tanto, el Tribunal considera que se han violado tanto el artículo 8 como el artículo 13 del Convenio.

⁷⁴ Iordache c. Rumanía, sentencia de 14 de octubre de 2008 (definitiva el 14 de enero de 2009).

Por lo tanto, sólo si el interés superior del menor lo aconseja se podrán retirar los derechos parentales de los reclusos y nunca de forma automática una condena deberá acarrear la privación de la patria potestad.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho al respeto de la vida familiar de los detenidos y los reclusos es un derecho difícil de proteger y hasta podríamos decir de delimitar por su propia naturaleza. Como ya hemos señalado repetidamente, los detenidos y los reclusos sufren restricciones en el desarrollo de su vida familiar por el mero hecho de estar privados de libertad y aunque exista voluntad de proteger sus relaciones familiares éstas siempre se encontraran afectadas.

Partiendo entonces de esta premisa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que existe un derecho al respeto de la vida familiar de los detenidos y los reclusos y que cualquier injerencia estatal a este derecho puede ser sometida a control. Este control el Tribunal lo realiza teniendo en cuenta tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como otras normas internacionales aplicables. De esta manera, si los hechos denunciados entran en el ámbito material del artículo 8 del Convenio, el Tribunal analizará su base legal, la necesidad de la injerencia y su proporcionalidad. El Tribunal considerará que la base legal es adecuada si existe en derecho interno una norma accesible, precisa, previsible y compatible con la preeminencia del derecho, es decir, si existe una ley de calidad. Al mismo tiempo, examinará si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática y existía proporcionalidad entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. Además, establecerá si el balance de la acción estatal es razonable. Si no existe un consenso europeo claro en la materia, el Tribunal flexibilizará su control y dejará un margen de apreciación más amplio al Estado sin condenar la injerencia.

Cabe destacar, que el derecho al respeto de la vida familiar de los detenidos y los reclusos no fue enjuiciado por el Tribunal de Estrasburgo hasta principios del siglo XXI con la sentencia Messina y aunque en este asunto la injerencia estatal no fue constitutiva de violación, el Tribunal reconoció por primera vez, claramente, que un recluso también tiene derecho al respeto de la vida familiar.

Desde entonces, una vez fijada esta premisa, el Tribunal ha examinado numerosos asuntos de detenidos y reclusos, lo que nos permite esbozar a modo de conclusión un hilo jurisprudencial que ya se puede considerar bien asentado. Derechos como el de comunicarse con y ser visitado por sus familiares, asistir a los funerales de sus parientes cercanos, crear y continuar en la medida de lo posible con la vida

familiar y mantener derechos parentales sobre sus hijos forman parte del derecho al respeto de la vida familiar de los detenidos y los reclusos y sólo circunstancias especiales pueden restringir su ejercicio.

No obstante, es necesario diferenciar entre los diferentes tipos de privación de libertad, ya que las condiciones varían dependiendo de si la persona sólo se encuentra detenida, está en régimen de prisión provisional o ya existe condena firme de reclusión.

En relación con los detenidos, el Tribunal es taxativo y declara repetidamente que el hecho de que durante el arresto y la posterior detención de una persona ésta tiene derecho a comunicar su situación rápidamente a su familia reviste una importancia crucial ya que la desaparición inexplicada de una persona puede causar una fuerte inquietud en sus familiares. Consecuentemente, la familia debe de estar informada de la detención, y si al detenido no se le permite contactar con ella, la policía, el juez de instrucción o, en su caso, las autoridades penitenciarias deberán lo más rápidamente posible garantizar la comunicación del hecho y el lugar donde se encuentra el detenido.

Los reclusos que se encuentran en régimen de prisión provisional deben, en la medida de la posible, poder tener contacto con sus familiares, telefónicamente y a través de visitas periódicas. Sólo circunstancias de especial gravedad, entre las que concurren las cuestiones de seguridad y orden público, pueden justificar la restricción de estos contactos. Además, no puede existir discriminación alguna entre los reclusos que se encuentran en régimen de prisión provisional y los que ya están condenados firmemente en lo referente a las visitas de sus familiares.

En relación con los reclusos que cumplen una condena firme se debe tener en cuenta cual es el régimen de prisión. Si éste es especial, debido a la gravedad de los hechos cometidos y en general cuando el prisionero pertenece a la mafia o se encuentra en régimen de alta seguridad, se pueden restringir los contactos con la familia. En el resto de regímenes, el prisionero tiene derecho a ser visitado por sus familiares y una prohibición absoluta de éstas sólo puede justificarse debido a circunstancias excepcionales. Por lo tanto, los prisioneros convencionales tienen derecho a ser visitados por sus familiares, a tener contactos telefónicos con ellos con regularidad y además que estos contactos telefónicos se desarrollen en la lengua habitual de la familia.

En otro orden de cosas, el Tribunal también considera que afecta al desarrollo de la vida familiar de los reclusos la distancia geográfica entre el lugar donde reside la familia y el lugar de reclusión. Si no existen motivos específicos para ello, se debe procurar en la medida de lo posible que los familiares puedan visitar a los presos sin

para ello tener que viajar distancias excesivas desde su lugar de residencia habitual.

Sin embargo, como hemos visto, las relaciones familiares no se limitan a los contactos presenciales o telefónicos en prisión. La posibilidad de asistir al funeral de los seres queridos o de despedirse adecuadamente de ellos en su lecho de muerte también son hechos constitutivos de vida familiar. Por ello, el Tribunal considera que si no existen razones de seguridad imperiosas los reclusos han de poder despedirse o acudir a los funerales de sus parientes adecuadamente.

Asimismo, y aunque el artículo alegado sea el referente al derecho a contraer matrimonio, el Tribunal de Estrasburgo considera que en las cuestiones de índole privada y personal, como son el hecho de contraer matrimonio o tener descendencia, el margen de actuación de las autoridades nacionales es mínimo. Estas sólo pueden controlar que el matrimonio se celebre conforme al derecho interno y las autoridades penitenciarias deben procurar que la celebración no menoscabe las condiciones de seguridad de la prisión. Otras consideraciones sobre si el matrimonio es conveniente o el tener descendencia a través de técnicas de inseminación artificial adecuado están fuera de las atribuciones de las autoridades nacionales.

En relación con las medidas referentes a las relaciones jurídicas con los hijos, la retirada de la patria potestad, la prohibición de visitas y los procedimientos de tutela y acogida, el Tribunal concluye que la privación de los derechos parentales como consecuencia automática de una condena de prisión viola el derecho al respeto de la vida familiar. Siempre se debe tener en cuenta el interés superior del menor que debe primar sobre toda otra consideración. Solamente un comportamiento particularmente indigno puede justificar que una persona sea privada de sus derechos parentales.

Por lo tanto, podemos concluir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido y sigue creando una línea jurisprudencial clara para que las restricciones que los reclusos y los detenidos sufren por razón de su condición en el derecho al respeto de la vida familiar sean lo menos gravosas posibles. Ello es loable porque una buena administración penitenciaria debe ayudar a las personas privadas de libertad a mantener contactos con el mundo exterior y especialmente con su familia cercana. No hemos de olvidar que la función de reinserción social está presente en el medio carcelario y nada mejor que la familia y los parientes cercanos para ayudar al preso a reinsertarse en la sociedad.

Resumen

Aunque los reclusos y los detenidos por razón de su condición sufren restricciones en su vida familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que existe un derecho al respeto de la vida familiar de los detenidos y los reclusos y que cualquier injerencia estatal a este

derecho puede ser sometida a control. Este control, que se realiza teniendo en cuenta tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como otras normas internacionales aplicables, consiste en analizar la base legal que debe ser precisa, previsible y compatible con la preeminencia del derecho, la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática y la proporcionalidad entre los medios utilizados y la finalidad perseguida.

A lo largo de los años el TEDH ha creado una línea jurisprudencial al respecto, de manera que actualmente derechos como el de poder comunicar rápidamente con sus familiares en caso de detención, que los reclusos puedan ser visitados y tengan contacto telefónico con sus familiares, asistir a los funerales de sus parientes cercanos, crear y mantener en la medida de lo posible con la vida familiar y mantener derechos parentales sobre sus hijos forman parte del derecho al respeto de la vida familiar de los detenidos y los reclusos, el ejercicio del cual sólo puede ser restringido en circunstancias especiales.

Palabras Clave: *Jurisprudencia del TEDH; vida familiar de los detenidos y los reclusos; derecho a recibir visitas y comunicarse con familiares; derecho a crear y mantener la vida familiar.*

Abstract

Prisoners and arrested have limited rights due to their condition. But the ECHR argues that they have the fundamental right to privacy and family life, and that any state intervention on those rights can be controlled. This control under the Convention and international law takes into account the legal basis, the necessity and the proportionality of the state regulation. The ECHR has built a jurisprudence around this rights, so today it can be recognize the right to notify the familiars as soon as possible someone's detention, the right of prisoners to receive family visits, go to family funerals, and to sustain under certain conditions a family life.

Key Words: *ECHR case law; prisoner's right to respect for family life; right to family visits and maintaining contact with close relatives; right to create and maintain family life.*

Enviado: 31 de marzo de 2015

Aceptado: 10 de mayo de 2015





Perfiles/Noticias





«IN MEMORIAM»: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y SU PROYECCIÓN INTERNACIONAL*

RICARDO ALONSO GARCÍA**

Eduardo García de Enterría no sólo es El Maestro, en singular y mayúsculas, de nuestro Derecho Público, sino también, con palabras de Ángel Martín Municio en su contestación al Discurso de Ingreso de Don Eduardo en la Real Academia de la Lengua, «representante excepcional del pensamiento jurídico español». «Y ello hasta tal punto», continuó resaltando Martín Municio, «de que ausente de la Academia el puesto de honor y de trabajo de un jurista, hubiera sido difícil encontrar más amplios matices en el cultivo del Derecho, huellas más profundas en los estudios jurídicos, mayor deleite en el oficio, mejor rigor y ascendiente intelectual, magisterio científico y humano más constantes y reconocidos, formas de expresión más brillantes, que los acumulados en la intensa actividad profesional del nuevo miembro de esta Casa».

Así fue apreciado, admitiéndole en su seno, no sólo por la Real Academia de la Lengua, como años antes lo había hecho la Real de Jurisprudencia y Legislación, sino por otras muchas instituciones de nuestro país, al honrarle con las más altas distinciones, incluidas la Gran Cruz de Alfonso X El Sabio y la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, el Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales, y el Premio Internacional Menéndez Pelayo.

Más impresionante aún resulta su currículum de Doctorados Honoris Causa por Universidades españolas (Zaragoza en 1983, Valladolid en 1992, Carlos III de Madrid en 1993, Cantabria en 1995, Oviedo en 1996, Santiago de Compostela también en 1996, Málaga en 1999, Extremadura en 2002, y San Pablo CEU en 2010), habida cuenta del clima de intrigas y egos típico de la vida universitaria, y aún más típico de la vida universitaria en un país como el nuestro, donde la envidia, que Unamuno calificara de «lepra nacional», es un obstáculo más, y no precisamente menor, para dignificar el talento ajeno. Las razones para tal ruptura del molde español, hasta la exageración en el caso de Don Eduardo, creo que deben buscarse no tanto en los

* Texto escrito de la intervención en el Acto Académico en memoria de Don Eduardo García de Enterría, celebrado en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense el 29 de enero de 2014.

** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid.

conocimientos de El Maestro, como en su sabiduría entendida como «conducta prudente en la vida», o lo que es igual, en el reconocimiento a una vida presidida por todos los significados que la Real Academia Española atribuye a la prudencia, esto es, la templanza, la cautela, la moderación, la sensatez y el buen juicio. Pues es el profundo cariño y afecto que una persona con tales cualidades, elevadas a su máxima expresión, puede llegar a despertar en sus pares, lo único, creo, que, más allá de sus cualidades estrictamente científicas, puede explicar, en el caso de Don Eduardo, el grado de reconocimiento a su figura, tan absolutamente fuera de lo común (el reconocimiento, por descontado la figura), por la Universidad española. No tengo ninguna duda, en todo caso, que fue sobre todo ese profundo cariño y afecto lo que llevó a esta Facultad de Derecho de la Universidad Complutense a decidirse a bautizar este Salón de Actos como «Salón García de Enterría», y a presidir con su retrato la tribuna del orador.

* * *

Si sensacional fue el protagonismo de Don Eduardo en nuestro país a lo largo de su brillante y feliz existencia, de «caso extraordinario» ha calificado recientemente Ramón Parada la trascendencia de su ingente obra más allá de nuestras fronteras, «pues la ciencia jurídica española», escribe Parada (el n.º 192 de la RAP), «desde los tiempos de los grandes juristas del siglo XVI, que sentaron las bases del Derecho Internacional (VITORIA, DE SOTO, FRANCISCO SUÁREZ), no había tenido apenas eco en el panorama jurídico internacional».

He de decir que la proyección internacional de Don Eduardo fue una proyección trabajada desde su juventud. Permítaseme traer a colación las palabras con las que mi padre, que mantuvo una muy estrecha amistad con Don Eduardo desde el ingreso de ambos al Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado allá por 1947, cerraba su crónica, publicada el n.º 10 de la RAP, sobre «La reunión de 1952 del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas»: «Como resumen», escribió entonces Alonso Olea, «las sesiones de la Mesa Redonda fueron extremadamente fructíferas y demostraron tener un interés altamente prometedor para el futuro; lo que nos hace reiterar la opinión de García de Enterría, de que es de desear que los administrativistas españoles participen en la más amplia medida y con la mayor intensidad posible en las futuras reuniones del Instituto, bien con su asistencia personal, bien remitiendo sus ponencias y comunicaciones sobre los temas propuestos para cada reunión, pues a través de la organización del Instituto logran una amplísima difusión y pueden entrar en contacto y ser comparadas y contrapuestas con los trabajos de las demás Secciones nacionales, permitiendo así esa contraposición de puntos de

vista de la que nace tanto el interés en los problemas de los demás como el contraste de las soluciones propias y de su eficacia comparada con la reacción de otros países ante los mismos o semejantes problemas».

Ese interés por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno también fue una característica muy acusada, desde siempre, en la formación intelectual de Don Eduardo: él mismo, en una hermosa auto-semblanza que en breve saldrá a la luz en un libro de la Editorial Civitas dedicado a su vida y su obra, nos recuerda cómo además de su interés por el Derecho administrativo francés e italiano, nacido de la necesidad de preparar el temario de las oposiciones a Letrado del Consejo de Estado, tuvo tempranamente la preocupación de formarse en otros Derechos, pasando una temporada, antes de ser Catedrático, en la London School of Economics; y ya siendo Catedrático, pasando varios veranos en las Universidades de Múnich y de Tubinga, donde entablaría una cordial amistad con el gran maestro Otto Bachof.

Fruto de la formidable capacidad de Don Eduardo para, desde una perspectiva internacional, absorber conocimientos ajenos y exteriorizar los propios, serían los Doctorados Honoris Causa que le fueron concedidos por dos de las más prestigiosas Universidades europeas: La Sorbona, en 1977, y la de Bolonia, en 1992.

Posteriormente, en 1999, el reputado Instituto Europeo de Administración Pública, con sede principal en Maastricht, le otorgaría el Premio Alexis de Tocqueville al considerarle «uno de los más destacados académicos de Europa», y un «investigador excepcional en Derecho Público y Administrativo que ha realizado contribuciones de primer orden en el campo de la Administración Pública europea y del Derecho europeo».

No exageraba lo más mínimo en sus elogios el Instituto. Como tampoco exageraba nuestro insigne Salvador de Madariaga (co-fundador, por cierto, del Colegio de Europa con sede en Brujas, el más afamado centro, junto con el Instituto Universitario de Florencia, de estudios de postgrado sobre la Unión Europea), cuando se refería a Don Eduardo como «el español de más integridad combinada, con más inteligencia, que hubiera encontrado en su vida»¹.

* * *

En efecto, fue Don Eduardo el primer Juez español del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, entre 1978 y 1986, año este último en el que, coincidiendo con la adhesión de nuestro país a las entonces Comunidades

1 Así nos lo cuenta su hija N. DE MADARIAGA en su hermoso ensayo «Sobre Salvador de Madariaga: paseos con mi padre», publicado en el nº 26 de *Cuenta y Razón* (1986).

Europeas, co-dirigió la voluminosa y pionera obra colectiva «Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho Español».

Fruto de su pasión, que tan bien sabía transmitir a colegas y discípulos, por esta nueva aventura política y jurídica europea que se abría ante nosotros, fueron sus numerosos trabajos dedicados al análisis del panorama jurídico europeo y sus conexiones con el ordenamiento español, destacando de manera particular «La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español», así como su último libro, el cual, editado en 2007 bajo el título «Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?», serviría de inspiración al prematuramente llorado Dámaso Ruiz-Jarabo en la elaboración de sus Conclusiones en el asunto Alpe Adria Energia (C-205/08), que constituyen el más importante esfuerzo de sistematización hasta el momento operado en Luxemburgo en torno al concepto de «órgano jurisdiccional» facultado, o en su caso obligado, para dirigirse vía prejudicial al Tribunal de Justicia.

Pero además, Don Eduardo, como ejemplar hombre que era no sólo de reflexión, sino también de acción, multiplicó sus esfuerzos a la hora de impulsar el progreso científico y político de la integración europea.

Baste con recordar que ya antes de nuestra incorporación de pleno Derecho al proyecto común europeo, concretamente en 1982, participó en el nacimiento de la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo, de la que fue co-fundador y Presidente hasta 2007 (y desde entonces y hasta su fallecimiento, Presidente de Honor). Entre 1988 y 1989 formó parte del Grupo de Trabajo que, presidido por Jean-Victor Louis, redactaría un Proyecto de disposiciones para la Unión Económica y Monetaria Europea (publicado bajo el título «Vers un Système européen de banques centrales. Projet de dispositions organiques», Bruxelles, Editions de l'Université, 1989). Entre 1989 y 1992, dirigió el equipo español que formó parte del macro-proyecto, dirigido por el Instituto Universitario Europeo de Florencia, sobre los retos de la integración con vistas a la culminación del mercado interior («The 1992 Challenge at National Level. A Community-wide joint research on the realization and implementation by national government and business on the internal market program», European University Institute, 1989-1992). Entre 1992 y 1994, formó parte (junto con los Profesores Capotorti, Hilf, Louis y Weiler²) del Grupo de Expertos de la Co-

2 En relación con el Profesor Joseph WEILER, quien actualmente preside el Instituto Universitario Europeo de Florencia, contaré al menos una anécdota vinculada precisamente con la proyección internacional de Don Eduardo. En el año 1989, Don Eduardo se decidió a dirigir uno de los Cursos de

misión Institucional del Parlamento Europeo, encargada de preparar un proyecto de Constitución europea (el «Informe Herman»). En 1996, fue miembro (junto con los Profesores Dehousse, Louis, Mény, Snyder y Tesauro) del Grupo de Expertos (presidido por Ehlerman) al que, bajo la órbita del Centro Robert Shuman del Instituto Universitario de Florencia, encargó el Parlamento Europeo la tarea de unificar y simplificar en un texto único los Tratados de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea. Y ese mismo año, formó también parte del Comité de Sabios que, bajo la presidencia de la que fuera primera Ministra portuguesa, María de Lourdes Pintasilgo, redactó el importante informe «Por una Europa de los Derechos Cívicos y Sociales».

Siempre fiel a su compromiso con el mundo académico, El Maestro participó activamente en labores de asesoramiento de multitud de revistas científicas europeas:

Verano que la Universidad Complutense había comenzado a ofertar apenas un año antes, y que desde entonces vienen celebrándose ininterrumpidamente en El Escorial. Con esa naturalidad que le caracterizaba, me instó a que, en mi calidad de secretario académico, eligiera por mí mismo e invitara en su nombre a participar en el Curso a juristas de primer orden, nacionales y extranjeros, vinculados con el Derecho Comunitario, por entonces muy novedoso en el panorama jurídico español. Entre los juristas que seleccioné, con fundamento en lecturas relacionadas con mi Tesis Doctoral, defendida apenas unos meses antes, figuraba el mencionado WEILER, por aquel entonces brillante Profesor de la Universidad de Michigan (posteriormente lo sería de las Universidades de Harvard y Nueva York), y a quien yo sólo conocía (y otro tanto Don Eduardo) por sus textos. Cuando en nombre de Don Eduardo conseguí, no sin mucho esfuerzo, contactar finalmente con WEILER, declinó amablemente la invitación, aduciendo que las fechas que proponíamos coincidían (lo cual era cierto), con otra invitación que le habían ya cursado, y que había aceptado, para intervenir en un Curso de Verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Más de diez años después, Don Eduardo, de nuevo conmigo como segundo de a bordo, repitió la invitación en el marco de un Seminario internacional auspiciado por el Colegio Libre de Eméritos y la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Cuando de nuevo contacté con WEILER, con quien yo había ya entablado por entonces una cierta amistad, me contestó, más o menos, lo siguiente: «La verdad es que me resulta imposible asistir, porque ese día tengo una reunión de la que no puedo ausentarme bajo ningún concepto [justo ese año WEILER acababa de aterrizar en la Universidad de Nueva York]. Pero viniendo la invitación de Don Eduardo, he de confesarte que cuando un día salió su nombre en una conversación entre colegas al poco tiempo de haber renunciado a su invitación para asistir a El Escorial, uno de ellos, escandalizado, se regodeó de mi ignorancia, echándome en cara que no supiera que en España había una sola persona a la que no se le podía negar nada... y esa persona no era el Rey!». «Así que», continuó WEILER, «tendré que encontrar la manera de convertir en posible lo imposible, o me iré a la tumba acompañado del imperdonable pecado de declinar por segunda vez la invitación de un personaje de la talla de Enterría». Y efectivamente, WEILER convirtió en posible lo imposible, aterrizando en Madrid el día de su intervención a las 6 o 7 de la mañana, y tomando al mediodía, tras fugaz ducha y magnífica conferencia a las 9 de la mañana, el vuelo de vuelta a Nueva York.

Director del Comité de Redacción de la «European Review of Public Law» y del Comité Científico del «Annuaire International de Justice Constitutionnelle», fue miembro (y en varios casos Presidente) de Comités Científicos y Consejos Asesores de numerosas publicaciones periódicas, tales como «Il Diritto dell'Unione Europea», «Rivista di Diritto Europeo dell'Economia», «Yearbook of European Law», «Nomos-Praxis des europäischen Rechts (Nomos-PER)», «Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme», y más recientemente, la «Iuspublicum Network Review», de la que fue co-fundador en 2010. En relación con publicaciones españolas de dimensión europea, cabe asimismo destacar su protagonismo en las dos Revistas de mayor proyección: en la Revista de Derecho Comunitario Europeo, a la que estuvo vinculado, desde su creación, como miembro del Consejo Asesor, y en la Revista Española de Derecho Europeo, de la que fue fundador y Co-Presidente.

Como colofón a semejante currículum internacional, la Facultad de Jurisprudencia de Florencia celebró el 25 de octubre de 2003 en su homenaje un acto académico, integrado en el programa «I protagonisti della cultura giuridica europea», con fundamento en «la profundidad y la originalidad de su pensamiento, el valor y la trascendencia de su obra científica, y su notoriedad fuera de los límites nacionales, que constituyen un punto de referencia cultural, en particular para los juristas europeos de las viejas y las nuevas generaciones». Y para los juristas latinoamericanos de las viejas y las nuevas generaciones, añadido por mi parte.

* * *

En efecto, la admirable relevancia intelectual y humana de El Maestro trascendió allende los mares, despertando en nuestros hermanos latinoamericanos no menos admiración que la despertada en nuestros vecinos europeos.

No creo que exista un jurista, con independencia de su nacionalidad, con semejante acumulación de Doctorados Honoris Causa por aquellas tierras. Concretamente, por las Universidades argentinas de Mendoza (1986), Tucumán (1986), Buenos Aires (2000) y Córdoba (2001); por las mexicanas de Nuevo León (1987), Benito Juárez de Durango (1987) y Guadalajara (1996); por las colombianas del Externado (1995) y Sergio Arboleda (2010); y por la brasileña de Porto Alegre (2003) (sumándose a esta brasileña la portuguesa de Porto en 2009).

También fue distinguido como Profesor Honorario por la Universidad Nacional de San José de Costa Rica (1986), la Nacional Mayor de San Marcos en Perú (1987), la Nacional Autónoma de México (1987), la colombiana del Externado (1987) y la Notarial Argentina (La Plata, 1991) (sumándose a esta lista la de Lisboa en el 2000). Y fue incorporado como Miembro Correspondiente por las Acade-

mias argentinas de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (1986) y Buenos Aires (2000), y por la venezolana de Ciencias Políticas y Sociales (1995).

La obra de Don Eduardo, por lo demás, no sólo fue una fuente de inspiración, de primer orden, en el quehacer docente e investigador en América Latina, sino también de los tribunales, en cuyas resoluciones no es infrecuente encontrar citas de sus trabajos respaldando la correspondiente motivación judicial. Y es que, como él mismo confesaba en la auto-semblanza a la que antes me referí, siempre pretendió plasmar en ellos sus reflexiones salidas del contacto con la realidad: bien con procesos que había llevado como abogado, bien con comisiones legislativas en las que había intervenido en calidad de experto, bien con temas que llegaban al Consejo de Estado, y que él, en su condición de Letrado, estudiaba e intentaba encauzar. «Creo que mis trabajos», concluía Don Eduardo, «no son abstrusos, generales, que tengan poca conexión con la realidad... todos ellos, creo que sin excepción, arrancan de casos concretos, de problemas concretos, de actividades en las que he estado mezclado... y eso hace que mis libros sigan todavía siendo re-editados». Y estudiados a fondo precisamente por ello, añadido por mi parte, no sólo por académicos, sino por el mundo de la judicatura.

* * *

Volviendo a tierras europeas, he dejado para el final uno de los reconocimientos que más simpatía despertara en Don Eduardo, a saber, su incorporación como socio extranjero de número a la Academia italiana de Los Linceos («Accademia Nazionale dei Lincei») en el año 2004.

Nuestra querida colega Carmen Chinchilla, quien durante muchos años, en su condición de Secretaria Académica de la RAP, despachó con El Maestro el día a día de la Revista, me comentaba hace poco cómo a Don Eduardo, a quien divertía mucho la denominación misma de la institución (vinculada a un animal cuya aguda visión simboliza, precisamente, la destreza en la observación requerida por la ciencia), le hizo especial ilusión el hecho de que el día de su ingreso oficial a la Academia, se le acercara un profesor de sánscrito, o algo parecido, preguntándole si era el padre de Álvaro García de Enterría, lo cual le llenó de orgullo al ser la primera vez que alguien le reconocía por ser el padre de... y no por ser él mismo.

Como de orgullo le llenó hasta el fin de sus días el haber compartido la mayor parte de su vida con esa extraordinaria mujer que es Amparo Lorenzo Velázquez. De hecho, y como nos recordara su hijo Javier en el homenaje que a su padre dedicó hace unos días la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, recordando a su vez las palabras pronunciadas en este mismo Salón por Juan Antonio Ortega

y Díaz-Ambrona con ocasión de la concesión a el maestro del Premio «Una vida dedicada al Derecho»³, la figura de Eduardo García de Enterría, y lo que fue e hizo en todos los ámbitos de su vida, incluyendo el profesional, no puede entenderse sin tener presente «el recurso de amparo».

Y concluyo ya esta breve semblanza internacional de Don Eduardo, escrita desde mi más profundo cariño y sentido agradecimiento hacia quien en vida supo morir de alegría existencial, con la que otrora, y con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa por La Sorbona, le dedicara Sebastián Martín-Retortillo (en el nº 84 de la RAP) propagando las palabras de Goethe: «Lo que brilla, nace para un instante; pero lo auténtico, eso, jamás se pierde».

Resumen

En este ensayo se subraya la proyección de Eduardo García de Enterría. En una suerte de recorrido biográfico se destaca la influencia de su pensamiento, los honores recibidos y la intensa colaboración con colegas de otros países.

Palabras clave: Eduardo García de Enterría

Abstract

This paper underlines the international projection of Eduardo García de Enterría. Going through his main biographical data recalls his influence, the honors received and the relationship with foreign colleagues.

Key words: Eduardo García de Enterría

3 Otorgado, en su VII Edición, por la de la Asociación de Antiguos Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.



Textos clásicos





IGUALDAD Y JUSTICIA EN EL ARTÍCULO 3 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA (I)*

CARLO ESPOSITO

SUMARIO

1. El artículo 3 de la Constitución.
2. La proclamación de la igualdad ante la ley en las constituciones iusnaturalistas.
3. La exclusión de todo significado iusnaturalista en la declaración recogida en la Constitución Italiana.
4. La inadmisibilidad de la interpretación meramente literal de la declaración de igualdad.
5. La igualdad ante la ley estipula una fuerza y eficacia igual del ordenamiento para todos los ciudadanos. Consecuencias.
6. La igualdad de los ciudadanos ante la ley no implica igualdad de todos los ciudadanos en el goce de los derechos políticos o de las libertades civiles.
7. Refutación de posiciones.
8. Argumentos supuestamente favorables a las tesis refutadas.
9. El principio de igualdad ante la ley no impone la igualdad de trato de los actos jurisdiccionales o de los actos administrativos vinculantes.
10. La declaración de igualdad no impone igualdad de tratamiento en el desarrollo de la actividad administrativa discrecional.

1. EL ARTÍCULO 3 DE LA CONSTITUCIÓN

Nuestra Constitución, como la mayor parte de los textos constitucionales modernos y de las declaraciones de derechos, proclama solemnemente el principio de igualdad¹ y el deber del Estado de satisfacer las exigencias de justicia social.

* Traducido del italiano por Miguel Azpitarte Sánchez.

1 Para una recopilación de tales textos, lógicamente sin actualizar, véase *Atti della Commissione dell'Assemblea Costituente, I*, p. 45 y ss. Se encuentran amplias indicaciones en LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1925, p. 14, si bien es oportuno observar que, pese a la semejanza de las fórmulas, es muy diverso el significado de la declaración de la igualdad en cada ordenamiento. Cuando un ordenamiento se inspira en motivos iusnaturalistas la declaración significa una cosa, cuando tales principios se repudian, significa otra. Si un ordenamiento establece (adjunto a la proclamación de igualdad) que las leyes deben satisfacer una determinada exigencia de justicia, es correcto dar a la fórmula de igualdad ante la ley un significado delimitado de modo estricto, preciso y categórico, estando menos justificado en otros casos. Respecto a esto puede consultarse el análisis crítico realizado por MAINZER, *Gleichheit vor dem Gesetz*, 1929, p. 11 y ss., en el intento de interpretar el artículo 129 de la Constitución de Weimar de acuerdo con

En concreto establece que: «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condición personal o social.

Es tarea de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de facto la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

Esta declaración contenida en el citado artículo del texto constitucional, más que nada y pese a su complejidad, reconoce la igualdad de derecho de todos los ciudadanos, de ahí que la situación personal o el estatus de ciudadano sean idénticos dentro del ordenamiento jurídico italiano. Además, excluye específicamente que alguna de las cualidades o caracteres recogidos de manera tasada puedan tener relevancia en la ley. Afirma, en definitiva, el deber del Estado de garantizar en modo igual a todos los ciudadanos, las condiciones que les permitan desarrollar su individualidad y la participación en la vida económica, política y social de la nación.

Por el contrario, el artículo no pretende establecer igualdades de hecho mortificantes, sino que propone, mediante la paridad de situaciones de derecho y la garantía de algunas situaciones de hecho, crear las condiciones para el libre desarrollo individual de los ciudadanos. Tampoco quiere que el legislador dé cuenta de ideas de justicia distributiva o mida el valor de las personas, imponiendo con fuerza de ley cómo ha de lograr cada uno ese valor, sea de modo general o en cada relación jurídica.

¿Para qué serviría la imposición de deberes de ese tipo? Si se considera que el patrón y la medida del valor de cada uno está en función de las concepciones y de los sentimientos individuales y sociales, requerir de la ley que trate a cada uno según su valor se reduciría a una invitación al legislador para que tratase a cada ciudadano según su propia concepción de lo que merece la pena, tarea que está fuera de todo control.

En ocasiones, por el contrario, se piensa que este precepto impone al legislador constituir entre los ciudadanos relaciones objetivamente justas y que las disposiciones legales han de tener un significado jurídico y unas consecuencias precisas y absolutas. Pero los honorables diputados y senadores italianos no conseguirán la tarea inmanente de proveer una redistribución interminable, continua y deletérea de

las indicaciones doctrinales y jurisprudenciales dispuestas en la interpretación de la enmienda número XIV de la Constitución y el artículo 4 de la Constitución Suiza.

los bienes en relación a valores cambiantes. Esos diputados y senadores tendrían que anteponer a cualquier otro fin la satisfacción de la justicia presente o la justicia distributiva de los bienes existentes. Así las cosas, serían vulneradas o quedarían faltas de desarrollo muchas de las disposiciones que imponen taxativamente al legislador preocuparse no solo del presente, sino también de satisfacer las necesidades futuras de la colectividad y que permiten a la ley seguir la vía más oportuna para el logro de los fines, indicando de modo general el mejor camino para alcanzar el bienestar colectivo, incluso dejando campo libre a la iniciativa privada y al juego de las leyes económicas, aunque produzcan en abstracto distribuciones de bienes o situaciones sociales injustas o no totalmente justas.

Esto no excluye que nuestra Constitución, cuyo artículo 3 se inicia con la proclamación de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, exija que se atienda a las situaciones individuales o la justicia social. Tan solo quiero decir que en términos generales no se le impone al legislador convertirse en generador de una justicia social absoluta y, en concreto, no se ve señal alguna en este sentido bajo la fórmula genérica que declara «los ciudadanos son iguales ante la ley» o en las proposiciones que le siguen. El tratamiento que se realiza a continuación aclarará las consecuencias prácticas de estas precisiones.

2. LA PROCLAMACIÓN DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN LAS CONSTITUCIONES IUSNATURALISTAS

¿Qué quiere decir que la disposición que reconoce la igualdad de los ciudadanos ante la ley supone una declaración de la igualdad de estos en su estatus fundamental o en su situación formal dentro del ordenamiento?

El sentido de esta proclamación es claro a través de los documentos de hace cien o ciento cincuenta años²: «Todos los hombres nacen igualmente libres e independientes y tienen derechos naturales inherentes a su persona, de los cuales ni ellos ni sus descendientes pueden ser privados o despojados»³. «Consideramos evidente e incontestable por sí misma la siguiente verdad: que todos los hombres han sido creados iguales, que han sido dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables, y que entre estos derechos están en primer lugar la vida, la libertad y la búsqueda de la

2 Pese a sus diferencias, en las que aquí no nos vamos a detener.

3 Declaración de Virginia de junio de 1776. Véase también entre las Constituciones posteriores, la de Oregón, I.1, «Declaramos que todos los hombres, cuando fundan un contrato social, son iguales en derecho», la de Connecticut, artículo I.1, la de Kentucky, artículo 3, etc.

felicidad...»⁴. «Todos los hombres han nacido igualmente libres e independientes y tienen derechos ciertos, naturales, esenciales e inalienables entre los que se encuentra la vida y la libertad, y el derecho a defenderla»⁵. «Todos los hombres han nacido igualmente libres e independientes y tienen derechos ciertos, naturales, esenciales e inalienables entre los que se encuentra la vida y la libertad, y el derecho a defenderla, adquirir una propiedad, poseerla y protegerla, y el de buscar y obtener el bienestar y la seguridad»⁶. «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden ser fundadas en la utilidad común»⁷. «Todos los hombres, por naturaleza, son iguales ante la ley»⁸. «La ley debe ser igual para todos, cuando protege o cuando sanciona»⁹. Todos los ciudadanos, por su igualdad, son también iguales en el acceso a cualquier dignidad, puesto y cargos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que su virtud y su ingenio»¹⁰. «La Asamblea nacional, queriendo establecer la Constitución francesa sobre principios que han sido recientemente declarados y reconocidos, abole las instituciones que dañan la libertad y la igualdad de derechos: ya no hay nobleza, ni parias, ni distinciones hereditarias, ni régimen feudal, ni justicia patrimonial, ni los títulos, denominaciones o prerrogativas que se derivan de él, ni las corporaciones o condecoraciones por las que se exige

4 Proclamación de independencia de los Estados Unidos, del 4 de julio de 1776.

5 Declaración de derechos de los habitantes de Massachusetts (2 de marzo de 1780), art. 1, (véase con una fórmula más o menos igual a la de Kansas o Kentucky).

6 Declaración de los habitantes de Pensilvania (28 de septiembre de 1776), artículo 1.

7 Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, artículo 1.

8 Constitución francesa de 1793, artículo 3.

9 Esta redacción de la Declaración de derechos del 89 (artículo 6) pasará después a numerosos documentos que se inspiran en ella (por ejemplo, la Constitución francesa de 1791, en su Declaración de derechos, artículo 6; de 1793, la Declaración de derechos, artículo 4; el Programa girondino de 1795, artículo 8; la Constitución francesa de 1795 (año III, 22 de agosto), artículo 3 (donde se declara que «La igualdad consiste en el hecho de que la ley es igual para todos cuando protege y cuando sanciona»). Se encuentran afirmaciones similares entre las Constituciones que florecieron en Italia, en la de la República cisalpina de 1797, artículo 5; la de 1789, artículo 3; en la de la República de Liguria, artículo 3 de la Declaración de Derechos; y en la Napolitana de 1799, artículo 1 de la Declaración.

10 Véase la Declaración de derechos del 89, artículo 6. Pero antes ya disponía la Declaración de Virginia, artículo 4: «Ningún hombre tiene derecho a emolumentos o privilegios particulares y exclusivos, salvo por los servicios públicos prestados, sin que tales derechos puedan ser hereditarios, de manera que la idea de un hombre nacido magistrado, legislador o juez es absurda». Dejando a un lado la premisa iusnaturalista, la declaración se encuentra en casi todas las Constituciones modernas.

prueba de nobleza y que suponen distinciones por razón de nacimiento, ni ningún otro estadio de superioridad distinto del que se deriva de las funciones públicas desempeñadas. No existe más la venalidad ni la herencia de cargos públicos. Ya no existen privilegios ni excepciones al derecho común para algunas partes de la Nación ni para ningún individuo»¹¹.

Estas declaraciones, partiendo de la premisa de que los hombres se presentan ante la ley como iguales, y en posesión paritaria de derechos naturales y fundamentales, establecían que las leyes no podían negar a nadie la titularidad de estos derechos naturales, y que no debía contener disposiciones inconciliables con la idea de una identidad de la naturaleza humana, o tendentes a generar diferencias personales entre los hombres (permisos, prohibiciones, atribuciones de poderes, sanciones).

Por tanto, eran declaraciones ancladas a presupuestos iusnaturalistas o, para ser más exactos, a una particular concepción del derecho natural que negaba en general la existencia de hombres esclavos, inferiores, desiguales por naturaleza o por nacimiento¹², y que en correspondencia negaban la conformidad con la naturaleza de determinadas desigualdades históricamente existentes.

3. LA EXCLUSIÓN DE TODO SIGNIFICADO IUSNATURALISTA EN LA DECLARACIÓN RECOGIDA EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

En nuestra Constitución, la declaración de la igualdad no puede ser interpretada como expresión de una concepción iusnaturalista del derecho. Antes de nada, en el texto constitucional encontramos la afirmación de que la soberanía pertenece al pueblo¹³ y por ello todo el derecho (también los derechos de los ciudadanos y la igualdad de los ciudadanos ante la ley) se funda en la voluntad popular y no tiene origen en precedentes de derecho natural¹⁴.

11 Constitución francesa de 1791, preámbulo.

12 Tal concepción, que había encontrado desarrollos insuperables en ROSSEAU (y también en VOLTARE y HELVETIUS), según la tradición, se contraponía a la doctrina aristotélica de los hombres nacidos y destinados a ser siervos y, por tanto, fundamentalmente distintos por naturaleza. Para sostenerla podía apoyarse en la doctrina estoica, en las afirmaciones de cualquier jurista romano, de cualquier padre de la iglesia, de cualquier escolástico, o de cualquier miembro de la escuela de derecho natural, incluso perteneciente a la rama absolutista. Nos remitimos a LEIBHOLZ, p. 25; RÜHMELIN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1928, p. 8 y ss.

13 Constitución italiana, artículo 1.

14 Frente a esta interpretación de nuestra Constitución, no se podría objetar la habitual afirmación de que la igualdad entre los hombres y los ciudadanos ha constituido en la doctrina o en los textos

Más adelante la Constitución dispone que los límites a la soberanía tienen origen y fundamento en el derecho positivo y no en un presupuesto de derecho natural¹⁵. De este modo, en lo atinente a la igualdad, los ciudadanos son idénticos ante la ley porque así los ordena el ordenamiento positivo y no porque la ley carezca de poder para subvertir una situación de derecho natural.

Es inobjetable que la igualdad de los ciudadanos ante la ley está íntimamente ligada a la soberanía popular y a la democracia del Estado, hasta el punto de considerarse una condición necesaria de la soberanía popular, y, por tanto, fuera de la propia determinación del pueblo soberano. Si se admite todo esto (en concreto, la necesidad o más precisamente la lógica del nexo entre la democracia del Estado y la igualdad del ciudadano)¹⁶, se ha de concluir que la democracia del Estado italiano no cobra su fuerza de la naturaleza, sino que tiene su fundamento en el derecho positivo (el Estado italiano es democrático porque así ha sido establecido y no porque deba serlo por naturaleza), de ahí que la igualdad ante la ley no pueda determinarse en función de ciertos derechos naturales anteriores a la ley.

El supuesto contenido o significado iusnaturalístico de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, ni siquiera se apoyaría en la declaración de que la «República reconoce los derechos inviolables del hombre»¹⁷. Al margen del significado de esta expresión y que con ella la Constitución no pretende reconocer derechos naturales¹⁸, ha de hacerse notar que nuestra Constitución no proclama la igualdad de todos los hombres, sino de los ciudadanos¹⁹. La referencia a los ciudadanos impide, por tanto,

legislativos el fundamento o la premisa de la declaración de soberanía popular. No se trata aquí de investigar en abstracto qué motivos justificarían la proclamación de soberanía popular, sino de precisar en concreto y respecto a nuestra Constitución, cuál es la relación entre las primeras y fundamentales declaraciones de soberanía popular y el subsiguiente reconocimiento de la igualdad de los ciudadanos. Sobre este punto, por otro lado, me remito a las argumentaciones que se realizan en este texto.

15 Constitución italiana, artículo 1: «La soberanía pertenece al pueblo que la ejerce en la forma y límites previstos en la Constitución».

16 Para un reconocimiento explícito de tal vínculo véase nuestro escrito, *Commento all'art 1 della Costituzione*, en esta recopilación.

17 Tal declaración formulada en el artículo 2 de la Constitución, se conecta con la que afirma que Italia es una República democrática, véase nuestro *Commento all'art 1 della Costituzione*.

18 Respecto a tal exclusión y a las precisiones de significado y de sus consecuencias jurídicas, se remite a lo que se dirá en el comentario del artículo 2 de la Constitución italiana.

19 Una prueba a posteriori del nexo entre la concepción iusnaturalista de la igualdad y la extensión del principio de igualdad a todos los hombres se encuentra en la circunstancia de que las

que la igualdad contemple derechos respecto a los cuales todos los hombres son iguales.

4. LA INADMISIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN MERAMENTE LITERAL DE LA DECLARACIÓN DE IGUALDAD

Excluida, por tanto, la existencia en nuestra Constitución de un acervo de derechos naturales de la persona y desechada también la idea de que la igualdad de los

Constituciones inspiradas en concepciones iusnaturalistas en general declaran la igualdad de los seres humanos ante la ley y no solo la de los ciudadanos (véase las declaraciones recogidas anteriormente). De acuerdo con ese nexo, es admisible plantearse si tales declaraciones no deben extenderse «sic et simpliciter» también a los extranjeros y cuando en algunas Constituciones recientes se lee que «todos los seres humanos son iguales ante la ley» (ley fundamental alemana del 49) hay elementos para sostener que se ha afirmado (según las viejas y nunca desaparecidas concepciones iusnaturalistas) la igualdad de los hombres en algunos derechos considerados naturales. Por el contrario, respecto a la Constitución italiana no debería de haber duda de que la proclamación general de que «los ciudadanos son iguales ante la ley» se refiere solo a los ciudadanos y que, por tanto, no declara la igualdad de derechos naturales. Además de la literalidad de la declaración de igualdad, donde la expresión «los ciudadanos» ocupa el lugar de «los hombres», tal y como se aprobó en la a propuesta de Laconi, Moro y otros (véase las actas de la Comisión, p. 38, Cost. III, p. 2421), está el hecho de que la disposición del artículo 10.2 («La posición jurídica del extranjero se regula en la ley de acuerdo con las normas y los tratados internacionales») excluye que la proclamación general de la igualdad y la justicia social de los ciudadanos se refiera también al extranjero. En el mismo orden de consideraciones, se podría añadir que admitir la distinción jurídica entre ciudadanos y extranjeros significa admitir que los extranjeros son tratados por la ley de manera diversa a los ciudadanos. Si los extranjeros fuesen iguales a los ciudadanos en la ley o en el ordenamiento, la categoría del ciudadano dejaría de existir.

Negar que la declaración general de la igualdad de los ciudadanos se extienda también a los extranjeros no implica que las declaraciones particulares de la Constitución tengan para estos un significado distinto. Sobre todo, cuando la Constitución garantiza un derecho a todos, impersonal o abstractamente, hay presunción de que ha querido conceder tal derecho también al extranjero. En segundo lugar, también cuando la Constitución atribuye un derecho a los ciudadanos no se excluye en principio que el mismo derecho pueda ser concedido a través de la ley ordinaria, y se pueda aplicar extensivamente al extranjero la norma formulada en la Constitución para los ciudadanos. En tal caso la declaración de la Constitución respecto a los extranjeros tiene fuerza supletoria respecto de las lagunas en la ley ordinaria. Solo en casos específicos, la declaración de un derecho relativa a los ciudadanos debe ser interpretada en el sentido de que ese derecho no puede corresponder a los extranjeros (véase respecto a los derechos políticos, nuestro artículo *I partiti nella Costituzione italiana*, en esta colección). Respecto al problema tratado en esta nota, véase más adelante la nota 26.

ciudadanos ante la ley se refiera a ese acervo, queda el problema de precisar desde un punto de vista positivista qué significa en nuestro ordenamiento que los ciudadanos son iguales ante la ley, cuando tal igualdad no es un presupuesto a respetar por el derecho positivo, sino que la ley debe crear esa igualdad²⁰.

Bajo una perspectiva puramente gramatical, la disposición debería implicar que todo los ciudadanos han de ser tratados de manera igual por la ley, lo que excluye la posibilidad de distinguir a los ciudadanos en virtud de la edad, la capacidad, la calidad del deudor, del acreedor, del heredero, de la causa, etc.

Sin embargo, de todas las interpretaciones posibles esta sería la más absurda y contraria a las leyes y al derecho (como se ha hecho notar a menudo)²¹. Las leyes y el derecho se proyectan en normas, reglas, juicios y valoraciones (ahora no es importante distinguir las diversas reglas y contraponerlas), las cuales ligan a ciertas premisas consecuencias determinadas, y por ello distinguen, inevitablemente, premisa a premisa, consecuencia tras consecuencia, tratando de manera diversa a los ciudadanos y a los seres humanos, dadas las distintas situaciones en las que se encuentran, y hacen recaer consecuencias diversas según lo que hayan realizado, o bien por haber concretado una u otra premisa. Es difícilmente imaginable un derecho que no distinguiese una situación de otra y considerase iguales todas las situaciones; más bien sería un derecho impensable.

A parte de esta interpretación, sobre la que no es necesario detenerse demasiado al ser inadmisibles, existen otras tesis, que merecen atención.

20 Por otro lado, las raras interpretaciones auténticas de las expresiones contenidas en los textos constitucionales no inspirados en motivos iusnaturalistas (para las definiciones iusnaturalistas) ofrecen poca ayuda. Al margen del valor de las definiciones legislativas y de la autoridad de las definiciones extranjeras para la interpretación del derecho nacional, los ordenamientos extranjeros no ofrecen definiciones del concepto de igualdad ante la ley, sino más bien elencos empíricos de las consecuencias que el legislador ha de derivar de tal declaración (véase por ejemplo –aparte de la autoridad específica de tales enunciados– la Constitución portuguesa de 1933, artículo 5; y la constitución Venezolana de 1936, artículo 32). El problema de Italia (como en la mayoría de los ordenamientos) es que faltando un elenco de ese tipo se trata de saber qué elemento objetivo o conceptual encuadra nuestro sistema constitucional bajo el mandato de que «los ciudadanos son iguales ante la ley».

21 La observación es muy común. Para el caso basta citar a OGG y RAY, *American Government*, 1945, p. 145. BURCKHARDT, *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung*, 1931, p. 30. Hay incluso Constituciones que se han hecho cargo de eliminar toda duda, por ejemplo la Constitución irlandesa de 1937, artículo 40: «En cuanto que persona humana, todos los ciudadanos son iguales ante la ley. Esto no quiere decir que el Estado deba prescindir de las diferencias de capacidad física o moral, o de función social».

Así, se dice que la disposición querría que «en igualdad de situaciones, los ciudadanos fuesen tratados de modo igual, o bien que situaciones iguales fuesen tratadas del mismo modo»²², sin arbitrariedad²³. ¿Correspondería entonces al le-

22 Acentuando el doble significado de la declaración de igualdad (subjetivo, que establece que los ciudadanos deben ser tratados en modo igual; objetivo, que establece que las situaciones paritarias deben ser tratadas de modo igual), véase NAWIASKY, «Die Gleichheit vor dem Gesetz», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, III, 1927, p. 29 y ss. (el cual afirmaba que el artículo 109 de la Constitución de Weimar había proclamado únicamente el primer tipo de igualdad). Pero, en verdad, solo los que atribuyan (como ocurre en este texto, respecto a nuestro ordenamiento) a la fórmula de la igualdad ante la ley el significado de que ningún ciudadano se escapa del sometimiento al ordenamiento y que en esta circunstancia todos son iguales, puede sostener que la proclamación de la igualdad parifica a los ciudadanos como tales en la totalidad de su subjetividad y que por ello establece una igualdad subjetiva. En cualquier otro caso, la fórmula impondría solo que los ciudadanos que se hallan en situaciones determinadas, se han de tratar de modo igual, o, del mismo modo, que las situaciones idénticas en las que eventualmente se encuentran los ciudadanos se han de considerar iguales. Se establecería así un mandato de igualdad que puede calificarse indiferentemente como objetivo o subjetivo. Sobre el último punto véase también el trabajo de TRIEPEL, en *Veröffentlichungen*, cit. p. 51; y en referencia a autores italianos clásicos, RACIPPI y BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno II*, 1909, p. 17.

23 En la Constitución de Renania-Palatino se positiviza esta exigencia, artículo 17: «Se prohíbe a la autoridad legislativa, judicial o administrativa favorecer o lesionar en modo arbitrario a los individuos y grupos de individuos». Pero, sobre todo, se ha de recordar que la jurisprudencia suiza y americana han dado al principio de igualdad esta interpretación: vedan las distinciones arbitrarias e irracionales. Por otro lado se ha de añadir que la doctrina suiza, americana y también una parte de la alemana, bajo la forma de esa jurisprudencia han intentado precisar que la ley es arbitraria cuando se quiere establecer una diversidad de tratamiento que bajo ningún aspecto y bajo ningún motivo son justificables, o incluso cuando son contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento. Sobre esta doctrina y jurisprudencia véase en particular BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 29 y ss.; FLEINER-GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 1949, P. 411 y ss. (pero en un sentido básicamente crítico); GALLAND, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, 1932, p. 149 y ss.; WRIGHT, *The Growth of American constitutional Law*, 1942, p. 148 y ss.; REPPY, *Civil Rights in the United States*, 1951, p. 122 y ss. y sobre todo (para la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano) *Reports dei Cases adjudged in the Supreme Court, voce Constitutional Law: Due Process of Law, equal Protection of Laws*; TRIEPEL, *Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien*, 1924, p. 29; LEIBHOLZ, *op. cit.*, p. 77 y ss., 88 y ss. ALDAG, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, p. 20 y ss; 37 y ss. Dada la universalidad y la infinidad de fines perseguidos por el legislador (en contraste con la concreción de los fines de la autoridad administrativa, para la que es errónea toda parificación de supuestos de hecho) y la libertad en la graduación de los fines típica de todo legislador, ¿cómo establecer que una disposición legislativa –en materia en la cual la Constitución no ha establecido criterios precisos que vinculen al legislador– no puede ser ni

gislador decidir cuándo las situaciones son sustancialmente iguales, justificando su trato igual, o si, por el contrario, son diversas hasta el punto de justificar un trato distinto?²⁴ ¿Y no conduciría esta interpretación a entender la disposición relativa a la

útil ni oportuna para alcanzar ciertos fines, razón por la que sería arbitraria? De otra parte, si el tratamiento específico de un supuesto determinado por la ley está en contraste con los principios fijados en la Constitución, ¿cómo sostener que el vicio está en la diversidad de tratamiento de los supuestos fijados en la Constitución y no en el abandono de los principios fijados por esos supuestos? Y, ¿cómo superar los otros argumentos en contra del uso del criterio de la arbitrariedad para determinar si una ley contradice el principio de igualdad?

En Italia, por lo que parece, la tesis de que el principio de igualdad prohíbe el tratamiento arbitrario por el legislador, es seguida por BALLADORE-PALLHERI, *Diritto costituzionale*, 1950, p. 311 (que, sin embargo, ejemplifica como casos de arbitrariedad distinciones fundadas sobre ciertas cualidades personales del individuo, como el sexo, las opiniones religiosas y políticas, su condición social; se trata de casos que están expresamente establecidos en la Constitución italiana, artículo 3, por lo que es inútil el recurso a la arbitrariedad).

24 Basta con recordar ordenamientos en los que se ha profundizado sobre la cuestión, como, por ejemplo, los Estados Unidos, donde los jueces y en particular el Tribunal Supremo, poseen esta competencia, y en Suiza donde ese poder se le ha reconocido al Tribunal Federal; o en la Alemania de Weimar, donde hubo una fuerte tendencia a favor de un control de la ley por parte de los jueces. Se sabe que en la Alemania de Weimar, frente a las opiniones de aquellos que por sed de justicia querían abrir la puerta al despotismo de los jueces, se opusieron otros que con firmeza meditada negaron que la ley (en un Estado democrático) pudiese ser puesta en general bajo el juicio incontrolable de los jueces (para un repaso de la doctrina véase, ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14 ed., 1933, en nota al artículo 109, y el desarrollo del propio ANSCHÜTZ). Todos saben que, formalmente, los jueces en los Estados Unidos jamás han pretendido ejercitar un control general sobre la justicia abstracta de la ley, sino limitada a algunas cláusulas elásticas de la Constitución y algunas situaciones subjetivas individuales relativas a ciertos derechos (más o menos naturales), reconocidos positivamente en la Constitución o en las enmiendas a la Constitución, enjuiciando solo la racionalidad de las discriminaciones recogidas en la ley. Este control ha dado lugar a reacciones con expresiones tales como gobierno de los jueces, oligarquía judicial, aristocracia de la capa, legislación oculta, derecho judicial, véase para las expresiones FINER, *Theory and Practice of modern Government*, 1949, p. 149) y se ha luchado por eliminarlo o por lo menos debilitarlo (dándose alguna que otra exageración, PINTO, *La crise de l'État aux États-Unis*, 1951, p. 120 y ss.), pero, ¿el mismo hecho de que los jueces hayan buscado siempre enmascarar como control formal lo que es un control material, no prueba que los jueces se transformen en legisladores (y en legisladores incontrolables) cuando controlan el fondo de la ley? Finalmente, pasando a Suiza (donde el control sobre el fondo que ejerce el Tribunal federal está expresamente excluido en el artículo 113 de la Constitución respecto a las leyes federales y puede ejercerse solo sobre las leyes cantonales), ¿no se ha afirmado siempre que puede ejercerse solo sobre la arbitrariedad

igualdad como una estipulación que ordena a las leyes ser justas (esto es, tratar como iguales a los iguales, y del mismo modo las situaciones idénticas) estableciendo un supuesto reino o una supuesta república de la justicia en la tierra? Contra esta utopía ya se ha dicho bastante en las páginas introductorias de nuestro trabajo, sin que sea necesario insistir²⁵.

Pero, ¿ha de dársele una interpretación más limitada, tal y como ha avanzado la doctrina y está implícita en algunas formulaciones legislativas, según la cual el principio de igualdad solo impediría que el legislador tratase de modo diverso situaciones que en abstracto se consideran idénticas, y, además, implicaría la prohibición de normas individuales favorables o de gravamen, como oposición a los privilegios positivos o negativos?²⁶

de la ley? ¿Y los argumentos que sostiene esa limitación (esto es, que un control judicial pleno de la ley habría transformado al juez en legislador, poniendo bajo el juez la validez de la ley) y la inadmisibilidad de estas limitaciones (porque si el principio de igualdad impone justicia a la ley, el principio no se vulnera solo cuando la ley sea evidentemente injusta y arbitraria; y si el juez debe controlar el respeto del principio de igualdad no puede limitarse a imponer el respeto solo de algunos casos arbitrariamente diferenciados de otros) no prueba el peligro de confiar a otros poderes distintos al legislador el control de la ley? En definitiva, contra la afirmación por la cual solo podría corresponderle al legislador el control sobre el fondo de la ley, ¿qué probarían los diversos principios vigentes en los Estados Unidos, Suiza y en otro sitios? En nuestro ordenamiento se ha establecido que los jueces de la Corte Constitucional pueden controlar solo las reglas fijadas en el texto de la Constitución y las leyes constitucionales, pero no el respeto a los principios de justicia a los que la Constitución reenvía (véase nuestro trabajo *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*).

25 A la objeción formulada en el texto, se podría añadir la consideración de que al interpretar el principio de igualdad ante la ley como mandato de justicia y no como interdicción arbitrariedad, la disposición solo tendría un valor aproximativo y meramente orientador para el legislador. Nadie rechaza que en nuestra Constitución, abundan declaraciones de este tipo y en el propio artículo 3 de la Constitución, la declaración de que los ciudadanos tiene igual dignidad social o que el Estado deba remover las desigualdades de hecho, individualizadas con fórmulas más o menos precisas (véase p. 62), tiene meramente significado orientador para el legislador. Sin embargo, no es lícito tomar como meramente aproximativo u orientativo proposiciones que tal y como ocurre con la de la igualdad del ciudadano ante la ley, pueden interpretarse mejor llenas de un significado preciso que genere consecuencias jurídicas tasadas.

26 En la bibliografía alemana sobre el principio de igualdad se suele considerar como el sostén original de esta tesis el libro de SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, p. 142, 154. Pero en verdad, a parte de la buena y eficaz exposición de la tesis, esta idea de que con el principio de igualdad se vetan lo privilegios, las exenciones individuales a la norma general, o la quiebra de la regla general, es formulada de

En ese caso, para nuestro ordenamiento, el significado general de la declaración de la igualdad de los ciudadanos ante la ley se identificaría con una especificación particular, formulada de modo anexo a la propia disposición constitucional. Según tal añadido, los ciudadanos son iguales sin «distinción de condiciones personales» y por tanto no pueden ser apartados de la ley general y subordinados a una ley singular²⁷. Ahora bien, nuestro texto constitucional impone que los ciudadanos son iguales ante la ley «sin distinción de condiciones personales», lo que requiere que sean iguales sin distinción de sexo, raza, lengua o religión. Como ninguna de estas especificaciones o añadidos agotan el significado general de la declaración, tampoco ese significado general se cubre o agota en la especificación de que los ciudadanos son iguales ante la ley, sin distinción de condiciones personales.

El sentido general de la declaración de que los ciudadanos son iguales ante la ley ha de ser, por tanto, distinto.

5. LA IGUALDAD ANTE LA LEY ESTIPULA UNA FUERZA Y EFICACIA IGUAL DEL ORDENAMIENTO PARA TODOS LOS CIUDADANOS. CONSECUENCIAS

La disposición que declara la igualdad de los ciudadanos ante la ley, según una interpretación literal y sistemática, no puede significar que en general el contenido de la ley deba ser idéntico o al menos conforme a una justicia para todos los ciudadanos. En verdad, solo puede significar que la potestad de la ley es igual e idéntica para todos, sin que exista en Italia príncipe o súbdito liberado de la ley, sujeto a una potestad legislativa distinta de la del resto de ciudadanos²⁸. No hay, en definitiva, «personalidad» de la ley, ni pluralidad de ordenamientos en correspondencia con las distintas categorías de sujetos.

De esto se deduce, que la disposición sobre la igualdad, en principio, no disciplina el contenido de la ley, sino que define de modo incontrovertible la fuerza y la eficacia de la ley. Se considera que han de inspirarse y respetar el prin-

modo frecuente en los textos constitucionales y el comentario a esos textos puede encontrarse en obras y manuales sin voluntad alguna de originalidad.

27 Sobre esto y los ulteriores significados de la fórmula constitucional recogida en el texto, véase más adelante p. 43.

28 Respecto a este asunto de igualdad ante la ley, véase la Declaración de derechos de Virginia, XIV: «El pueblo tiene derecho a un gobierno uniforme, sin que ningún gobierno distinto e independiente del de Virginia pueda ser erigido o establecido en los confines de este Estado».

cipio de igualdad solo aquellas leyes que tienen por objeto disciplinar los detalles de la fuerza y la eficacia de la ley, o que son relevantes para la determinación de esa fuerza o eficacia, como las que organizan los institutos o los procedimientos dirigidos a concretar la ley²⁹. Por todo ello, padecerá vicio de inconstitucionalidad toda norma incluida en una ley ordinaria que, en contraste con el principio de absoluta igualdad formal del ciudadano ante la ley, en abstracto o en su aplicación concreta, pretenda crear situaciones diversas entre ciudadanos, o distintas categorías de ciudadanos³⁰. Será inconstitucional toda ley ordinaria

29 Respecto a nuestro ordenamiento, de las dos tesis puestas en juego en el campo de la interpretación de la Constitución de Weimar (y sobre las que conviene llamar la atención de manera especial porque en ellas se inspira a veces la bibliografía italiana, véase BALLADORE-PALLIERI, *op. cit.*, p. 311), en las que se discute si la declaración de igualdad se dirige al legislador o solamente a la autoridad judicial y administrativa, debe decirse, en términos generales que es más correcta la tesis que implica también al legislador. Pero ha de precisarse: a) en relación a las concepciones que afirman que los principios vinculan también al legislador, en realidad solo le vinculan las declaraciones directas e inmediatas (más adelante, p. 39, pero también la nota 61); b) que en sentido estricto, en su significado fundamental, la declaración no quiere guiar o dirigir al legislador, sino que fija directamente cuál es la eficacia de la ley (aunque solo en vía colateral se le ha impuesto al legislador el mandato de no regular de modo diverso la eficacia de la ley); c) que en conformidad con lo que se ha intentado demostrar antes en este texto, la declaración de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, no impone al legislador dictar leyes justas o no arbitrarias.

30 En este sentido son claras las Constituciones de los Estados Unidos, por ejemplo la de California, I. 21; la de Arizona, I. 13; Arkansas, II. 18; Indiana, I. 23; Iowa, I. 6; Dakota del Norte, I. 20; Oregón, I. 20; Dakota del Sur, VI.18; Tennessee, XI. 8; Washington I. 12, establecen que «No se podrán conceder a un ciudadano o a una categoría de ciudadanos, privilegios o inmunidades que bajo las mismas condiciones no puedan extenderse a todos los ciudadanos»; la Constitución de Alabama, I. 22; Arizona, II. 9; Georgia, II. 2; Nebraska, I. 16; Pennsylvania I. 17; Dakota del Sur, VI, 12, disponen que «El poder legislativo no puede otorgar a alguna persona o corporación franquicias o privilegios, inmunidades o exenciones que dadas las mismas circunstancias no puedan ser aprovechadas igualmente por todas las personas o corporaciones». Y se ha de recordar la abolición de privilegios declarada en los textos constitucionales citados en el epígrafe dos, declaraciones que retumban en las Constituciones italianas contemporáneas (por ejemplo, la cispadana de 1797 (y 1798), artículo 3; la de la República de la Liguria de 1797, Derechos del hombre, artículo 4; de la República romana, 1798, Derechos, artículo 3 y la Constitución de la República romana de 1849, artículo 11). No obstante, respecto al significado polémico de las Declaraciones véase la Constitución de la U.R.S.S. artículo 123; de la Checoslovaquia (1948), artículo 3; de Yugoslavia (1946), artículo 21. La insistencia en esta conexión entre la declaración de igualdad y la eliminación de privilegios demuestra lo exacto y la actualidad de la interpretación según la cual la declaración de igualdad establece la sujeción a la fuerza formal de la ley y del ordenamiento. El privilegio, en verdad, bajo el perfil histórico y bajo el perfil sistemático no existe por el mero hecho de que una ley excluya tener como destinatario un individuo o una clase de

que dentro de la legislación general quiera introducir una legislación personal o que genere categorías más allá de los límites taxativamente indicados en la Constitución, en el sistema de contratos o en los acuerdos colectivos, en suma en las normas fijadas (directa o indirectamente) solo para una categoría y válidas fundamentalmente para esas categorías³¹. Serán también inconstitucionales las leyes ordinarias que pretendan extender, más allá de los casos previstos en la Constitución³², las hipótesis de excepción subjetiva o las garantías constitucionales o administrativas que impiden la inmediata aplicación de la ley³³, porque tales excepciones y garantías, en definitiva, privan de eficacia concreta a la ley respecto a determinados ciudadanos y crean desigualdades formales entre ellos. La misma respuesta habrá de darse respecto a la constitucionalidad de los tribunales especiales (prohibidos explícitamente por la Constitución)³⁴, pero también de las jurisdicciones y de las secciones especiales (en principio admitidas por la Constitución) cuando su especial competencia sea individualizada en virtud de categorías limitadas de personas³⁵. Y así otros muchos casos³⁶.

individuos. Para una exposición plástica de los tipos de privilegios a los que se oponía y se oponen las declaraciones de igualdad, véase TAINE, *L'antico regime*, Vol. I, cap. II.

31 Normalmente se olvida el efecto de la declaración de igualdad que logra oponerse a las normas que clasifican por categorías. Sin embargo, no hay duda de que en una Constitución que declara la igualdad de los ciudadanos ante la ley, solo una disposición constitucional tendría fuerza para exceptuar el principio de igualdad.

32 Véase la Constitución italiana artículos 68, 90 y 122.4.

33 Por el contrario los artículos 22, 51, 121 y 356 de la ley de procedimiento común o el artículo 16 del código de procedimiento penal. Sobre la admisibilidad e estas garantías administrativas, véase nuestro trabajo, «La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione», en esta recopilación, p. 108 y ss.

34 Constitución italiana, artículo 102, por otro lado los artículo 108, 66 (puesto que en la hipótesis contemplada se trata de funciones jurisdiccionales) 96 y 134.

35 De manera expresa el artículo 102 de la Constitución: «Pueden establecerse en los órganos judiciales ordinarios secciones especializadas para determinadas materias».

36 Sería inexacto objetar en este punto que si este es el significado de la proclamación de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a saber, que la ley o el ordenamiento jurídico debe valer de modo igual para todos, el principio, al menos según concepciones universalistas del derecho, no vale solo para los ciudadanos sino también para los extranjeros, y que desde ese punto de vista serían inexactas las consideraciones realizadas en la nota 19, para excluir que el principio de igualdad rige para los extranjeros. Según visiones universalistas del derecho, el ordenamiento jurídico, aun teniendo eficacia universal rige en un modo diverso para los ciudadanos y para los extranjeros. En concreto los artículos 54, 10, 3, 10, 4, 16 y 26 confirman esa diversa eficacia del ordenamiento jurídico para unos y para otros.

6. LA IGUALDAD DE LOS CIUDADANOS ANTE LA LEY NO IMPLICA IGUALDAD DE TODOS LOS CIUDADANOS EN EL GOCE DE LOS DERECHOS POLÍTICOS O DE LAS LIBERTADES CIVILES

Se duda, por el contrario, de si la disposición contenida en nuestro texto constitucional pretende también la igualdad de todos los ciudadanos en el goce de las libertades constitucionales y de los derechos políticos.

En apoyo de una respuesta favorable encontraríamos el dato de que en muchas Constituciones, la declaración de igualdad está textualmente ligada a una libertad similar de los ciudadanos o a la paridad en los derechos políticos³⁷. Está además la circunstancia de que, como se dice a menudo, los derechos de libertad y los derechos políticos dan lugar a situaciones generales de la persona, a un estatus y no a simples posiciones en una relación³⁸ o en una serie de relaciones, de ahí que la igualdad en tales derechos, y solo esa igualdad, concentraría a los ciudadanos en torno a una unidad total. Finalmente, en cuanto que tales libertades y derechos políticos se consideran, según una doctrina bien conocida, límites a la potestad imperativa del ordenamiento y a la sujeción general a la ley³⁹, dando poderes al ciudadano sobre el ordenamiento⁴⁰, tales libertades y derechos tendrían que ver con la posición formal del ciudadano respecto al ordenamiento jurídico y a la ley, y no solo con su posición en la ley y en el ordenamiento, y por eso deberían considerarse garantizados en la declaración de la igualdad formal.

Esta tesis, por tanto, defiende que la proclamación de la igualdad de los ciudadanos ante la ley no significa solo un igual sometimiento formal al ordenamiento en general,

37 Sería inútil un elenco, dada la persistencia de este vínculo. Debe recordarse en particular el artículo 24 del Estatuto del Reino de Italia (y el correspondiente artículo 6 de la Constitución belga de 1831): «Todos los súbditos, cualquiera que sea su título o grado, son iguales ante la ley. Todos gozan igualmente de derechos civiles y políticos, salvo las excepciones determinadas en la ley». Aquí, como en otras Constituciones se comprende entre los derechos políticos también los de libertad, a los que se añaden los derechos civiles (o privados). También la Constitución tiene un fondo iusnaturalista (al respecto véase epígrafe 2), al que se ligan en un modo particular las declaraciones de igualdad de los derechos de libertad y políticos.

38 Véase la clásica exposición de la tesis de JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, 1912, p. 92 y ss. (aparte de la extensión del concepto a todos los derechos públicos subjetivos, esto es, a aquellos derechos públicos subjetivos respecto a los cuales tendrán más sentido las observaciones que se desarrollaran en el texto sobre la inexistencia de una igualdad de los ciudadanos en derechos políticos y de libertad; para el resto véase JELLINEK, *op. cit.*, p. 149 y ss.).

39 Numerosas indicaciones en VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, 1947, p. 6 y ss.

40 Sobre esta concepción, epígrafe 4.

sino también igualdad en los derechos políticos y en las libertades civiles, por lo que ningún ciudadano, en virtud de ley o por aplicación de la ley, debería tener menos libertades que otro⁴¹, ni gozar derechos que no gocen otros ciudadanos⁴². Lo que ocurre es que ninguna Constitución acoge esta consecuencia (ni siquiera aquellas que explícitamente ligan la proclamación de la igualdad ante la ley con las proclamaciones relativas a la libertad o a los derechos políticos). Respecto a los derechos políticos, todas las Constituciones ponen límites de edad y de capacidad para su goce⁴³. Respecto a la libertad, todas las

41 Aquí se debe precisar que la argumentación del texto vale solo contra los que sostengan (apoyados en los principios recogidas en nuestra Constitución y en general en todas las Constituciones presentes y pasadas) que existen derechos o situaciones específicas de libertad, que todos los ciudadanos gozarían de modo igual, en virtud de la proclamación de igualdad de los ciudadanos ante la ley. Las objeciones presentadas en el texto no servirían, por el contrario, frente a los que afirman que existe solo un derecho genérico de libertad civil según el cual no se puede estar vinculado si no es de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (véase amplias indicaciones de quienes sostienen las dos tesis tradicionales, todavía hoy discutidas, en VIRGA, *Libertà giuridiche e diritti fondamentali*, cit. p. 164 y ss., p. 168 y ss.). Indiscutiblemente, una vez admitido un único y genérico derecho de libertad, como un derecho a no ser sometido salvo por la ley y con fuerza de ley, se ha de admitir incluso que quien haya sido condenado a cadena perpetua no es privado de su libertad jurídica, sino que es respetado en esa libertad, siendo jurídicamente libre; indiscutiblemente, desde ese punto de vista, todos los ciudadanos son siempre jurídicamente libres, puesto que rigiendo el ordenamiento para todos, puede reconocerse como jurídicamente vinculados solo cuando el ordenamiento lo establezca. Sin embargo, desde ese ángulo visual, los ciudadanos son todos igualmente libres porque el ordenamiento jurídico rige para todos los ciudadanos en la parte positiva y en la negativa, en el lado que vincula y en el lado que garantiza, y no porque exista una garantía específica de un derecho de libertad particular que correspondería a todos los ciudadanos en virtud de la declaración de igualdad.

42 La particularidad de los nexos entre la declaración de igualdad de los ciudadanos y de los derechos políticos y de libertad, justifica que en el texto se les dedique una atención especial. Por otro lado, la llamada igualdad de los ciudadanos en el derecho privado, ¿no queda desmentida por las reglas generales sobre la capacidad de la persona que diferencia y consiente en diferenciar la capacidad de obrar entre sujetos o en el poder de disponer? Por otro lado, si se excluye que la declaración de igualdad ante la ley impone la igualdad en los derechos políticos y de libertad, ¿no jugaría la igualdad en el derecho privado solo para sostener que la igualdad de los ciudadanos ante la ley dispone la igualdad de derechos y en los derechos del ciudadano?

43 Respecto a lo que interesa véase el artículo 48 de la Constitución italiana: «Son electores todos los ciudadanos, hombres y mujeres que han alcanzado la mayoría de edad... El derecho de voto no puede limitarse si no es por la incapacidad civil o por efecto de sentencia penal irrevocable o en los casos de indignidad moral indicada en la ley», por otro lado el artículo 51 dispone que «Todos los ciudadanos de uno o de otro sexo pueden acceder a los oficios públicos y a las cargas electivas en condiciones de igualdad según los requisitos establecidos en la ley». Para el límite al derecho político de asociarse en partidos véase nuestro escrito *Il partiti nella Costituzione italiana*, cit., p. 159. Para los límites al derecho de petición véase lo que diremos al comentar el artículo 50.

Constituciones prevén que en determinadas condiciones, una u otra libertad puede ser sustraída o negada respecto a ciudadanos que se encuentran en determinadas situaciones. Solo excepcionalmente, alguna Constitución —en relación a los derechos políticos, pero no a las libertades; y respeto a algunos derechos políticos, pero no todos— ha llevado a sus últimas consecuencias la concepción por la cual en virtud del principio de igualdad, los ciudadanos deben ser iguales en el goce de los derechos políticos, si bien limitando solemnemente la ciudadanía a los ciudadanos activos, y, por tanto, a los ciudadanos que hayan alcanzado cierta edad y que posean los otros requisitos para ser electores⁴⁴. Pero en nuestro ordenamiento no hay rastro de esta concepción. Por tanto, es insostenible que la igualdad de los ciudadanos ante la ley, proclamada de modo taxativo y absoluto, se refiera también a las libertades y derechos políticos, respecto a los cuales asumiría un significado relativo.

7. REFUTACIÓN DE POSICIONES

Por otro lado, en nuestro texto constitucional no se lee, como ocurría en el Estatuto del Reino de Italia, que todos los ciudadanos «gozan igualmente de los derechos civiles y políticos, salvo por las excepciones determinadas por la ley»⁴⁵, sin que se imponga el disfrute de estos derechos por parte de cualquier ciudadano, ni se considere que la falta de esos derechos es una excepción. En este sentido, sería verdaderamente arbitrario y carente de fuerza vinculante establecer que toda la regulación, recogida en la Constitución o en las leyes, de los derechos políticos y de libertad estuviera solo dirigida a establecer excepciones al pleno goce de tales derechos debidos por igual a todo ciudadano⁴⁶.

44 Véase la Constitución girondina de 1795, Título II, artículo I: «Cada hombre de veintiún años cumplidos, inscrito en el registro cívico de una asamblea primaria y con residencia por un año sin interrupción en el territorio francés, será ciudadano francés»; Constitución francesa de 22 de agosto de 1795, (a. III), artículo 8: «Cada hombre nacido y residente en Francia que a la edad de veintiún años cumplidos, se ha inscrito en el registro cívico de su cantón, que ha residido por un año continuado en el territorio de la República, y que paga una contribución directa de carácter inmobiliario y personal, es ciudadano francés»; Constitución de la República francesa del 13 de diciembre de 1799 (a. VIII), artículo 2: «Todo hombre nacido y residente en Francia que en edad de veintiún años cumplidos esté inscrito en el registro cívico de su comunidad y tenga un año de residencia en la República es ciudadano francés». Encontramos disposiciones más o menos iguales en la Constitución de la República romana de 1798, el artículo 6 de la Constitución napolitana de 1799, el artículo 6 de la Constitución de la República italiana del 1802, artículo 4. ¡Pero las Constituciones también prevén suspensiones del ejercicio del derecho de voto que no suspenden la ciudadanía!

45 Véase el Estatuto del Reino de Italia, artículo 24 (y antes la Constitución belga, artículo 6).

46 La cuestión no solo tiene perfil teórico, sino también práctico. Quien admitiese la naturaleza excepcional de toda la regulación de derechos políticos debería excluir la admisibilidad de toda aplicación analógica de esta disciplina.

¿Se quiere en verdad defender que la igualdad de los ciudadanos ante la ley garantiza a todos los ciudadanos solo el mismo «estado general» de libertad civil y política? Para sostener esta tesis se necesitaría demostrar que las personas privadas de libertad (como los menores, los condenados o los militares) o que han sido privadas de algún derecho político, se mantienen como iguales en libertades y derechos políticos respecto a aquellos que son libres o pueden participar en las elecciones —porque eventualmente adquieran o readquieran el goce de la libertad o de los derechos políticos. Pero, ¿en qué parte de nuestra Constitución se alude a la inadmisibilidad de restricciones perpetuas de la libertad personal o de circulación, por hablar solo de estas, o la prohibición perpetua de ejercer cargos públicos? ¿Y dónde está escrito que la edad no pueda causar la pérdida definitiva de algunos derechos políticos, y que no puedan establecerse límites de edad para el ingreso o la permanencia en los cargos públicos? ¿Y se quiere sostener de verdad que la ley da igual libertad a quien goza la libertad y a quien es privado de ella por mandato legal, o que militares y civiles se encuentran en la misma situación o en el mismo estatus de libertad, y que se da el mismo estatus de libertad y de estatus político a los ciudadanos mayores y menores por el simple hecho de que los menores devendrán mayores?

En conclusión: la declaración de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley establece una sujeción formal y paritaria de los ciudadanos (de cualquier ciudadano) al ordenamiento jurídico, pero no garantiza a cada ciudadano un estatus parejo de libertad positiva o negativa. Serán las diversas reglas distribuidas en la Constitución y relativas a cada derecho político o libertad las que establezcan hasta dónde o con qué límites hay igual titularidad de cada ciudadano y hasta qué punto tienen las mismas facultades de goce.

8. ARGUMENTOS SUPUESTAMENTE FAVORABLES A LAS TESIS REFUTADAS

Frente a lo que se ha sostenido aquí, no se puede argumentar que los derechos de libertad y los derechos políticos definen dentro de qué límites el ciudadano se libera de los vínculos del ordenamiento jurídico y posee poderes frente a él; por el contrario, quienes mantenemos que la fórmula de la igualdad establece la eficacia igual del ordenamiento para con los ciudadanos⁴⁷, también hemos de afirmar que todos los ciudadanos son en igual medida libres frente al ordenamiento (o tienen la misma libertad) y poseen la misma supremacía sobre el ordenamiento (o los mismos derechos políticos).

47 Como se ha hecho en este escrito, epígrafe 5.

La extensión y la naturaleza de los poderes que la Constitución atribuye a la ley ordinaria sobre los derechos de libertad⁴⁸ excluyen la idea de que esos derechos se hayan concebido por la Constitución como libertad frente a la ley (o contra la ley). Estos derechos en Italia (y en cualquier Estado que no acoja pasivamente concepciones iusnaturalistas ya superadas) tienen veste legal y no de libertad frente a la ley. De ahí que tales derechos no estén amparados por el principio fundamental de sujeción igual del ciudadano a la ley.

En cuanto a los derechos políticos se puede admitir fácilmente que en virtud de ellos, los ciudadanos no actúan como instrumento o como órganos del aparato del Estado o de otras personas jurídico-públicas, sino como personas que tienen una potestad propia y poderes sobre el aparato del Estado⁴⁹. Tales derechos resultan siempre en poderes reconocidos por el ordenamiento a determinadas personas (entre ellos los ciudadanos) sobre otras sujetas a ese ordenamiento (como sería, por ejemplo, el Estado en sentido estricto, los municipios, la provincia), y nunca puede tratarse de poderes que poseen personas extrañas al ordenamiento. Por eso, la declaración de igualdad de los ciudadanos ante la ley, que los hace a todos iguales en la sujeción general al ordenamiento jurídico, no se refiere a poderes que puedan ser conferidos dentro del ordenamiento a los ciudadanos. Ni el estatus de libertad, ni la participación activa en la vida pública son garantizados por la declaración general de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Con tal conclusión no se excluye que estas situaciones, si no se atribuyen de modo par a todos los ciudadanos en virtud de la proclamación general de igualdad, se puedan sin embargo atribuir y garantizar en modo igual a todos los ciudadanos a través de las disposiciones constitucionales concretas que los regulan⁵⁰. Y, en cual-

48 De hecho no hay libertad garantizada en la Constitución en la que no se reenvíe su regulación a la ley ordinaria.

49 Sobre el problema de la construcción de derechos políticos (incluido el acceso a los oficios y cargas públicas) en el sentido fundamental esbozado en el texto, véase lo que diremos respecto al artículo 48 de la Constitución.

50 De hecho, nuestra Constitución, de tanto en tanto, respecto de concretos derechos y situaciones tuteladas, establece que esos derechos corresponden en principio a todos los ciudadanos (artículos 4, 48, 49, 50, 51) o a «todos» (artículos 19, 21, 24, 34, 53) o a cada ciudadano (artículos 16 y 38) o a los ciudadanos (artículos 17 y 18) o que a nadie se le puede retirar la garantía (artículos 22 y 25) y que algunas cargas deben ser repartidas según un determinado criterio de igualdad entre «todos» (artículo 51). Por lo demás, debe excluirse que la proclamación de la igualdad ante la ley resuma estas disposiciones, que exprese el principio que las sostiene o que carezca de significado autónomo. Además, se ha de tener presente que muchas veces, pese a las apariencias, las fórmulas

quier caso, únicamente pueden ser limitadas con leyes generales y no con actos legislativos singulares o referidos solo a un ciudadano particular⁵¹. Pero esto no deriva de la proclamación general de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino de otras normas de las que pronto hablaré.

9. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY NO IMPONE LA IGUALDAD DE TRATO DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES O DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS VINCULANTES

Una vez reconocido que el principio de igualdad ante la ley no dispone ni en sentido absoluto ni en sentido relativo, que el contenido de la ley deba ser igual para todos los ciudadanos y que los ciudadanos deban ser tratados en la ley de igual modo, y una vez que se ha aceptado que la ley debe tener eficacia formal paritaria para todos los ciudadanos, queda por examinar, según ciertas posiciones generalmente difundidas, si el principio al menos establece que los actos jurisdiccionales y administrativos deben tener un contenido respetuoso con el principio de igualdad⁵² y, por ello, si se prohíbe específicamente, que los ciudadanos sean tratado de modo diverso en un acto administrativo o jurisdiccional⁵³.

En abstracto, el principio de igualdad en la aplicación de la ley debería deducirse de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, puesto que una aplicación diversa de la ley a los sujetos distintos daría lugar a una eficacia diversa de tales leyes para cada sujeto. Sin embargo, consideraciones específicas, traídas de los principios vigentes en

brevemente indicadas no confieren en verdad un derecho concreto a todos los ciudadanos, sino solo a algunos de ellos o solo se limitan a garantizar la igualdad de ejercicio a los ciudadanos atribuyéndoles un derecho legal.

51 Sobre este punto fundamental, véase más adelante el epígrafe 18.

52 Que la proclamación de la igualdad vincule a jueces y administración en el desarrollo de su actividad es cuestión pacífica. Solo en ocasiones se ha dudado (la dudas se expresaron sobre todo en la bibliografía alemana al comentarse el artículo 109 de la Constitución de Weimar) si la importancia del principio no se hace añicos al hacer destinatarios de las disposiciones a los jueces y a la administración (o la actividad administrativa y jurisdiccional) en vez de al legislador. En realidad es todo lo contrario. Hay cientos de razones para excluir que en nuestro derecho el principio de igualdad vincule el ejercicio de la actividad jurisdiccional y administrativa.

53 BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 25 y ss., habla de un principio de igualdad formal que pretendería paridad de decisiones en casos similares. Este concepto, sin embargo, ha recibido críticas precisas (véase FRICK, *Die Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz*, 1945, p. 145 y ss., en especial p. 147, nota 97).

nuestro ordenamiento en relación a la actividad jurisdiccional y administrativa, nos convencen de que ha de darse una solución distinta.

En nuestro ordenamiento, como recoge expresamente la Constitución, los jueces están sometidos a la ley⁵⁴, por lo que en sus resoluciones solo deben aplicar las disposiciones legislativas. De esto se deduce que si un acto jurisdiccional contiene decisiones contradictorias para sujetos en una idéntica posición, el vicio no está en el trato desigual de los diversos sujetos, sino (a parte de lo contradictorio de la resolución) en la ilegalidad indiscutible de una de las soluciones adoptadas.

De otra parte, el juez, precisamente porque está sometido solo a la ley, no puede quedar vinculado a decisiones precedentes. En otros ordenamientos existen principios distintos, e incluso el juez está vinculado a las orientaciones de decisiones anteriores, precisamente porque se quiere respetar el principio de igualdad⁵⁵. En Italia, en cambio, si los jueces se sujetan a la ley, los juicios, de facto, han de ser iguales para todos los ciudadanos. Pero no hay una exigencia jurídica autónoma para que las decisiones sean iguales.

Existen otros principios para la actividad administrativa vinculada a la ley. Aquí los actos ilegales (o la parte ilegal del acto) no adquieren valor normativo alguno para la futura actividad de la administración (o para la restante parte del acto administrativo), y son directamente anulados; de otra parte, no puede decirse que los precedentes administrativos añadan alguna fuerza jurídica a la fuerza de la ley. Carece de sentido pensar que los precedentes o la praxis administrativa, a falta de eficacia vinculante contra la ley, puedan, sin embargo, asumir valor de interés legal en los casos dudosos. La praxis alcanzará ese valor cuando se forme una costumbre interpretativa de la ley, porque la costumbre «secundum legem» o interpretativa debe considerarse correctamente una fuente subordinada al derecho administrativo y no porque la interpretación de casos concretos vincule a la propia u otras autoridades administrativas en referencia a los casos futuros.

54 Constitución italiana, artículo 101.2.

55 Respecto a las exposiciones italianas de ese sistema véase BIGIAMI, «Appunti sul diritto giudiziario», en *Studi urbinati*, 1933, nota 26 y ss. MICHELI, «Contributo alla formazione giudiziale del diritto», en *Studi dell'Università di Pavia*, XXIII, 1938, p. 103 y ss. Para el vínculo entre el valor del precedente y el principio de igualdad, véase la indicación de GODHART, «Precedent in English and Continental Law», en *The Law Quarterly Review*, L, 1934, p. 56 y ss. Para una reciente exposición que resume las críticas a un sistema que daría rigidez a las decisiones, conduciría el juez a los errores de sus predecesores y los convertiría en esclavo del pasado y déspota del futuro, véase ARMINJON, NOLDE y WOLF, *Droit comparé*, II, 1951, p. 500 y ss.. Pero para una defensa profunda y una clara delimitación de las consecuencias del sistema véase ALLEN, *Law in the Making*, 1946, p. 151 y ss.

10. LA DECLARACIÓN DE IGUALDAD NO IMPONE IGUALDAD DE TRATAMIENTO EN EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL

La cuestión es más compleja respecto a la actividad libre o discrecional de la administración. Una de las justificaciones de la potestad reglamentaria o de los reglamentos organizativos, se encuentra en el hecho de que la autoridad que los dicta ejerza su poder discrecional conforme al principio de igualdad y, por tanto, de acuerdo con normas generales⁵⁶; así, para quienes sostienen esta tesis, la razón de la eficacia, no solamente interna de las circulares, se encontraría en la oportunidad de que la acción administrativa se realice según criterios de generalidad e igualdad⁵⁷; no en vano, la injusticia manifiesta, y con ella la desigualdad, se ha considerado uno de los vicios de los actos administrativos. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que si verdaderamente el respeto al principio de igualdad fuese basilar al ejercicio de la actividad administrativa discrecional, la emisión de reglamentos independientes y de circulares, no sería una justificación, sino una imposición a la actividad discrecional. En sustancia, el ejercicio de la actividad administrativa discrecional debería respetar los reglamentos (favoreciendo la igualdad del ciudadano), pero también debería ejercerse solo cuando existe un reglamento previo, que haría concretamente operativo el principio de igualdad. En cuanto a la injusticia manifiesta, siempre se ha considerado que es relevante bajo el perfil del exceso de poder, y, por tanto, síntoma de un vicio de la actividad administrativa determinada por consideraciones extrañas al interés público, sin tomarse la desigualdad como un vicio objetivo de tales actos. Si fuese así, la primera decisión o el primer error en el uso del poder discrecional de la administración pública sería decisivo y vinculante para todo acto administrativo posterior, al menos hasta la revocación del primero.

Esto no quiere decir que la injusticia manifiesta no sea vicio de los actos administrativos, ni que nuestra Constitución no ofrezca base textual en este sentido. En concreto, uno de los artículos del texto constitucional particularmente dedicado

56 Para un exposición de tales concesiones véase ZANOBINI, «Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare», en *Archivio giuridico*, LXXXVII, 1922, p. 28; «Sul fondamento giuridico della indierogabilità dei regolamenti», en *Rivista di diritto pubblico*, IX, 1917, p. 410.

57 Sobre las diversas argumentaciones en base a las cuales se ha afirmado la eficacia jurídica de las circulares véase nuestro escrito «Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio», en *Annali dell'Università di Camerino*, VI, 1932, p. 318. La falta de actualidad del problema relativo al valor de las circulares emitidas por el Jefe del Estado en el régimen fascista, se replantea hoy en los términos expuestos en nuestro trabajo.

a la administración pública (el artículo 97), establece que «los cargos públicos son organizados con disposiciones de ley de tal modo que se asegure el buen funcionamiento y la imparcialidad de la administración», por lo que es obvio que una norma general reconoce expresamente que la actividad administrativa debe ser imparcial y que, en tutela de interés público, no debe favorecer a un administrado frente a otro. Los actos administrativos manifiestamente injustos son condenados por esta disposición constitucional y no en la declaración de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley.

Para concluir, la Constitución con la disposición sobre la igualdad de los ciudadanos no establece que el contenido de la ley deba ser igual, ni impone que el contenido de los actos administrativos esté vinculado al principio de igualdad. Solamente dispone el principio de la paridad formal de los ciudadanos ante la fuerza y la eficacia de la ley.

Resumen

Este trabajo, publicado inicialmente en 1953, recoge uno de los primeros acercamientos en la doctrina italiana de postguerra al principio de igualdad. Su interés radica en su esfuerzo por dar al principio de igualdad una comprensión positivista, alejada de veleidades iusnaturalistas. En segundo lugar, por su autor, referente capital en la doctrina constitucional italiana. Y, en último lugar, por las reflexiones que abre sesenta años después, a la luz del precepto italiano y de su influencia en la Constitución española.

Palabras clave: Constitución italiana, principio de igualdad

Abstract

This paper was first published in 1953 and it is one of the first essays on the problem of equality in the Italian constitutional doctrine after the war. The interest of this paper is due, first, to the effort of building a positivist construction of the principle of equality, away from natural law influences. Second, the author had a great role in the Italian constitutional law academia. And, thirdly, because sixty years later it opens path of reflection the Italian and the Spanish Constitution

Key Words: Italian Constitution, equality principle





Jurisprudencia





EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS FRENTE A LAS LIBERTADES INFORMATIVAS*

MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO**

SUMARIO

1. Introducción: diálogo judicial en el ámbito europeo, conflictos con la intimidad en la sociedad de la información.
2. El contexto normativo supranacional: privacidad, protección de datos y sociedad de la información.
3. Jurisdicción y derechos de la personalidad en el espacio de la Unión.
4. Los datos de carácter personal y su protección frente a las comunicaciones cibernéticas.
5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: DIÁLOGO JUDICIAL EN EL ÁMBITO EUROPEO, CONFLICTOS CON LA INTIMIDAD EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Hay un diálogo entre el Tribunal de Justicia y las Cortes Constitucionales de los Estados miembros de la Unión, a veces sutil y tácito, otras explícito, sobre el que se siguen produciendo páginas y páginas de doctrina jurídica. Se trata de un diálogo que, a base de casos, viene produciéndose desde la década de los setenta del siglo XX, pero cuyo potencial conciliador sigue sin ser completamente explotado¹. Es un

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales: de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión a las Constituciones, pasando por el CEDH» (DER2013-41303-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. En especial, es fruto del trabajo realizado durante la Estancia de Investigación en el Gabinete del Abogado General Cruz Villalón en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la primavera de 2015, estancia cofinanciada por el citado proyecto y por el V Plan Propio de Investigación de la Universidad de Sevilla.

** Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla.

1 P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita*, Trotta, Madrid, 2004, p. 79.

diálogo sobre muchas cosas, entre otras sobre los límites del poder y el ejercicio de competencias de la Unión frente a los contralímites de las Constituciones estatales². Por eso también es un diálogo sobre los derechos fundamentales y en él participa cada vez con más presencia un tercer interlocutor, que es el juez del Convenio. Así viene siendo desde los años setenta, con las sentencias Stauder e Internationale Handelsgesellschaft Nold, como casos de referencia en el frente europeo, y con Solangey Granital en los bandos nacionales de Alemania e Italia. Como tema central de conversación, primero estuvieron los derechos.

A nadie se le escapa que los derechos fundamentales han tenido un gran protagonismo en la integración constitucional de Europa³ y en ese protagonismo ha tenido fundamental relevancia la tensión dialógica con los Tribunales Constitucionales estatales. Las advertencias del «Bundesverfassungsgericht» en Solange fueron el detonante para que el Tribunal de Luxemburgo reaccionara, adoptara los derechos fundamentales, los prohiciera y los hiciera objetos de su protección en calidad de principios generales del ordenamiento europeo y de elementos integrantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros⁴. El proceso se completó, y tomó una nueva dimensión, con la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales en 2009, a partir de la cual la historia de los derechos en la Unión Europea ha comenzado a reescribirse.

2 G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bolonia, 2010, p. 70-71.

3 Por todos, se cita aquí el clásico trabajo sobre la constitucionalización del proceso de integración del profesor WEILER, que identifica la jurisprudencia del TJUE sobre derechos fundamentales como el cuarto hito –tras el efecto directo, la primacía y los poderes implícitos–, en la construcción jurídica del constitucionalismo de la Unión. J. H. H. WEILER, «The Transformation of Europe», *The Yale L.J.*, vol. 100, núm. 8, 1991, p. 2403-2483, p. 2417 y ss.

4 En esa afirmación de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho europeo, el TJUE siguió a PESCATORE, quien ya explicó en los años sesenta que, a pesar de la ausencia de derechos fundamentales en los Tratados, «en la realidad de las cosas, la constitución comunitaria contiene, al menos en germen, un sistema completo que puede servir de garantía a los derechos fundamentales». P. PESCATORE, «Les droits de l'homme et l'integration européenne», *CdDE*, núm. 6, 1968, pp. 629-673, p. 636. Esos derechos-principios generales, para el TJUE son elementos propios del ordenamiento jurídico europeo, independientemente de que para su obtención el juez de Luxemburgo tuviera que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros –que no en sus constituciones–, y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. M. AGUDO ZAMORA, «La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica hasta el Tratado que establece una Constitución para Europa», *ReDCE*, núm. 4, 2005, pp. 373-427, p. 395.

Durante este recorrido de décadas, el Tribunal de Luxemburgo ha hecho jurisprudencia sobre derechos fundamentales, con un ojo mirando a Estrasburgo, y a la vez considerando los contenidos básicos de los derechos en las Constituciones nacionales y siempre afirmando su autonomía en el complejo normativo de la Unión. Pero, además de estas peculiaridades en su aparición y evolución, la jurisprudencia del TJUE sobre derechos fundamentales siempre ha presentado un factor diferencial en relación con las pautas hermenéuticas propias de las Cortes Constitucionales estatales y del TEDH: el influjo de la dimensión económica y técnica que singulariza al Derecho más clásico de las Comunidades Económicas, con regulaciones basadas en objetivos de integración y mercados, y que sigue siendo un componente muy importante del Derecho de la Unión en términos tanto cuantitativos como cualitativos. Esta realidad ha tenido una proyección singular en la interpretación de controversias supranacionales con incidencia iusfundamental⁵.

La sujeción del Derecho de la Unión a sus competencias atribuidas ha determinado las líneas de interpretación de los derechos fundamentales que son específicas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en las que la necesidad de convergencia con las otras líneas, las propias de la justicia constitucional estatal y la del Tribunal de Estrasburgo, nunca se ha planteado como un absoluto⁶. Entre las referidas líneas hay, como mínimo, tres a identificar. Una primera se fundamenta en la no contradicción o respeto de las tradiciones comunes de los Estados miembros y asume como propios los parámetros constitucionales estatales, incluyendo con frecuencia la interpretación derivada del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷. Una segunda perfila ciertos derechos en un sentido particular, europeo-comunitario, diferenciándose así el TJUE de la comprensión iusfundamental aportada por uno o más Estados miembros, en atención a la necesaria uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión⁸. Y la tercera, que transita por debajo de alegaciones referidas a

5 Señalaba SARRIÓN ESTEVE que «si estudiamos los casos en los que el Tribunal de Justicia ha relacionado ambas categorías (libertades económicas y derechos fundamentales) podemos encontrar dos tipos de relación o interacción: una positiva o de apoyo; y otra negativa o conflictual». J. SARRIÓN ESTEVE, «Los conflictos entre derechos fundamentales y libertades económicas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *RDB*, núm. 81, 2011, pp. 379-412, p.382.

6 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio», *REDC*, núm. 104, 2015, pp. 243-268, p. 254 y ss.

7 Podrían ser los ejemplos clásicos de *Stauder e Internationale Handelsgesellschaft*. Véanse los razonamientos de las resoluciones: Sentencia Stauder, C-29/69,EU:C:1969:57; Sentencia Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, EU:C:1970:114.

8 Sin ir más lejos, la Sentencia Melloni, C-399/11,EU:C:2013:107; o la Sentencia Rosado Santana,C-177/10, EU:C:2011:557. AZPITARTE SÁNCHEZ señala también la Sentencia Brüstle,

problemas iusfundamentales, responde a la consigna de que siempre que el conflicto no afecte a los objetivos económicos de las competencias europeas, las cuestiones iusfundamentales quedan fuera del ámbito de conocimiento del Tribunal de Justicia⁹.

Sumándose a estas líneas interpretativas, la vigencia de la Carta añade algo más, pues confiere a los derechos una nueva identidad jurídica. Los derechos fundamentales ya no son, solo, principios generales o elementos infiltrados desde tradiciones constitucionales estatales, sino también normas positivas de Derecho de la Unión que, eso sí, van a ser interpretadas y aplicadas según la estructura constitucional propia de la Unión y los objetivos de integración trazados para ella¹⁰. Por tanto, los perfiles europeos y las singularidades de los derechos de la Carta, según su interpretación por el TJUE, se integran con todo ese bagaje, y a marchas aceleradas, en los procesos de incorporación intertextual y de diálogo jurisdiccional encuadrados en ese triple vértice: Tribunal de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunales Constitucionales estatales.

Pues bien: tal es el marco referencial de este trabajo, ya que vamos a hablar de contenidos sustantivos de ciertos derechos fundamentales y hay que tener presente que lo que establezca el Tribunal de Justicia sobre los mismos ha de integrarse en una dinámica hermenéutica a múltiples bandas. Una vez ubicado en tal marco, lo que pretende este estudio es algo mucho más específico y modesto: analizar el tratamiento que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia viene dando a los derechos relacionados con la protección de la vida privada y con la protección de datos de carácter personal, sea esta última abordada en conexión con la primera o como el derecho autónomo que ya es en el sistema normativo de la Unión, y analizarlo cuando esos derechos se exponen en el entorno digital, Internet, donde conviven con las libertades comunicativas. Por tanto, sin desconsiderar el anclaje constitucional de estos derechos y su posición en el Convenio, la mirada va a centrarse en cómo se perciben desde el vértice supranacional del «triálogo».

Sirven de estímulo a este empeño dos consideraciones conectadas. La primera es que la actuación de todos estos derechos en la Sociedad de la Información exige una revisión de su configuración dogmática a la luz de los contenidos que florecen

C-34/10, EU:C:2011:669, al tiempo que coincide con la apreciación de que el TJUE diseña contenidos propios, «resistentes incluso frente a ámbitos de protección estatales más amplios». M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 257.

9 Claramente, y volviendo a los ejemplos clásicos, en la Sentencia *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contra Stephen Grogan*, asunto C-159/90, EU:C:1991:378.

10 Lo recuerda el TJUE en su Dictamen sobre la adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014, Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartados 172 a 177.

en el terreno de las nuevas tecnologías, terreno abonado para multiplicar la velocidad y el volumen de las comunicaciones, así como para generar nuevos tipos de conflicto¹¹. La segunda es la de que, a tal fin, las jurisdicciones internacionales son las mejor ubicadas para establecer cánones de resolución de conflictos entre privacidad y libertades de expresión en el espacio de las comunicaciones digitales. La idea es que las condiciones técnicas y naturaleza del soporte de las mismas, Internet, sobrepasan la visión, o más bien la visibilidad, de las jurisdicciones estatales y en ciertos aspectos se acomodan mejor a la que tienen los jueces supranacionales, ante quienes el desdibuje de fronteras que supone la comunicación digital se presenta como un elemento natural¹².

En consecuencia con todo lo dicho, tanto por su posición como interlocutor clave en el diálogo jurisdiccional, como por las peculiaridades de su hermenéutica iusfundamental, como por la perspectiva que tiene ante los conflictos entre derechos en la red, la jurisprudencia del TJUE sobre estas cuestiones es de sumo interés. A lo largo de los epígrafes siguientes repasaremos las contribuciones que el juez europeo ha hecho hasta el momento. Y, en la medida en que tal repaso las evidencie, recogeremos las pautas básicas que se desprendan de dicha jurisprudencia. Habrá que calibrar, al fin y al cabo, si nuestras intuiciones de partida son acertadas y si es cierto que la doctrina del TJUE tiene un papel fundamental en esa reconfiguración de derechos que exige la Sociedad de la Información.

11 Sin llegar a afirmar que el ejercicio de los derechos fundamentales clásicos en Internet los convierta en nuevos derechos, lo cierto es que las categorías forjadas para ellos en relación con los soportes tradicionales ha de ser revisada, no solo por motivos teóricos, sino sobre todo por dar respuesta a la problemática de la resolución de conflictos jurídicos que se dan en la red. El nuevo canal de transmisión de contenidos, Internet, es un medio diferente de la prensa escrita y de la radiodifusión y requiere un abordaje específico, también en materia de derechos fundamentales. J. H. LIPSCHULTZ, *Free expression in the age of the internet*, Westview Press, Boulder-Oxford, 2000, p. 22. Por su parte, los derechos relacionados con la privacidad también se rediseñan a nivel interno cuando se les expone en Internet. S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 173. Sobre la reconfiguración interna de los derechos fundamentales como consecuencia de la revolución cibernética, desde un punto de vista dogmático, se reflexiona en G. TERUEL LOZANO, «Libertades y derechos de la persona en Internet: retos en materia de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales ante el paradigma tecnológico de la sociedad del siglo XXI», G. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. CARLO RAFFIOTTA (dirs.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 39-58, p. 43.

12 Sobre el papel de las jurisdicciones internacionales en la redefinición de estos derechos, véase el siguiente trabajo: O. POLLICINO y M. BASSINI, «Internet law in the era of transnational law», *EUI WP RSCAS*, 2011/24, www.eui.eu/RSCAS/Publications/.

2. EL CONTEXTO NORMATIVO SUPRANACIONAL: PRIVACIDAD, PROTECCIÓN DE DATOS Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

De manera previa al análisis de la jurisprudencia, es preciso definir cuál es, en el contexto normativo de la Unión, la situación de los derechos relativos a la personalidad y a la vida privada, concebida como intimidad¹³, la del derecho a la protección de datos y la de las libertades públicas de comunicación.

La idea de privacidad se inserta en la Unión como parte de los contenidos propios de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros: honor, reputación, intimidad o privacidad y propia imagen. En principio, y a pesar de la posible explotación comercial de algunos de estos derechos, lo cierto es que la privacidad del individuo, tal cual, no es objeto de las competencias del Derecho de la Unión. Éste es un Derecho marcadamente técnico, en su mayor parte regulador de mercados, que deja fuera de su ámbito los elementos básicos de los derechos de la personalidad¹⁴. Por otra parte, la Carta de Derechos Fundamentales ha incluido en su repertorio derechos que conforman el marco de reconocimiento de los de la personalidad, en especial el derecho a la vida privada y familiar. No hay en la Carta mención específica a lo que en la doctrina constitucional y civilista se conoce como el derecho al honor o, en otros términos, a la reputación merecida. Sí que se alude a la dignidad humana, cual elemento inviolable, siendo ésta una proclamación que sirve de eje a todo el sistema de derechos. Según esto, y siguiendo la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo al artículo 8 del Convenio, que tampoco se refiere expresamente a la reputación propia¹⁵, ese derecho bien puede anudarse por

13 No se nos escapa que el derecho a la vida privada tiene en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia una segunda vertiente, que quizás sea la principal, relacionada con los derechos de libre circulación y residencia. Es esta vertiente la que ha llevado al Tribunal de Justicia a establecer un nexo entre las distintas regulaciones relativas a la libre circulación de trabajadores en el territorio de la Unión y el mantenimiento de las unidades familiares, con reconocimientos de derechos de permanencia a nacionales de terceros países en el territorio de la Unión. Como ejemplos, y a modo de mera ilustración, pues son múltiples las resoluciones, podemos citar las siguientes: Sentencia Carpenter, C-60/00, EU:C:2002:434; Sentencia MRAX, C-459/99, EU:C:2002:461; Sentencia Akrich, C-109/01, EU:C:2003:491.

14 Incluso hasta el punto de que, tal y como ha afirmado el TJUE, los artículos 7 y 8 de la Carta no amparan los derechos de las personas jurídicas nada más que en la medida en que a través de ellas sean identificables una o varias personas físicas. Sentencia Volker und Markus Schecke et Eifert, C-92/09 y C-93/09, EU:C:2010:662, apartados 52 a 54.

15 En efecto, el TEDH no reconoce en un principio la existencia de un derecho a la reputación que se derive del Convenio, siendo esta contemplada como un interés legítimo protegido. Esto es así

un lado al de dignidad, del artículo 1 de la Carta, y por otro al de vida privada. Este último tiene su acomodo específico en el artículo 7 de la Carta, que proclama de manera expresa el derecho a la vida privada y familiar de todas las personas, yendo las garantías de la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, mencionadas acto seguido, intrínsecamente unidas a tal proclamación. Eso sí, es preciso resaltar que la propia Carta también establece en el 51.2 que tales reconocimientos, como los de otros derechos de la misma, no amplían los ámbitos de competencia de la Unión, por lo que ninguno de estos derechos va a ser objeto específico de regulación por parte de las instituciones europeas.

Distinta es la situación de la protección de datos de carácter personal. Este derecho en su configuración constitucional interna empezó siendo una garantía accesoria de los derechos a la vida privada y a la intimidad¹⁶. Sin embargo, su caracterización autónoma ha ido ganando terreno en los ordenamientos nacionales¹⁷ y en el ámbito de la Unión

hasta que en el asunto *Radio France contra Francia*, en 2004, el TEDH afirma por fin que el derecho a la propia reputación se deriva del artículo 8 del Convenio. S. SMET, «Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict», *Am.Un.ILR*, núm. 26 (1), 2010, pp. 183-236, p. 192-193.

16 La discusión sobre el carácter autónomo o instrumental de la protección de datos remite a la mantenida sobre su referencia y configuración derivada en la Constitución española, en el artículo 18.4. Para MURILLO DE LA CUEVA, hay una conexión de origen, del primero en el segundo, pero la realidad es que no pueden considerarse cubiertas por el concepto de intimidad algunas de las exigencias relacionadas con la protección de datos de carácter personal. P. L. MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 26. Para DE CARRERAS SERRA, el desligamiento se basa en una distinción entre intimidad física e intimidad informática, siendo la segunda la que concreta la protección de los datos personales. F. DE CARRERAS SERRA, «El derecho fundamental a la protección de datos personales», *Los nuevos derechos fundamentales*, Academia de Ciencias Sociales y del Medio Ambiente de Andalucía, Sevilla, 2007, pp. 65-88, p. 69. GUICHOT REINA, por su parte, sostiene que quizás sea más coherente pensar en el 18.4 como un mandato al legislador para proteger la intimidad frente a la informática y entender que es el derecho a la intimidad el que posibilita el control sobre los datos personales en la sociedad informacional. E. GUICHOT REINA, *Datos personales y administración pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 164.

17 En el caso español, aunque la jurisprudencia constitucional posterior es vacilante, la primera sentencia que versa sobre la protección de datos afirma de éste que: «un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a la potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática"». Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993,

es ya, sin discusión, derecho fundamental en sentido pleno. No solo figura en la Carta como derecho singularizado, sino que tiene un lugar relevante y un protagonismo creciente como objeto de regulación de las normas europeas. El motivo de que ambos derechos se traten conjuntamente, no solo en este trabajo y en tantos otros de la literatura científica, sino también en muchos casos llevados ante distintas instancias jurisdiccionales, no es tanto, o no solo, su conexión de origen. Más bien es el hecho de que, en sus manifestaciones, la protección de datos garantiza a veces directamente y otras indirectamente los contenidos propios de la intimidad. Y esto ocurre a menudo en los conflictos que entre todos estos derechos se fraguan en la Sociedad de la Información.

La Directiva de protección de datos, elaborada sobre la base del antiguo artículo 100A del Tratado de la Comunidad Europea por el Consejo y el Parlamento en el año 1995¹⁸, ha sido una norma de gran calado en su implementación por los Estados miembros y el primer elemento de un conjunto de normas que han ido dibujando toda una disciplina europea sobre protección de datos. Sobrepasada por la realidad que regula, la Directiva será sustituida por un Reglamento –sobre el que el pasado mes de junio se llegó a un acuerdo inicial en el Consejo, que se está discutiendo con el Parlamento¹⁹–, con la habilitación otorgada por la base jurídica del actual artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁰.

de 20 de julio de 1993, fundamento jurídico 6. Una revisión de la jurisprudencia del TC español sobre protección de datos puede consultarse en C. AGUADO RENEDO, «La protección de los datos personales ante el Tribunal Constitucional español», *Cuestiones Constitucionales, RMexDC*, núm. 23, 2010, consultada on-line en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/23/ard/ard1.pdf>.

18 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

19 La orientación general adoptada por el Consejo el 11 de junio de 2015 (ST 9565 2015 INIT) propone ciertas modificaciones a la propuesta inicial de la Comisión (COM(2012) 11 final), afianzando el carácter garantista del Reglamento, que fortalece notablemente los derechos del afectado. P. L. MURILLO DE LA CUEVA, «Derechos fundamentales e Internet. Consideraciones introductorias», G. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. CARLO RAFFIOTTA (dirs.), *op. cit.*, pp. 59-66, p. 64.

20 Esa nueva regulación de la protección de datos se incluiría dentro de un paquete legislativo lanzado por la Comisión a principios de 2012 y que contiene tanto ese nuevo Reglamento de Protección de Datos (COM(2012)11) como un proyecto de Directiva en relación con la protección de datos en los ámbitos de la cooperación policial y judicial (COM(2012)10). En cierto sentido parece que estas iniciativas se relacionan con las controversias causadas por la Directiva de retención de datos, de la que se hablará más adelante (*infra* & 4.3). Sobre este asunto, véase el trabajo de E. GUILD y S. CARRERA, «The political and judicial life of metadata: *Digital Rights Ireland* and the trail of the Data Retention Directive», 65 *CEPSPaper in Liberty and Security in Europe*, 2014, p. 10.

La protección de datos, a diferencia de la privacidad, sí que es competencia específica de la Unión. Por tanto, la jurisprudencia del TJUE al respecto es un referente básico para la comprensión de este derecho, tanto en el ámbito de la Unión como en el de los Estados miembros. El margen en el que puede considerarse que, en lo que a la protección de datos se refiere, los Estados no aplican el Derecho de la Unión es cada vez más estrecho. Y hoy por hoy el artículo 51.1 de la Carta marca la plena ligazón de los Estados miembros en esta materia con la configuración europea del derecho.

Por fin, las libertades de comunicación pública aparecen reconocidas en su dimensión iusfundamental en el artículo 11 de la Carta²¹, al tiempo que en ciertas regulaciones, entre ellas en la Directiva de protección de datos o en la de comercio electrónico, se las salvaguarda como ámbitos fuera de su alcance o aplicación. La Directiva de comercio electrónico²² insiste en que su despliegue no podrá afectar en ningún caso a las libertades comunicativas tal y como estén garantizadas en los ordenamientos estatales. Por su parte, y sin aludir a la palabra «ponderación», la Directiva de protección de datos indica en su artículo 9 que los Estados miembros tendrán que encontrar el equilibrio necesario entre los derechos relativos a la intimidad y las libertades de expresión, pues estas últimas figuran como posibles causas de excepción y exención de la aplicación de la propia Directiva. El futuro Reglamento de protección de datos recoge estos principios normativos en su artículo 80 y profundiza en ellos, al instar a los Estados a establecer cuáles van a ser en cada caso las excepciones que se establezcan por estos motivos.

La instantánea de la situación, según lo visto hasta aquí, muestra que los derechos llamados «de la personalidad» y las libertades de comunicación son derechos fundamentales clásicos, ámbitos de protección de los Estados miembros, que se filtran y se proyectan en las normas de la Unión como límites, antes que como objeto de regulación, y que su relación con las competencias supranacionales es incidental. Solo la protección de datos es objeto básico y autónomo de garantía y regulación en el ámbito del Derecho de la Unión. En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podrá dar una serie de perfiles sobre las normas y reglas iusfundamenta-

21 Sobre la relación entre el artículo 8 y el 11 de la Carta, véase H. KRANENBORG, «Article 8. Protection of Personal Data», S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, *The Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 223-266, p. 231.

22 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DO 2000, L 178, p. 1).

les relativas a intimidad y comunicación pública, pero no determinarlas, mientras que con la protección de datos sus posibilidades para desarrollar una comprensión sustantiva del derecho son mucho mayores. Y así, entre perfiles y comprensión sustantiva, la cuestión es llegar a ver el bosque: la caracterización que el TJUE puede hacer de los derechos ligados a la privacidad y hasta qué punto los ha analizado en su relación con las libertades de comunicación pública en Internet.

3. JURISDICCIÓN Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ESPACIO DE LA UNIÓN

Los primeros esbozos sobre el comportamiento de los derechos de la personalidad frente a las libertades de comunicación pública en la jurisprudencia del TJUE se dan en un marco meramente formal: el de las reglas técnicas de cooperación judicial en materia civil. Así, los derechos de la personalidad entran en el cuadrante interpretativo del Tribunal de Luxemburgo por una vía aparentemente neutra, cual es la del reconocimiento mutuo y la coordinación procesal. Es algo que se explica como el resultado de dos movimientos. En primer término, estos derechos adquieren de por sí una dimensión transnacional por obra y gracia de las nuevas tecnologías de la información cuando se ven expuestos a conflictos más allá de las fronteras estatales²³. En segundo término, al tiempo que en el mundo entero las barreras de la comunicación pública se desvanecen a causa del hecho tecnológico, en el territorio de la

23 Antes de la revolución de las tecnologías de la información «las barreras prácticas para importar y distribuir localmente cualquier trabajo impreso en cantidad daba a los estados una amplia oportunidad efectiva para limitar la influencia de las publicaciones extranjeras sobre el entorno de la comunicación pública». Por otra parte, los conflictos transfronterizos en relación con la radio y la televisión por ondas tuvieron un tratamiento interestatal y dieron lugar a la Unión Internacional de las Telecomunicaciones, del mismo modo que a sucesivas generaciones de convenios de la UIT en los que los Estados soberanos llegaron a acuerdos sobre estas cuestiones. Como consecuencia, puede afirmarse que hasta el momento un Estado podía «imponer restricciones sobre los medios de comunicación para proteger otro derecho fundamental que estuviera en tensión directa con la libertad de expresión» o incluso para proteger la seguridad nacional o el orden público. Esto ha cambiado con Internet. P. KELLER, *European and International Media Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2011, p. 227, 231 y 84. Por su parte, D. POST expone que «el ordenamiento jurídico internacional está fundado, en su base, en la existencia de un reconocimiento mutuo de las fronteras físicas que separan las comunidades legislativas soberanas e independientes –los Estados nacionales– unas de otras. Estas fronteras importan en ese ordenamiento y hacen una función esencial. Pero en la red, la información se mueve de maneras que parecen prestar poca atención a esas fronteras, y proyectarlas sobre la actividad de la red es un reto profundamente difícil». D. POST, *In search of Jefferson's moose. Notes on the state of cyberspace*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 163.

Unión también son las fronteras jurisdiccionales las que se desdibujan, primero, y se reconfiguran, después. La consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el reconocimiento mutuo de sentencias y la aproximación de legislaciones son los instrumentos a través de los cuales los derechos de la personalidad y las libertades de comunicación pública, sin ser ámbitos de competencia de la Unión, acaban siendo escrutados por el Tribunal de Justicia.

Es indiscutible que los conceptos constitucionales de reputación y de intimidad, como ámbitos de protección frente a lo público, se han consolidado en el constitucionalismo democrático, pero en especial lo han hecho en su confrontación con la actividad de los medios de comunicación social²⁴. En conexión con esto, la primera aparición sustantiva de dichos conceptos constitucionales en la jurisprudencia del TJUE se encuentra en controversias que, curiosamente, no dirimen conflictos sustantivos, sino la competencia de los jueces estatales para protegerlos. Por supuesto, la atribución interna de tal competencia al juez predeterminado por la ley es función de los Estados y no de la Unión. Pero, como ya se ha anticipado, los conflictos en torno a estos derechos se hacen europeos cuando en el territorio de un Estado miembro se lanza una publicación ofensiva, ésta se distribuye, y finalmente una reclamación judicial de protección del honor y la intimidad se interpone en un Estado distinto del de la publicación inicial. Estas controversias son más afines al Derecho Internacional Privado que al Derecho Constitucional, disciplina a cargo del estudio sustantivo de los derechos fundamentales. Sin embargo, la realidad es que para determinar cuál es el fuero pertinente en tales asuntos, el Tribunal de Justicia se ha visto obligado a aportar elementos de ponderación basados en los contenidos sustantivos protegidos por la privacidad y por los derechos de la personalidad.

Así se demuestra en dos casos sobre la apropiada aplicación de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 44/2001, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones civiles y mercantiles²⁵. Ese Reglamento establece que, cuando se trate de materia delictual o cuasidelictual, las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas en el lugar donde se haya producido el hecho dañoso, como excepción a la general de que las demandas han de presentarse en el Estado donde tenga el domicilio el demandado. La perspectiva sustantiva de

24 Entre otros, véase el trabajo de M. MEDINA GUERRERO, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

25 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1).

los derechos en conflicto puede ser, y lo resulta de entrada, un tema tangencial, pero no se le escapa a ningún jurista que la determinación de un fuero específico, y no de otro, afecta no solo a los intereses de las partes, sino a la propia comprensión de un derecho fundamental según los márgenes de apreciación. La interpretación de un derecho fundamental en un Estado miembro dado, según sus perfiles, tendrá los matices propios de los factores socioculturales, históricos y constitucionales que enmarquen de forma habitual su comprensión en ese Estado. Y también se verán afectados por requisitos procesales que privilegien bien su protección, bien su puesta en cuestión²⁶.

3.1. *Medios de comunicación convencionales y difusión transnacional de contenidos*

El primer litigio sobre esta problemática es el del caso Shevill²⁷. Se remonta a 1995. El Tribunal de Justicia determinó que si se trataba de publicaciones difundidas en varios Estados miembros, distintos de aquel donde estuviere establecido el editor, el daño sobre los derechos de la personalidad y sobre los intereses del ofendido se entendería producido bien donde se hubiera dado el hecho causal, bien donde se hubiera concretado el daño efectivo. El TJUE estableció, así, que una víctima de difamación, en este caso la señora Shevill, de nacionalidad y residencia británica, podía presentar su reclamación en el Estado miembro donde tuviera su establecimiento el editor, que en aquel caso era Francia, o en cada Estado miembro donde la publicación hubiera sido difundida, si la misma había tenido en tales sitios consecuencias lesivas para la reputación de la ofendida.

Para la señora Shevill el fuero idóneo era el de Reino Unido, donde la presunción de daño por difamación la eximía de tener que aportar prueba de los efectos lesivos de la publicación difamatoria²⁸. Es la prueba, desde una perspectiva constitucional, de que

26 Como se pone de manifiesto en los casos que se enmarcan dentro de la casuística del *libel tourism*, que evidencian cómo las diferencias procesales y sustantivas de una jurisdicción frente a otra determinan una elección estratégica del fuero por parte del ofendido. Sobre el *libel tourism* y en relación con las diferencias entre Europa y Estados Unidos en materia de protección de la libertad de expresión frente a los derechos de la personalidad, véanse los trabajos de S. BATES, «More Speech: Preempting Privacy Tourism», 33 *Hastings Comm & Ent LJ*, 2011, p. 379-405; y S. BATES, «Libel Capital No More? Reforming British Defamation Law», 34 *Hastings Comm & Ent LJ*, 2012, p. 233-274.

27 Sentencia Shevill, C-68/93, EU:C:1995:61.

28 Esta solución ha sido analizada en la doctrina del Derecho Internacional Privado en P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en Internet», *La Ley*, enero 2012, p. 1-11, consultado *on line* en <http://eprints.ucm.es>; o I. LORENTE MARTÍNEZ,

la elección de fuero supone la elección de un determinado contenido sustantivo de los derechos en conflicto y de unos determinados criterios de ponderación, en la medida en que estos dependen de los manejados por las jurisdicciones estatales. En el asunto Shevill, como se ha explicado, la jurisdicción de los tribunales ingleses era más beneficiosa para la protección de la reputación de la ofendida. Probar los efectos dañinos para la reputación de la ofendida en Francia, un país donde no había residido nada más que tres meses, aunque allí la distribución de la publicación lesiva había sido mucho más voluminosa, hubiera cambiado de forma radical la ponderación de los derechos y, por tanto, la resolución del conflicto. A nuestro modo de ver, era una primera inclinación por parte del juez europeo hacia una visión prevalente de los derechos de la personalidad.

3.2. *Especificaciones para Internet al hilo de la jurisprudencia*

La jurisprudencia Shevill, limitada a la difamación a través de la prensa escrita, se revisaría algo más adelante para contrastar su aplicabilidad en publicaciones digitales²⁹. Fue en 2001, en los asuntos acumulados eDate Advertising y Olivier Martínez³⁰. Al tratarse de publicaciones en Internet, en estos casos la Directiva sobre comercio electrónico también era de aplicación.

En el primero, eDate, un ciudadano alemán pedía a los tribunales de ese país una acción de cesación contra un portal austriaco de Internet. El portal había mantenido hasta 2007 información que databa de 1999 y que versaba sobre la condena judicial impuesta al ciudadano litigante por el asesinato de un conocido actor. Se trataba de una especie de reclamación del derecho al olvido digital, si bien al tratarse de un asunto de interpretación de normas de conflicto jurisdiccional, el TJ no entró

«Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011 y el coste de la litigación en Internet», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.º 1, 2012, p. 277-301, consultado *on line* en www.uc3m.es/cdt. En ese ámbito, en el del Derecho Internacional Privado, ha recibido críticas por su escasa operatividad y por los problemas que genera, relacionados con la incertidumbre que mantiene en torno al fuero donde el demandado será requerido. Véase E. TORRALBA MENDIOLA, «La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo», *InDret*, 2012, www.indret.com, p. 14.

29 La extensión de la sentencia a otros medios no fue contemplada por el TJUE en *Shevill*. No obstante, era del todo punto posible desde el momento en el que, aunque el medio pueda ser un elemento decisivo para determinar el alcance del daño, no lo es para determinar la existencia de responsabilidad, que es lo que se dirimía en torno a la cuestión de la competencia jurisdiccional. J. SÁNCHEZ SANTIAGO, J. J. IZQUIERDO PERIS, «Difamar en Europa: las implicaciones del asunto Shevill», *Rev.IIEE*, vol. 23, núm 1996, pp. 141-169, p. 168.

30 Sentencia eDate Advertising y Olivier Martínez, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685.

a determinar el fondo del asunto. Bien podría haber sido un precedente óptimo para el caso Google Spain, del que hablaremos más adelante. En el segundo caso acumulado, el actor Olivier Martínez demandaba en París a la empresa británica editora del «Sunday Mirror» a causa de una información aparecida en la edición digital del medio. En la misma se habían dado detalles sobre su posible reconciliación sentimental con la cantante australiana Kylie Minogue. La demanda se presentó en París, donde residía el actor, quien alegó la vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

El «Bundesgerichtshof», en el primer caso, y el «Tribunal de Grande Instance», en el segundo, quisieron confirmar su competencia para conocer de una lesión de los derechos de la personalidad cometida a través de Internet y desde otro Estado miembro. Si en Shevill se habían decidido reglas para publicaciones convencionales, ahora se trataba de ver en qué medida tales reglas eran aplicables a las publicaciones en la red, donde no es tan sencillo determinar en qué territorio se produce el hecho lesivo: si en cualquier lugar donde se pueda consultar o si donde exista vinculación territorial con ese hecho lesivo. En el segundo caso, la pregunta será cómo deducir tal vinculación, si por el volumen de conexiones, si por la residencia o nacionalidad del ofendido, si por la lengua, el lugar de los hechos objeto del relato lesivo...³¹ La jurisprudencia Shevill no resultaba del todo apropiada para Internet, pues la ubicuidad de los contenidos complicaba, y encarecía, la solución de tantas demandas como lugares de daño efectivo³². Tratándose de Internet, la difusión de contenidos lesivos, y sus consecuencias, habían de tener un tratamiento específico, alternativo al de los medios convencionales³³. Así, el TJUE fijó un nuevo fuero para Internet, en el que iba a ser posible reclamar la totalidad del daño: el lugar donde la víctima tuviera su

31 Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartado 29.

32 «La difusión de contenidos en un sitio de Internet se distingue de la difusión territorial a través de un medio de comunicación impreso en que aquella persigue, en principio, la ubicuidad de los citados contenidos. Éstos pueden ser consultados instantáneamente por un número indefinido de usuarios de Internet en todo el mundo, con independencia de cualquier intención de su emisor relativa a su consulta más allá de su Estado miembro de residencia y fuera de su control». Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartado 45. Se discute en P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 8-9.

33 No toma en consideración el juez europeo el principio de neutralidad tecnológica, que se proyectaría sobre los conflictos en torno al contenido de la comunicación pública, independientemente del canal de difusión. C. ALONSO ESPINOSA, «La información en la Red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa», *RVAP*, núm. 81, 2009, p.15-61, p. 35. Sobre el debate en torno a la neutralidad tecnológica en Estados Unidos, véase A. PACKARD, Ashley, *Digital Media Law*, Oxford: Willey-Blackwell, 2010, p. 69.

centro de intereses. Tal centro de intereses sería el lugar de su residencia habitual o aquel en el que ejerciera su actividad profesional³⁴. Para el juez europeo esta opción daba previsibilidad a las normas de competencia, pues el responsable de la publicación en Internet podría saber, antes de la difusión, dónde podría ser potencialmente demandado³⁵. La solución del TJUE permite al demandante elegir aquel fuero en el que las leyes sustantivas o procesales sean más favorables a sus intereses, es evidente. Además, desde nuestra perspectiva, señalar un centro de intereses para las personas cuya profesión se ejerce en muchos sitios, como es el caso de actores, cantantes y personas de prestigio social, o que tienen más de una residencia, ninguna de ellas del todo habitual, también propicia una elección especulativa del fuero.

Quizás por eso el «Bundesgerichtshof» había planteado otra cuestión adicional a la de la determinación del fuero judicial: una sobre la aplicabilidad de la Directiva sobre comercio electrónico. En su artículo 3, la Directiva determinaba que en el ámbito del Derecho civil, y para los servicios de la Sociedad de la Información, sería aplicable el Derecho del país de origen del prestador del servicio. En aquella situación ese país era Austria, donde se contemplaba la posibilidad de conceder una acción de cesación a solicitud del ofendido, cosa que no era posible en Alemania. Todo ello tenía una incidencia clara sobre el ejercicio de las libertades de comunicación pública del editor. El TJUE afirmó que, a pesar de que la Directiva no era una norma de conflicto de leyes, sí impedía que el prestador de servicios austriaco tuviera que sujetarse a requisitos más estrictos en Alemania que los prestadores de servicios autóctonos. Otra interpretación entorpecería el objetivo de la Directiva, esto es: asegurar la libre prestación de servicios del comercio electrónico³⁶. Si se piensa, en ese extremo concreto la respuesta del TJUE favorecía a las libertades de comunicación transnacionales del editor «on line» frente a los derechos de la personalidad del ofendido³⁷, a pesar de que la insistente alusión a los objetivos del mercado interior que hacía el juez europeo descoloraba la dimensión iusfundamental y la ponderación de derechos que estaban latentes³⁸.

34 Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartados 48 y 49.

35 Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartado 50.

36 Acababa sugiriendo el TJUE que, en la transposición de la directiva, el legislador de cada Estado tendría que poner los medios adecuados para no entorpecer la libertad de prestación de servicios. Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartados 61 y ss.

37 P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 11.

38 Las implicaciones *iusfundamentales* de la sentencia se completan con la discusión, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, sobre la supresión o mantenimiento para el ámbito europeo del exequátur en resoluciones sobre difamación, privacidad y similares E. TORRALBA MENDIOLA, *op.*

A nuestro modo de ver, las implicaciones iusfundamentales de esta sentencia, su repercusión sobre el equilibrio entre derechos de la personalidad y libertades informativas, se presentaban de forma más clara en las conclusiones previas del Abogado General Cruz Villalón. Estas proponían un fuero más ecuánime, determinado no por el centro de intereses del ofendido, sino por el centro de gravedad del conflicto, que sería aquel en el que el enjuiciamiento del conflicto se pudiera efectuar en las condiciones más favorables. Para el Abogado General las condiciones más favorables se producirían en el Estado miembro donde se visualizara con mayor intensidad la potencialidad de un atentado al derecho a la propia reputación o intimidad y el valor inherente a la comunicación de una determinada información u opinión, según el caso. En dicho Estado, el titular del derecho de la personalidad sufriría una lesión en su más amplia extensión e intensidad y también sería el territorio donde el medio habría podido prever que dicha lesión pudiera eventualmente producirse y tomar conciencia del riesgo de ser allí demandado. En estos términos, el centro de gravedad sería aquel donde la jurisdicción se encontrara mejor situada para evaluar el conflicto en su integridad³⁹.

El hecho de que la sentencia se inclinara por el centro de intereses, en lugar de por el centro de gravedad, no puede achacarse a que el TJUE ignorara la relevancia constitucional del conflicto, sino a los mecanismos propios de la hermenéutica del juez europeo. El criterio teleológico y la fidelidad a los objetivos del Derecho europeo son la guía del TJUE. El Reglamento aplicable en estos casos establecía normas de conflicto en asuntos civiles y mercantiles, a las que no se les presuponía relevancia iusfundamental. El objetivo de la Directiva, también aplicable, era regular un ámbito coordinado de los Estados miembros para actividades de prestación de servicios relativos al comercio electrónico. Los derechos fundamentales no eran, ni son, ámbitos de competencia de la Unión, luego no guiaban la interpretación del TJUE y solo funcionaban como límites⁴⁰. Aun así, al determinar cuestiones relati-

cit., p.6. Se sigue discutiendo sobre la exclusión de las obligaciones extracontractuales derivadas de las violaciones de la intimidad, de los derechos de la personalidad o en materia de difamación de la aplicación del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

39 Parafraseamos las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón. Conclusiones eDate Advertising/Olivier Martínez, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:192, apartado 58.

40 Si para la determinación del fuero se hubiera optado por tomar en consideración no solo los aspectos relacionados con el ofendido, sino también las circunstancias de la publicación potencialmente lesiva, quizás se hubieran introducido algunas como estas: posibilidad de consultar el sitio virtual en el territorio donde se va a interponer la demanda; vinculación suficiente medida por el volumen abso-

vas a la jurisdicción y a la aplicación de normas sustantivas de según qué Estado, el TJUE estaba incidiendo sobre las reglas de protección de esos derechos y el contraste entre el criterio propuesto por el Abogado General y el adoptado por la sentencia lo evidencian. El criterio del centro de intereses incidía sobre esas reglas y perfilaba esos derechos desde un punto de vista material, al adelantar criterios de ponderación⁴¹. Con esto ponemos también de relieve que el juez europeo, siquiera indirectamente, hace doctrina material sobre derechos fundamentales y, al hacerla, inclina la balanza hacia los derechos de la personalidad. Sufren las libertades de comunicación, por el contrario, el clásico efecto inhibitorio, en la medida en que la difusión de contenidos controvertidos a través de Internet puede suponer para el editor un pleito en jurisdicciones no controlables a priori.

Por último, es importante apuntar que a los efectos de la jurisprudencia del TJUE se unen los que se desprenden de la del TEDH, como ha de ser según ese sistema tripolar de diálogo jurisdiccional sobre los contenidos de los derechos. En consecuencia, el efecto inhibitorio para las libertades de comunicación pública puede ser mucho más intenso si los casos de conflictos entre aquéllas y derechos de la personalidad, en Internet, tienden a ampliar los elementos de determinación de la responsabilidad de los intermediarios. Sin ir más lejos en el tiempo, esto se corrobora en la confirmación que la Gran Sala del TEDH ha hecho de la sentencia *Delfi*, el pasado mes de junio. El juez de Estrasburgo eleva a los portales de contenidos de

luto o ponderado de las conexiones a la página web; conexión con el daño, vinculada a la lengua en la que se difunda la información controvertida y su conexión con un territorio determinado; coincidencia del fuero con el lugar donde ocurrieron de los hechos narrados o donde las fotos fueron tomadas... Todas estas alternativas, sugeridas por el *Tribunal de Grande Instance*, recogidas por el Abogado General en su propuesta sobre el *centro de gravedad del conflicto*, pero no por el Tribunal de Justicia, hubieran introducido elementos relativos a la ponderación de los derechos en la predeterminación de la jurisdicción y su empleo parece más complejo, pero no menos viable que el de los *centros de intereses*. En el balance entre las libertades de comunicación y los derechos de la personalidad, esos elementos hubieran sido significativos, pero en una cuestión de determinación de responsabilidades extracontractuales parece pesar más, al menos para el TJUE, el lugar donde esté el ofendido y la posibilidad de reclamar la totalidad del daño.

41 En otro orden de cosas, junto a ese nuevo fuero del *centro de intereses* del ofendido, el TJUE mantiene para Internet el fuero múltiple y posibilista del asunto *Shevill*, que permite reclamar ante los tribunales de «cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible». Esos tribunales, eso sí, serían solo competentes para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro en el que se haya reclamado. Sentencia eDate Advertising/Olivier Martínez, apartado 1 del fallo.

Internet al rango de editores. Estos incurren en responsabilidad por los comentarios de terceros vertidos en su portal si resulta que, incluso habiendo implementado sistemas de bloqueo de expresiones injuriosas o molestas, esos sistemas no alcanzan a evitar que opiniones lesivas sean difundidas a través de tales portales. Uniendo esta doctrina a la del centro de intereses, la ubicuidad de los contenidos se corresponderá, de manera fácil, con la ubicuidad de las demandas⁴².

4. LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL Y SU PROTECCIÓN FRENTE A LAS COMUNICACIONES CIBERNÉTICAS

A diferencia de los asuntos expuestos en el epígrafe anterior, la manera en la que el TJUE aborda la interpretación de los conflictos relativos protección de datos y a su difusión a través de Internet sí que ofrece una dimensión sustantiva desde el primer momento. Por contra, y al igual que ocurre con las sentencias sobre reputación o intimidad recién comentadas, el TJUE determina criterios de ponderación de derechos, y más claros que los anteriores. Esa mayor claridad se debe a que, como ya se ha explicado, tales criterios están prefigurados en la Directiva de protección de datos, así como lo está la propia comprensión iusfundamental del «habeas data». Es decir: la Directiva anticipa la ponderación como medio de resolución de conflictos entre libertades comunicativas y protección de datos. En un último orden de cosas, el tratamiento que se hace del derecho a la protección de datos por parte del TJUE incluye en muchas ocasiones contenidos sustantivos de la intimidad y el honor, confirmando la afinidad del primero respecto a los segundos o, si no tanto, evidenciando un carácter instrumental ocasional de la protección de datos para esos «derechos matrices». Es lo que vamos a corroborar justo a continuación.

4.1. *La protección total de datos*

Existe una abundante jurisprudencia sobre los límites a la hora de recabar, transferir y utilizar datos de carácter personal y sobre los derechos de acceso, rectifi-

42 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, caso Delfi contra Estonia, de 16 de junio de 2015, CE:ECHR:2015:0616JUD006456909, apartados 152 y ss. De gran interés, por cierto, es comprobar cómo el TEDH recurre a la jurisprudencia del TJUE en la materia, al ser fundamentales en el conflicto las interpretaciones existentes sobre la Directiva de comercio electrónico. También son de gran interés las varias opiniones disidentes que acompañan a la sentencia, algunas de las cuales consideran que las características que diferencian a un portal on line de un periódico tradicional debieran ser tenidas en cuenta al establecer el grado de responsabilidad del primero. Véase la opinión disidente de los jueces Sajó y Tsotsoria.

cación y cancelación de los titulares de los datos, toda ella elaborada sobre la base de la Directiva⁴³. No obstante, las resoluciones del Tribunal de Justicia que nos interesan a efectos de este análisis son las que tratan sobre los límites para la publicidad de tales datos a través de la red. La recapitulación de tales resoluciones comienza con el asunto Lindqvist⁴⁴ y nos lleva a Suecia, donde una catequista colgó en la web de su parroquia, enlazada a la de la Iglesia sueca, información personal relativa a otros catequistas que colaboraban con ella. La intención era facilitar las inscripciones de los catecúmenos y la organización de las actividades propias de su formación. Pero, suponemos que para su sorpresa, la señora Lindqvist fue denunciada por sus correccionistas y se le impuso una sanción por haber publicado aquella información sin consentimiento de los titulares de los datos.

Al recibir la cuestión prejudicial correspondiente, el Tribunal de Justicia consideró que el asunto requería una ponderación entre libertad de expresión y tutela de la intimidad. El juez europeo estaba ante dos cuestiones peliagudas: un tratamiento de datos no consentido, y de datos además referidos a la adhesión religiosa de los citados, que están especialmente protegidos por la Directiva. En este sentido, el juez europeo hubo de sopesar la prioridad debida a los objetivos marcados para la Directiva, pues por más que la actividad de la catequista no tuviera dimensión económica y, por lo tanto, pudiera haber estado excluida de la aplicación de la misma, la sensibilidad de los datos los hacía intocables⁴⁵. Su decisión fue que la actividad de Lindqvist estaba sometida a las restricciones propias de la protección de datos y que el mero hecho de incluir una lista de nombres en una página web constituía, de

43 Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse las siguientes: Sentencia Österreichischer Rundfunk y otros, C-465/00, EU:C:2003:294; Sentencia Huber, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724; Sentencia Parlamento/Consejo, C-317/04, ECLI:EU:C:2006:346; Sentencia Promusicae, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54; Sentencia Rijkeboer, C-553/07, ECLI:EU:C:2009:293; Sentencia Volker und Markus Schecke y Eifert, C-92/09 y C-93/09, EU:C:2010:662; Sentencia Bonner Audio, C-461/10, EU:C:2012:219; Sentencia ASNEF, C-468/10 y C-469/10, EU:C:2011:777; Sentencia Probst, C-119/12, EU:C:2012:748; Auto Pharmacontinente – Saúde e Higiene, C-683/13, EU:C:2014:2028.

44 Sentencia Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596.

45 M. C. GUERRERO PICÓ, «El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en la Constitución Europea», *ReDCE*, n.º 4, 2005, p. 293-332, p. 300. En el mismo sentido, tampoco consideró el TJUE que estuviera excluida de la aplicación de la Directiva, por no poder considerarse uso doméstico, la utilización de una cámara de vídeo que captaba y almacenaba en un dispositivo de grabación continuada imágenes de personas, instalado por una persona física en su vivienda familiar con el fin de proteger los bienes, la salud y la vida de los propietarios de la vivienda (video vigilancia), y cuya proyección cubría también el espacio público. Sentencia Ryneš, C-212/13, EU:C:2014:2428.

por sí, un tratamiento de datos, tuviera un fin comercial o no. Es así como el TJUE saltaba del ámbito de la comprensión meramente instrumental de la protección de datos, en este caso instrumental para la garantía de las transacciones económicas, a su comprensión iusfundamental.

Tras el anterior pronunciamiento, la aplicación de la Directiva a cualquier actividad que implicara difusión de datos de carácter personal a través de Internet parece una consecuencia obvia. Por lo tanto, se deduce que ese tipo de publicidad de datos solo podría ser realizada en el marco de las excepciones trazadas por la propia regulación europea. Ése es precisamente el trasfondo del asunto *Satamedia-Satakunnan*, C-73/07⁴⁶, en el que la publicación controvertida se refiere a información fiscal de varias personas aparecida en un diario finlandés, *Veropörssi*. En tal asunto, de nuevo, la ponderación entre libertades de comunicación pública y protección de datos se situaba en el centro del conflicto. Sin embargo, y a diferencia de *Lindqvist*, en este caso la transmisión de datos tenía fines exclusivamente periodísticos, actividad que, aun realizada con ánimo de lucro, está entre las excepciones y exenciones potenciales de la Directiva. Por lo tanto, la Directiva era plenamente aplicable, pero con la finalidad de proteger la difusión de contenidos de relevancia periodística frente a los límites impuestos por la protección de datos. Afirmaba el TJUE que la transmisión de información de interés público se consideraba efectuada con fines periodísticos independientemente del soporte, incluido Internet, por el que se hiciera.

Si bien es cierto que en *Satamedia-Satakunnan* la sensibilidad de los datos era distinta de la de los datos relacionados con las adhesiones religiosas y creencias, no lo es menos que el TJUE inclinó la balanza en el sentido inverso y la ponderación fue favorable a los derechos de libertad de expresión. Por tanto, es posible afirmar que las libertades informativas, cuando se ejercen por profesionales a través de medios institucionalizados, inclusive los digitales, gozan en la confrontación con la protección de datos de la misma prevalencia que la jurisprudencia constitucional suele atribuir a estas libertades frente a afectaciones a la intimidad. No obstante, y como se verá en el epígrafe siguiente, la configuración técnica de Internet hace que los supuestos de conflicto se compliquen algo más, pues nuevos intermediarios se sitúan entre los emisores y los receptores en la difusión de contenidos. Estos intermediarios digitales, sin ser lo mismo que los medios de comunicación clásicos, tampoco resultan ser, del todo, observadores asépticos de los procesos de transmisión de contenidos. A continuación se verá por qué.

46 Sentencia *Satamedia-Satakunnan*, C-73/07, EU:C:2008:727.

4.2. *El derecho al olvido digital*

Dando un paso más en la interpretación de conflictos entre la protección de los datos y su difusión en la red, el desarrollo sustantivo al respecto que se hace en el asunto Google Spain es de máxima importancia. En el supuesto, la relación iusfundamental que se establecía no respondía al dueto habitual, privacidad y protección de datos, sino que se trataba de una cuestión de reputación y de autodeterminación informativa: la reputación y las referencias de un individuo que se veía perjudicado por la reincidente aparición en un buscador de una información veraz sobre su persona, publicada tiempo atrás⁴⁷. En este contexto, el caso Google Spain era óptimo para dirimir una cuestión clave en las reflexiones en torno a la existencia del derecho al olvido en la Sociedad de la Información, que es si su fundamento está en los contenidos propios de los derechos al honor y a la intimidad o si su base es, como resulta de la resolución de la controversia, la del derecho a la protección de datos⁴⁸. Es una muestra más de cómo los derechos de la personalidad y la protección de datos siguen compartiendo la responsabilidad sobre la garantía de ciertos contenidos sustantivos, pero de cómo la segunda se ha desarrollado de manera independiente. Y lo ha hecho hasta el punto de ser fundamento básico de un derecho, el del olvido digital, cuya procedencia está en las facultades de cancelación y supresión que tiene el titular de los datos en la Directiva y que, desde ahí, es capaz de dar protección a los contenidos sustantivos de la reputación y la privacidad.

Los hechos del caso son de sobra conocidos: la Agencia Española de Protección de Datos recibió una reclamación contra Google y contra la edición digital de un diario nacional. Según el reclamante, cada vez que alguien introducía su nombre en el motor de búsqueda, Google hacía accesible una información relativa a su persona, publicada en 1998 en dicho diario. Ahí se señalaba su protagonismo en una subasta de muebles derivada de un embargo por deudas. Él consideraba que la notoria accesibilidad de esa información en la red constituía una lesión de su derecho a la autodeterminación informativa y de su reputación actual, pues la deuda estaba liquidada hacía tiempo. En consonancia con la jurisprudencia Satamedia-Satakunnan, la AEPD desestimó la reclamación contra la editorial del diario, pues al tratarse de

47 Sentencia Google Spain, C-131/12, EU:C:2014:317. Un tratamiento en profundidad de la relevancia de esta sentencia puede encontrarse, entre nosotros, en A. RALLO, *El derecho al olvido en Internet, Google versus España*, Cuadernos y Debates, n. 233, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 259-284.

48 P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 97 y ss.

prensa institucionalizada la publicación de la noticia tenía un respaldo legal. Sin embargo, y ahí fue donde se introdujo el elemento novedoso, sí que estimó la reclamación contra el motor de búsqueda, instándole a adoptar las medidas necesarias para retirar los datos de su índice y hacer imposible el acceso futuro a los mismos a través de sus servicios. Google Spain recurrió la decisión de la AEPD y la Audiencia Nacional elevó la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Las conclusiones del abogado general Niilo Jääskinen en este asunto ya apuntaban algunas líneas hermenéuticas novedosas y de bastante interés para el objeto de este estudio⁴⁹. Sostenía Jääskinen que el motor de búsqueda perseguía intereses legítimos, amparados por la libertad de expresión y de información, cuando hacía accesibles contenidos a los ciudadanos⁵⁰. También explicaba que, dentro de ese contexto, la imposición de límites por parte de la Unión Europea requería ponderar, pues había derechos fundamentales en liza. Exponía el abogado general que no podía establecerse un derecho al olvido generalizado que obligase a los motores de búsqueda a modificar sus criterios de selección de la información, pues tal exigencia crearía distorsiones en el ejercicio de las libertades informativas: tanto la del editor de la web fuente –el diario donde originariamente se publicara la información–, como las de los propios usuarios de los motores, a los que se implicaba en un ejercicio de ponderación de lesividad de contenidos que no podía corresponderle a ellos. Pero las conclusiones de Jääskinen no fueron totalmente asumidas por el Tribunal de Justicia. Los criterios de ponderación que sentó el juez europeo se inclinaron hacia la clara voluntad de proteger a los titulares de los datos en tanto ciudadanos europeos, tras una lectura del ámbito de aplicación de la Directiva que, para algunos, era bastante forzada, pero que recogía el sentido de las nuevas propuestas regulativas hechas por la Comisión para el futuro Reglamento de protección de datos⁵¹.

49 Conclusiones Google Spain, C-131/12, EU:C:2013:424.

50 Guichot Reina cita a pie de página las resoluciones de la AEPD R/01871/2008 (Google) y R/00494/2009 (Lycos), probando cómo la teoría de Jääskinen contradice algunas consideraciones efectuadas por la AEPD sobre los motores de búsqueda, cuya actividad, según la agencia, y al menos en lo que a los datos de una publicación oficial se trataba, no podría ampararse en la libertad de información. E. GUICHOT REINA (2012). «La publicidad de datos personales en Internet por parte de las Administraciones públicas y el derecho al olvido», *REDA*, núm. 154, p. 125-168, p. 139.

51 Teniendo en cuenta que de las tareas de indexación de datos no era responsable el establecimiento español de la compañía Google, sino su matriz californiana. B. HARDY, «Application dans l'espace de la Directive 95/46/CE: la géographie du droit à l'oubli», *RTDE*, núm. 4, (vol) 2014, pp. 879-897, p. 890.

Veamos los pormenores del juicio del Tribunal. En primer lugar, el juez europeo determinó que la actividad del motor de búsqueda tenía la consideración de tratamiento automatizado de datos. Por ello la Directiva era plenamente aplicable a la actividad de indexación llevada a cabo por el motor, aunque se tratara de información aparecida en un medio de comunicación institucionalizado y por tanto amparada por una excepción legal. Se subrayaba, en consecuencia, la responsabilidad del motor de búsqueda frente a las lesiones de los derechos de la personalidad protegidos, a su vez, por los derechos de autodeterminación informativa⁵².

En segundo lugar, el TJUE aclaró que los derechos a ponderar en el caso eran por un lado los del interesado, titular de los datos, y por otro los derechos a recibir información de los internautas. El juez europeo dejó al margen cualquier consideración sobre el posible ejercicio de libertades informativas por parte del motor de búsqueda, al que solo se le atribuían intereses económicos y éstos, no ponderables frente a derechos fundamentales, ni siquiera en un contexto de integración económica, debían ser los postergados⁵³.

En tercer lugar, el Tribunal declaró que había dos aspectos igualmente determinantes en la ponderación: el perjuicio causado al titular de los datos y la relevancia pública del mismo. A mayor notoriedad del titular de los datos, mayor el peso del derecho de los receptores de la información, que eran los únicos actores implicados en la cuestión de fondo cuyos derechos de comunicación podían verse afectados⁵⁴.

En cuarto y último lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo se confirmaba la novedad: la existencia de un derecho al olvido, que correspondía al titular de los datos protegidos en relación –y este matiz es importante– con la actividad de los motores de búsqueda. Ese derecho existía siempre y cuando la ponderación previa de derechos en conflicto, los del titular de los datos frente a los de los internautas, así lo hicieran deducir. Como puede observarse, el TJUE introdujo en su motivación un nuevo modelo de ponderación: derechos de la personalidad, protección de datos y derecho al olvido, como elemento derivado de la relación entre los anteriores, frente a derechos difusos a recibir información por parte de receptores anónimos e indeterminados⁵⁵.

52 Sentencia Google Spain, apartado 41.

53 Sentencia Google Spain, apartado 81. Sobre esta ponderación y su carácter innovador, véase H. CROWTHER, «Google v. Spain: is there a right to be forgotten?», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, núm. 9, 2014, pp. 892-893, p. 893.

54 Sentencia Google Spain, apartado 99.

55 Sentencia Google Spain, apartado 99. La vinculación del derecho al olvido con la autodeterminación informativa y la protección de datos es tratada en A. AZURMENDI, «Por un derecho al olvido

Esta sentencia había despertado una gran expectación y, tras ver la luz, suscitó gran número de comentarios. Está en la línea adoptada por el TJUE, confirmada recientemente en el asunto Schrems, que marca la distancia entre las garantías europeas y las estadounidenses en materia de protección de datos. La protección de los datos en la Unión quiere ser una protección total y ello impide que ciertas aplicaciones de Internet, como los motores de búsqueda, en Google Spain, o las redes sociales, en Schrems, queden al margen de la aplicación de los requisitos de la Directiva⁵⁶. No obstante, hay reflexiones que sería conveniente hacer, pues siendo correcta la atribución a los motores de búsqueda de intereses económicos, también es cierto que en la comunicación pública a través de Internet las condiciones del canal de transmisión y de los medios o soportes de contenidos inciden, y mucho, en el ejercicio de las libertades informativas, tanto de los receptores como de los comunicadores. La sentencia Google Spain, a diferencia de las conclusiones del Abogado General, resulta demasiado tajante en ese aspecto, pues el papel que el motor de búsqueda tenía en las conclusiones, como garante de la institución de la opinión pública libre, desaparece en la sentencia. La afirmación del motor de búsqueda como titular de intereses económicos, siendo cierta, ignora el papel de intermediarios que tienen estos servicios de la Sociedad de la Información. En tal medida, se les debería tratar de manera afín a los medios de comunicación, ya que no idéntica, y más si se les responsabiliza de la adecuación de los contenidos de terceros que resultan visibles tras su acción indexadora, como al fin y al cabo hace la sentencia⁵⁷. Por eso creemos que la ponderación de derechos, libertades de comunicación frente a derechos de la personalidad y protección de datos en Internet, requiere aún más reflexión⁵⁸.

para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014», *RedDP*, núm. 92, 2015, p. 273-310, p. 299 y ss.

56 Sentencia Schrems, asunto C-362/14, EU:C:2015:650.

57 SIMÓN CASTELLANO, *op. cit.* p. 267.

58 SIMÓN CASTELLANO también razona sobre otros inconvenientes de la solución del TJUE y pone en duda que fuera la más correcta, en la medida en la que la propia sentencia calificaba la información publicada –por el diario de inadecuada, no pertinente y excesiva en relación con los fines y el tiempo transcurrido, habiendo sido más lógico que el responsable de su «supresión» fuera el diario y no el motor de búsqueda. P. SIMÓN CASTELLANO, *op. cit.* p. 267 y p. 307 y ss. En este sentido, una reciente Sentencia del Tribunal Supremo español confirma que las hemerotecas digitales no tienen por qué bloquear informaciones veraces del pasado en sus buscadores internos, pero sí son responsables de que su tratamiento, como datos personales, impida su localización por motores de búsqueda externos de manera lesiva para la reputación actual de los perjudicados. Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015, ES:TS:2015:4132.

4.3. *Límites a la retención de datos*

La lectura sistemática de las sentencias *Scarlet Extended* y *Digital Rights*, siendo la última de las dos la responsable de la anulación de la Directiva de retención de datos⁵⁹, nos sitúa en una línea distinta. En *Digital Rights*, una doble cuestión prejudicial, se discutía la adecuación de las normas contenidas en la Directiva a los cánones iusfundamentales de protección de la vida privada, de los datos de carácter personal y de la libertad de expresión⁶⁰. En definitiva, se planteaba un test de constitucionalidad de la regulación europea sobre la base de los artículos 7, 8 y 11 de la CDFUE, Y esto se producía después de que varias normas estatales, aprobadas en transposición de la Directiva, hubieran sido cuestionadas ante las respectivas jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros⁶¹.

En *Digital Rights* el TJUE desgajó perfiles interesantes de la relación entre el derecho a la vida privada y la función garantista de la protección de datos. El tema, de nuevo, es cómo la protección de datos es un derecho autónomo, que opera de forma independiente de la intimidad y tiene un contenido específico, pero se convierte en garantía de ésta cuando las cualidades de los datos así lo requieren. Es por ello que, sin que se trate del registro de contenidos de comunicaciones digitales, la retención de datos se estima tanto como injerencia en el derecho del artículo 7 como en el del artículo 8 de la Carta⁶². La recogida y la conservación de datos generados o tratados en el curso de comunicaciones electrónicas constituyen para el TJUE una

59 La Directiva de referencia es la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. Es obligado recordar que la validez de la Directiva ya había sido discutida en la Sentencia Irlanda contra Parlamento y Consejo, C-301/06, EU:C:2009:68. En aquella ocasión, se trató de un recurso de anulación en el que Irlanda alegaba la inadecuación de la base jurídica elegida por el legislador europeo.

60 Sentencia *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238.

61 En Bulgaria, Alemania, Rumanía, República Checa, Chipre, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia se dieron cuestionamientos de este tipo. O. LYNSKEY, «The Data Retention Directive is incompatible with the rights to privacy and data protection and is invalid in its entirety: *Digital Rights Ireland*», *CMLR*, 51, 2014, pp. 1789-1812, p.1799.

62 Una crítica a la falta de claridad en la diferenciación entre los contenidos del artículo 7 y 8 de la Carta puede encontrarse en O. LYNSKEY, *op. cit.*, p. 1807 y ss. No obstante, otros autores consideran que la distinción está clara en la Carta y que si bien el artículo 8 tiene sus raíces en la Convención 108 del Consejo de Europa de 1981, el artículo 7 lo tiene en la privacidad como derecho de la personalidad. H. KRANENBORG, *op. cit.* p. 229.

injerencia caracterizada en su vida privada, aun cuando tales actividades de recogida y conservación no persigan más que facilitar un control retrospectivo y tengan el fin legítimo de garantizar la seguridad pública y perseguir delitos⁶³.

A esa injerencia constatada, el juez europeo le aplica un test de proporcionalidad sobre la base de los objetivos perseguidos por la Directiva⁶⁴. Tras dicho test, el TJUE concluye que existen varias carencias en las garantías diseñadas por la misma. En primer lugar, el legislador de la Unión caracterizaba de manera demasiado amplia el ámbito de aplicación de la norma, extendiéndose a todas las personas, medios de comunicación electrónica y datos relativos al tráfico, sin establecer diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo de lucha contra los delitos graves. En segundo lugar, es problemática la ausencia de criterios objetivos que delimitaran el acceso y utilización posterior de los datos. En tercer lugar, la propia indeterminación de los criterios reguladores de los periodos, de seis meses a dos años, durante los cuales los datos podían ser conservados se suma a la lista de incertidumbres sobre la situación de los datos retenidos. En cuarto lugar, las medidas de seguridad que debieran rodear la retención y conservación de los datos se implementaban, en principio, por los operadores privados. Y en quinto lugar, no se establecía una obligación cierta de que los datos se conservasen en territorio de la Unión⁶⁵. En resumen, el TJUE establecía estándares muy elevados de protección de estos derechos fundamentales, al tiempo que daba sostén al diálogo jurisdiccional, es decir, a las resoluciones de las jurisdicciones constitucionales ante las cuales las trasposiciones de la Directiva habían sido cuestionadas⁶⁶.

La ligazón de privacidad y protección de datos con las libertades de expresión del artículo 11 de la Carta no fue abordada en Digital Rights. No obstante, desde nuestro punto de vista en la sentencia sobrevolaban dos presunciones relativas a esa ligazón: una general de que la libertad de expresión se vería afectada por las injerencias en los derechos a la vida privada y a la protección de datos de los ciudadanos; y una específica de que la aplicación de la Directiva podía tener un efecto disuasorio

63 Sentencia Digital Rights, apartados 28 y ss.

64 Hay una interesante argumentación sobre el respeto de los cánones de proporcionalidad que se desprenden del artículo 5 del TUE, relativo a la subsidiariedad y la proporcionalidad en el ejercicio de las competencias de la Unión, en las Conclusiones Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2013:845, párrafos 87 y ss.

65 Sentencia Digital Rights, apartados 54 y ss.

66 A. WIEDMANN, «Le dialogue sur les droits fondamentaux entre la Cour de Justice et les juridictions nationales après l'arrêt Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a», *RdAff.Eur*, núm. 21, 2014, pp. 423-432, p. 432.

y, en consecuencia, una repercusión clara en el ejercicio que los ciudadanos hicieran de su libertad de expresión e información⁶⁷. Esto era algo que el Tribunal de Justicia sí que había afirmado con anterioridad, con motivo del asunto *Scartel Extended*⁶⁸, alertando del riesgo que para los derechos fundamentales de los artículos 8 y 11 de la Carta suponían los sistemas de filtrado. La posibilidad de que, a requerimiento de un juez, se obligara a proveedores de servicios de Internet a establecer determinados sistemas de filtrado, con el fin de proteger derechos de propiedad intelectual, ponía en peligro tanto las libertades de comunicación como la privacidad y la protección de datos⁶⁹.

Scarlet Extended es anterior en su resolución a *Digital Rights*, por lo que bien puede entenderse, o así nos lo permitimos, que su conclusión sobre las amenazas a la libertad de información es extensible a este. *Scarlet Extended* hace una llamada de atención ante los riesgos que para los derechos implican los sistemas de filtrado de comunicaciones, cuando en ellos no se distingue entre contenidos lícitos e ilícitos. Es evidente que tales sistemas pueden tener como efecto el bloqueo de contenidos de carácter lícito. Si bien esta llamada de atención se hace en relación con la protección de los derechos de autor, desde nuestro punto de vista bien podría aplicarse a la ponderación entre privacidad y libertades de comunicación pública que no llegó a hacerse en *Digital Rights*⁷⁰. No obstante, y como se ha visto, *Digital Rights* se sitúa en una línea distinta en la que el Tribunal de Justicia pone a la privacidad y a la protección de datos como derechos de especial garantía o cuidado, en una suerte de prevalencia que invierte la tendencia conocida a privilegiar las libertades de comunicación y que sigue la doctrina estadounidense sobre la Primera Enmienda. Dicho de otra manera, sin que las libertades de comunicación pública lo sean menos, la protección de datos ha conseguido que los derechos de la personalidad merezcan más⁷¹.

67 Sentencia *Digital Rights*, apartado 28.

68 Sentencia *Scarlet Extended*, C-70/10, EU:C:2011:771. El juicio se repite en la Sentencia *SABAM*, C-360/10, EU:C:2012:85, apartados 38, 46-50, 52 y fallo.

69 En concreto, eran peligrosos los sistemas que se aplicaran con las siguientes características: a todas las comunicaciones electrónicas, en particular las que utilizaran programas «peer-to-peer»; indistintamente con respecto a toda la clientela de los proveedores; con carácter preventivo; exclusivamente a expensas de los proveedores de servicios; y sin limitación en el tiempo. Sentencia *Scarlet Extended*, fallo.

70 Sentencia *Scarlet Extended*, apartados 48-52.

71 Sobre la especial consideración que la protección de datos tiene para el TJUE, en especial siguiendo estos últimos pronunciamientos, véase J. P. JACQUÉ, «Protection des données personnelles, Internet et conflits entre droits fondamentaux devant la Cour de justice», *RTDE*, núm. 3, 2014, pp.

5. CONCLUSIONES

Las posibilidades de análisis sobre los conflictos entre derechos de la personalidad y libertades de comunicación pública en la Sociedad de la Información y en el marco europeo quedan sin agotar. Quedan sin agotar porque en ese marco el juez de la Unión no opera aislado, sino que sobre su jurisprudencia se vuelcan los referentes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de la jurisprudencia de Estrasburgo. Pero no hay lugar aquí para escrutar esas otras dos fuentes con el detalle que merecerían. No obstante, en un contexto social, cultural, político y económico tan condicionado por la centralidad y el inabarcable volumen de las comunicaciones electrónicas, la jurisprudencia de un tribunal supranacional como el de Luxemburgo tiene una singular importancia por dos factores fundamentales. Uno es que ofrece una visión de estos conflictos desde una perspectiva transnacional, lo cual se corresponde con la naturaleza del soporte de las comunicaciones cibernéticas. El otro es que sus decisiones se integran en el corpus normativo de veintiocho Estados europeos. A todo esto se añade un tercer factor: la circunstancia de que el juez de la Unión trabaja con, y bajo, un marco jurídico en el que los contenidos iusfundamentales se entremezclan con consideraciones técnicas, económicas y políticas que aportan matices diferentes a los de la jurisprudencia clásica sobre derechos fundamentales. Creemos que solo por eso las conclusiones que desgranamos a continuación son de gran interés.

En la primera conclusión se abordan las reglas que el Tribunal de Justicia ha dictado sobre la competencia jurisdiccional de los jueces estatales en conflictos transnacionales entre libertades de comunicación y derechos de la personalidad. Obligadas a ofrecer criterios generales, que en realidad son difíciles de establecer, dichas reglas favorecen los intereses de los individuos supuestamente ofendidos por publicaciones lesivas frente a los de los emisores de los contenidos controvertidos. Esta conclusión se fundamenta en las distintas posibilidades de elección de fuero que se abren para los primeros, que no pueden sino ser desfavorables para los segundos. Si la práctica confirma nuestras intuiciones, las perjudicadas serán las libertades informativas, con ese efecto disuasorio, el famoso «chilling effect», que planeará sobre las referidas reglas de competencia jurisdiccional. Por tanto, cabe la posibilidad de que las reglas acaben siendo revisadas por el juez europeo si se le vuelve a plantear una controversia en el mismo ámbito en la que se ponga en evidencia, si no lo está ya, el desequilibrio que crean.

283-288, p. 283. KOUTRAKOS, P., et NIC SHUIBHNE, N., «To strive, to seek, to Google, to forget», *ELR*, 2014, pp. 293-294, p. 294.

La segunda conclusión es sobre los elementos de ponderación que se desprenden de las reglas antedichas. Tanto en los asuntos que abordan directamente la cuestión de la jurisdicción, eDate, como en otros sobre protección de datos, los elementos de ponderación no se deducen simple ni directamente de los contenidos iusfundamentales en juego. Al contrario, la ponderación habitualmente se enmarca en los parámetros definidos por las regulaciones europeas: la Directiva de comercio electrónico y la de protección de datos. El Tribunal de Justicia no abandona su orientación habitual, la que prioriza los objetivos de la integración, ni siquiera al evaluar conflictos entre derechos fundamentales. En el caso de los derechos que nos ocupan aquí, la cuestión es si llegará a abandonarla, teniendo en cuenta que su competencia sobre de derechos fundamentales acaba donde lo hace la aplicación del Derecho de la Unión –*ex* 51.1 CDFUE– y en la mayor parte de los casos los derechos solo son contemplados como límites en la normativa europea. Abandonar su orientación le supondría al TJUE arriesgarse a activar la «alerta ultra vires» de la justicia constitucional estatal. Aunque quizás eso sería bueno, o no tan malo, para la fluidez de un verdadero diálogo jurisdiccional sobre estas materias.

Una tercera conclusión, dentro de los márgenes que se acaban de definir, es que el TJUE da carta iusfundamental a una serie de contenidos sustantivos de los derechos a la privacidad y a la protección de datos. Son contenidos que tienen, digámoslo así, una «denominación de origen europea», que los distingue en su caracterización de la manera en la que vienen siendo definidos por las jurisdicciones constitucionales estatales e incluso por el TEDH. Esto que decimos se corrobora, singularmente, con la afirmación de un derecho al olvido digital que no había sido definido con anterioridad de manera tan rotunda⁷², que en otro sentido, había sido negado por la propia jurisprudencia del TEDH –en *Wegrzynowski* contra Polonia⁷³– y que, por fin, se incluye desde 2012 en el artículo 17 de la propuesta de Reglamento de pro-

72 La afirmación del derecho al olvido por parte del TJUE no crea un nuevo derecho. Al menos en el caso español lo que hace es confirmar la interpretación de las disposiciones normativas anteriores, procedentes de la Directiva, que venía realizando la AEPD. M. B. LÓPEZ PORTAS, «La configuración jurídica del derecho al olvido en el derecho español a tenor de la doctrina del TJUE», *RDP*, núm. 93, 2015, pp. 143-178, p. 175. También se encuentran ejemplos de derecho al olvido digital en relación con motores de búsqueda en la jurisprudencia de otros tribunales, como en el caso de Italia. Un tribunal de Milán, por ejemplo, ordenó que se eliminase un cruce de vocablos que, en una búsqueda en la red, calificaban de tramposo a un empresario italiano. C. GRECO, «Libertà e diritti della persona su Internet», G. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. CARLO RAFFIOTTA (dirs.), *op. cit.* pp. 67-78, p. 71.

73 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección cuarta, caso *Wegrzynowski* contra Polonia, de 16 de julio de 2013, CE:ECHR:2013:0716JUD003384607.

tección de datos en calidad de contenido básico de ese derecho individual. El olvido digital, como derecho, surge en la concepción del TJUE incluso en relación con informaciones publicadas en medios de comunicación institucionalizados, si bien no correspondería a estos la responsabilidad de su retirada de la red y tendrían que ser los mismos motores de búsqueda los que actuaran como intermediarios frente a las potencialidades lesivas de su propia tecnología⁷⁴. Por otra parte, la jurisprudencia de Luxemburgo sigue al TEDH en ese emergente derecho «del público» a acceder a la información relevante⁷⁵, un derecho de una naturaleza difusa, pendiente de descubrir, que es susceptible de ponderarse de manera directa con los derechos de la personalidad y con la protección de datos. Finalmente, el TJUE establece límites que no pueden traspasarse sin afectar a las garantías propias de la privacidad, como ocurre con la retención de datos. Estos límites vinculan tanto a las regulaciones que hagan las instituciones europeas, sometidas a la Carta, como a las que hagan los Estados al transponerlas⁷⁶.

La cuarta conclusión se detiene en el potencial de conflicto entre protección de la vida privada y libertades de expresión, originado por las posibilidades que ofrece la tecnología. Ese potencial de conflicto aún está por desplegarse en todas sus facetas, por lo que quedan muchas por explorar. En los asuntos vistos hasta ahora, el Tribunal de Justicia hace gala de una contención considerable, consciente, creemos, de los límites de su competencia. Como ocurría con las reglas jurisdiccionales, en la parte sustantiva se denota una tendencia clara a favorecer los derechos de privacidad en la balanza de la ponderación. Aun así, tanto en la resolución del asunto Google Spain como en la de Digital Rights se revelan otras intuiciones, si bien el juez europeo se queda a medias en ellas. Constata la existencia de roces entre las garantías de unos y otros derechos, deja entrever que su atención al conflicto existe, pero aguarda, o eso nos parece, a innovaciones futuras en el marco regulador que le permitan ir más allá. Si estamos en lo cierto, el TJUE solo abordará el conflicto en sí cuando le

74 Y no exento de riesgos, como el de provocar un efecto disuasorio para las publicaciones digitales o al menos para su reproducción por parte de los motores de búsqueda. J. JONES, «Control-alter-delete: the "right to be forgotten"», *European Intellectual Property Review*, 2014, pp. 595-601, p. 599.

75 Caso Węgrzynowski contra Polonia, apartado 57. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección cuarta, caso Timpul Info-Magazin and Anghel v. Moldavia, de 27 de noviembre de 2007, CE:ECHR:2007:1127JUD004286405, apartado 31.

76 A. ROSAS, E. GOEBEL, «Le contrôle par la CJUE de actes de l'Union relatifs au traitement des données au regard de la Charte des Droits», *La Revue des Juristes de Sciences Po*, núm. 10, 2015, pp. 89-99, p. 97.

toque y pueda. Y eso será cuando se vean afectadas de manera clara competencias y objetivos del Derecho de la Unión. Por consiguiente, habrá que esperar el asunto que dé la ocasión para ello, si bien a la vista de la gran afluencia de casos relacionados con estas materias, así como del reciente acuerdo del Consejo sobre la propuesta de Reglamento de protección de datos, con las innovaciones que conllevará, eso puede ocurrir en cualquier momento.

Luxemburgo, mayo de 2015

Resumen

Desde los años setenta del siglo pasado, los derechos fundamentales han sido considerados por el Tribunal de Justicia como parte del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. La Carta de Derechos Fundamentales ha consolidado esa posición. Es por eso que la definición de esos derechos por parte del juez europeo tiene ahora un interés añadido, pues los perfiles que los mismos adopten en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia van a condicionar la manera en la que se interpreten y apliquen en los Estados miembros, al menos cuando se esté bajo el dominio del Derecho de la Unión. De entre todos los derechos de la Carta, este trabajo se centra en el estudio de los conflictos entre los derechos a la vida privada y a la protección de datos con las libertades de comunicación pública, que son conflictos centrales en la Sociedad de la Información.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Privacidad; Protección de datos; Libertad de expresión.

Abstract

Since the early days of European Integration, fundamental rights were considered by the European Court of Justice as fundamental principles of EU law. The Charter of Fundamental Rights of the European Union has reinforced such position within the EU legal system. For that reason, the definition of fundamental rights by the ECJ is now a main issue. The features of such rights, as regarded by the ECJ, would lead their application by the member states when EU law rules a controversy. Among all the rights in the Charter, this article aims to analyze the relationship between privacy, data protection and freedom of expression. Their mutual conflicts are central to the Information Society and becoming more and more frequent.

Key words: European Court of Justice; Charter of Fundamental Rights of the European Union; Privacy; Data Protection; Freedom of Expression.

Recibido: 9 de junio de 2015

Aceptado: 9 de noviembre de 2015





Legislación





CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA

M^a LUISA BALAGUER CALLEJÓN*

SUMARIO

1. Introducción.
2. El estado de la cuestión de un acuerdo de libre comercio entre EEUU y Europa.
3. Los criterios de negociación.
4. Desacuerdos concretos respecto de la posibilidad de negociación del tratado sin producir importantes desajustes en el ordenamiento jurídico europeo.
5. Comparecencia del Secretario de Estado de comercio ante el Congreso de los Diputados.

1. INTRODUCCIÓN

El «Transatlantic Trade and Investment Partnership» conocido también como el Acuerdo del libre comercio entre EEUU y la UE, se define como un Acuerdo para la restricción de los aranceles y trabas burocráticas que impidan una mejor circulación de bienes y servicios entre EEUU y Europa. Pero además de estas razones comerciales, hay una evidente intención de asegurar un liderazgo en el mundo, para contrarrestar la fuerza de las economías emergentes de otros continentes y países.

El Tratado de libre comercio que pretenden llevar a cabo la Unión Europea y EE.UU. exige una importante reflexión acerca de cuáles serían los efectos en el contexto europeo en general y en nuestro Estado en particular, en relación con el modelo de Estado que se ha venido desarrollando en las Constituciones y ordenamientos jurídicos de la Europa posterior a la II Guerra Mundial.

La iniciativa del Acuerdo, al menos en lo que se refiere a su publicidad, fue del Presidente de los EE.UU., quien en febrero de 2013 expresó su intención de iniciar unas negociaciones con la Unión Europea que culminaran en un tratado internacional de libre comercio. En julio tuvo lugar la primera ronda de negociaciones entre las partes, y a fecha de hoy se desconoce cuál es el nivel de compromiso adquirido y cuál es el ritmo de estas negociaciones.

La Comisión Europea ha considerado que este Tratado tiene como objetivo eliminar las barreras comerciales entre los Estados Unidos y la Unión Europea y

* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

simplificar la compraventa de bienes y servicios entre los dos espacios. Eliminar barreras, se dice, supondrá un crecimiento económico del PIB europeo del 6,5 %, y la creación de empleo será en el caso de España, de 143.000 puestos de trabajo.

Por su parte, EE.UU considera que comparte con Europa los valores fundamentales de libertad, democracia, derechos humanos y respeto a la ley, y que una sólida economía trasatlántica refuerza nuestra capacidad para afrontar los retos de alcance mundial y promover el desarrollo global y la prosperidad.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DE UN ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE EEUU Y EUROPA

2.1. *Consideraciones generales*

Pese a que desde Europa se intenta justificar este Acuerdo como una solución a la crisis y a una buena parte de los problemas económicos, algunos sectores discuten las ventajas que se le atribuyen. Las resistencias europeas a este Acuerdo derivan de las dificultades para encajar las diferencias entre la sociedad europea y la norteamericana en lo que se refieren a aspectos tan sustanciales como los derechos laborales, la seguridad alimentaria, la privatización de los servicios públicos de sanidad y educación, el uso de fertilizantes en la agricultura, y en otros aún más importantes en el plano político como la presión de las multinacionales en la economía, o la limitación de la soberanía de los estados.

Acerca de las ventajas que se pueden prever se considera que además de la creación de puestos de trabajo, puede producirse un ahorro en los hogares por la baja del precio de los productos, además del aumento del volumen de negocio para las pequeñas y medianas empresas.

La razón genérica por así decirlo, que llevaría a la necesidad de establecer este Tratado, estaría en la ventaja de eliminar los aranceles que han de abonarse en el tráfico comercial, y que encarecen estos productos de importación para una y otra parte. De contrario se argumenta que, sin embargo, los aranceles entre EE.UU. y Europa son muy reducidos y no parecen ser la justificación primera de este Tratado.

Igualmente se considera que el Tratado tendrá un efecto negativo sobre las normas de la Unión Europea, que quedaría vinculada a normas de estándares más bajos de protección en el ámbito del medio ambiente y de los derechos sociales. La UE niega esos efectos considerando que no son objeto de negociación. Sin embargo, el hecho cierto es que los tribunales en su aplicación normativa, tendrán que sujetarse a lo estipulado en el Tratado y el derecho norteamericano es tan aplicable como el europeo en la responsabilidad en la que pudieran incurrir ambos continentes.

2.2. *Las principales razones del desacuerdo con el Tratado*

1. Hay razones poderosas para la reconsideración de este Tratado. Situáramos en primer lugar la seguridad alimentaria. Aunque se dice que el Tratado respetará las normas de seguridad alimentaria existentes en la UE, nada garantiza que efectivamente en la práctica esto sea así, y salvo que fuera un sector que no formara parte del Tratado, es prácticamente seguro que EE.UU. exportaría estos productos de conformidad con su normativa, bastante menos garante que la europea.

2. Un acuerdo en materia educativa, por ejemplo, o en materia de sanidad, podría llevar en los estados de Europa a privatizar servicios públicos que han de ser mantenidos en un estado social, pero que no existen en el modelo liberal.

3. En lo que se refiere a la cultura, sobre todo en lo que respecta a medios de comunicación y cinematografía, Europa no está en condiciones de competir con EE.UU., razón por la que toda la industria creativa del arte corre el peligro de ser socavada.

4. En materia de medio ambiente, ecología y desarrollo sostenible, nuestro país ha llevado a cabo una intensa normativa de protección, que no existe en el derecho americano.

5. Los derechos laborales quedan supeditados al Tratado, y todo el derecho sindical de conformación europea queda igualmente condicionado por el sindicalismo más liberal.

6. El Tratado repercutirá negativamente en los países en vías de desarrollo en la medida en que la unión de estas dos potencias mundiales supone una pérdida de oportunidad para negocios de pequeños países y los sitúa en condiciones de inferioridad.

7. Pérdida de soberanía de los Estados por la influencia de las multinacionales, y lobbies de presión que impiden a veces a los estados cambiar su legislación, bajo la amenaza de solicitar indemnizaciones millonarias, para resarcirse de los gastos de inversión efectuados en estos países.

3. LOS CRITERIOS DE NEGOCIACIÓN

Otro elemento a tener en cuenta, esta vez en lo que se refiere a las dificultades del proceso de negociación, es la opacidad con la que se están desarrollando, lo que hace pensar que puedan existir intereses que se oculten, en la medida en que no se facilita información a la opinión pública. A este argumento se opone por otros la necesidad de mantener una cierta discreción en la información para no perjudicar las negociaciones.

La Unión Europea redactó un documento que fue considerado secreto y recientemente se ha desclasificado, en donde se establecían una serie de recomendaciones para la negociación.

Este documento, de 14 de junio de 2013, adoptado por el Consejo de Asuntos Exteriores y que se desclasifica el 9 de octubre de 2014, contiene una declaración de intenciones que se traduce en:

1. El Acuerdo contendrá exclusivamente disposiciones sobre comercio y ámbitos relacionados en el comercio. Deberá confirmarse que se basará en valores comunes, incluida la protección y la promoción de los derechos humanos y la seguridad internacional.

2. Será un acuerdo ambicioso, global, equilibrado y totalmente coherente con las normas y obligaciones de la Organización Mundial del Comercio OMC.

3. Deberá prever una liberalización recíproca del comercio de productos y servicios, así como normas sobre temas relacionados con el comercio, con un elevado nivel de ambición que vaya más allá de los compromisos existentes en el ámbito de la OMC.

4. Las obligaciones del Acuerdo serán vinculantes en todos los niveles de la administración.

5. El Acuerdo estará formado por tres componentes clave: a) acceso al mercado, b) cuestiones reclamaciones y barreras no arancelarias (BNA) y c) normas. Estos componentes se negociarán de forma paralela y formarán parte de un acto que garantice un resultado equilibrado entre la eliminación de los derechos, la eliminación de obstáculos reglamentarios al comercio innecesarios y la mejora de las normas que den lugar a resultados importantes en cada uno de estos componentes y una apertura efectiva y recíproca de los respectivos mercados.

Como exigencias concretas de la negociación se establecen:

La necesidad de reflejar en el preámbulo que el acuerdo se basa en principios y valores comunes, coherentes con los principios y objetivos de la actuación exterior de la Unión.

En este sentido se consideraran como tales los valores compartidos en el ámbito de los derechos humanos, libertades fundamentales, democracia y estado de derecho.

El compromiso de las Partes con el desarrollo sostenible y la contribución del comercio internacional al desarrollo sostenible en sus dimensiones económica social o medioambiental, incluido el desarrollo económico, un empleo pleno o productivo y un trabajo digno para todos, así como la protección y la preservación del medio ambiente y los recursos naturales.

El compromiso de ajustarse a los derechos y obligaciones en el marco de la OMC y que apoye el sistema de comercio multilateral.

El derecho de las partes a tomar medidas para conseguir objetivos de política pública sobre la base del nivel de protección de la salud, la seguridad, el trabajo de los consumidores y del medio ambiente y la promoción del medio ambiente y los recursos naturales.

Que el acuerdo se ajuste plenamente a sus derechos y obligaciones en el marco de la OMC y que apoye el sistema de comercio multilateral.

El derecho de las partes a tomar medidas necesarias para conseguir los objetivos legítimos de política pública sobre la base del nivel de protección e la salud, la seguridad, el trabajo, los consumidores y el medio ambiente y la promoción de la diversidad cultural, tal como se establece en la Convención de la Unesco sobre protección y promoción de las expresiones culturales, que consideren apropiado.

Entender por ambas partes las necesidades específicas de las pequeñas y medianas empresas para construir al desarrollo del comercio y la inversión.

La necesidad de comunicarse con todas las partes interesadas, incluido el sector privado y las organizaciones de la sociedad civil.

Como objetivos específicos se señalan:

El aumento del comercio y la inversión, entre la UE y los EE.UU. con oportunidades de creación de empleo y crecimiento con un mejor acceso al mercado y una mayor compatibilidad reglamentaria.

El desarrollo sostenible, con respeto a las normas internacionales, medioambientales y laborales, con elevados índices de protección medioambiental, laboral y de consumo. Debe figurar un respeto a las normas internas en estas materias, sobre todo de derechos laborales, salud y seguridad en el trabajo, y diversidad cultural.

Respeto a la diversidad lingüística y cultural, y garantías para que no se retrase la evolución tecnológica de la UE.

Sectorialmente se habrán de tener en cuenta diferentes consideraciones.

En relación con el comercio, la posibilidad de eliminar todos los aranceles.

En relación con la regulación normativa, el Acuerdo debe contener como objetivo la reconciliación de los enfoques de la UE y los EE.UU. en relación con las normas de origen, de manera que se facilite el comercio entre las Partes y se tengan en cuenta las normas de origen de la UE y los intereses de sus productores.

En relación con el «antidumping», se permite a las partes tomar medidas para evitarlo, y en su caso, de medidas compensatorias. Igualmente en el caso en que una excesiva importación de algún producto pueda producir graves daños a la industria de una de las partes.

En la implantación de sociedades, filiales o sucursales en el territorio de la otra parte, se deberá conceder un trato no menos favorable del que ese territorio concede a las suyas.

En materia laboral, el reconocimiento mutuo de las condiciones laborales en materia de cualificación profesional.

En materia de inversiones, se liberalizan y protegen, dando confianza a EEUU para ofrecer la mayor protección y seguridad jurídica en la materia, fomentar el atractivo de inversión en Europa, ofrecer condiciones de igualación en ambos continentes, en concreto:

Un trato justo y equitativo, evitando discriminaciones o medidas desproporcionadas.

Un trato nacional, una protección contra la expropiación directa o indirecta, incluido el derecho a una indemnización rápida y eficaz, la protección y seguridad plena de las inversiones, una cláusula general de protección, libre transferencia de fondos del capital y de pago por inversores, y reglas de subrogación.

Es muy importante la previsión de normas de seguridad entre los estados y los inversores. El mecanismo ha de ser eficaz y vanguardista, para la solución de las diferencias, con posibilidad de arbitraje obligatorio, diversidad de foros de mediación, y con mecanismos de salvaguarda ante demandas frívolas o injustificadas. Y posibilidad de recursos.

En materia de contratación pública, se hace hincapié en la contratación pública y los servicios públicos, estableciendo mecanismos para salvar las barreras, para facilitar la entrada en esos mercados.

En relación con las medidas sanitarias se creará un foro bilateral para abordar todas estas medidas, respetando las directrices dadas por el Consejo de 20 de febrero de 1995,

Se prevé que el acuerdo cubra las cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual. El objetivo aquí es reducir costes y apoyar la innovación.

En materia laboral, el acuerdo debe incluir mecanismos para apoyar el trabajo digno mediante la aplicación interna eficaz de las normas laborales básicas de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y responsabilidad social de las empresas.

4. DESACUERDOS CONCRETOS RESPECTO DE LA POSIBILIDAD DE NEGOCIACIÓN DEL TRATADO SIN PRODUCIR IMPORTANTES DESAJUSTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO

Las reticencias de una buena parte de la opinión pública respecto de la suscripción de un Tratado, se refieren como decíamos, a la diferencia de los estándares de protección de bienes y servicios, que se encuentran más protegidos en Europa que

en EEUU, y donde, por lo tanto, se perderían derechos importantes relacionados con los siguientes aspectos.

1. Las normas sobre seguridad alimentaria en EE.UU. son considerablemente menos rígidas que las europeas, de tal manera que productos cuyo consumo estaría aquí prohibido, allí pueden consumirse. Los alimentos procesados en EE.UU. contienen en su inmensa mayoría, ingredientes genéticamente modificados.

Además, en la agricultura se usan pesticidas, mientras en Europa, la Directiva 2009/128/EC obliga a los Estados a un uso controlado de los pesticidas. Igual ocurre con las hormonas en la carne bovina, o el tratamiento con cloro de las aves.

2. En relación con el medio ambiente, los estándares de defensa son considerablemente más elevados en Europa, por lo que se corre el riesgo de que se intente rebajar en base al acuerdo.

3. La prestación de los servicios públicos.

En la prestación de los servicios públicos de un Estado se puede valorar el nivel de exigibilidad que los gobiernos tienen en relación con el nivel de vida de la ciudadanía y el de calidad de los servicios que se prestan. Una iniciativa privada que controlara los servicios públicos en Europa no es hasta el momento una situación habitual. Pero podría serlo, si en materia de educación o sanidad se liberalizaran esas posibilidades en el Acuerdo. Porque determinadas empresa tienen ya localizaciones concretas de negocio para ese momento.

4. La Cultura y los medios audiovisuales.

Es la gran batalla de la negociación, porque América pugna por la introducción de esa materia en el Tratado. Francia se ha opuesto con firmeza, pero su posición en estos momentos es minoritaria, lo que hace suponer que finalmente será objeto de negociación, y esto puede producir una colonización cultural mayor de la que ya detenta EEUU en nuestro continente.

5. Privacidad.

La Unión Europea ha desarrollado una importante legislación en forma de Directivas, que se ha impuesto a los Estados para que aprobaran leyes relacionadas con la privacidad de las personas, y que no tiene equivalencia en otros sistemas jurídicos. Es desde luego un riesgo que puede tener consecuencias negativas en la Unión.

6. Soberanía

Las empresas multinacionales que se implanten en los estados europeos, podrán solicitar importantes indemnizaciones, al amparo de este Tratado, si estos modifican sus políticas de manera que incidan y puedan perjudicar sus inversiones, y esto produce efectos negativos en sus gestiones comerciales.

Se trata de un mecanismo para la resolución de los conflictos presentados entre empresas y Estados, que permite a las primeras pedir indemnizaciones capaces de hundir económicamente a estos.

La cuestión estriba en evitar litigios jurisdiccionales, y la obligación de someterse a procedimientos arbitrales.

Los tribunales de arbitraje no forman parte de la jurisdicción ordinaria de los Estados.

Los casos de Argentina, Ecuador, Uruguay y otros, en los que estos estados tomaron decisiones políticas en las que las multinacionales alegaron perjuicio económicos importantes, tuvieron como consecuencia unas indemnizaciones millonarias, nefastas para la economía de esos países.

5. COMPARECENCIA DEL SECRETARIO ESTADO DE COMERCIO ANTE EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

El 9 de junio de 2014, tiene lugar la comparecencia del Secretario de Estado de Comercio a propuesta del Gobierno, para informar del Tratado de Libre Comercio.

El Secretario de Estado dice que al ser una negociación de la Unión Europea, el papel de los Estados es limitado.

Plantea el acuerdo como una manera de preservar los valores de la democracia en el mundo, «la Unión Europea y Estados Unidos son los dos bloques democráticos más importantes del mundo. Solo a través del TTIP podemos conseguir que prevalezcan los valores que compartimos: la primacía del derecho, el respeto a la legalidad, la apertura económica, y a la vez, la protecciones los consumidores y de los derechos laborales. Señorías, detrás de este acuerdo hay mucho más que comercio e inversión, la relación trasatlántica es más profunda y desde esa cercanía estamos negociando».

Y sitúa en primer lugar de importancia del acuerdo la creación de empleo. Entre 36.000 y 143.000 puestos de trabajo. Y para una familia europea media de cuatro miembros, un beneficio directo de 545 euros. No detalla si al año, o en que fracción de tiempo. Porque aumentarían los salarios y se reduciría el precio de los productos.

Divide el acuerdo en lo que él llama tres pilares. Acceso a los mercados, aspectos derivados de la regulación, y un conjunto de reglas globales.

En el primer pilar, se suprimen los aranceles, lo que en nuestro país sería importante en alimentos como el queso y el atún, ropa y textil, y permitiría a las empresas españolas invertir en EE.UU. en condiciones de igualdad.

El segundo pilar, referido a los aspectos reguladores, que permitiría a las Pymes españolas la inversión en EE.UU., puesto que la diferencia en la regulación de algunos productos esta ahora creando ciertos problemas,

El tercer pilar, el de las reglas, que suprimirá las trabas burocráticas para la entrada de productos españoles a EE.UU.

Las negociaciones se llevan a cabo según el Secretario de Estado con total transparencia, y un ejemplo era su presencia en esa comparecencia. Salvo «las razonables limitaciones de confidencialidad impuestas por la Comisión Europea a la hora de llevar a cabo el proceso negociador». La propia Comisión Europea según el Secretario de estado estaría llevando a cabo un ejercicio de transparencia sin precedentes, facilitando muchísima información sobre las negociaciones.

Se ha creado una comisión de asesoramiento de 14 expertos en las distintas materias objeto de negociación, donde figuran especialistas en derecho laboral, medio ambiente, salud pública, industria, agricultura y servicios.

El procedimiento conllevaría la aprobación por parte del Consejo de Europa con el visto bueno del Parlamento europeo.

Desmiente que el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS), socave la soberanía de los estados. Considera que es un sistema ágil.

Responde a las objeciones en materia de seguridad alimentaria, asegurando que Europa no firmara nunca un acuerdo que rebaje la calidad alimentaria, ni tampoco la laboral, y que Europa no regulara en el tratado servicios públicos esenciales.

Igual con la diversidad cultural y servicios audiovisuales.

La posición de los diferentes grupos parlamentarios pone de relieve las dificultades de algunos aspectos de la negociación, pero la principal oposición viene de los grupos de Izquierda Unida Plural y el grupo Mixto.

Estos grupos denuncian en primer lugar la falta de transparencia, entendiendo que no existe información, que podría facilitarse con las precauciones precisas. En segundo lugar, la determinación de la política por la economía, el acuerdo va a permitir la regulación de facto de muchos aspectos de la economía, que se va a sustraer a la soberanía de los Estados, dejando en manos de los poderes económicos, decisiones que debían ser del poder político. Así, dice el representante del grupo de Izquierda Plural, «nos disponemos a hacer algo que va en sentido contrario a lo que necesitamos, que es ampliar el espacio de la globalización económica mientras se achica el espacio de la globalización política».

Criticán igualmente la prospectiva del Gobierno en relación con esos datos optimistas respecto de la creación de empleo, considerado como «un acto de fe». Muy al contrario, la pérdida de soberanía de los estados se va a cubrir con poderes

económicos fácticos, empresas multinacionales que podrán moverse con libertad en aquellos estados en los que la legislación laboral sea más débil y por tanto más favorable para sus intereses.

El grupo Mixto critica igualmente el oscurantismo del proceso negociador, y las previsiones ilusorias de creación de empleo y ahorro familiar. Y sobre todo, las consecuencias en el orden laboral y medioambiental. Ciertamente, si los estándares europeos de protección en ambos sectores, están por encima de los de EE.UU, la única posibilidad de llegar al Acuerdo, es moderando a la baja la posición de la parte más alta, ya que de lo contrario no podría haber acuerdo. Y si eso es así, es evidente que Europa sufrirá un retraso en ambos aspectos.

La contestación del partido en el Gobierno a todas estas intervenciones a través de su portavoz, que interviene en la defensa del Acuerdo, coinciden en todo con el Secretario de Estado, y pasa por considerar que las partes del Acuerdo conforman «las mejores democracias del mundo», cuyos beneficios no solo serán para ambos continentes, sino para toda la economía mundial. Invoca una importante norma del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el art. 191 que regula el principio de precaución, en virtud del cual, no serán objeto de regulación aquellas materias que puedan producir un riesgo en la protección del medio ambiente, seguridad de los consumidores, legislación europea relativa a los alimentos, y salud humana, animal o vegetal.

En ese contexto, el mandato que los Estados dan a la Unión Europea para negociar limita el objeto de negociación a todo aquello que no constituya una disminución de los niveles de protección del medio ambiente, de la legislación laboral, de los derechos de los consumidores, y del respeto a los valores y principios de la Unión.

Es importante la intervención del Grupo Popular en lo que se refiere al arbitraje. La valoración que se hace en este sentido es la de preferir el arbitraje a los tribunales ordinarios, y esto porque según su opinión, el arbitraje es preferible a la Corte de Nueva York o de Washington. No da razones para ese temor a los tribunales americanos sobre las decisiones de los árbitros, reclutados de despachos profesionales y en general defensores de los intereses empresariales.

La contestación del Secretario de Comercio insiste en la transparencia de las negociaciones que se concreta en una página web que recoge la información, en el grupo de los 14 expertos y en que están fuera de la negociación tanto los derechos laborales de los trabajadores, como la gestión de los servicios públicos. Y defiende los acuerdos de protección de inversiones porque en los acuerdos que España firma también se contienen, y en el caso concreto de la inversión de YPF en Argentina, los accionistas de la empresa 5.000 millones de dólares de su inversión.

Resumen

Este trabajo analiza los caracteres esenciales del Acuerdo de Libre Comercio entre EE.UU. y Europa. Se detiene en estudiar los puntos de desacuerdo, en especial en relación a los desajustes que pueden producirse en relación con el ordenamiento jurídico de la Unión. Asimismo atiende a los criterios que la Unión ha fijado para la negociación. Y, finalmente, da cuenta de la posición del Gobierno español.

Palabras clave: *Acuerdo de libre comercio entre EE.UU. y Europa. Desacuerdos. Negociación.*

Abstract

This paper analyzes the main characters of the Transatlantic Trade and Investment Partnership. The author takes account of the points of disagreement, especially in relation to the decoupling with the European Union's legal order. After that, the paper gives a wide look to the negotiation criteria. And finally, the author shows in the detail the Spanish Government position.

Key words: *Transatlantic Trade and Investment Partnership. Disagreement. Negotitation.*

Recibido: 19 de diciembre de 2015
Aceptado: 22 de diciembre de 2015





Foro





ALEMANIA Y LA CRISIS ECONÓMICA: FRAGILIDAD OCULTA Y CONTRADICCIONES EVIDENTES*

MARIA DANIELA POLI**

SUMARIO

1. La fragilidad oculta del modelo alemán.
2. Aspectos críticos del nuevo paradigma (alemán y europeo) del equilibrio presupuestario y el límite al endeudamiento.
3. La actual «Europa alemana» y sus contradicciones.

1. LA FRAGILIDAD OCULTA DEL MODELO ALEMÁN

La crisis económica y financiera del siglo XXI ha tenido un impacto relativamente pequeño en Alemania. La República Federal de Alemania ha sufrido menos que otros países la Gran Recesión actual y ha sido capaz de reaccionar, mostrando una fuerza y solidez realmente envidiables. Los factores que han llevado al mantenimiento del sistema son: a) la flexibilidad del mercado de trabajo; b) la política de rescate de los bancos y de sostenibilidad de la economía; c) las exportaciones y el superávit comercial. No obstante, desde un análisis más detallado, «das Modell Deutschland» resulta más débil de lo que parece¹.

1.1. *La flexibilidad del mercado laboral*

A diferencia de lo ocurrido en otros países de la Unión, en Alemania no sólo la crisis mundial y europea «no se ha traducido en un empeoramiento de los niveles de desempleo»², sino que registra incluso un auténtico «milagro en el empleo» («Bes-

* Traducido del italiano por Adoración Galera Victoria.

** Marie Curie Postdoctoral Fellow, Zukunfts Kolleg – Universidad de Konstanz (Alemania).

1 Sobre la debilidad del sistema alemán: M. FRATZSCHER, *Die Deutschland-Illusion*, München, Carl Hanser Verlag, 2014; P. LEGRAIN, «Non invidiate la Germania», en *Internazionale*, n. 1077 – año 22, 14/20 noviembre 2014, pp. 42 ss.

2 U. RINNE, K. F. ZIMMERMANN, «Un altro miracolo economico? Il mercato del lavoro tedesco e la grande recessione», en *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2013, n. 2/XXIII, p. 403. El artículo ha sido publicado en inglés con el título «Another economic Miracle? The German Labor Market and the Great Recession», en *IZA Journal of Labor Policy*, 2012, pp. 1 ss.

chäftigungswunder»³, en la medida en que la tasa de desempleo ha descendido de más de cinco millones en 2005 a menos de tres millones en 2014. Como ha escrito Ulf Rinne y Klaus F. Zimmermann, «Alemania ha demostrado ser un caso ejemplar de flexibilidad interna para hacer frente a la gran recesión»⁴. Esta flexibilidad del mercado de trabajo se ha logrado mediante importantes reformas tanto legislativas como en el ámbito de la organización de las relaciones laborales y en las características de la negociación colectiva⁵.

En cuanto a las reformas legislativas, hay que recordar, en primer lugar, el programa Agenda 2010, aprobado, pese a las críticas de su propio partido, por el segundo gobierno de Schröder para reactivar la débil economía alemana de aquel momento. Dentro de este programa se encuentra el plan Hartz destinado a mejorar la eficacia y competitividad del mercado de trabajo⁶. Éste contiene una serie de medidas adoptadas progresivamente entre 2003 y 2005, que cambiaron los servicios de empleo, limitaron seriamente los beneficios sociales, introdujeron los llamados «mini-jobs» y «midi-jobs» y favorecieron la desregulación del empleo a tiempo fijo y las garantías contra el despido.

Aunque la «Hartz-Reform» forma parte de un período anterior al inicio de la actual crisis económica, se mantiene la principal medida utilizada por el legislador alemán, especialmente entre los años 2008 y 2010, que consistió en el uso gradual de

3 M. FRATZSCHER, *Die Deutschland-Illusion*, cit., p. 23. Véase igualmente, «Mercato del lavoro, numeri record per Germania e Spagna», en www.repubblica.it, 5/01/2015.

4 U. RINNE, K. F. ZIMMERMANN, «Un altro miracolo economico? Il mercato del lavoro tedesco e la grande recessione», cit., p. 402. Sobre esta cuestión *cf.* también, J. MÖLLER, «The German labor market response in the world-recession-de-mystifying a miracle», en *Zeitschrift für Arbeitsmarkt Forschung*, 2010, pp. 325 ss.; M. C. BURDA, J. HUNT, «What Explains the German Labor Market Miracle in the Great Recession?», *Brookings Papers on Economic Activity*, Spring 2011, pp. 273 ss.; M. CALIENDO, J. HOGENACKER, «The German Labor Market after the Great Recession: Successful Reforms and Future Challenges», *IZA Discussion Paper* N° 6810, August 2012.

5 Según C. DUSTMANN, B. FITZENBERGER, U. SCHÖNBERG, A. SPITZ-OENER («From Sick Man of Europe to Economic Superstar: Germany's Resurgent Economy», en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 28, n. 1, Winter 2014, p. 168) la razón del gran éxito económico alemán de la última década radica principalmente, si no exclusivamente, en este segundo aspecto.

6 Léase al respecto, L. JACOBI, J. KLUVE, «Before and After the Hartz Reforms: The Performance of Active Labour Market Policy in Germany», *IZA Discussion Paper* N° 2100, April 2006; W. EICHHORST, K. F. ZIMMERMANN, «And Then There Were Four... How Many (and Which) Measures of Active Labor Market Policy Do We Still Need? Finding a Balance after the Evaluation of the Hartz Reforms in Germany», *IZA Paper*, March 2007; B. FITZENBERGER, «Nach der Reform ist vor der Reform? Ein arbeitsökonomische Analyse ausgewählter Aspekte der Hartz-Reformen», en www.empiwifo.uni-freiburg.de.

la reducción de la jornada laboral⁷. Ningún instrumento nuevo⁸ ha sido determinante para frenar las consecuencias perjudiciales de la crisis en el sector manufacturero, que ha sido el más afectado por la caída de las exportaciones de la zona del euro. Los estudios demuestran que sin la utilización masiva a este recurso, el desempleo hubiera crecido hasta casi el doble de lo que realmente creció en 2009⁹. La notable flexibilidad de las relaciones laborales y la negociación colectiva han desempeñado un papel importante. Ello se debe a diversos factores: en su estructura descentralizada, en el hecho de que la población alemana, dado el estancamiento de los años noventa, se encuentra preparada para aceptar sacrificios en nombre del crecimiento económico, o en la cercanía geográfica con los países de Europa central y del Este, donde los salarios resultan significativamente más bajos¹⁰.

Si la reacción del mercado de trabajo alemán ha sido, por tanto, positiva, el panorama no está exento de sombras. Además del desempleo estructural que sigue siendo un problema de difícil solución a corto plazo, tras el éxito de esta visión de la realidad se encuentran los problemas del subempleo y de las precarias condiciones laborales¹¹. En primer lugar es «ictu oculi» evidente el aumento de puestos de trabajo «part-time»; después de todo, esto es una consecuencia inmediata de la intensa política de reducción de las horas de trabajo. Si el trabajo a tiempo parcial no es algo en sí mismo negativo, deviene perjudicial cuando deja de ser un remedio para la estabilización temporal del mercado de trabajo y se convierte en su elemento estructural o cuando no es el resultado de una elección voluntaria, sino la única opción. De hecho, las encuestas demuestran cómo una gran parte de los trabajadores a tiempo parcial en realidad quieren trabajar más horas y, por tanto, aumentar sus ingresos. Otro factor preocupante es la magnitud del fenómeno de la inestabilidad laboral: el número de trabajadores temporales desde 1996 se ha incrementado a más del doble

7 K. BRENKE, U. RINNE, K. F. ZIMMERMANN, «Short-time Work: The German Answer to the Great Recession», *IZA Discussion Paper* N° 5780, June 2011. Véase igualmente, T. BOERI, H. BRÜCKER, «Short-Time Work Benefits Revisited: Some Lessons from the Great Recession», *IZA Discussion Paper* N° 5635, April 2011.

8 Los orígenes datan de principios del siglo XX (1909 y, en concreto, de una modificación del impuesto sobre el tabaco) y ha sido muy utilizado tanto durante la crisis económica de la época de Weimar como durante la segunda postguerra y en el momento de la reunificación. Cfr. K. BRENKE, U. RINNE, K. F. ZIMMERMANN, «Short-time Work: The German Answer to the Great Recession», *cit.*, pp. 2 ss.

9 Ibi, p. 6.

10 Cfr.: C. DUSTMANN, B. FITZENBERGER, U. SCHÖNBERG, A. SPITZ-OENER, «From Sick Man of Europe to Economic Superstar: Germany's Resurgent Economy», *cit.*, pp. 182-183.

11 Sobre estos aspectos, *vid.* M. FRATZSCHER, *Die Deutschland-Illusion*, *cit.*, pp. 26 ss.

(de 1,3 a 2,7 millones); proliferan los contratos de trabajo o contratos temporales que fijan un tiempo limitado para el desempeño de tareas específicas; mientras que la transformación de un empleo de duración determinada a uno indefinido se produce con menor frecuencia¹².

Además, frente a la idea de un «boom» económico, los salarios son bajos, lo que incide inevitablemente en el consumo y el crecimiento global de la economía. Aunque esta situación sea herencia de los años previos a la crisis, y pese a que el salario medio se haya incrementado recientemente, la brecha diferencial con respecto a otros países de la Unión Europea aún no se ha reducido¹³. Al respecto es significativo que pocos alemanes son propietarios de un inmueble: se estima que sólo un 38% en comparación con el 70% en España y Reino Unido y el 80% en Italia. Tampoco la introducción en 2013 por el gobierno de gran coalición del salario mínimo garantizado («Mindestlohn») que incrementa a 8.50 euros la hora (y en vigor a partir de 2017). Es una novedad digna de ser valorada, sobre todo si se tiene en cuenta que muchos alemanes, principalmente del Este, perciben un salario inferior y, por tanto, puede beneficiar a buena parte de ellos¹⁴.

1.2. *La política de rescate de los bancos y el apoyo a la economía*

Dada su importante exposición a los distintos valores estadounidenses, el sector bancario alemán (público y privado) fue una de las primeras víctimas de la crisis del mercado financiero que llegó a Europa a mediados de 2007¹⁵. Si la situación no empeoró e incluso, se volvió estable en un breve espacio de tiempo, no se debió a la resistencia estructural del sistema, sino a la política de rescate de los bancos implementada por el Gobierno Federal. Ésta se puede dividir en diferentes fases¹⁶.

12 Cfr.: M. FRATZSCHER, *Die Deutschland-Illusion*, cit., pp. 28-29.

13 Ibi, pp. 29 ss.

14 Ibi, p. 40.

15 Así, F. HÜFNER, «*The German Banking System: Lessons from the Financial Crisis*», *Economics Department Working Papers* N° 788, ECO/WKP(2010)44, 1-Jul-2010, en www.oecd.org, p. 4. Sobre esta cuestión, H. HAU, M. THUM, «Subprime Crisis and Board (In-)Competence: Private vs. Public Banks in Germany», *INSEAD Working Paper Series*, 2010/45/FIN; G. FÄBER, «*Impacts of the Global Financial Crisis in a Federation: Evidence from Germany*», *FÖV 69 Discussion Papers*, 2012; C. HAINZ, M. WIEGAND, «*Financing of the German Economy during the Financial Crisis*», *CESifo DICE Report*, 1/2013; D. DETZER, «The German Financial System and the Financial Crisis», en *Intereconomics*, 2/2014, pp. 56 ss.

16 Cfr. F. HÜFNER, «The German Banking System: Lessons from the Financial Crisis», cit., p. 5.

Desde agosto de 2007 hasta la caída de «Lehman Brothers» en septiembre de 2008, la intervención del Estado afectaría en particular, a los cuatro bancos (IKB, West LB, Bayern LB y Sachsen LB), que recibieron aportaciones de capital, líneas de crédito y garantías sobre las pérdidas aseguradas con activos¹⁷. Posteriormente, con el rescate de «Hypo Real Estate» a finales de septiembre de 2008 se estableció un plan de apoyo más amplio. De hecho, en octubre de 2008, el Gobierno Federal se comprometió a garantizar todas las cuentas bancarias privadas y anunció la creación de un fondo para estabilizar los mercados financieros que ascendió a 48 mil millones de euros¹⁸. Establecido por «Finanzmarkt Stabilisierungsgesetz»¹⁹, este fondo denominado SoFFin («Finanzmarkt Stabilisierung Fonds»), puede garantizar una financiación bancaria de hasta 40 mil millones de euros y el uso de 70 mil millones (más 10 mil millones si fuese necesario, con la aprobación de la Comisión parlamentaria de presupuestos) para la recapitalización y compra de bienes²⁰. La acción del Gobierno ha jugado, por tanto, un papel decisivo²¹.

A pesar de que las numerosas ayudas estatales han restablecido las cuentas de los bancos, se mantienen los principales problemas estructurales. El sistema bancario alemán que, de hecho, se caracteriza por una débil capitalización, está muy fragmentado y carece de una regulación y una supervisión adecuada²². Las «Landesbanken», dependen en gran medida de las garantías del Estado y carecen de un adecuado modelo de negocio²³.

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

19 *Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz-FMStG) vom 17. Oktober 2008*, en *BGBL*, 2008, Teil I, pp. 1982 ss.

20 *Cfr.* la información publicada en la web de la Agencia Federal para la Estabilidad del Mercado Financiero (*Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung*): <http://www.fmsa.de/de/fmsa/soffin/>. Sobre la creación de esta Agencia C. PLEISTER, «*The Federal Agency for Financial Market Stabilisation in Germany: from rescuing to restructuring*», en *OECD Journal: Financial Market Trends*, 2/2011.

21 Sobre el saneamiento público a la banca amenazada por la crisis financiera consúltense las siguientes contribuciones monográficas, T. GÖTZ, *Die Verstaatlichung von Banken*, Baden-Baden, Nomos, 2011; J. LINDENLAUF, *Staatliche Zuwendungen an Banken und Versicherungen im Zeichen der Finanzkrise*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

22 F. HÜFNER, «*The German Banking System: Lessons from the Financial Crisis*», *cit.*, pp. 7 ss.

23 Sobre la imperiosa necesidad de elaborar «ein neues Geschäftsmodell» de forma expresa para los bancos estatales, M. SCHROOTEN, «*Landesbanken: Rettung allein reicht nicht*», en *Wochenbericht des DIW Berlin*, Nr. 24/2009, pp. 390 ss. Sobre la cuestión de la *Landesbanken*: M. DAWSON-KROPF, P. RIOUAL, *German Landesbanken: Facing an uncertain future*, Fitch Ratings, Germany Special Comment, October 2009.

El gobierno alemán, contradiciendo el tan aclamado rigor predicado fuera de sus fronteras, no sólo salvó a los bancos, sino que también ha puesto en marcha un amplio paquete coyuntural de estímulo a la economía²⁴. En concreto, después de algunas intervenciones menores, en octubre de 2008 con el fin de amortiguar el descenso de la actividad productiva se adoptarían «two stimulus packages; a modest one in November 2008 and a more substantial one in January 2009»²⁵. El primero de ellos contemplaba medidas por valor de 3,9 millones de euros en 2009 (el 0,2% del PIB en 2008) y 7,1 millones en 2010 (0,3% del PIB en 2008): por un lado, restablecía temporalmente la reducción de la amortización de ciertos bienes de capital (6,3 mil millones en 2009 y 2010) y, en segundo lugar, el aumento de la inversión pública (2 mil millones en 2009 y 2010). También se ampliaron las deducciones fiscales a los servicios artesanales, las exenciones del impuesto de circulación a los vehículos nuevos, se amplió temporalmente un fondo especial de amortización para las pequeñas y medianas empresas, se puso en marcha un programa especial para mejorar las estructuras económicas regionales, financiación para inversiones en eficiencia energética en edificios o se dió cobertura a los programas del «Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)»²⁶. Éste, el llamado Instituto de Crédito para la Reconstrucción creado después de la guerra para administrar los fondos del Plan Marshall, es hoy el mayor banco de ayuda pública para las empresas en crisis, una especie de «superbanco del mundo global»²⁷. En todo caso, ese papel clave en la crisis actual no está exento de críticas, ya que la aplicación de políticas keynesianas sobre la base de las directrices del gobierno se apoyan, al menos formalmente, sobre las cuentas públicas²⁸.

De un modo significativamente más consistente que el primero, el segundo paquete de estímulo ascendió a 54,3 mil millones de euros, equivalente al 2,1% del PIB en 2008, para ser gastado entre 2009 y 2010 en determinadas medidas de

24 En este sentido, A. GRECO, A. TARQUINI, *Banche, «il rigore non vale in Germania I salvataggi di Sparkasse e Landesbanken»*, cit., pp. 2-3; C. SCHWENNICKE, «Double Standards: Europeans Are Right to be Angry with Merkel», en *Spiegel Online International* (www.spiegel.de), 11/04/2013.

25 I. KOSKE, «After the Crisis: bringing German Public Finances back to a Sustainable Path», *Economics Department Working Paper* N° 766, 12-May-2010, en www.oecd.org, p. 6.

26 Ibi, p. 7.

27 Como ha sido denominado por A. TARQUINI, «KfW, una superbanca da 400 miliardi», en www.repubblica.it, 11/04/2011. Véase igualmente Idem, «KfW, cosifunzionail "motore" della Germania», *ibidem*, 11/02/2013.

28 En este sentido, A. MERLI, «A Berlino contileggeri grazie al veicolo KfW», en www.ilsole24ore.com, 24/07/2012.

carácter permanente²⁹. Entre otras cosas, prevé la asignación de 14,7 mil millones en mejoras de infraestructuras, la reducción del impuesto sobre la renta por la subida de la base imponible, el aumento de la subvención por hijos para los desempleados de larga duración, la reducción a la mitad durante los primeros seis meses de las cotizaciones sociales pagadas por los empleadores en los contratos a tiempo parcial y la renuncia total en los casos de participación de los empleados en los programas de formación, así como la reducción de la contribución del seguro por desempleo y las cuotas por seguro sanitario³⁰.

Por lo tanto, en contra de lo que a menudo se presume de forma errónea, la consolidación fiscal alemana no ha dependido de la reducción del gasto público. Las razones se encuentran más bien en la combinación de varios factores, incluyendo el aumento de impuestos y la mejora de las condiciones financieras a raíz de la reducción del tipo de referencia fijado por el Banco Central Europeo y la fuga de capitales de los países en crisis hacia Alemania³¹. Esto debe llevar a economistas y juristas a cuestionar la veracidad de la hipótesis de que la paulatina reducción del Welfare State es una medida inevitable para lograr el equilibrio presupuestario.

1.3. *Las exportaciones y el superávit comercial*

Uno de los factores más importantes del desarrollo económico alemán de la última década son las exportaciones³², tanto es así que Alemania puede ser definida con razón como «Exportweltmeister»³³. Constituye una de las principales razones de su rápida y duradera recuperación de la crisis financiera de 2008/2009³⁴. La gran apertura de la economía alemana en el mercado internacional y la excelente reputación de los productos fabricados en Alemania (ahora seriamente comprometidos por el escándalo Volkswagen) de hecho, permiten al sistema aprovechar la demanda de los mercados de Asia, Europa del Este y América del Sur, y compensar así la fuerte caída del comercio

29 Los datos han sido recopilados por I. KOSKE, «Afterthe Crisis: bringing German Public Finances back to a Sustainable Path», *cit.*, p. 7.

30 *Ibidem*.

31 M. FRATZSCHER, *Die Deutschland-Illusion*, *cit.*, p. 62.

32 Para un análisis de este aspecto desde dentro de la compleja situación alemana, véase H.-W. SINN, «The Pathological Export Boom and the Bazaar Effect. How to solve the German Puzzle», *CE-Sifo Working Paper* Nº 1708, April 2006, en www.CESifo-group.de.

33 M. FRATZSCHER, *Die Deutschland-Illusion*, *cit.*, p. 48.

34 *Ibi*, p. 49.

en el mercado europeo³⁵. A esto se añade una buena dosis de suerte, ya que los sectores tradicionales de la exportación alemana (bienes de capital, productos de ingeniería y productos químicos) eran exactamente los que necesitaba China para su vertiginoso desarrollo industrial³⁶. No obstante, este factor aunque impresionante, no debe ser sobrevalorado, por una parte porque la fuerte dependencia de la actividad de fabricación puede resultar una desventaja a largo plazo y, en segundo lugar, porque los resultados de las exportaciones no tienen en cuenta la externalización de la producción³⁷.

Como es bien conocido, el «surplus» comercial generado por las exportaciones, caballo de batalla de la economía alemana, ha sido duramente criticado, ya que ha sido considerado un obstáculo para la recuperación de la eurozona y corresponsable de la crisis mundial y de alcanzarse a costa de la «Krisenländer». Sin poder dar cuenta del amplio debate desarrollado al respecto, debemos indicar al menos tanto las diferencias entre EEUU y Alemania, como respecto al control realizado por la Comisión Europea (y en particular teniendo en cuenta el carácter oficial de esa supervisión en los lugares donde ha surgido el problema). En primer lugar, hay que señalar que el Departamento del Tesoro estadounidense en el Informe al Congreso sobre la economía internacional y las políticas de tipos de cambio de 30 de octubre 2013³⁸ condenó abiertamente la actitud alemana, indicando que el ritmo anémico de crecimiento interno y el superávit de la balanza de pagos impedían el reequilibrio y favorecía la deflación en Europa y en el mundo. La respuesta del Gobierno alemán fue inmediata y acerada, pues el Ministerio de Economía no sólo calificaría de «incomprensible»³⁹ la censura estadounidense, sino que también hizo hincapié en que el superávit alemán es «a sign of the competitiveness of the German economy and global demand for quality products from Germany»⁴⁰. También en Bruselas esta cuestión no pasaría desapercibida hasta el punto de que la Comisión Europea en noviembre 2013 incluyó a Alemania entre los países que deben someterse al «Macroeconomic Imbalance Procedure» (MIP)⁴¹. En el

35 *Ibidem*.

36 P. LEGRAIN, «Non invidiate la Germania», *cit.*, p. 45.

37 *Ibi*, pp. 44-45.

38 U.S. Department of the Treasury-Office of International Affairs, *Report to Congress on International and Exchange Rate Policies*, October 30, 2013, en www.treasury.gov.

39 Cfr. C. ALESSI, «Raw Nerve: Germany Seethes at US Economic Criticism», en *Spiegel Online International* (www.spiegel.de), 31/10/2013.

40 *Ibidem*.

41 European Commission, *Memo. Third Alert Mechanism Report on macroeconomic imbalances in EU Member States*, Brussels, 13/11/2013, MEMO/13/970, en <http://europa.eu>.

informe final⁴² publicado en marzo de 2014, se lee que, aunque dada la cantidad del superávit no es probable que se generen riesgos similares a los grandes déficit, el nivel y la persistencia del superávit corriente no sólo merece la atención, sino también la acción política para reducir la posibilidad de un efecto negativo tanto en el país como en la zona euro (dada la dimensión de la economía alemana). Por ello, la Comisión recomienda la adopción de medidas que fortalezcan la demanda interna y el crecimiento potencial de la economía, las inversiones en capital físico y humano y la promoción de la eficiencia en todos los sectores, incluso a través de la liberalización de servicios.

En consecuencia, si la censura contra el «Exportüberschuss» alemán no se justifica del todo, ya que es un excedente que procede principalmente del comercio con países que no pertenecen a la zona euro⁴³, es innegable que el mencionado superávit comercial representa un problema grave, no tanto y no sólo para el resto de Europa y del mundo, sino para la propia Alemania⁴⁴. De hecho, como indica Marcel Fratzscher, aquí se esconde una profunda debilidad estructural: la falta de inversiones, que es el principal «talón de Aquiles de la política económica alemana»⁴⁵.

42 European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, The Council and the Eurogroup. Result of the in-depth reviews under Regulation (EU) N° 1176/2011 on the prevention and correction of macroeconomic imbalances*, Brussels, 5/03/2014, COM(2014) 150 final, en <http://ec.europa.eu>, en particular, pp. 13-14. Cfr. Igualmente el detallado análisis de 108 páginas (*in-depth review*) relativo a Alemania, European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, *Macroeconomic Imbalances Germany 2014*, Occasional Paper 174, March 2014, en <http://ec.europa.eu>.

43 Según M. FRATZSCHER tanto argumento de que el *surplus* alemán sería cómplice de la crisis europea como aquel según el cual éste se logra a expensas de los países en crisis no merecen ser compartidas, ya que el mercado afectado por las exportaciones alemanas está lejos del euro y menos competitividad de las empresas teutonas, en lugar de ayudar a Europa, la perjudican. Cfr.: M. FRATZSCHER, *Die Deutschland-Illusion*, cit., pp. 172-173.

44 En este sentido, Ibi, p. 173.

45 Sobre esta cuestión nos remitimos al cuarto capítulo (*Deutschlands Investitionslücke als wirtschaftspolitische Achillesferse*) del libro de M. FRATZSCHER: ivi, pp. 74-107. Véase también, S. DULLIEN, M. SCHIERITZ, «Die deutsche Investitionsschwäche: Die Mär von den Standortproblemen», en *Wirtschaftsdienst* 91, 2011, n° 7, pp. 458 ss.; R. MAURER, «Die deutsche Investitionsschwäche und die EWU-Fakt oder Fiktion?—eine Replik», en *Wirtschaftsdienst* 92, 2012, n° 1, pp. 56 ss.; H. BELITZ, F. FICHTNER, M. GORNIG, D. H. HEILMANN, S. JUNKER, C. MICHELSEN, A. SCHIERSCH (Projektlgt. M. FRATZSCHER, B. RÜRUP), *Private Investitionen in Deutschland*, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung Berlin (DIW)-Handelsblatt Research Institute Düsseldorf (HRI), Oktober 2014, *Studie im Auftrag des Gemeinschaftsausschuss der Deutschen Gewerblichen Wirtschaft*, en www.diw.de; M. FRATZSCHER, «Hat Deutschland zu niedrige private Investitionen?», en www.welt.de, 24/11/2014; F. LINDNER, «A Shortage

Esta falla es especialmente evidente en materia de transporte, educación y energía⁴⁶.

La referencia a las exportaciones permite destacar dos aspectos. En primer lugar, la importancia del euro y de la Unión Europea para la República Federal de Alemania derivada de la fuerte dependencia de la economía alemana de la economía mundial. Por un lado, es evidente, que en el improbable caso de una salida de la moneda única, el marco no hubiera tenido o ni tendría ninguna «chance» de competir con el dólar ni con el renminbi chino. Por otro, el peso que Alemania podría tener sola (si cayera del contexto comunitario) a nivel internacional sería casi nulo sobre todo teniendo en cuenta el tamaño de los nuevos países emergentes (China, India, Brasil e Indonesia)⁴⁷. En segundo lugar, el valor de las recomendaciones de la Comisión Europea: éstas deben ser tenidas en cuenta, ya sea por el interés de la propia Alemania de eliminar sus debilidades ya sea porque su destrucción socava la regla de la vinculación de las normas europeas, lo que pondría en peligro el sistema en su conjunto⁴⁸ y sostiene la tesis de un injustificado trato diferenciado entre Estados fuertes y débiles (tesis que de algún modo ha venido a confirmarse con la aplicación del pacto de estabilidad y crecimiento, dado que Alemania, a pesar del evidente incumplimiento de 2003, no ha sido hasta el momento sancionado⁴⁹, a diferencia de

of Private Investment in Germany? The Problem is a Lack of Demand, not of Machinery», Friedrich Ebert Stiftung, *International Policy Analysis*, November 2014, en www.fes.de.

46 M. FRATZSCHER, *Die Deutschland-Illusion*, cit., en particular, pp. 89-102.

47 En este sentido: Ibi, pp. 135-140.

48 Ibi p. 175.

49 En 2002 se inicia frente a Alemania (y Francia) un procedimiento de déficit excesivo. El Consejo de la Unión Europea, reconocida por decisión de 21/01/2003, 2003/89/CE, la existencia de un déficit excesivo, instando al Gobierno alemán a corregir la situación antes del 21/05/2003. El 18/11/2003, la Comisión consideró inadecuadas las medidas adoptadas por el Gobierno alemán y de conformidad con la recomendación del Consejo, presentó al Consejo una recomendación para una decisión en virtud del art. 104, n. 8 CE, habiendo constatado que las medidas adoptadas por la República Federal de Alemania resultaban insuficientes para reducir el déficit. Sin embargo, el 25/11/2003 el Consejo decidió suspender el procedimiento de déficit excesivo. La Comisión se dirigió al Tribunal de Justicia quien declaró inadmisibile el recurso debido a que la medida contra la que se dirige no fue impugnada por un recurso de anulación. Cabe destacar que, a pesar del reconocimiento del Tribunal de la ilegalidad de las conclusiones del Consejo tanto respecto a la suspensión del procedimiento de déficit excesivo, como respecto a la modificación de las recomendaciones adoptadas por el Consejo de conformidad con el art. 104.7 TCE, lo hace sobre la base del reparto de competencias entre Comisión y Consejo, no entrando en cambio, en el fondo de la evaluación económica. Además, y éste es el aspecto más importante, afirma la no obligatoriedad de la conti-

lo ocurrido durante los años de la crisis, a los países que incurrieron en los mismos incumplimientos).

2. ASPECTOS CRÍTICOS DEL NUEVO PARADIGMA (ALEMÁN Y EUROPEO) DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO Y EL LÍMITE AL ENDEUDAMIENTO

La crisis económica en Alemania ha sido un catalizador⁵⁰ de la pionera reforma constitucional de 2009 («Föderalismusreform II»)⁵¹ que introduce el equilibrio presupuestario y el límite al endeudamiento⁵², abriendo el camino al denominado proceso de «constitucionalización de la crisis económica»⁵³ tanto a nivel europeo como a nivel de cada Estado miembro. La novedad constitucional alemana, de hecho, anticipa e influye tanto en las soluciones adoptadas por la Unión Europea⁵⁴, como

nidad del procedimiento de *déficit* excesivo (también en caso de incumplimiento del límite del 3%) y no hacer manifestación alguna acerca de la protección contra cualquier forma de tratamiento diferenciado injustificado entre los Estados en la aplicación del Tratado y del Pacto de Estabilidad. Cfr. Corte di Giustizia, sent. 3/07/2004, asunto C-27/04, in www.curia.europa.eu, Al respecto G. RIVISECCHI, «Il Patto di stabilità al vagliodella Corte di Giustizia, tra riaffermazione della legalità comunitaria e mancata giustiziabilità sostanziale degli equilibri sostanziali dell'Unione», en www.associazionedeicosituzionalisti.it, 16/09/2004.

50 Así, E. D'ORLANDO, «La crisi economico-finanziaria e le risposte della Wirtschaftsverfassung: cultura della stabilità e principi democratico e sociale quali paradigmi del sistema economico, nazionale ed europeo», en G. CERRINAFERONI, G. F. Ferrari (cur.), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 273.

51 Para un resumen de la reforma nos remitimos al Servizio Studi del Senato, *La riforma costituzionale tedesca del 2009 (Föderalismusreform II) e il freno all'indebitamento*, abril 2011, n. 287.

52 Sobre esta cuestión, en particular R. PEREZ, «La nuova disciplina del bilancio in Germania», en www.astrid-online.it, 2011; M. HARTWIG, «La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio nella Costituzione tedesca», en *Diritto e Società*, 2012, pp. 711 ss.; R. BIFULCO, «Il pareggio di bilancio in prospettiva comparata: un confronto tra Italia e Germania», en ARSAE (cur.), *Costituzione e pareggio di bilancio (il Filangieri-Quaderno 2011)*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 249 ss.; A. ARROYO GIL, I. M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, «La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, pp. 149 ss.

53 Como ha sido definido por A. EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid, Iustel, 2012.

54 El llamado *Fiscal Compact* (Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria) de 2 de marzo de 2012, claramente inspirado en las disposiciones alemanas.

las que ésta impone a los Estados miembros⁵⁵, que se presenta un modelo de referencia obligado⁵⁶, y al mismo tiempo se configura como una «reforma constitucional postnacional»⁵⁷.

De acuerdo con los artículos. 109 y 115 GG, los presupuestos de la Federación y los «Länder» tienen que ser equilibrados sin poder recurrir al endeudamiento. Se supera, por lo tanto, la llamada «golden rule», es decir, la posibilidad de utilizar la deuda para financiar gastos de capital, prevista en el antiguo artículo 115 GG y en las Constituciones de numerosos «Länder». La regulación establece una diferenciación importante: mientras que los «Länder», a pesar de su competencia para establecer la legislación de desarrollo, no tienen margen de maniobra, a la Federación en cambio se le permite un déficit estructural, estableciendo un umbral preciso igual a 0,35% del producto interno bruto nominal. El «Schuldenbremse» rígido conoce, sin embargo, una regla general y algunas excepciones. La regla general se cumple ante situaciones económicas que se desvían de las condiciones normales, un concepto realmente de difícil clasificación. En este caso el legislador (federal y/o estatal) puede establecer una regulación que tendrá en cuenta de forma simétrica los efectos presupuestarios tanto en las fases de recesión económica como en las fases de expansión. Las excepciones se refieren, en cambio, a supuestos de desastres naturales o situaciones excepcionales de emergencia que escapan al control del Estado y que afectan seriamente a su capacidad financiera. No obstante, para rebasar el límite federal de crédito no es suficiente la constatación de la existencia de tales condiciones, sino que debe ser decidido en el Bundestag por mayoría de sus miembros y estar vinculado a un plan de amortización. Es interesante tener en cuenta que el concepto de la deuda incorporado en los artículos 109 y 115 GG inexplicablemente no las incluyen, aunque supongan un gran riesgo para el equilibrio presupuestario, las garantías y las fianzas.

El nuevo artículo 109a GG constituye, pues, un mecanismo para prevenir «Haushaltsnotlagen»: las leyes federales sujetas a la aprobación del Bundesrat, se podrán aprobar disposiciones relativas: al control permanente de la gestión presupuestaria de la Federación y los «Länder» por un órgano común (denominado Consejo

55 En este marco se sitúan las reformas constitucionales en materia de equilibrio presupuestario aprobadas en España el 27/09/2011 y en Italia el 20/04/2012.

56 En este sentido C. DECARO, «La limitazione costituzionale del debito in prospettiva comparata: Francia e Spagna», en ARSAE (cur.), *Costituzione e pareggio di bilancio (ilFilangieri-Quaderno 2011)*, cit., p. 275.

57 R. BIFULCO, «*Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?*», en www.associazionedeicostituzionalisti.it, 3/2011.

de Estabilidad y compuesto por los Ministros de Finanzas federal y de los «Länder» y el Ministro de Economía), las condiciones y procedimientos para la determinación de una situación inminente de crisis presupuestaria, los principios que rigen el desarrollo y la aplicación de programas de recuperación destinados a prevenir situaciones de crisis presupuestaria.

Además, cabe señalar que la entrada en vigor de estas normas está sujeta a un régimen transitorio especial. El artículo 143d GG, tras establecer que los artículos 109 y 115, según han sido modificados en 2009, se aplicarán por primera vez en el ejercicio 2011, no sólo no afectará a las autorizaciones de préstamos pendientes de pago a 31 de diciembre de 2010 para los activos especiales ya realizados, aunque autoriza expresamente por un período de tiempo que cierra a 31 de diciembre de 2015 para la Federación y a 31 de diciembre de 2019 para los «Länder», a establecer excepciones al límite de la deuda⁵⁸. Con el fin de facilitar a los «Länder» el cumplimiento en estos términos, se prevén para determinados «Länder» (Berlín, Bremen, Sarre, Sajonia-Anhalt y Schleswig-Holstein) ayudas de consolidación por un importe total anual de 800 millones de euros para el período 2011-2019⁵⁹. Las condiciones para la concesión de estas ayudas son: la aprobación, conforme a una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat, de un acuerdo administrativo, la reducción del déficit financiero para finales de 2020, la prohibición de simultaneizar ayudas de consolidación y ayudas de recuperación económica derivadas de una situación extrema de crisis presupuestaria, el sostenimiento a partes iguales entre la Federación y los «Länder» de la carga financiera resultante de la concesión de una ayuda de consolidación, atendiendo en el caso de aquellos a su participación en el impuesto sobre el valor añadido.

Dicho esto, a pesar de que la reforma persigue el noble objetivo de lograr la consolidación de la situación económica y financiera y asegurar la estabilidad del sistema en su conjunto, presenta aspectos críticos significativos debido a la expansión del ejemplo alemán, que penetra actualmente en el ordenamiento de la Unión

58 Es destacable el hecho de que la *Föderalismusreform II* alemana en relación a la prohibición de recurrir al endeudamiento ha previsto un régimen transitorio suficientemente largo: seis años para la Federación y diez para los Länder. En Italia, sin embargo, en virtud del art. 6 de la Ley Constitucional. n. 1 de 20/04/2012, que introdujo en la Constitución el principio de equilibrio presupuestario y la prohibición del recurso al endeudamiento, la nueva regulación (que se expresa principalmente en los artículos. 81 y 119 de la Constitución.) se aplica a partir del ejercicio correspondiente al año 2014. el período de adaptación previsto es, por tanto, de sólo dos años y finaliza antes que el alemán.

59 La cantidad se distribuye por la propia norma constitucional: 300 millones en Bremen, 260 millones a Sarre y 80 millones respectivamente, a Berlín, Sajonia-Anhalt y Schleswig-Holstein.

Europea y en el de los Estados miembros que han tenido que homologarse. En primer lugar, la regla del equilibrio presupuestario y la limitación de la deuda pública, lejos de ser una regla neutral implica la adhesión a los principios del neoliberalismo y postulan, por tanto un Estado abstencionista respecto al libre mercado en abierta contradicción con los principios del Estado social y la acertada interpretación realizada por los tribunales constitucionales y, en particular, por el «Bundesverfassungsgericht». En este sentido, debe ser recordado que éste ha encontrado el fundamento del Estado social incluso en la garantía de la inviolabilidad de la dignidad humana prevista en el art. 1 GG⁶⁰. También contribuye a poner en tela de juicio estas medidas la especificidad de la disciplina introducida, marcada por el criterio del 0.35%, como síntoma de un cierto «desprecio por los ciclos económicos, lo que lleva a una pérdida drástica y sin precedentes de la capacidad de reaccionar con flexibilidad a las demandas de la macroeconómica»⁶¹. En otras palabras, la inestabilidad del mercado financiero contrasta con la rigidez de las normas constitucionales⁶². Los Estados de la eurozona y la Unión Europea –que ya de por sí es un «gigante encadenado»⁶³ debido a la falta de legitimidad democrática, de un presupuesto propio y una unión bancaria– se exponen así al riesgo de bajar «al campo de batalla de la economía, con las manos atadas»⁶⁴.

60 Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 9. Februar 2010, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, en www.bundesverfassungsgericht.de. Sobre esto nos remitimos a las siguientes publicaciones: C. BRITNER, *Casenote*-«Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010», en *German Law Journal*, 12/2011, pp. 1941 ss.; S. EGDY, *Casenote*-«The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court», Ibi, pp. 1961 ss. Sobre la dignidad humana como derecho social en la reciente jurisprudencia constitucional alemana, D. SCHEFOLD, «La dignità umana tra valore, diritto di libertà e dirittosociale», en Idem, *Contributi comparatistici in fase di crisi finanziaria-Rechtsvergleichende Beiträge in Zeiten der Finanzkrise*, Deutsch-Italienische Studien-StudiItalo-Tedeschi, vol. 3, Bremen, Zentrum für europäische Rechtspolitik (ZERP), 2013, pp. 25 ss.; Idem, *Menschen würdealssoziales Grundrecht?*, en *Festschrift für Zbigniew A. Maciag*, Bd. 2, Krakow, 2014, pp. 315 ss.

61 M. GOLDMANN, «Legarsi le mani: il quadro delle misure di riduzione del deficit in Germania», en *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2010, p. 1312.

62 En este sentido R. PÉREZ, «La nuova disciplina del bilancio in Germania», *cit.*, p. 6.

63 La expresión destaca el título del libro de M. SCHULZ, *Il gigante incatenato*, Roma, Fazi Editore, 2014. Sobre la situación de estancamiento que impera en la Unión Europea véase también C. OFFE, *L'Europa in trappola*, Bologna, il Mulino, 2014.

64 M. GOLDMANN, «Legarsi le mani: il quadro delle misure di riduzione del deficit in Germania», *cit.*, p. 1312.

Sin embargo, el nuevo mecanismo de la «Wirtschaftsverfassung» alemana es problemático desde el punto de vista de las relaciones entre Federación y «Länder». Una prueba más de la falacia es tratar de trasladarlo al nivel europeo a través del «Fiscal Compact». De hecho, por un lado, la prohibición absoluta de recurrir a la deuda por parte de los «Länder», revela una fuerte tendencia a centralizar, lo que afecta su autonomía financiera y, por tanto, al principio federal. Por el otro, el carácter temporalmente limitado de las ayudas de consolidación de los «Länder» pone en crisis durante ese período de tiempo el concepto de solidaridad (vertical y horizontal) mediante el cual la Federación debe garantizar la realización de condiciones de vida equivalentes (antes uniformes) en todo el territorio de la República Federal de Alemania. De nuevo, la regulación del artículo 143 d. c. 2 GG, en la parte relativa «sic et simpliciter» al período transitorio previsto para los «Länder» de Berlín, Bremen, Sarre, Sajonia-Anhalt y Schleswig-Holstein respecto de las ayudas de consolidación lesiona el principio de igualdad entre los «Länder», al realizar una elección discriminatoria que no se apoya sobre criterio válido alguno. Por otra parte, cuando nos acercamos al plazo establecido en las disposiciones transitorias fijado para los «Länder», el objetivo parece cada vez más irrealizable, por lo que se puede decir que el «equilibrio presupuestario se ha convertido en un auténtico problema (interno) alemán»⁶⁵. En efecto, está claro que, al menos, cinco «Länder» (Berlín, Hamburgo, Bremen, Sarre y Renania del Norte-Westfalia) no serán capaces de sostenerse económicamente por sí mismos ni cumplir con el límite del endeudamiento. Por otra parte, parece poco probable su saneamiento para 2020. De ello se desprende que, de acuerdo con la inevitable lectura conjunta los artículos 109 y 115 GG, la única forma posible –si no se desea vulnerar la regla general y por tanto utilizar la excepción permitida en caso de crisis presupuestaria– sería la fusión de algunos «Länder», con la consiguiente nueva división del territorio federal. Esta hipótesis, que resulta poco realista dadas las fuertes raíces de los «Länder», comenzó a introducirse en el debate político, hasta el punto de que el expresidente del Tribunal Constitucional federal, Hans-Jürgen Papier en agosto de 2013 en una entrevista con «Welt am Sonntag» propuso públicamente una «Föderalismusreform III über eine Neugliederung des Bundesgebietes»⁶⁶. Otro dato controvertido viene dado por la «Solidaritätzuschlag» («Soli»), una contribución solidaria consistente en un impuesto adicional al impuesto sobre

65 M. GERGOLET, «La rigurosa Germania vuole abolire i Länder "in rosso"», en *Corriere della Sera*, 6/08/2013, p. 12.

66 «Ex-Verfassungsrichter Papier fordert Neugliederung des Bundesgebiets», en www.finanzennachrichten.de, 4/08/2013.

la renta, que recaerá sobre plusvalías y sociedades, presentado por Helmut Kohl para financiar los «Länder» orientales. Aunque la canciller Angela Merkel está dispuesta a mantenerlo más allá de su fin natural fijado para 2019, su compatibilidad con los nuevos requisitos constitucionales en materia financiera está lejos de ser clara⁶⁷.

Por último, un presupuesto equilibrado se ha convertido para Alemania más en una cuestión de prestigio político para el ministro de Finanzas, Wolfgang Schäuble y para la CDU que una cuestión de oportunidad económica⁶⁸. La recesión –como de hecho se confirma por el carácter no resolutivo de las políticas de austeridad adoptadas por los países del sur de Europa– no debe ser combatida con el ahorro a cualquier precio ni con la insistencia ciega en el objetivo de equilibrio presupuestario, cuando a nivel interno no faltan las alarmas de una contracción inmediata de un futuro crecimiento económico. En este sentido los propios economistas alemanes han realizado una advertencia: el jefe del «Department for Forecasting and Economic Policy» del Instituto de Investigación Económica de Berlín («Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung-DIW Berlin»), Ferdinand Fichtner, afirma «apertis verbis» que «Ein ausgeglichener Haushalt sei aus ökonomischer Sicht zurzeit nicht angebracht»⁶⁹.

3. LA ACTUAL «EUROPA ALEMANA» Y SUS CONTRADICCIONES

En su último libro⁷⁰, el sociólogo alemán Ulrich Beck, rompiendo un gran tabú y haciéndose eco del temor de Thomas Mann⁷¹, afirma que «Europa se ha convertido en alemana. Nadie quería que eso sucediera, pero frente a un posible colapso del euro, Alemania en cuanto potencia económica se ha colocado progresivamente en la posición de gran potencia política decisiva de Europa»⁷². La hegemonía económica de Alemania se ha traducido, de hecho, en hegemonía política, una hegemonía que es lamentablemente signo de poder y no de asunción de un liderazgo estratégico para una Unión Europea más equilibrada y solidaria. La actitud alemana en Europa

67 Cfr., «Debatte um Solidaritätszuschlag. Ab 2019 verfassungswidrig?», en www.taz.de, 4/08/2013.

68 Léase al respecto, M. BRODT, P. DAUSEND, M. SCHIERITZ, «Die schwarze Null im Bundeshaushalt ist dem Finanzminister heilig», en www.zeit.de, 16/10/2014.

69 «Un bilancio in pareggio non sarebbe "in questo momento dal punto di vista economico conveniente"» (trad. mia). Cfr.: D. BÖCKING, F. DIEKMANN, *Ausgeglichener Haushalt 2015*. «Ökonomen drängen auf Abkehr vom Spardiktat», en www.spiegel.de, 9/10/2014.

70 U. BECK, *Europa tedesca. La nuova geografia del potere*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

71 En 1953 Thomas MANN en una conferencia en la Universidad de Hamburgo animaba a los estudiantes a luchar por una «Alemania europea» y no por una «Europa alemana».

72 U. BECK, *Europa tedesca. La nuova geografia del potere*, cit., p. IX.

se resume en dos conceptos: austeridad e indefinición intencionada. Por un lado, está el dogma del rigor impuesto a los Estados miembros de la UE, a través de las políticas de recortes del gasto público y la negativa tanto a la puesta en común de la deuda pública como a la implantación de inversiones que actúen como estímulo para la recuperación económica, pero que implican una revisión de las estimaciones previstas en el «budget» comunitario. Ello es expresión paradigmática de una política de ortodoxia financiera del «Bundesbank», contraria a la línea Draghi en la compra de bonos del Estado (el programa «Outright monetary transactions» iniciado en 2012) y al «Quantitative Easing» puesto en marcha en enero de 2015. Por otro, está el llamado «Merkiavellismo», por utilizar la expresión con la que el mencionado Ulrich Beck expresa la afinidad entre Angela Merkel y Nicolás Maquiavelo⁷³. Es la táctica de la continua contempozarización, en la que coexisten de forma contradictoria el rechazo y el compromiso con Europa: «En política interna la Canciller tranquiliza a los alemanes que temen por sus pensiones, sus casas, su milagro económico, representando con rigor protestante la política de un no sometido a modulación, por lo que se erige en un modelo en Europa. Al mismo tiempo, en política exterior asume la responsabilidad europea, manteniendo unidos a los países del euro con una política de mal menor. Su reclamo es: mejor un euro alemán que ningún euro»⁷⁴.

Aunque sin duda sería incorrecto y demagógico convertir hoy a Alemania en un chivo expiatorio⁷⁵, es igualmente imposible reconocer la huella alemana en la fallida política europea para la crisis: la adopción de medidas mínimas y la falta de un plan a largo plazo está dominado por la «Strategie der kleinen Schritte der deutschen Bundesregierung»⁷⁶. Es bien conocido que si se acordó la intervención en mayo 2010 probablemente la «vergüenza de Europa» («Europas Schande») aplicable al caso griego como se fue calificado por Günter Grass en un poema publicado en 2012 en «Süddeutsche Zeitung»⁷⁷, se hubiera evitado.

Esta estrategia reduccionista es, por otra parte, apoyada por la posición adoptada por el «Bundesverfassungsgericht» que, a partir de la famosa sentencia sobre

73 U. BECK, *Europa tedesca. La nuova geografia del potere*, cit., pp. 46 ss.

74 Ibi, pp. 51-52.

75 De «Sündenbockstrategie» («estrategia del chivo expiatorio») habla explícitamente M. FRATZSCHER, *Die Deutschland-Illusion*, cit., en particular, pp. 143 ss.

76 En este sentido el apartado titulado «Europas Krisenpolitikträgerteinen Deutschland-Stempel» («La política europea della crisis ha uno stampo tedesco», trad. mía) varias veces recordados en el libro de M. FRATZSCHER, *ivi*, pp. 150 ss.

77 «Gedicht von Günter Grass zur Griechenland-Krise. Europas Schande», en www.sueddeutsche.de, 27/05/2012.

el Tratado de Lisboa⁷⁸ (volviendo idealmente a la «Maastricht-Urteil» de 1993⁷⁹), está afectando tanto a la futura dirección general de la Unión Europea como a su particular acción anticrisis⁸⁰, arrogándose de forma indebida, —y la «cuestión prejudicial-advertencia» de 14 de enero 2014⁸¹ es una prueba tangible—, la «Letztents-

78 Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 30. Juni 2009, 2 BvE 2/08, en www.bundesverfassungsgericht.de. La sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios, entre otros, K. F. C. HILLGRUBER, «Volkssouvernit(und Demokratie ernst genommen-Zum Lissabon-Urteil des BVerfG», en *JuristenZeitung*, 2009, pp. 872 ss.; C. D. CLASSEN, «Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?», ibi, pp. 881 ss.; C. SCHÖNBERGER, «Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea», en *German Law Journal*, 2009, pp. 1201 ss.; F. SCHORKOPF, «The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon», ibi, pp. 1219 ss.; D. HALBERSTAM, C. MÖLLERS, «The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"», ibi, pp. 1241 ss.; C. TOMUSCHAT, «The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon», ibi, pp. 1259 ss.; A. GROSSER, «The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: "Germany's Sonderweg"-An Outsider's Perspective», ibi, pp. 1263 ss.; M. NIEDOBITEK, «The Lisbon Case of 30 June 2009-A Comment from the European Law Perspective», ibi, pp. 1267 ss.; C. WOHLFAHRT, «The Lisbon Case: A Critical Summary», ibi, pp. 1277 ss.; P. KIIVER, «German Participation in EU Decision-Making after the Lisbon Case: A Comparative View on Domestic Parliamentary Clearance Procedures», ibi, pp. 1287 ss.; F. POCAR, «La Corte costituzionale tedesca ingabbia un trattato che sconta previsioni incerte e difficili intese», en *Guida al diritto*, 5/09/2009, n. 35, pp. 9 ss.; J. ZILLER, «Solange III (or the Bundesverfassungsgericht's Europefriendliness) On the decision of the German Federal Constitutional Court over the ratification of the Treaty of Lisbon», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, pp. 973 ss.; S. CASSESE, «L'Unione europea e il guinzaglio Tedesco», en *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, pp. 1003 ss.; L. CASSETTI, «Il "Sì, ma" del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea», en www.federalismi.it, 15/07/2009; M. D. POLI, «Stato nazionale versus Stato europeo. La "mitizzazione" della sovranità nazionale e il "disconoscimento" implícito della Verfassungsentwicklung tedesca», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, pp. 31 ss.

79 Bundesverfassungsgericht, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Oktober 1993, 2 BvR 2134, 2159/92, en *BVerfGE* 89, 155.

80 Sobre los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán sobre la integración europea nos remitimos a D. SCHEFOLD, «Integrazione europea e sovranità. Da un problema classico alla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 12-9-2012», en *Nuove Autonomie*, 2/2012, pp. 181 ss.; Idem, «La giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di unificazione europea. Un contributo alla soluzione della crisi finanziaria?», en *Italian Papers on Federalism. Rivista giuridica on-line dell'ISSIRFA-CNR*, 2/2013; C. CALLIESS, «The Future of the Eurozone and the Role of the German Constitutional Court», *European Legal Studies, Research Paper in Law*, College of Europe, 05/2012.

81 Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 14.01.2014, 2 BvR 2728/13, en www.bundesverfassungsgericht.de, sobre el que se han publicado numerosos comentarios *Ex multis*: U. DI FABIO, «Karlsruhe Makes a Referral», en *German Law Journal*, 2/2014, pp. 107 ss.; F. C. MAYER, «Rebels Without

cheidungskompeten» del ordenamiento supranacional europeo. De hecho, a través de la exaltación de una anacrónica soberanía nacional y la invocación de la «Verfassungsideutität», el Tribunal ha planteado una serie de mensajes que paralizan el camino comunitario y evitar el salto cualitativo que, precisamente, necesitaría la actual situación de crisis económica. Mientras es necesario un Estado federal europeo, un presupuesto común y una unión bancaria, Karlsruhe dibuja una perspectiva opuesta que se podría resumir bien con la expresión de «Señores de los Tratados» al «Dominus del presupuesto»⁸². Este «síndrome alemán»⁸³ que ha tenido lugar en Europa, conlleva una serie de contradicciones de naturaleza económica –como ha sido ampliamente señalado–, pero también política, histórica y constitucional.

Desde una perspectiva política, la República Federal alemana, en lugar de utilizar su supremacía económica para sacar a Europa de la crisis⁸⁴, se limita simplemente

a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference», ibi, pp. 111 ss.; D. MURSWIEK, *ECB, ECJ*, «Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014», ibi, pp. 147 ss.; J. BAST, «Don't Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review», ibi, pp. 167 ss.; K. F. GÄRDITZ, «Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court», ibi, pp. 183 ss.; M. KUMM, «Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might do About It», ibi, pp. 203 ss.; K. SCHNEIDER, «Questions and Answers: Karlsruhe's Referral for a Preliminary Ruling to the Court of Justice of the European Union», ibi, pp. 217 ss.; A. THIELE, «Friendly or Unfriendly Act? The "Historic" Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB's OMT Program», ibi, pp. 241 ss.; R. CAPOINI, «Salvaguardare l'euro con ogni mezzo? Il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca», en *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2014, pp. 469 ss.; A. DE PETRIS, «Un rinvio pregiudiziale sotto condizione? L'ordinanza del Tribunale Costituzionale Federale sulle Outright Monetary Transactions», en www.federalismi.it, 19/02/2014; A. DI MARTINO, «Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BverfG», ibi; A. MIGLIO, «Il primo rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale federale tedesco: dialogo o conflitto?», en www.associazionedeicostituzionalisti.it, septiembre 2014.

82 Se toma la expresión de M. BONINI («Dai "Signori dei Trattati" al "Dominus del bilancio": principio democratico, meccanismo europeo di stabilità e forma di governo parlamentare nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht tedesco», en www.associazionedeicostituzionalisti.it, 4/2011), pero se entiende en un sentido contrario al del autor.

83 Así titula su reciente libro el historiador contemporáneo V. CASTRONOVO, *La síndrome tedesca. Europa 1989-2014*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

84 Como advierte M. FRATZSCHER (*Die Deutschland-Illusion*, cit., p. 206), a Alemania corresponde una particular responsabilidad en Europa. Por su tamaño, por su historia, por su posición

a tratar de protegerse, demostrando una gran miopía respecto a los intereses comunitarios de los que ella misma obtiene beneficios que no le son indiferentes⁸⁵. Por otra parte, al hacerlo debilita uno de los principales presupuestos de adhesión de los Estados al ordenamiento europeo, la paralela participación en la dimensión supranacional que parece haber sido suplantada bajo la forma de dependencia jerárquica basada en la posesión de riqueza.

Desde una perspectiva histórica, determinados acontecimientos decisivos del pasado, que han tenido un peso determinante en la afirmación de Alemania como potencia económica y que podrían ofrecer un elemento de comparación en la política económica actual y ser un estímulo para una política más coherente, parecen haber sufrido un proceso de destrucción total en la memoria de los alemanes. Así, el acuerdo de Londres («Londoner Schuldenabkommen») de 27 de febrero de 1953 mediante el cual las deudas anteriores a la guerra del Imperio Alemán y Prusia se redujeron en parte y en parte fueron aplazadas; y las deudas de la Segunda Guerra Mundial se congelaron hasta la reunificación, momento en que fueron en realidad eliminadas. De hecho los costes de la reunificación alemana de los años noventa se descargaron sobre el resto de países de la Comunidad Europea mediante el establecimiento por parte del Bundesbank de altas tasas de interés y el atractivo que esto supuso para los inversores extranjeros («in primis» para los europeos)⁸⁶.

Desde una perspectiva constitucional, aparte de la fragmentación del monolito de la soberanía nacional y la incapacidad para referirse al contexto global, una cuestión sobre la que existe una amplia literatura jurídica y sobre la que resulta inútil detenerse, al menos merecen la atención cuatro aspectos. En primer lugar, la sentencia sobre el Tratado de Lisboa y las decisiones posteriores referidas a ella, omiten la notable sintonía existente entre la «Verfassungsentwicklung» alemana y la evolución comunitaria⁸⁷. El constitucionalismo alemán no nace del poder constituyente del pueblo, ejercido de forma revolucionaria a la francesa o por medio de una asamblea constituyente. El «Parlamentarischer Rat» no era, de hecho, una asamblea constitu-

central, pero también y sobre todo, porque es «das einzige Land, das Europa nachhaltig aus der wirtschaftlichen wie auch politischen Krise ziehen kann» («l'unicoPaese, che può tirar fuoril'Europa in modo dura turo dalla crisi economica e politica», trad. propia).

85 Sobre Alemania como beneficiaria y no como víctima de la política monetaria del Banco Central Europeo («Deutschland ist Nutznießer, nicht Opfer der EZB-Geldpolitik»): ibi, spec. pp. 182 ss.

86 V. CASTRONOVO, *La síndrome tedesca. Europa 1989-2014*, cit., pp. 16-17.

87 Cfr. D. SCHEFOLD, «Das Grundgesetz und die deutsche Verfassungstradition», ponencia presentada al Congreso «I 60 anni della Legge Fondamentale. Tra memoria e futuro/60 Jahre Grundgesetz. Zwischen Herkunft und Zukunft», Milano-Università Bocconi, 5/11/2009, en particular p. 7.

yente. Eran muy conscientes de su composición (sesenta y cinco miembros nombrados por las asambleas representativas de los once «Länder» situados en las zonas de ocupación estadounidense, británica y francesa) que rechazan tal nombre, sabiendo que es sólo expresión de una parte del pueblo alemán (el oeste), para ser sometido a la injerencia de las autoridades militares aliadas y de ahí que se hubiese redactado un texto provisional que sería, por tanto, sustituido en el momento de la reunificación alemana. Por eso la denominación original de la Constitución de Bonn como «Grundgesetz», en lugar de «Verfassung». Con el paso del tiempo ésta se consolida y se convierte en definitiva. No hay rupturas. El pueblo no actúa como poder constituyente fuera del marco establecido en la Ley Fundamental de 23 de mayo 1949, sino desde el interior mediante la aceptación y la internalización de los valores y el marco político-institucional por ella establecido. Así, la historia constitucional alemana nos enseña que el destino de la Unión Europea y su transformación en un Estado federal no requiere necesariamente un reconocimiento expreso o un nuevo momento fundacional⁸⁸. Además, respecto a las decisiones sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera y el «Fiscal Compact» el «Bundesverfassungsgericht» defiende las competencias presupuestarias del «Bundestag» como un elemento esencial la democracia alemana, con un argumento paradójico, ya que la garantía del proceso democrático-parlamentario tiene una conotación unilateral, que es válido sólo para el caso alemán, mientras las mismas garantías en otros Estados miembros de la Unión Europea, en particular, en los afectados por la crisis financiera, han sido desatendidas o, aún peor, han perdido completamente su valor⁸⁹. Aun así, el «austerity diktat» se ha flexibilizado fuera, pero no dentro de la República Federal alemana, donde entran en clara colisión con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre el principio del Estado social. Por último, el impulso al ahorro y los recortes en gasto público referidos a los llamados PIIGS pasan por encima completamente y de forma inexplicable sobre la importancia que la configuración cooperativa del federalismo alemán (ahora significativamente atenuada por «Föderalismusreform I y II» 2006-2009) ha tenido, en un país que después de la caída del Muro y la reunificación tuvo que enfrentarse a un enorme desequilibrio económico entre los «Länder» del Oeste

88 M. D. POLI, «Statonazionale versus Stato europeo. La "mitizzazione" della sovranità nazionale e il "disconoscimento" implícito della Verfassungsentwicklung tedesca», *cit.*, p. 42.

89 En este sentido, C. JOERGES, S. GIUBBONI, «Diritto e politica nella crisi europea/Recht und Politik in der Krise Europas», *Deutsch-Italienische Studien-Studi Italo-Tedeschi*, vol. 6, Bremen, Zentrum für europäische Rechtspolitik (ZERP), 2013, p. 13.

y del Este y crear condiciones de vida uniformes o, al menos, equivalentes⁹⁰ en el territorio federal. No se comprende, por tanto, por qué la misma fórmula no haya podido ser aplicada a la Europa de la crisis.

Resumen

Este trabajo analiza las razones que han permitido que Alemania sufra en menor medida la crisis económica. Se ocupa particularmente de estudiar la flexibilidad del mercado laboral, el rescate de los bancos y el superávit comercial. A continuación analiza las fragilidades ocultas que conlleva este modelo y, finalmente, sus repercusiones constitucionales.

Palabras clave: Alemania, crisis económica, sistema político, sistema constitucional

Abstract

This paper analyzes the reasons that have helped Germany to avoid the worst consequences of the economic crisis. In particular, it takes account of the labor market flexibility, the banks resolution and the commercial surplus. After that, the author studies the hidden fragilities of the system and, finally, its constitutional consequences.

Key words: Germany, economic crisis, political system, constitutional system

Recibido: 10 de septiembre de 2015

Aceptado: 24 de septiembre de 2015

90 Como en 1994 tras la modificación del art. 72. 2 GG y el paso de la denominada *Bedürfnisklausel* a la *Erforderlichkeitsklausel*.



Noticias de libros





**STEPHANE PINON, LES SYSTÈMES
CONSTITUTIONNELS DANS L'UNION
EUROPÉENNE. ALLEMAGNE, ESPAGNE, ITALIE ET
PORTUGAL. ED. BRUYLANT, COLL. LARCIER, 2015**

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ*

El título de este libro es sobradamente expresivo de la voluntad de su autor, profesor de Derecho constitucional en la Universidad de La Rochelle, Francia. Lo que pretende es hacer una exposición de los modelos constitucionales de cuatro estados de la Unión Alemania, España, Italia y Portugal, teniendo a la doctrina francófona (y especialmente francesa) como referencia principal.

Desde este punto de vista, el empeño es defendido con pasión por el autor desde la primera de sus páginas con la terminante y provocativa afirmación de que quien no conoce en Francia la diversidad de modelos constitucionales foráneos no conoce la Vª República. Esto se hace especialmente evidente en lo que se refiere a la determinación de las insuficiencias del modelo jurídico-constitucional francés. Pone de manifiesto, así, y a modo de ejemplo, que el sistema francés de protección de derechos o el modelo de elección presidencial deben confrontarse con experiencias de otros estados con el objeto de poder valorar globalmente el modo en el que contribuyen a hacer posible el propio proyecto constitucional. No es, por tanto, un propósito de mera importación acrítica lo que este manual persigue, sino abrir a los alumnos y a la doctrina francesa a otras fuentes de inspiración.

Esta es la premisa metodológica desde la que se aborda el estudio de los cuatro modelos constitucionales a los que hace referencia en el título. Obviamente son cuatro Estados de la Unión Europea, y son cuatro Estados muy representativos en la medida en que todos hacen de su Constitución la norma jurídica suprema que funda un ordenamiento, por fin, democrático. La elección desde este punto de vista es oportuna y la emprende con el bagaje de múltiples lecturas que acreditan su conocimiento sobre los temas fundamentales que resultan analizados.

El autor lleva a cabo la exposición de los diferentes modelos de forma sucesiva; concretamente el Manual tiene cuatro capítulos dedicados a Italia, Alemania, Portugal y España. Tal estructura cuenta con la ventaja evidente de que cada uno de los Estados aparece globalmente retratado. El lector puede, así, percibir con facilidad los

* Profesor titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada.

rasgos esenciales de cada modelo y advertir las conexiones que entre los diferentes elementos de cada Estado se traban.

Para hacer globalmente comprensible un modelo constitucional, que es el producto de la historia y de la razón, de la «ratio» y de la «emotio», que se desenvuelve en un espacio público aun no enteramente compartido, hay que tener una importante ausencia de prejuicios, una notable curiosidad y la habilidad de seleccionar aquellas lecturas que lo conviertan en inteligible. En este sentido, una mirada abierta sobre los modelos constitucionales de otros Estados puede conllevar muchos efectos benéficos, tal y como los tenían las obras de los viajeros extranjeros que abandonaban su cultura para ejercer de observadores implicados y a la vez distantes de una nueva cultura de adopción.

En el caso que nos ocupa, las páginas que el autor ha dedicado a cada régimen están plagadas de entusiasmo y se caracterizan por un esfuerzo denodado por hacerlo enteramente comprensible. Para ser fiel al propósito pedagógico que anima la obra, las exposiciones siguen un orden perfectamente simétrico: contexto histórico, Estado de derecho, división de poderes (territorial y funcional), y un último capítulo en cada caso para analizar el marco político en el que las instituciones interactúan.

La presentación es global y, a su vez detallada, y en particular bajo la rúbrica «Estado de Derecho» el lector puede encontrar respecto de cada sistema referencias a los derechos fundamentales y al modelo de justicia constitucional concretamente adoptado. En definitiva, todos los elementos del derecho constitucional de los Estados implicados resultan sometidos a un concienzudo esfuerzo de depuración de manera que se extrae su esencia y se logra trasladar, en especial con el afortunado último capítulo dedicado a cada uno de los Estados, al lector la realidad de nuestras constituciones. Está la teoría y también la realidad.

El estudio del caso español es una demostración sobrada de lo que se acaba de señalar. Comienza con la síntesis de nuestra historia constitucional y sigue con un relato eficaz de la transición política y el proceso constituyente. Seguidamente se emprende una somera y exitosa descripción de los elementos fundamentales de nuestro constitucionalismo entre los que resaltan los elementos más actuales tales como los relativos a la última evolución del estado autonómico (pp. 357 y ss.), las polémicas que recientemente han afectado a la legitimidad de nuestro Tribunal constitucional (pp. 338 y ss.), los recientes cambios en el sistema de partidos (pp. 391 y ss.) o la reforma del artículo 135 (pp. 402 y ss.). En la convicción de que una mera descripción ni siquiera logra describir adecuadamente la realidad, el autor acompaña al texto de observaciones adecuadas que logran ubicar la institución en su contexto concreto: así lo hace cuando decide, con el apoyo de Pierre BON, otro

de los grandes conocedores franceses –en una ya importante nómina– de nuestro Derecho constitucional, resaltar el papel fundamental del Tribunal constitucional como actor fundamental del constitucionalismo español y elemento imprescindible de su actualización.

La monografía se cierra con unas páginas dedicadas al análisis del modo en que la integración europea ha sido determinante en el concepto de constitución que ejemplifican los diferentes modelos estudiados. La UE, en efecto, ha sido el detonante de una nueva era para el constitucionalismo europeo; una nueva era caracterizada por una convergencia muy trabajada en lo que se refiere al reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. No obstante, el segundo vector, del constitucionalismo, el que se refiere a las reglas relativas a la división funcional del poder, se muestra mucho más renuente a la dinámica integradora, lo que el autor entiende como una demostración palmaria de las dificultades para construir una Europa política.

Estas obras dan un nuevo impulso al Derecho constitucional como realidad plural: a los nacionales, desde luego. Tanto al francés, origen del autor del trabajo (porque como he señalado al comienzo, le permite alumbrar nuevos horizontes, nuevas posibilidades, tal y como siempre ha reclamado el prof. HÄBERLE), como al Derecho constitucional de los países estudiados (ya que siempre es muy estimulante recibir la mirada exterior para ponernos sobre aviso de nuestra realidad y permitirnos ver aspectos que desde dentro son más difíciles de advertir). Pero también, y esa es la razón última por la que este trabajo encuentra hueco en las páginas de esta Revista, la monografía es un paso más en la discusión sobre el Derecho constitucional europeo. Nos proporciona un nuevo instrumental para progresar en ese esfuerzo constitucional colectivo por dotarnos de un modelo jurídico-político de convivencia basado en la libertad, la igualdad y los derechos más allá de las fronteras de los Estados nación.



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.

